Sygn. akt: KIO 347/20, KIO 354/20

POSTANOWIENIE
z dnia 26 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aleksandra Patyk**
Członkowie: **Anna Packo**
Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 lutego 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 lutego 2020 r. przez wykonawcę **EGIS POLSKA DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 347/20),
B. w dniu 20 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 354/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **EGIS POLSKA DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
3. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 347/20, KIO 354/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup (dostawę) produktów leczniczych (leków) i wyrobów medycznych - 518 pakietów* (znak postępowania: EZP/20/20).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 028-063926.

Sygn. akt: KIO 347/20

W dniu 19 lutego 2020 r. wykonawca EGIS POLSKA DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr 63 oraz 72 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez nieuzasadnione wprowadzenie obowiązku dostawy leku zawierającego substancję czynną trastuzumab w fiolce o pojemności 15 ml, podczas gdy trastuzumab w wymaganej przez Zamawiającego dawce 150 mg, występuje na rynku zarówno w fiolce o pojemności 15 ml, jak i w fiolce o pojemności 20 ml, co w konsekwencji prowadzi do eliminacji z Postępowania dwu producentów trastuzumabu, mimo iż posiadają oni leki dopuszczone do obrotu na terenie Polski w dawce substancji czynnej wymaganej przez Zamawiającego;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez narzucenie w ramach Pakietu nr 63 obowiązku dostawy leku o nazwie handlowej MabThera, jako jedynego mającego w swojej ofercie także dawkę 1400 mg roztworu do wstrzykiwania, tj. narzucenie dostawy leku o nazwie handlowej MabThera, produkowanego przez Roche, wprost wskazanej w opisie Pakietu nr 63, bez rzeczywistej możliwości zaoferowania produktów równoważnych;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieuzasadnione faworyzowanie w ramach Pakietu nr 63 producenta leku o nazwie handlowej MabThera;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 aa) ust. 1 ustawy Pzp, przez wskazanie obowiązku dostawy leku rytuksymab od producenta Roche w zakresie Pakietu nr 63 w ilości nieproporcjonalnie wysokiej do rzeczywistej ilości leku podawanego jako dawka inicjująca przed podaniem podskórnym;
5. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, przez nieuzasadnione dyskryminowanie w ramach Pakietu nr 72

części wykonawców oferujących lek odpowiadający wszystkim rzeczywistym potrzebom Zamawiającego;
6. art. 15 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w ramach Pakietów nr 63 i 72 na żądanie jednego z wykonawców, w sposób wyrażający wyłącznie interes finansowy wykonawcy i sprzeczny z interesem Zamawiającego i interesem publicznym.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w następującym zakresie:
1. w zakresie Pakietu nr 63 (rytuksymab):
a) zniesienie Pakietu nr 63 i przeniesienie całej zamawianej ilości rytuksymabu w dawkach 100 mg i 500 mg do pakietu nr 62, przy zachowaniu jego aktualnego brzmienia,
ewentualnie
b) ograniczenia ilości rytuksymabu zamawianego w ramach Pakietu nr 63 wyłącznie do ilości proporcjonalnej do zakresu zamawianego w ramach Pakietu nr 64 rytuksymabu 1400 mg do wstrzykiwania podskórnego, tj. do 15 000 mg rytuksymabu, oraz przeniesienia pozostałej części rytuksymabu z Pakietu nr 63 do Pakietu nr 62;
2. w zakresie Pakietu nr 72:
a) usunięcie wymogu zaoferowania leku zawierającego substancję czynną trastuzumab w fiolce o pojemności 15 ml poprzez wskazanie, że przedmiotem zamówienia jest:
Trastuzumabum dawka: 150 mg postać: inj. iv. (proszek do p. roztworu) op.1l,0 fioł. s.subst. Trwałość po rekonstytucji minimum 48 h. Realizacja w zarejestrowanych dawkach.
b) ewentualnie: dopuszczenie możliwości zaoferowania leku zawierającego substancję czynną trastuzumab w dawce 150 mg, zarówno w fiolce o pojemności 15 ml, jak i w fiolce o pojemności 20 ml. Trastuzumabum dawka: 150 mg postać: inj. iv. (proszek do p. roztworu) op./1,0 fiok s.subst. 15 ml lub 20 ml. Trwałość po rekonstytucji minimum 48 h. Realizacja w zarejestrowanych dawkach.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Sygn. akt: KIO 354/20

W dniu 20 lutego 2020 r. wykonawca Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ - cd. opisu - wymagania ogólne (opis pod pakietami

s. 551 - [numeracja w stopce] drugiej części SIWZ) w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów (art. 353 (1) k.c.) oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, a to sprzecznie z:

a) art. 353 (1) KC w zw. z art. 538 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie przez Zamawiającego, w tiret dziesiąte c.d. opisu - wymagania ogólne (znajdujących się pod pakietami, s. 551 (numeracja w stopce) drugiej części SIWZ), że *ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ* tj. błędne uznanie przez Zamawiającego, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wprowadzające lub zmieniające istniejący katalog współczynników korygujących dla świadczeniodawców są zarządzeniami w rozumieniu ww. przepisu art. 538 KC, stanowiącego podstawę prawną do stosowania przez świadczeniodawców cen maksymalnych oraz, że ww. zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia są wiążące dla dostawców (przy czym Odwołujący zakłada, że Zamawiający ma na myśli instytucję współczynników korygujących wprowadzanych Zarządzeniami Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, gdyż Obwieszczeniami Ministra Zdrowia regulowane są świadczenia refundowane i nie ma tam instytucji czynników korygujących NFZ) podczas gdy:

- po pierwsze: zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych mają charakter wyłącznie wewnętrzny konkretyzujący obowiązki Prezesa NFZ - co też oznacza, że jedynym ich adresatem są świadczeniodawcy (w tym Zamawiający) zawierający umowę z oddziałem wojewódzkim NFZ o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej; Wykonawcy zatem nie są adresatem ani stroną ww. zarządzenia i zarządzenia te nie mogą stanowić w stosunku do nich źródła zobowiązania;

- po drugie: zarządzenie, o którym mowa w art. 538 KC oznacza aktualnie wyłącznie akt prawny wydany na podstawie i w granicach zakreślonych przez ustawy, obligujących do stosowania tych zarządzeń powszechnie (w tym wypadku przez Zamawiającego, Wykonawców i innych uczestników obrotu), co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie ma prawnej możliwości do narzucania cen maksymalnych, w dodatku o charakterze ruchomym i przerzucenia na Wykonawcę obowiązku dostosowania ceny sprzedaży produktów leczniczych w taki sposób, aby Zamawiający mógł skorzystać ze współczynnika korygującego;

b) art. 353 KC oraz w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zniekształcenie przez Zamawiającego w postanowieniu tiret dziesiąte c.d. Opisu - wymagania ogólne, wymagającego aby ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia były obowiązkowo zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem

oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ, podstawowej cechy, zobowiązania, tj. Wykonawca nie jest w stanie wskazać ile finalnie wynosi cena sprzedaży produktów leczniczych na rzecz Zamawiającego w ramach udzielonego zamówienia publicznego;

c) naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w zw. z art. 9 Ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako UOKiK) - zapisy tiret dziesiąte opisu - wymagania ogólne naruszają zasady uczciwej konkurencji poprzez wykluczenie dostawców tych produktów leczniczych, którzy są w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, jednakże wobec poczynionych zapasów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do zarządzenia Prezesa NFZ. Zamawiający poprzez wskazane wyżej postanowienie faworyzuje producentów produktów leczniczych przystępujących do postępowania przetargowego, którzy jako pierwsze ogniwo łańcucha dystrybucyjnego nie kupują produktów od innych wytwórców i są w stanie uelastycznić cenę sprzedaży na rzecz Zamawiającego, podczas gdy wykonawcy prowadzący hurtownie farmaceutyczne musieliby to czynić wyłącznie ze stratą finansową; Ponadto Zamawiający wprowadzając kwestionowane postanowienie i nadużywa swojej pozycji dominującej, przerzucając w sposób niedozwolony i bezpodstawny konsekwencje finansowe zmian w wewnętrznych rozliczeniach między NFZ a Zamawiającym, czyniąc tym samym tę klauzulę nieważną zgodnie z art. 9 ust. 3 UOKIK;

d) art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 77 KC w zw. z art. 144 ustawy Pzp i art. 139 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 140 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w tiret dziesiąte c.d. opisu - wymagania ogólne przez Zamawiającego, że *ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia musza być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ* - co zmierza do obejścia zarówno przepisu art. 140 ustawy Pzp oraz przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i stoi w sprzeczności z §5 wzorca umowy. Zamawiający przewidział bowiem w §5 różne tryby zmiany umowy wprowadzając w ust. 5 pkt 1 zasadę, że zmiany mają mieć charakter jednoznaczny z określeniem zakresu, charakteru i warunków. Natomiast niejednoznaczność omawianego ww. brzmienia tiret dziesiąte c.d. opisu

- wymagania ogólne i wskazanie w brzmieniu charakteru obowiązku (a nie możliwości) sugeruje wniosek o jego sprzeczności z wyżej wskazanymi przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Wydaje się, że Zamawiający przewidując bezprawną, swobodną, zmianę w konsekwencji wyłącznie na korzyść Zamawiającego w tiret 10 c.d. opisu - wymagania ogólne tworzy zatem wyjątek do nietraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP, wymagającej każdorazowo zgody obu stron. Zestawiając ze sobą postanowienie tiret 10 c.d. opisu - wymagania ogólne oraz §5 wzorca umowy - trudno jednoznacznie wskazać - w jakim zakresie taka zmiana będzie ujęta - czy będzie

wymagała zgody w formie aneksu czy też będzie traktowana jako obowiązek wykonawcy i będzie miała charakter bezaneksowy, przy czym samo brzmienie literalne postanowienia sugeruje, że wykonawca ma bezwzględny obowiązek obniżania ceny, co z kolei mogłoby stanowić obejście art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe zaś stanowi, że poprzez tiret 10 c.d opisu - wymagania ogólne wzorca umowy Zamawiający zmierza do nierównego traktowania Stron umowy. Zgodnie z art. 77 KC uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Zamawiający zatem pominął zasadniczą okoliczność, że każdorazowa zmiana ceny sprzedaży produktu leczniczego (którym jest także obniżenie ceny jednostkowej asortymentu jak i jej podwyższenie) stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 144, co oznacza, że postanowienie tiret dziesiąte c.d. opisu - wymagania ogólne, zmierzają także do obejścia przepisów odnośnie do wymaganej formy czynności prawnej (zmiany umowy przetargowej;
2. naturą stosunku zobowiązaniowego, z którą sprzeczne w niniejszym przypadku jest to, że Zamawiający, bez żadnej podstawy prawnej, jednostronnie i w sposób dowolny obliguje wykonawców do dostosowania ceny według reguł wskazanych w tiret dziesiąte c.d. opisu - wymagania szczególne, czym faktycznie wymusza do prowadzenia sprzedaży produktów leczniczych z każdorazowym ryzykiem straty finansowej, ponieważ współczynniki korygujące mogą zmieniać się cyklicznie wraz z kolejnym zarządzeniem Prezesa NFZ. Nadto, jak wskazano powyżej - wykonawca nie jest w stanie wskazać po jakiej cenie sprzeda kolejną partię produktów leczniczych zamówionych w ramach umowy przez Zamawiającego (zgodnie z §3 ust. 1 wzorca umowy). W konsekwencji więc - należy uznać, że Zamawiający zniekształca stosunek zobowiązujący uznając w sposób niedopuszczalny cenę sprzedaży za cenę maksymalną w rozumieniu KC i kształtuje ją w sposób dowolny, niezgodny z ograniczeniami zasady swobody umów, co podkreślono powyżej;
3. zasadami współżycia społecznego, w szczególności z zasadą uczciwości kupieckiej, ponieważ konieczność dostosowania ceny sprzedaży według reguł Zamawiającego wymuszają zmianę sposobu prowadzenia działalności przez wykonawców prowadzących hurtownie farmaceutyczne, co oznacza dla nich przystępowanie do przetargu ze świadomością utraty spodziewanego zarobku i prowadzenie własnej działalności w sposób nierentowny;
a w konsekwencji w/w postanowienia SIWZ uniemożliwiają wykonawcom prawidłową kalkulację ceny i tym samym utrudniają sporządzenie oferty, mogą utrudniać uczciwą konkurencję, a po zawarciu umowy - dotknięte będą sankcją nieważności.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez:
1. usunięcie tiret dziesiąte z c.d. opisu - wymagania ogólne (str. 551 (numer w stopce) SIWZ

cz. II, po opisie pakietów) o treści: *„ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia, muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ”;*
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści pisma;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionych przez stronę odwołującą, według przedłożonego zestawienia oraz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 34 zł.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

W dniu 25 lutego 2020 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedzi na odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 347/20 oraz KIO 354/20, w których oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołań w całości. Ww. pisma zostały podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania Zamawiającego.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..