

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 19 marca 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **19 marca 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 marca 2019 roku** przez **Odwołującego - Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Katowicach**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 11 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 oraz 179 ust. 1, w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej jako „PZP”) odwołanie złożył wykonawca **Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktów leczniczych („Dostawa Leków 7”), prowadzi Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Katowicach**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 042- 094818”, nr ogłoszenia: 094818-2019, w dniu 28 lutego 2019r.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechań wobec zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiającego zarzucano naruszenie:

a. **art. 353 (1) KC w zw. z art. 538 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie przez Zamawiającego, we wzorcu umowy § 7 ust. 4, że cena leku za miligram ma ulegać zmianie w taki sposób aby nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowywania współczynnika korygującego określonego w Zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia nr 124/2018/DGL z dnia 28.11.2018r. aktualnego na dzień zakupu, bez konieczności sporządzania aneksu, tj. błędne uznanie przez Zamawiającego, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wprowadzające lub zmieniające istniejący katalog współczynników korygujących dla świadczeniodawców są zarządzeniami w rozumieniu art. 538 KC, stanowiącego podstawę prawną do stosowania przez świadczeniodawców cen maksymalnych oraz, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia są wiążące dla dostawców;

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. 139 ust. 1 PZP** - poprzez zniekształcenie przez Zamawiającego w § 7 ust. 4 wzorca umowy i trzecie tiret do Załącznika nr 1 do SIWZ, wymagającego aby cena leku na fakturze nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w zarządzeniu Prezesa 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. **art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 77 KC w zw. z art. 144 PZP i art. 139 ust 2 PZP** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego, że zmiana ceny produktu leczniczego nie stanowi zmiany przedmiotu umowy (§7 ust. 4) co w, zasadzie zmierza do obejścia przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP. Zamawiający przewidział bowiem katalog uprawniający do zmiany umowy odrębnie w §7 ust. 2 wzorca umowy, co oznacza, że wyłączenie dyspozycji postanowienia §7 ust. 4 Umowy poza ten katalog stanowi o woli Zamawiającego do nietraktowania zmiany ceny jako zmiany umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP; Co więcej owe nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego, że zmiana ceny produktu leczniczego nie stanowi zmiany przedmiotu umowy, oznacza brak konieczności sporządzenia aneksu co wprost wskazał Zamawiający w §7 ust.4 wzorca umowy, podczas gdy w myśl art. 139 ust. 2 PZP umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. 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 tak aby była ona zgodna z progiem kosztowym określonym zarządzeniem Prezesa NFZ stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 144, co oznacza, że postanowienia wzorca umowy §7 ust. 4, zmierzają także do obejścia przepisów odnośnie do wymaganej formy czynności prawnej (zmiany umowy przetargowej');

d. **naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 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 wzorca umowy (§ 7 ust. 4) dot. obowiązku dostosowania ceny przez Wykonawców do progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego (tj. §7 ust. 4) 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 §7 ust. 4 wzorca umowy faworyzuje 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 i załącznika nr 1 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.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i wzoru umowy poprzez:

1. usunięcie § 7 ust. 4 wzoru umowy (załącznika nr 5 do SIWZ),
2. usunięcie zapisu w trzecim tiret do Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z Załącznika nr 1 do wzorca umowy (który nie został dołączony do SIWZ, lecz wykonawca zakłada, że jego treść będzie tożsama z treścią załącznika nr 1 do SIWZ).

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podkreślił, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP interes ten, jako podmiotu zainteresowanego uzyskaniem zamówienia w postępowaniu, może doznać uszczerbku. Odwołujący jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu oraz złożeniem oferty. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umownych, wykonawcy nie są w stanie przedstawić prawidłowej kalkulacji ceny oraz sporządzić prawidłowo ofertę, ażeby była ona konkurencyjna wobec ofert innych wykonawców.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

Zamawiający przesłał informację, że w wyznaczonym terminie na składanie ofert, nie złożono żadnej oferty, wobec czego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Odwołujący w dniu 18 marca 2019 roku, przed terminem posiedzenia i rozprawy wyznaczonym na 19 marca 2019 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać

należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010r., poz. 972), jednocześnie odmawiając uwzględnienia wniosku Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego od Zamawiającego z uwagi na brzmienie § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o kosztach oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia o kosztach, uwzględniając okoliczność, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W przedmiotowym postępowaniu to Odwołujący był inicjatorem rozpoczęcia i zakończenia postępowania odwoławczego. On zdecydował o jego zakończeniu składając oświadczenie o cofnięciu środka ochrony prawnej. Powody, dla których taka decyzja nastąpiła, a także czy było to spowodowane czynnościami podjętymi przez Zamawiającego poza postępowaniem odwoławczym, nie powodują możliwości zasądzenia na rzecz Odwołującego jakichkolwiek innych kosztów, poza zwrotem 90% wpłaconego wpisu.

**Przewodniczący:**

.....