

Sygn. akt: KIO 2623/12

WYROK
z dnia 28 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Piotr Kozłowski
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez **odwołującego**: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGF Urtica Sp. z o.o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław (lider) oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o.o. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez PGF Urtica Sp. z o.o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław (lider) oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o.o. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach ul. Raciborska 2640-074 Katowice na rzecz PGF Urtica Sp. z o.o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław (lider) oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o.o. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź 19.565 **zł 54 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt pięć złotych i pięćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wynagrodzenia pełnomocnika oraz wydatków związanych ze stawiennictwem na rozprawie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach

Przewodniczący:

członkowie

.....

Uzasadnienie

Odwołanie wniesiono w dniu 30.11.2012r. pismem z dnia 29.11.2012r. zaskarżając czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest na podstawie ogłoszenia o zamówieniu w dniu 22 września 2012r. nr 183 pod poz. 300590 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zarzut odwołania dotyczy naruszenia art.24 ust.1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. j.t. Dz. U. 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”, ponieważ w ocenie odwołującego nie zostały spełnione przesłanki ustawowe warunkujące wykluczenie odwołującego z postępowania zarówno formalne jak i materialne. Co do przesłanek formalnych: Zamawiający nie rozwiązał skutecznie umowy w sprawie zamówienia publicznego nr 91/28/03/12, ponieważ nie złożył w tym zakresie stosownego oświadczenia woli. Nawet gdyby przyjąć, iż umowa została rozwiązana to nie został zachowany termin rozwiązania umowy 3 lata przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Poza tym zamówienie zostało w całości zrealizowane a zatem nie zachodzi przesłanka niezrealizowania co najmniej 5% wartości zamówienia. W ocenie odwołującego nie wystąpiły również przesłanki materialne. Nie wystąpiła okoliczność za którą odwołujący ponosi odpowiedzialność. Zamawiający jest dłużnikiem a nie wierzycielem, ponieważ nie dokonał pełnej zapłaty za dokonane zamówienie. Działania zamawiającego są nakierowane na wyrządzenie odwołującemu szkody, ponieważ cechuje je automatyzm w wykluczaniu odwołującego z postępowania. Na tę okoliczność przywołał sprawę Sygn. akt KIO 2522/12 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2012 roku. Zamawiający wyznaczył siedmiodniowy termin na korektę faktur a po upływie jednego dnia złożył informację o rozwiązaniu umowy nie stanowiącą oświadczenia woli. Tym samym rozwiązanie umowy jest bezskuteczne. Odwołujący również zaznaczył, że stroną umowy nr 91/28/03/12 z dnia 22 marca 2012r.zwanej dalej „umową” była PGF Urtica Sp. z o.o. a aktualnie ofertę złożyło konsorcjum w składzie PGF Urtica Sp. z o.o. i Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o.o. Odwołujący podniósł również naruszenie art. 24 ust.3 ustawy pzp poprzez niezawiadomienie odwołującego o wykluczeniu z postępowania. Naruszenie art.92 ust.1 pkt 3 ustawy pzp poprzez brak rzetelnego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia odwołującego.

Odwołujący złożył następujące wnioski. Wniosek o nakazanie unieważnienia wykluczenia i odrzucenia oferty oraz nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane w jego treści oraz z zeznań świadka Barbary Noworzyn na okoliczność pełnej realizacji umowy przetargowej. Złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania to jest kwoty uiszczanego wpisu od odwołania, poniesionych kosztów postępowania odwoławczego według przedłożonego zestawienia oraz kosztów zastępstwa procesowego oraz opłat skarbowych.

Odwołujący wskazał na interes do wniesienia odwołania, ponieważ złożona przez niego oferta jest najkorzystniejszą w zakresie pakietów: nr 6, nr 7, nr 9.

W uzasadnieniu odwołujący powołał w poczet dowodów następujące pisma. Pismo z dnia 21.11.2012r. ogłoszenie wyników postępowania, w którym zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 1a w związku z wcześniejszą umową z dnia 22 marca 2012r. nr 91/28/03/12 (umowa) pomiędzy zamawiającym a PGF Utrica Sp. z o.o.

Odwołujący opisując nie spełnienie przesłanek formalnych z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp zwrócił uwagę na następujące okoliczności. Nie wystąpiła przesłanka rozwiązania umowy. Zawarta umowa na piśmie powinna ulec rozwiązaniu z zachowaniem formy pisemnej na co wskazuje art. 77 § 2 k.c. Również nie nastąpiło rozwiązanie umowy przez czynności konkludentne, ponieważ zamawiający cały czas dokonywał zamówień a odwołujący je realizował, aż do dnia 25 października 2012r. kiedy to zamawiający wezwał odwołującego do wystawienia korekt faktur. Nawet gdyby przyjąć fakt rozwiązania umowy to rozwiązanie nie nastąpiło w terminie trzech lat przed wszczęciem postępowania. Zamawiający pismem z dnia 26 października 2012r. poinformował o rozwiązaniu umowy, które doręczono odwołującemu w dniu 30 października 2012r. Natomiast wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu 22 września 2012r. poprzez ogłoszenie o zamówieniu. Odwołujący na okoliczność chwili złożenia oświadczenia przywołał art. 61 kodeksu cywilnego. Na dowód odwołujący przedłożył pismo z dnia 26.10.2012r. wraz z potwierdzeniem odbioru. Odwołujący podniósł, że nie została spełniona również przesłanka niezrealizowanego zamówienia co najmniej na poziomie 5 procent. Według odwołującego zamówienie zostało przez niego zrealizowane w 100 procentach. Na dowód powyższego odwołujący złożył zamówienia zamawiającego oraz faktury VAT wystawione przez odwołującego za dostarczone zamówienia z potwierdzeniem odbioru na tychże fakturach przez zamawiającego. Odwołujący zaznacza, że realizacja zamówienia nie jest tożsama z wykonaniem umowy. Odwołujący zwraca uwagę na zapis §7 umowy, który zastrzega możliwość niepełnej realizacji umowy – zamówienia mniejszej ilości leków niż zakontraktowana. W ocenie odwołującego zamówienia na leki realizowane są na poziomie 70 procent. W niniejszej sprawie odwołujący zrealizował zamówienia w 100% fakt

ten jest bezsporny pomiędzy stronami co zostało przyznane przez zamawiającego w sprawie o Sygn. akt 2522/12. Na dowód odwołujący złożył do odwołania kopie zamówień i kopie faktur.

Odwołujący co do niespełnionych przesłanek materialnych art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp wskazał na następujące okoliczności. Nawet gdyby przyjąć, iż doszło do rozwiązania umowy, czemu odwołujący zaprzecza, to rozwiązanie umowy nie nastąpiło z powodu okoliczności za które odpowiada odwołujący. Zamawiający powiadomił odwołującego o rzekomym nienależytym wykonaniu umowy z jednoczesnym brakiem wskazania na czym to nienależyte wykonanie umowy polegało. Przy czym odwołujący przyznaje, że z pism otrzymanych od zamawiającego wynika, że odwołujący nie zastosował się do wezwania korekty faktur w terminie 7dni od daty wezwania. Korekty faktur miała dotyczyć leku „Sutent”, którego dostawa objęta była przedmiotową umową a urzędowa cena zbytu tego leku uległa zmianie decyzją Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012r. (Dziennik Urzędowy Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012r. poz. 49). W związku z tym odwołujący przedstawił zamawiającemu aneksy do umów obejmujące podwyżkę leków Sutent o kilkanaście tysięcy złotych na jednym opakowaniu. W ocenie odwołującego aneksowanie umowy jest przewidziane w umowie głównej w jej § 11 ust.4 w razie zmiany urzędowej ceny zbytu konkretnego leku. Jest to okoliczność cenotwórcza zewnętrzna niezależna od woli stron – stąd już w umowie zamieszczono zabezpieczenie w postaci możliwości zmiany umowy na wypadek zaistnienia takiej przyczyny. Odnośnie aneksów pomiędzy stronami toczyła się korespondencja. Tymczasem zamawiający składał zamówienia a odwołujący je realizował wystawiając faktury do czasu gdy pismem z dnia 25 października 2012r. zamawiający wezwał do wystawienia korekty faktur a w następnym dniu poinformował o rozwiązaniu umowy. Na te okoliczności odwołujący przywołał następujące dokumenty: pisma z dnia 17.09.2012r.; z dnia 15.10.2012r.; z dnia 25.10.2012r.; z dnia 26.10.2012r.; kopie zamówień; kopie faktur VAT wraz z zestawieniem, załączone do odwołania. Na okoliczność prawidłowego postępowania odwołujący przywołuje art.605 k.c. definiujący pojęcie dostawy oraz art.19 ustawy o podatku od towarów i usług mówiący o potwierdzeniu dostawy fakturą vat. Odwołujący uważa, że nie można w prawidłowym wykonaniu obowiązków publicznoprawnych dopatrywać się nienależytego wykonania umowy. Według odwołującego nawet gdyby przyjąć rozwiązanie umowy przez zamawiającego za skuteczne to nastąpiło one wskutek okoliczności za które odwołujący nie ponosi odpowiedzialności. Przyczyną rozwiązania umowy w takim przypadku była okoliczność zewnętrzna to jest zmiana cen urzędowych przez Ministra Zdrowia a nie okoliczności leżące po stronie odwołującego. Odwołujący również wskazał, że zamawiający znalazł się w sytuacji dłużnika a nie wierzyciela zalegając z zapłatą za dostawę leków i nie

płacąc przynajmniej do kwoty niekwestionowanej wysokości wystawionych faktur za leki. W ocenie odwołującego zamawiający działał celowo wykluczając odwołującego z kolejnych postępowań rzekomo pod warunkiem spełnienia się przesłanek z art. 24 ust.1 pkt 1 a ustawy pzp. W ocenie odwołującego zamawiający działał na szkodę odwołującego wykluczając jego na tej samej podstawie z kolejnych postępowań i zmuszając do korzystania ze środków ochrony prawnej. Według odwołującego postępowanie zamawiającego stoi w sprzeczności z ratio legis powołanego artykułu 24 ust.1 pkt 1 a ustawy pzp. Takie postępowanie powoduje, że zamawiający wybiera oferty z cenami wyższymi gdy odwołujący oferuje niższe ceny w kilku pakietach leków. Takie postępowanie godzi w interes publiczny.

Odwołujący ponadto kwestionuje skuteczność rozwiązania umowy w sytuacji gdy wezwanie do korekty faktur było wysłane w dniu 25 października 2012r. z wyznaczonym terminem 7 dni a już po upływie jednego dnia zamawiający w dniu 26 października 2012r. wystosował pismo do odwołującego, w którym zawiadamia o rozwiązaniu umowy. W ocenie odwołującego takie działanie zamawiającego miało posłużyć do wykluczenia odwołującego z postępowania co zostało spełnione przez zamawiającego za kilka dni.

Odwołujący zakwestionował brak zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania z podaniem okoliczności faktycznych i prawnych co przewiduje art. 24 ust.3 ustawy pzp. Bowiem o wykluczeniu z postępowania dowiedział się dopiero z pisma z dnia 21 listopada 2012r. o ogłoszeniu wyniku postępowania.

Ponadto zamawiający zawiadamiając o wyniku postępowania w rozumieniu art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy pzp podał tylko podstawę prawną wykluczenia nie podając uzasadnienia faktycznego tej czynności. Takie postępowanie utrudnia odniesienie się do uzasadnienia wykluczenia z postępowania a w konsekwencji uniemożliwia złożenie środka ochrony prawnej.

Mając powyższe na uwadze odwołujący zarzuca i wnosi jak w petitum odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołanie nie podlega odrzuceniu w myśl art.189 ust.2 ustawy pzp, ponieważ nie nastąpiło spełnienie jakiegokolwiek z przesłanek w tym przepisie przewidzianych.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy pzp, ponieważ przy jedynym kryterium ceny złożył najkorzystniejszą ofertę cenową w pakietach:

6, 7, 9 na dostawę leków. Podstawę niniejszego ustalenia stanowi protokół z postępowania o udzielenie zamówienia.

Na podstawie wskazanych i przedstawionych w odwołaniu oraz na rozprawie przez odwołującego i zamawiającego dokumentów, pism Izba ustaliła co następuje.

Zasadniczym zarzutem odwołującego co do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp jest art. 24 ust.1 pkt 1a zgodnie z którym „Z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5 % wartości zamówienia.

W związku z powyższym zarzutem odwołującego dotyczącym niespełnienia przesłanek formalnych i materialnych przywołanego przepisu ustawy pzp Izba dokonała następujących ustaleń:

1. Wykluczenie z postępowania odwołującego nastąpiło z powodu rozwiązania umowy zawartej w dniu 22 marca 2012 r. pomiędzy zamawiającym a PGF URTICA Sp. z o.o. czyli jednym z wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie spornego zamówienia a który to wykonawca złożył odwołanie jako lider konsorcjum. Chodzi o realizację powyżej przywołanej umowy nr 91/28/03/12 na dostawę leków przedłożoną przez obydwie strony w poczet dowodów. W §1 umowy wykonawca wyłoniony w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przyjął do wykonania zakres zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) i złożoną ofertą przetargową. Przedmiotem umowy był zakup i dostawa produktów leczniczych, których wykaz wraz z cenami stanowi załącznik nr 1 do umowy zgodnie z ofertą cenową z dnia 23.01.2012r. Do umowy załączony jest wspomniany Wykaz leków wraz z wskazaniem numeru pakietu, nazwą międzynarodową i handlową wchodzącego w skład pakietu leku, ilością opakowań, opisem równoważnika, ceną netto, wartością netto, VAT oraz wartością brutto. Z podsumowania zestawienia wynika, że wartość zamówienia wynosi 12 625 815,38 zł brutto. Przy czym kwota ta poza wspomnianym Wykazem stanowiącym Załącznik Nr 1 do umowy nie jest nigdzie więcej

wymieniona w żadnym fragmencie umowy. W § 1 umowy strony zdefiniowały, że zamawiający rozumie przez dostawę produktów leczniczych cykliczną ich dostawę na wezwanie zamawiającego w terminach przez niego określonych. Co do określenia terminów realizacji zamówienia to w § 6 umowy przewidziano maksymalnie do 72 godzin od złożenia zamówienia telefonicznie, potwierdzonego faksem. Przy czym zamawiający w § 7 umowy zastrzega, że ilości zamawianego leku mogą ulec zmniejszeniu, w trakcie 12 miesięcznego okresu realizacji umowy (umowa zawarta na okres 12 miesięcy, jednak nie dłużej, niż do czasu wyczerpania wartości umowy - § 2 umowy) i będą wynikały z bieżących zamówień bez możliwości dochodzenia roszczeń przez wykonawcę z tytułu zmniejszenia ilości zakupionych leków. Ważną dla rozstrzygnięcia sporu kwestią jest ustalenie, że wykonawca zagwarantował niezmiennosc cen. Stanowią o tym zapisy § 11 umowy, według którego za dostarczony lek przysługuje wynagrodzenie w wysokości ceny preparatu zgodnie z zał. nr 1 do umowy, wykonawca gwarantuje niezmiennosc cen brutto przez cały okres obowiązywania umowy. Przy czym w tymże § 11 ust. 4 umowy strony przewidziały: „Dopuszczalna jest zmiana ceny leku w postaci Aneksu do Umowy w przypadku zmiany zasad finansowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia kosztów zakupów leków lub zmiany ceny urzędowej leków”.

2. W trakcie realizacji umowy z dnia 22.03.2012r. począwszy od miesiąca lipca 2012 r. odwołujący zaczął wystawiać faktury na kwoty wyższe niż wynikające z załącznika nr 1 do umowy (pierwsza faktura VAT, której korekty z tego powodu domagał się zamawiający nosi datę 27.07.2012r. – wezwanie zamawiającego z dnia 10.08.2012r.). Zamawiający powoływał się na § 12 ust. 2 i 3 umowy, zgodnie z którym „2.W przypadku dostarczenia Zamawiającemu przez Wykonawcę faktury VAT niezgodnej z treścią wiążącej strony umowy, zawierającej nieprawidłową ilość zamawianego asortymentu, rodzaj, cenę, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury VAT korygującej zgodnej z umową w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania. 3. Nie zastosowanie się Wykonawcy do wymogu określonego przez Zamawiającego w ust. 2, będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy Wykonawcy”.
3. Zamawiający kilkakrotnie pisemnie wzywał odwołującego do korekty faktur VAT (pisma: z dnia 10 sierpnia 2012 r., 28 sierpnia 2012 r. i 15 października 2012 r., których odpisy potwierdzone za zgodność z oryginałem złożone zostały w poczet dowodów na rozprawie przez zamawiającego). Z treści tychże pism wynika, że zamawiający nie wyraża zgody na zmianę cen i oczekuje wystawienia korekt do n/w faktur VAT. W pismach tych zamawiający wzywając do korekty faktur VAT z przywołaniem § 11 ust.3

umowy (ust.3 Wykonawca gwarantuje niezmiennosc cen brutto przez cały okres obowiazywania umowy) kazdorazowo oswiadcza, ze „nie wyrazamy zgody na zmianę cen”. W związku z bezskutecznością wezwani zamawiający skierował do odwołującego pismo z dnia 18 października 2012 r. przedstawione również na rozprawie, w którym „w trybie § 12 ust. 2 Umowy Nr 91/28/03/12 niniejszym wzywa Wykonawcę zamówienia publicznego do dostarczenia faktur VAT zgodnych z umową w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania. Nie zastosowanie się Wykonawcy do powyższego wymogu będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy Wykonawcy i nastąpi przepadek zabezpieczenia należytego wykonania umowy na rzecz Zamawiającego w związku z nienależyтым wykonaniem zamówienia publicznego przez Państwa spółkę.” Z treści § 14 ust. 1c umowy wynika, że „przez nienależyte wykonanie umowy rozumie się nie zastosowanie się Wykonawcy do wymogu określonego przez zamawiającego w § 12 ust.2” czyli nie dostarczenie faktury VAT korygującej zgodnej z umową w terminie 7 dni od dnia wezwania.

4. Również w dniu 18 października 2012r. zamawiający za pismem przewodnim zwrócił odwołującemu „przesłane przy piśmie z dnia 17.09.2012r., a doręczone w dniu 08.10.2012r. aneksy do Umowy nr 91/28/03/12 jako sprzeczne ze zobowiązaniem Wykonawcy zamówienia publicznego wynikającego z oferty, a polegającego na niezmienności ceny brutto zamawianego towaru. Zmiany polegające na podniesieniu cen leków są w związku z tym niezgodne z dyspozycją prawo zamówień publicznych”. Z kolei z załączonego do pisma projektu Aneksu wynika, że strony postanawiają wprowadzić możliwość zmian cen leków w stosunku do zmian wynikających z obowiązującego Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 01.07.2012r. Do Aneksu umowy dołączony jest wykaz leków, które miałyby być objęte zmianą cen (Adriblastina, Farmorubicin i Sutent producent Pfizer). W aneksie odwołujący przedstawił uzasadnienie do dokonanych zmian między innymi „niemożliwe do przewidzenia zmiany Urzędowych Cen Zbytu poprzez dokonywane przez Ministra Zdrowia zmiany decyzji administracyjnych” oraz „ustalenie, że zmiana umowy nie jest istotna, gdyż zmiana obowiązującego stanu prawnego dotyczy wszystkich wykonawców i nie ma wpływu na wybór oferty”. Pismo to zostało złożone w poczet dowodów na rozprawie przez zamawiającego.
5. W poczet dowodów złożono również dwa pisma z datą 26 października 2012r. skierowane przez zamawiającego do odwołującego z informacją, „(...)że w związku z nienależyтым wykonaniem Umowy Nr 91/28/03/12 uległa ona rozwiązaniu” oraz „w

związku z nienależytym wykonaniem umowy (...) tj. nie dostarczeniem faktury VATnastępuje przypadek zabezpieczenia należytego wykonania umowy(...).

6. Według oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie, po dokonaniu rozwiązania umowy z odwołującym z powodu nie sporządzenia korekt faktur VAT, ostatecznie w miesiącu listopadzie 2012r. odwołujący dokonał oczekiwanych korekt faktur VAT za wyjątkiem leku o nazwie „Sutent”. Natomiast odwołujący na rozprawie potwierdził powyższą okoliczność przy czym stwierdził, że zastrzegł możliwość żądania zwrotu. Ponadto zamawiający złożył na rozprawie w poczet dowodów pismo skierowane do odwołującego z dnia 13 listopada 2012r. o treści „W związku z pismem w sprawie faktur korygujących na leki z dnia 07.11.2012r. uprzejmie informujemy, że pozostaje ono dla Zamawiającego niejasne, nie wynika z niego jakiego zwrotu świadczenia będziecie Państwo dochodzili.”
7. W poczet dowodów przedłożono również pisma wskazujące na korespondencję pomiędzy stronami po rozwiązaniu umowy to jest pisma odwołującego z dnia 6 listopada 2012r., 7 listopada 2012r., 8 listopada 2012r. w których odwołujący zwraca się do zamawiającego o podjęcie działań celem osiągnięcia porozumienia, wezwania do niezwłocznego zaniechania „bezprawnych działań”, o skutkach obniżenia ceny Sutent z dniem 1 listopada 2012r. do poprzedniego poziomu sprzed 1 lipca 2012r. w drodze kolejnej nieprzewidywalnej decyzji Ministra Zdrowia. Wskazanie, że okoliczności zmian cen są zewnętrzne i niezależne od firmy, zatem nie można odwołującego obarczać za nie odpowiedzialnością. Zamawiający podnosił, że okoliczność, iż lek jest refundowany nie zmienia sytuacji zamawiającego i konieczności zapłaty wyższej ceny. Reasumując według odwołującego pewność cen leków istnieje tylko w okresie dwumiesięcznym, a wykonawca nie ma wpływu na decyzje Ministra Zdrowia. Natomiast zamawiający na rozprawie podtrzymał dotychczasowe stanowisko co do podjętych czynności wobec odwołującego w zakresie wykluczenia z postępowania wobec nie przedłożenia na wezwanie korekty faktur VAT wystawionych niezgodnie z zawartą umową. Jednocześnie zamawiający na rozprawie przedłożył swoje pismo z dnia 13 listopada 2012r., w którym uznał przeprowadzenie spotkania z odwołującym za bezprzedmiotowe wobec przeprowadzonej pomiędzy stronami jednoznacznej korespondencji w sprawie. Zamawiający również na rozprawie przedłożył zestawienie kierownika apteki wskazujące na różnice cenowe leków Adriblastina, Farmorubicin i Sutent producent Pfizer od m-ca lipca 2012r. wskutek wystawienia faktur po innych cenach niż wynikających z załącznika nr 1 do umowy to jest przedstawione „Różnice między wartością umowy a cenami narzuconymi przez odwołującego”.

8. Zamawiający zaprzeczył na rozprawie twierdzeniom odwołującego jakoby nie realizował terminowo zapłat za dostarczone leki, ponieważ czynił to terminowo do wysokości cen zgodnych z zawartą umową. Na dowód powyższego Zamawiający przedłożył na rozprawie Zestawienie faktur odwołującego za okres od 22.03.do 30.10.2012r. z zaznaczeniem daty wystawienia faktur, terminu płatności, daty zlecenia przelewu, numeru faktury, wartości faktur pierwotnych, wartości faktur korygujących, kwoty pozostałej do zapłaty, różnicy pomiędzy ceną z umowy a ceną z faktury. Z podsumowania zestawienia wynika, że na dzień 30 października 2012 r. wartość wykonania umowy wynosiła 4 733 657,26 zł. przy łącznej wartości brutto umowy 12 625 815,38 zł, wartość procentowa realizacji umowy stanowi 37,49% wartości umowy brutto, przy wartości procentowej nienależytego wykonania umowy w stosunku do wartości brutto umowy 6,25% i wartość procentowa wystawionych korekt w stosunku do wartości brutto umowy na dzień 30.10.2012r. to 2,44 procent. Według wyliczeń zamawiającego uwzględniając korekty odwołującego po dacie 30.10.2012r. wartość procentowa nienależytego wykonania umowy w stosunku do wartości brutto umowy kształtuje się na poziomie 6,03 procent.
9. Izba nie przeprowadziła dowodu z przesłuchania świadka wskazanego przez odwołującego w osobie Pani B..... N..... na okoliczność naruszenia art.24 ust 1 pkt 1a i oraz 24 ust.3 ustawy, ponieważ rozpoznanie zarzutów opartych o powyżej wskazane przepisy Izba dokonała o przedstawione przez strony dowody w postaci dokumentów i pism opisanych powyżej, uznając za zbędne przesłuchanie na te okoliczności świadka.

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń w oparciu o dokumenty i pisma w sprawie Izba zważyła co następuje.

Zasadniczy zarzut odwołania dotyczył naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania. Odwołujący w złożonym odwołaniu zakwestionował spełnienie zarówno warunków formalnych jak i materialnych przedmiotowego uregulowania w związku z jego wykluczeniem z postępowania.

Izba na podstawie przeprowadzonych powyżej ustaleń stwierdza przed wszystkim nie spełnienie podstawowej przesłanki materialnej tegoż przepisu a mianowicie wystąpienia

okoliczności za które odpowiada odwołujący w związku z rozwiązaniem umowy przez zamawiającego z odwołującym. Zamawiający skorzystał z przewidzianego przedmiotową umową prawa do rozwiązania umowy zakupu i dostawy leków. Jako podstawę do rozwiązania umowy zamawiający przyjął nie wykonanie jego wezwania do sporządzenia korekty faktur VAT wymienionych w pismach wzywających odwołującego do korekty i to pod rygorem rozwiązania umowy. W przekonaniu zamawiającego regulacja umowna w przypadku gdy w toku realizacji umowy wykonawca stosuje inne ceny za leki niż wynikające z załącznika do umowy stanowi podstawę do rozwiązania umowy z winy odwołującego. Należy nadmienić, że w załączniku do umowy zawarte zostały ceny tożsame z cenami wyspecyfikowanymi w formularzu cenowym oferty. Podstawę zawartej umowy co do zasady stanowi niezmiennosc cen w stosunku do złożonej oferty, na podstawie których to cen oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie zamawiającego niedopuszczalnym jest zmiana cen w trakcie realizacji umowy z uwagi na obowiązujące zasady ustawy prawo zamówień publicznych i treść zawartej umowy. Z kolei odwołujący w związku z dokonaną zmianą cen urzędowych na leki w trakcie realizacji umowy, w wystawianych fakturach przestał stosować ceny wynikające z załącznika nr 1 do umowy tylko zaczął stosować ceny według aktualnego zarządzenia Ministra Zdrowia. Chcąc zalegalizować zmianę cen przedłożył zamawiającemu aneksy do umowy z załącznikiem, w którym wyspecyfikował nowe ceny w stosunku do kilku leków, na które Minister Zdrowia wprowadził nowe ceny. Natomiast zamawiający nie zgadzając się z taką praktyką odwołującego najpierw wezwał odwołującego do sporządzenia korekt faktur VAT po czym zgodnie z zapowiedzią zawiadomił odwołującego o rozwiązaniu umowy z powodu okoliczności za które ponosi odpowiedzialność odwołujący. Natomiast przesłane projekty Aneksu odesłał bez akceptacji, uważając się związanym umową i cenami z niej wynikającymi. Dla zamawiającego podstawę do żądania korekty a w konsekwencji rozwiązania umowy stanowi § 12 ust.2 i ust.3 umowy, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do korekty faktury VAT w sytuacji niezgodności faktury z treścią wiążącej strony umowy, zawierającej nieprawidłową ilość zamawianego asortymentu, rodzaj, cenę. W ocenie Izby przewidziane sankcje w umowie mogą mieć zastosowanie gdy niewłaściwy opis przedmiotu sprzedaży i dostawy to jest nieprawidłowa ilość, nazwa czy cena w fakturze VAT są wynikiem niestaranności, niedbalstwa, pomyłki a nie świadomego, celowego działania wykonawcy, który domaga się zmiany ceny w trakcie realizacji kontraktu. Z okoliczności sprawy wynika, że zaistniała przyczyna zewnętrzna w postaci zmian cen urzędowych na przedmiotowe leki w związku z wydanym zarządzeniem Ministra Zdrowia co w konsekwencji spowodowało wystąpienie odwołującego do zamawiającego o aneksowanie umowy. Zamawiający nie kwestionował w toku postępowania odwoławczego okoliczności wydania zarządzenia przez Ministra Zdrowia jak również nie kwestionował przesłania jemu aneksu do

umowy. Natomiast w ocenie zamawiającego są to okoliczności nie mające wpływu na fakt, że w myśl zawartej umowy wykonawca ma obowiązek przez cały okres stosować ceny zawarte w zał. nr 1 do umowy. Co do zasady zamawiający ma prawo mieć takie stanowisko i ma prawo dokonywać zapłaty do wysokości niekwestionowanej przez niego faktury VAT. Natomiast w świetle zaistniałej sytuacji nie może skutecznie żądać od odwołującego korekty wystawionych faktur według nowych cen. Zamawiającemu w takiej sytuacji pozostaje odmowa zapłaty powyżej zawyżenia cen w stosunku do cen z zał. nr 1 do umowy, co zresztą uczynił. Natomiast żądanie korekty faktur VAT pozbawia odwołującego ewentualnych podstaw wystąpienia na drogę sądową z żądaniem zapłaty. Zresztą z oświadczeń zamawiającego i odwołującego na rozprawie wynika, że już po rozwiązaniu umowy w dacie 30.10.2012r. w miesiącu listopadzie odwołujący na część leków (za wyjątkiem najdroższego Sutent) dokonał korekty faktur ale z żądaniem zwrotu co przyznał zamawiający w powyżej cytowanym piśmie z dnia 13 listopada 2012r.(„W związku z pismem w sprawie faktur korygujących na leki z dnia 07.11.2012r. uprzejmie informujemy, że pozostaje ono dla Zamawiającego niejasne, nie wynika z niego jakiego zwrotu świadczenia będziecie Państwo dochodzili.”).

W związku z powyższym Izba oceniając całość zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdza, że brakowi reakcji odwołującego na żądanie zamawiającego korekty faktur VAT nie można przypisać skutków przewidzianych w § 12 umowy i na tej podstawie skutecznie rozwiązać umowę z konsekwencjami przewidzianymi w art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp. Tym samym brak po stronie odwołującego korekty faktur VAT nie może być zakwalifikowany do okoliczności za które odpowiada odwołujący w rozumieniu art.24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp. Brak reakcji odwołującego na wezwanie zamawiającego do korekty faktur VAT jest usprawiedliwiony treścią § 11 ust. 4 umowy zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana ceny leku w drodze aneksu do umowy w przypadku zmiany urzędowej ceny leku. Owszem zamawiający również w ramach suwerenności swoich decyzji ma prawo odmówić zapłaty powyżej cen z formularza cenowego w tym podpisania aneksu do umowy. Natomiast nie oznacza to, że zamawiający ma prawo pozbawiać wykonawcę ewentualnych roszczeń powstałych na tle wykonywania umowy poprzez żądanie korekty wystawionych faktur VAT stanowiących dowód żądania zapłaty. Takie decyzje wykonawcy są decyzjami suwerennymi podejmowanymi w ramach prowadzonej działalności gospodarczej i świadczą o nienależyтым wykonywaniu umowy.

Reasumując takie zachowanie odwołującego nie można zakwalifikować do okoliczności za które ponosi odpowiedzialność w rozumieniu odpowiedzialności przewidzianej w art. 471 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp. Zgodnie z art.471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania chyba, że

niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Co prawda dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi (art. 473 § 1 k.c.) nie mniej wobec treści § 11 ust.4 umowy („Dopuszczalna jest zmiana ceny leku w postaci Aneksu do Umowy w przypadku zmiany zasad finansowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia kosztów zakupów leków lub zmiany ceny urzędowej leków”) w przedmiotowej sytuacji nie może mieć zastosowania § 12 ust. 2 i 3 umowy (§ 12 ust. 2. W przypadku dostarczenia Zamawiającemu przez Wykonawcę faktury VAT niezgodnej z treścią wiążącej strony umowy, zawierającej nieprawidłową ilość zamawianego asortymentu, rodzaj, cenę, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury VAT korygującej zgodnej z umową w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania. ust. 3. Nie zastosowanie się Wykonawcy do wymogu określonego przez Zamawiającego w ust. 2, będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy Wykonawcy”) z konsekwencjami wynikającymi z art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp., ponieważ nie zachodzi sytuacja uzasadnionego żądania korekty wystawionych faktur VAT.

W przedmiotowej sprawie okolicznościami podnoszonymi przez odwołującego za które odpowiedzialności nie ponosi jest wydanie w trakcie trwania realizacji umowy zarządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 01.07.2012r. oraz regulacja zawarta w § 11 ust.4 umowy zgodnie z którą dopuszczalna jest zmiana ceny leku w postaci Aneksu do Umowy w przypadku zmiany zasad finansowania przez Narodowy Fundusz Zdrowia kosztów zakupu leków lub zmiany ceny urzędowej leków. Nie uzasadniona jest interpretacja § 11 ust.4 umowy przedstawiona na rozprawie przez zamawiającego, że zapis ten dotyczy tylko sytuacji gdy ceny urzędowe zostają obniżone, biorąc pod uwagę, że cena ma charakter maksymalny. W związku z wydanym powyżej przywołanym zarządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012r. i odmową podpisania aneksu do umowy przez zamawiającego prawem wykonawcy jest wystawienie faktury według nowych cen a obowiązkiem zamawiającego jest zapłata do wysokości nie kwestionowanej. Takie zachowanie odwołującego nie może być zakwalifikowane wprost do dyspozycji § 12 ust.2 i 3 umowy to jest do nie dostarczenia na wezwanie zamawiającego skorygowanej faktury z prawem zamawiającego do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy Wykonawcy.

Tym samym w przedmiotowej sprawie wykonawca wystawiając zakwestionowane przez zamawiającego faktury VAT nie dopuścił się czynu naruszającego zasady należytej staranności i należytego wykonania umowy.

Co do dalszych zarzutów naruszenia art.24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp to na podstawie dokonanych ustaleń w toku postępowania odwoławczego Izba stwierdza, iż nastąpiło rozwiązanie umowy poprzez zawiadomienie pismem z dnia 26 października 2012r., które doręczono odwołującemu w dniu 30 października 2012r. Tym samym wbrew twierdzeniom odwołującego została spełniona formalna przesłanka rozwiązania umowy.

Nie została jednak spełniona kolejna formalna przesłanka rozwiązania umowy w terminie trzech lat przed wszczęciem postępowania. Bowiem Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2012r. a rozwiązanie umowy nastąpiło po wszczęciu postępowania to jest dnia 30 października 2012r. czyli po wszczęciu a nie przed wszczęciem postępowania jak wymaga tego art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp.

Co do spełnienia kolejnej przesłanki nie zrealizowania wartości zamówienia co najmniej na poziomie 5% wartości to zamawiający wyliczył i przedłożył na rozprawie, że wyniosło ono 6,25% na dzień rozwiązania umowy. Z kolei odwołujący nie dokonując korekty wystawionych faktur VAT oraz z uwagi na fakt bieżącego dostarczania zamawianych leków twierdzi, że zamówienie zostało zrealizowane w 100 procentach. Izba również bierze pod uwagę okoliczność, że umowa jest tak sformułowana, że to zamawiający decyduje o wielkości realizacji zamówienia a wartość zamówienia podana w ofertach służyła tylko do porównania złożonych ofert bez gwarancji wykonania zamówienia w 100 procentach. Reasumując o wielkości realizacji zamówienia decyduje suwerennie zamawiający kierując każdorazowo pod adresem wykonawcy konkretne zamówienie w ramach zawartego kontraktu na dostawy leków. Wobec uznania przez Izbę, że nie została spełniona po stronie odwołującego okoliczność za którą ponosi on odpowiedzialność a mająca wpływ na rozwiązanie umowy, rozważania na temat stopnia nie wykonania umowy są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy.

Powyższą ocenę zachowania odwołującego Izba rozpoznała również z uwzględnieniem Wyroku Trybunału z dnia 13 grudnia 2012r. w sprawie C-451/11 orzeczenie w trybie prejudycjalnym, złożonej przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) w postępowaniu Forposta S.A., ABC Direct Contact Sp.z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A., który orzekł następująco:

1. Artykuł 45 ust.2 akapit pierwszy lit.d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań

krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które ten wykonawca ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

2. Zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdza, że nastąpiło w przedmiotowej sprawie naruszenie Artykułu 45 ust.2 akapit pierwszy lit.d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, co do wystąpienia winy odwołującego poważnego wykroczenia zawodowego. Bowiem Izba nie stwierdziła, że nie skorygowanie wystawionych faktur na wezwanie zamawiającego można zakwalifikować do poważnego wykroczenia zawodowego odwołującego.

Co do pozostałych zarzutów to jest braku odrębnego powiadomienia o podstawach faktycznych i prawnych wykluczenia na podstawie art. 24 ust.3 ustawy pzp to zarzut jest nieuprawniony w kontekście brzmienia art. 92 ust.1 pkt 3) ustawy pzp zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Czyli brak podstaw formalnych i prawnych do żądania odrębnego zawiadomienia na podstawie art. 24 ust.3 ustawy pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3) ustawy pzp przez brak rzetelnego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia to w ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nie uniemożliwił on Odwołującemu wniesienie i argumentację odwołania.

Również wskazanie na okoliczność, iż powyżej wymieniona umowa była zawarta pomiędzy zamawiającym a tylko jednym z konsorcjantów to jest aktualnie liderem konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Bowiem co do zasady konsorcjanci ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego. W związku z tym nie ma znaczenia dla skuteczności wykluczenia z postępowania okoliczność, że rozwiązana umowa dotyczyła tylko jednego z konsorcjantów. Skutki rozwiązania umowy z jednym z konsorcjantów rozciągają się na całe konsorcjum jako wykonawcę, który podlega regułom wykluczenia w trybie art. 24 ustawy pzp.

W związku z powyższym, że potwierdził się zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 1 a ustawy pzp mający wpływ na wynik postępowania, odwołanie zasługuje na uwzględnienie na podstawie art. 192 ust.2 ustawy pzp.

Co do kosztów postępowania Izba uwzględniła wniosek złożony na rozprawie za wyjątkiem rachunków za przelot samolotem z dnia 4 grudnia 2012 r. na kwotę 749,43 zł. i w dniu rozprawy 27 grudnia 2012r. na kwotę 561,57 zł., ponieważ nie zostały przedłożone w języku polskim zgodnie z § 19 ust.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2010r. nr 48 poz. 280).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wynagrodzenia pełnomocnika oraz wydatki związane ze stawiennictwem na rozprawie.

Przewodniczący:

członkowie

.....