

Sygn. akt: KIO 1281/22

POSTANOWIENIE
z dnia 26 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Członkowie: Rafał Malinowski

Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2022 r. przez Odwołującego **Urtica sp. z o.o. (ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu (ul. H. Kamieńskiego 73A, 51-124 Wrocław)**

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- **LEK S.A. (ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków),**

- **Asclepios S.A. (ul. Hubska 44, 50-502 Wrocław)**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego **Urtica sp. z o.o. (ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław)** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa leków stosowanych w chemioterapii i w programach lekowych.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 02 maja 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S85 pod numerem 2022/S 085-229316.

12 maja 2022 roku Odwołujący Urtica sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z pkt 20 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w §3 ust. 7 i 8 (oraz w kontekście XXIII 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 przepisami powszechnie obowiązującymi:

- art. 16 pkt 2 PZP poprzez niejasne, ogólnikowe sformułowanie postanowienia §3 ust. 7 oraz ust. 8 wzorca umowy, odwołujące się do monitorowania cen przez NFZ, podczas gdy jest to pojęcie bardzo pojemne i pozwalające Zamawiającemu na korzystną dla siebie interpretację i dowolne korzystanie z uprawnienia określonego w §3 ust. 8 i w §11 ust. 2 wzorca umowy

- art. 353 (1) KC w zw. z art. 538 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia i komunikaty NFZ ustalające średnie koszty rozliczania wybranych substancji czynnych wydawane na ich podstawie są zarządzeniami w rozumieniu 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;

- 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 PZP - poprzez zniekształcenie przez Zamawiającego podstawowej cechy zobowiązania w postanowieniu § 3 ust. 7 i 8 wzorca umowy, przewidującego zmianę umowy przez jedynie obniżenie ceny w sytuacji gdy cena/ceny jednostkowe określone w umowie są wyższe niż ceny wynikające z monitorowania cen przez NFZ tj. odwołanie się do ogólnego i niejasnego określenia „monitorowania” cen przez NFZ,

- art. 433 pkt 3 i 4 PZP oraz art. 16 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. - zapisy wzorca umowy (§ 3 ust. 7 i 8) 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.

- §3 ust. 7 i 8 ma charakter abuzywny, ponieważ po pierwsze nakłada na wykonawcę niemożliwe do skalkulowania ryzyko wynikające z przydanego uprawnienia do *monitorowania cen* produktów i w jego efekcie żądania obniżenia cen, co w konsekwencji stanowi ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, co więcej niemożliwa jest także kalkulacja ryzyka związana z jednostronnym wypowiedzeniem umowy także bez wskazania w tej sytuacji minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (taki bowiem jest skutek odmowy Wykonawcy na obniżenie ceny), a po drugie zostaje wprowadzona odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający - jako strona umowy z NFZ i wyłączny podmiot, która może wiązać ta umowa (zgodnie z zarzutami powyżej),

- art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z 454 ust 1 i 2 PZP poprzez zastrzeżenie w §3 ust. 8 oraz w § 11 ust. 2 umowy przez Zamawiającego, że w przypadku kiedy cena/ceny jednostkowe określone w umowie są wyższe niż ceny wynikające z monitorowania cen przez NFZ, Strony dokonają zmiany umowy i dostosują cenę/ceny jednostkowe do poziomu monitorowania cen przez NFZ. Aneks zostanie zawarty w terminie 30 dni od otrzymania przez Zamawiającego informacji z NFZ o wyniku monitorowania cen lub opublikowania przez NFZ oficjalnego komunikatu w tym zakresie. Odmowa podpisania aneksu przez Wykonawcę jest równoznaczna z naruszeniem przez Wykonawcę obowiązków umownych i uprawnia Zamawiającego do rozwiązania umowy z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia -co zmierza do obejścia przepisu art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP. 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 PZP.

- art. 440 w zw. z art. 439 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez brak określenia klauzuli waloryzacyjnej we wzorcu umownym, podczas gdy stanowi to wymóg w przypadku kontraktów zawartych powyżej 12 miesięcy w myśl powołanych wyżej przepisów. Nadto, Zamawiający nie uwzględnił żadnych obligatoryjnych elementów klauzuli waloryzacyjnej, takich jak poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w art. 439 ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może

następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Tym samym określenie ww. elementów jest istotne z punktu widzenia ważności klauzuli waloryzacyjnej i elementem obligatoryjnym umowy, o których mowa w art. 439 ust 2 PZP. Zamawiający - zdaje się - kreuje jedyny element klauzuli waloryzacyjnej jakim jest wskaźnik cen określonych w komunikatach NFZ, które kreuje dowolnie, wyłącznie na własną korzyść, w sposób niezgodny z powołanymi powyżej.

Odwołujący podkreślił także sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego oraz z zasadami współżycia społecznego. Stwierdził, że 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 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- usunięcie §3 ust. 7 wzoru umowy (załącznika nr 2 do SWZ): Wykonawca jest zobowiązany do dostosowania ceny umownej do ceny wynikającej z monitorowania cen przez NFZ.
- usunięcie §3 ust. 8 wzoru umowy (załącznika nr 2 do SWZ): W przypadku kiedy cena/ceny jednostkowe określone w umowie są wyższe niż ceny wynikające z monitorowania cen przez NFZ, Strony dokonają zmiany umowy i dostosują cenę/ceny jednostkowe do poziomu monitorowania cen przez NFZ. Aneks zostanie zawarty w terminie 30 dni od otrzymania przez Zamawiającego informacji z NFZ o wyniku monitorowania cen lub opublikowania przez NFZ oficjalnego komunikatu w tym zakresie. Odmowa podpisania aneksu przez Wykonawcę jest równoznaczna z naruszeniem przez Wykonawcę obowiązków umownych i uprawnia Zamawiającego do rozwiązania umowy z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia.
- usunięcie §11 ust. 2 wzoru umowy (załącznika nr 2 do SWZ): Zamawiający dopuszcza rozwiązanie umowy z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku nie podpisania przez Wykonawcę aneksu o którym mowa w §3 ust. 8 niniejszej umowy - jako konsekwencji zapisu z §3 ust. 8.

24 maja 2022 roku Zamawiający przesłał pismo, w którym oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

W związku z powyższym postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Izba wskazuje, że powyższy przepis zobowiązuje Zamawiającego do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec faktu, że uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego nastąpiło przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie §9 ust. 1 pkt 2a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....