Sygn. akt: KIO 2776/22

POSTANOWIENIE

z dnia 3 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa- Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania w dniu 3 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2022 r. przez wykonawcę - LEK S.A. z siedzibą w Strykowie w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku Sp. z o. o. z siedzibą w Słupsku

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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 - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku

sp. z o. o. z siedzibą w Słupsku prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września

2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm., dalej: „Pzp") postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa produktów farmaceutycznych".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2022 r. pod numerem 2022/S 196-555117.

W dniu 21 października 2022 r. wykonawca - Lek S.A. z siedzibą w Strykowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na projektowane postanowienia umowy zawarte w Cz. II SWZ- Wzór Umowy polegające na:

- zawarciu w § 3 ust.2 wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia, z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy."

- zawarciu w § 8 ust.3 pkt 9 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy - w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ";

- zawarciu w § 8 ust. 3 pkt 10 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy - w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję 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".

Odwołujący w związku z wymienionymi projektowanymi postanowieniami projektu umowy w sposób łączny lub odrębny zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 433 pkt 4 w zw. z art.8 ust.1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 5 KC oraz 58 p§ 1 i 2 KC, art. 353^1 KC poprzez zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych

- jednostronnie nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko kontraktowe, umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania/zagwarantowania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub całkowitą rezygnację z zamówienia - 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.

W związku z tak sformułowanymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) zmianę postanowienia z § 3 ust.2 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy, co wymaga usunięcia zastrzeżenia § 8 ust. 3 pkt 10 umowy, które to zastrzeżenie powoduje obecnie brak faktycznej gwarancji realizacji minimalnego zakresu zamówienia: Propozycja zmiany w § 3 ust.2 wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia."

2) zmianę postanowienia z § 8 ust.2 pkt 9 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy na warunkach określonych w SWZ i po cenach z ofert złożonych przez Wykonawców poprzez dodanie na końcu zastrzeżenia: „przy uwzględnieniu § 3 ust.2 umowy": „Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy - w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ, przy uwzględnieniu § 3 ust. 2 umowy"

3) zmianę postanowienia z § 8 ust.2 pkt 10 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy nawet w przypadku zawarcia aneksu poprzez wykreślenie słowa „ w całości" i dodanie na końcu zastrzeżenia: „z zastrzeżeniem § 3 ust.2 umowy": „Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy - w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną, znajdującą się w produkcie leczniczym, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania umowy zawartej na ten produkt z zastrzeżeniem § 3 ust. 2 umowy.

4) dodanie do § 8 umowy ust. 3a, z którego wynikać będzie, że brak zgody Wykonawcy na zawarcie aneksu, o którym mowa w § 8 ust.3 pkt 9 i § 8 ust.3 pkt 10 nie będzie stanowił naruszenia umowy, o następującej treści: § 8 ust.3 a: „ brak zgody Wykonawcy na zawarcie aneksu, o którym mowa w § 8 ust.3 pkt 9 i § 8 ust.3 pkt 10 nie będzie stanowił naruszenia umowy przez Wykonawcę".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części co do zarzutu zawarcia w § 3 ust. 2 wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia, z zastrzeżeniem § 8 ust. 3 pkt 10 umowy". Zamawiający wyjaśnił, iż wyżej wskazane uwzględnienie odwołania w części oznacza, że we wzorze umowy dla postępowania pn.: „Dostawa produktów farmaceutycznych" stanowiącego części 27 i 33 postępowania nr 85/PN/2022, § 3 ust. 2 zostanie zmieniony w taki sposób, że uzyska następującą treść: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia".

Odwołujący w piśmie z dnia 31 października 2022r. oświadczył, że wycofuje pozostałe zarzuty odwołania w zakresie projektowanych postanowień umowy, tj.:

- Zawarciu w § 8 ust.3 pkt 9 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „ Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy - w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ";

- Zawarciu w § 8 ust. 3 pkt 10 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy - w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję 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".

Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po

stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:.....