

Sygn. akt: KIO 1274/21

POSTANOWIENIE

z dnia 10 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Piotr Kozłowski
Anna Kuszel-Kowalczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Urtica Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie, ul. Powstańców Wielkopolskich 2, 06-400 Ciechanów**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Urtica Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław** 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 2019 r., poz. 2019 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

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa produktów leczniczych stosowanych w chemioterapii”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2021/S 075-190996.

W dniu 29 kwietnia 2021 r. wykonawca Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) zarzucając Zamawiającemu:

I. naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z pkt 20 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w §1 ust. 1.2 w zw. §7 ust. 9 wzoru umowy (oraz w kontekście XVII pkt 3 SWZ) 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:

I. Przepisami powszechnie obowiązującymi:

a. art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 538 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie przez Zamawiającego w ww. postanowieniu wzorca umowy § 1 w zw. z §7 ust. 9, że *W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktuainosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego*

wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia tj. błędne uznanie przez Zamawiającego, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia i komunikaty NFZ ustalające średnie koszty rozliczania wybranych substancji czynnych wydawane na ich podstawie, o których mowa powyżej w kwestionowanym §7 ust. 9 są zarządzeniami w rozumieniu ww. przepisu art. 538 k.c., stanowiącego podstawę prawną do stosowania przez świadczeniodawców cen maksymalnych oraz, że ww. zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia są wiążące dla dostawców podczas gdy:

- po pierwsze: zarówno komunikaty Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane odnośnie średnich kosztów rozliczania substancji czynnych w programach lekowych i chemioterapii, jak i zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenia szpitalne w zakresie programów lekowych i chemioterapii, które są z kolei wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (w zakresie chemioterapii nr 24/2020/DGL z dnia 28 lutego 2020 r. i zarządzenie nr 180/2019/DGL i w zakresie programów lekowych nr 162/2020/ DGL z dnia 16 października 2020 r.) mają charakter wyłącznie wewnętrzny konkretyzujący obowiązki Prezesa NFZ w zakresie realizacji programów lekowych i chemioterapii - 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. komunikatów i zarządzeń i nie mogą one stanowić w stosunku do nich źródła zobowiązania;

- po drugie: zarządzenie, o którym mowa w art. 538 k.c. 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 przetrucenia na Wykonawcę obowiązku dostosowania ceny sprzedaży produktów leczniczych w taki sposób, aby Zamawiający mógł skorzystać z korzystnego rozliczenia wynikającego z komunikatu ustalającego lub zmieniającego średnie koszty rozliczeń substancji czynnych

b. art. 353 k.c. oraz w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zniekształcenie przez Zamawiającego podstawowej cechy zobowiązania w postanowieniu § 7 ust. 9 wzorca umowy, przewidującego zmianę umowy przez obniżenie ceny w sytuacji gdy *średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego*

objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, tj., Wykonawca nie jest w stanie wskazać ile finalnie wynosi cena sprzedaży produktów leczniczych na rzecz Zamawiającego w ramach udzielonego zamówienia publicznego, skoro każdorazowo cena ta ma być zależna od zmieniających się cyklicznie komunikatów podających średnie koszty rozliczenia substancji czynnych, które to koszty są wskaźnikiem nieobiektywnym, stanowiącym pewną średnią w oderwaniu od warunków poszczególnego postępowania przetargowego, które znacznie się różnią i takie uśrednianie bez oparcia się na porównaniu innych warunków umowy jest bezpodstawne i co najmniej narusza ww. postanowienia ustawy;

c. naruszenie art. 16 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 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.) - zapisy wzorca umowy (§ 7 ust. 9) dopuszczające zmianę ceny produktów w przypadku zmiany średnich kosztów rozliczenia substancji czynnych naruszają zasady uczciwej konkurencji poprzez wykluczenie dostawców tych produktów leczniczych, którzy są w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z SWZ, jednakże wobec poczynionych zapasów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do zarządzeń czy komunikatów Prezesa NFZ. Zamawiający faworyzuje zatem producentów produktów leczniczych przystępujących do postępowania przetargowego, którzy jako pierwsze ogniwo łańcucha dystrybucyjnego nie kupują produktów od innych wytwórców i są w stanie uelastyczyć cenę sprzedaży na rzecz Zamawiającego, podczas gdy wykonawcy prowadzący hurtownie farmaceutyczne musieliby to czynić wyłącznie ze stratą finansową. Ponadto Zamawiający wprowadzając kwestionowane postanowienia do umowy 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

d. art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z 454 ust 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w par. 7 ust. 9 umowy przez Zamawiającego, że Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej produktu objętego umową w sytuacji opublikowania komunikatu NFZ ustalającego niższy średni koszt rozliczania substancji czynnych, przy czym brak zgody Wykonawcy na zawarcie porozumienia będzie uprawniał Zamawiającego do rozwiązania umowy w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia umowy w stosunku do produktu, którego ceny Wykonawca nie obniży zgodnie z ww. komunikatem - co zmierza do obejścia przepisu art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający przewidział bowiem katalog uprawniający do zmiany umowy odrębnie w §7 ust. 2 wzorca umowy. Przewidując bezprawną i w istocie

swobodną zmianę wyłącznie na korzyść Zamawiającego w par. 7 ust. 9 tworzy zatem wyjątek do nietraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co też narusza ten przepis. W praktyce - Wykonawca może dokonać wyłącznie iluzorycznego wyboru - brak zgody będzie bowiem skutkować rozwiązaniem umowy. Powyższe zaś stanowi, że Zamawiający zmierza do nierównego traktowania Stron umowy. Zamawiający zatem pominął zasadniczą okoliczność, że każdorazowa zmiana ceny sprzedaży produktu leczniczego (którą jest także obniżenie ceny) stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 454 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

e. naruszenie art. 439 ust 2 - 4 ustawy Pzp w zw. z art. 440 ustawy Pzp poprzez brak ustanowienia żadnego z obligatoryjnych elementów klauzuli waloryzacyjnej wymaganej w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział w §7 ust. 9 wzorca umowy zmianę wysokości wynagrodzenia, podczas gdy zgodnie ww. przepisami ustawy Pzp, Zamawiający gdy przewiduje zawarcie postanowień dotyczących wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia powinien określić poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia, początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, a także określić sposób ustalenia takiej zmiany przez odesłanie do wskaźnika zmiany ceny lub wskazać inną podstawę, która uprawniałaby strony do żądania zmiany wynagrodzenia, a dodatkowo winien określić także sposób wpływu zmiany na koszt wykonania zamówienia i okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia a także Zamawiający powinien określić maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, zapisy 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy, w zakresie, w jakim przewidują zawarcie umowy na okres 12 miesięcy, ale z możliwością jej przedłużenia na czas nieokreślony (potrzebny do pełnej realizacji dostaw objętych umową) zmierzają do obejścia przepisów dotyczących obowiązków Zamawiającego przy umowach zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy, np. art. 439 ustawy Pzp.

II. Naturą stosunku zobowiązaniowego, z którą sprzeczne w niniejszym przypadku jest to, że Zamawiający, bez żadnej podstawy prawnej, jednostronnie i w sposób dowolny poprzez § 7 ust. 9 wzorca umowy, wymusza prowadzenie sprzedaży produktów leczniczych z każdorazowym ryzykiem straty finansowej, ponieważ średnie koszty rozliczenia substancji czynnych zmieniają się cyklicznie. Nadto, jak wskazano powyżej - Wykonawca nie jest w stanie wskazać po jakiej cenie sprzeda kolejną partię produktów leczniczych zamówionych w ramach umowy przez Zamawiającego. W konsekwencji - należy uznać, że Zamawiający zniekształca stosunek zobowiązujący uznając w sposób niedopuszczalny cenę sprzedaży za

cenę maksymalną w rozumieniu k.c. i kształtuje ją w sposób dowolny, niezgodny z ograniczeniami zasady swobody umów, co podkreślono powyżej. Trudno przy tym bowiem praktycznie założyć, że Szpital dopuści możliwość zmiany ceny substancji czynnych, jak literalnie wskazuje w §7 ust. 9, skoro wprost wskazuje, że w przypadku braku zgody Wykonawcy, Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia;

III. Zasadami współżycia społecznego, w szczególności z zasadą uczciwości kupieckiej, ponieważ konieczność dostosowania ceny sprzedaży według reguł Zamawiającego wymusza 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 ww. postanowienia wzoru umowy uniemożliwiają wykonawcom prawidłową kalkulację ceny i tym samym utrudniają sporządzenie oferty, mogą utrudniać uczciwą konkurencję, a po zawarciu umowy - dotknięte będą sankcją nieważności.

Odwołujący wniosk o:

I. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ i wzoru umowy poprzez:

1. usunięcie §7 ust. 9 wzoru umowy (załącznika nr 3 do SWZ): *W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia,*

2. usunięcie §7 ust. 10 (jako skutku usunięcia §7 ust. 9)

II. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści pisma;

III. 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 17,00 zł.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający w piśmie z dnia 6 maja 2021 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podał, że kopia odwołania została opublikowana w dniu 28 kwietnia 2021 r., a zatem termin na zgłoszenie przystąpienia minął w dniu 4 maja 2021 r.

W dniu 5 maja 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy 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 :

.....

.....