

Sygn. akt: KIO 3384/21

POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę **LEK S.A. w Strykowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o. w Warszawie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy LEK S.A. w Strykowie, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o. w Warszawie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 listopada 2021 r. nr 2021/S 213-561100.

15 listopada 2021 r. wykonawca LEK S.A. w Strykowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1. zawarcia w § 1 ust. 7 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści:

„Zamawiający zobowiązuje się do realizacji umowy w min. 40% przedmiotu umowy wskazanego w specyfikacji asortymentowo-cenowej”;

2. zawarcia w § 5 ust. 10 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści:

„W przypadku jeżeli średni koszt rozliczenia substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii, zawartej w leku nabywanym na podstawie (niniejszej) umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej, obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego (niniejszą) umową Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczenia tej substancji czynnej.

Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego w trybie jednostronnego jej wypowiedzenia.”;

3. zawarcia w § 5 ust. 11 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści:

„W przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancje czynną, znajdującą się w produkcie leczniczym, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt”;

4. zawarcia w § 5 ust. 3 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści:

„W przypadku, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia refunduje zwrot kosztów danego leku do wysokości limitu cenowego, cena jednostkowa zaproponowanego przez Wykonawcę, nie będzie wyższa od wysokości limitu finansowania. Zmiany cen jednostkowych w tym

przypadku mogą nastąpić jedynie w przypadku wejścia w życie odpowiednich przepisów (w drodze Zarządzenia Prezesa NFZ lub obwieszczenia Ministra Zdrowia) i ceny po zmianie nie mogą być wyższe niż wysokość limitu”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 431 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC i 354 KC oraz art. 5 KC i art. 395 KC oraz art. 58 § 1 i § 2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 471 KC oraz w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913) - poprzez zaburzenie równowagi stron umowy, sprowadzenie jej do umowy stricte adhezyjnej, jednostronnej, brak poszanowania interesów drugiej strony umowy, narzucanie odgórnie cen przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, wbrew naturze stosunku, ustawie Pzp i zasadom współżycia społecznego
- art. 433 pkt 4 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp oraz art.16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC oraz 58 § 1 i 2 KC, art. 353¹ KC- zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych - nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko, umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania/zagwarantowania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub rezygnację z zamówienia lub jednostronne wypowiedzenie umowy- co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, który czyni ze swojego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany projektowanego postanowienia umowy z § 1 ust.7 umowy w następujący sposób:
„Zamawiający zobowiązuje się do realizacji umowy w min. 80% przedmiotu umowy wskazanego w specyfikacji asortymentowo-cenowej”;
- 2) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z § 5 ust. 10 projektu umowy w całości;
- 3) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z § 5 ust. 11 projektu umowy w całości;
- 4) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z § 5 ust. 3 projektu umowy w całości lub modyfikację w następujący sposób:
„W przypadku, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia refunduje zwrot kosztów danego leku do wysokości limitu cenowego, cena jednostkowa zaproponowanego przez Wykonawcę, nie będzie wyższa od wysokości limitu finansowania. Zmiany cen jednostkowych w tym przypadku mogą nastąpić jedynie w przypadku wejścia w życie odpowiednich przepisów (w drodze Zarządzenia Prezesa NFZ lub obwieszczenia Ministra Zdrowia) i ceny po zmianie nie mogą być wyższe niż wysokość limitu.”.

Ustalono także, że 25 listopada 2021 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie z 24 listopada 2021 r., w której oświadczył, że 17 listopada 2021 r. zmodyfikował SWZ przez usunięcie § 5 ust. 10 i 11 wzoru umowy, oraz podniesienie minimalnego zobowiązania do realizacji umowy z 40 do 50% przedmiotu umowy wskazanego w specyfikacji asortymentowo-kosztowej w § 1 ust. 7 projektu umowy załączonego do SWZ (zestaw IV) oraz usunięcie sformułowania „Zarządzenia Prezesa NFZ” w § 5 ust. 3 wzoru umowy.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z 29 listopada 2021 r. odwołujący złożył oświadczenie, że *wobec modyfikacji SWZ przez Zamawiającego z dnia 17.11.2021 r. oraz wobec treści odpowiedzi na odwołanie udzielonej przez Zamawiającego z dnia 24.11.2021 r. poprzez które to czynności Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości w zakresie zarzutów nr 2-4 oraz dokonał modyfikacji SWZ w postaci zmiany projektowanego postanowienia umowy z par. 1 ust. 7 stanowiącego zarzut nr 1 w sposób odmienny niż wskazany w żądaniu nr 1 odwołania, niniejszym składam oświadczenie o cofnięciu zarzutu nr 1 odwołania i wnoszę o umorzenie przedmiotowego postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów od 2-4 w całości.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania. Zamawiający zmodyfikował SWZ przez usunięcie § 5 ust. 10 i 11 wzoru umowy, oraz usunięcie sformułowania „Zarządzenia Prezesa NFZ” w § 5 ust. 3 wzoru umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze, w zakresie zarzutu nr 1, z powodu wycofania odwołania w tej części przez odwołującego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w piśmie z dnia 29 listopada 2021 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a

maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2, 3, 4 odwołania, gdyż dalsze postępowanie w tej części stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się w innej przyczynie zbędne lub niedopuszczalne.*

Zbędność postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów nr 2, 3, 4 odwołania wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 17 listopada 2021 r. zmodyfikował SWZ przez usunięcie § 5 ust. 10 i 11 wzoru umowy, oraz usunięcie sformułowania „Zarządzenia Prezesa NFZ” w § 5 ust. 3 wzoru umowy. Tym samym zamawiający usunął oraz zmodyfikował postanowienia SWZ, które odwołujący kwestionował w ww. zarzutach. W tej sytuacji rozstrzygnięcie w przedmiocie tych zarzutów stało się zbędne.

Jednocześnie, wbrew stanowisku odwołującego wyrażonemu w piśmie z 29 listopada 2021 r., czynności zamawiającego o modyfikacji SWZ z 17 listopada 2021 r. i odpowiedzi na odwołania nie można było uznać za uwzględnienie w zakresie zarzutów 2-4 odwołania. Uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania musi przybrać formę wyraźnego i jednoznacznego oświadczenia procesowego zamawiającego o uznaniu takich zarzutów, co nie nastąpiło. W szczególności za uwzględnienie zarzutów odwołania nie można uznać wykonania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności o charakterze materialnoprawnych polegających na modyfikacji SWZ, nawet jeśli modyfikacje te są zgodne z żądaniami odwołania. Wobec powyższego oddalono wniosek odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów nr 2-4 odwołania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, jako dotyczącego zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei

w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując odpowiednio przepis § 9 ust. 2 w zw. § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: