Sygn. akt KIO 1775/19

POSTANOWIENIE
z dnia 19 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2019 r. przez wykonawcę URTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców:

- ASCLEPIOS spółka akcyjna we Wrocławiu,
- KOMTUR POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- Farmacol - Logistyka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach,
- Salus International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach

p o s t a n a w i a:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy URTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1775/19

I. Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej:

Prawo zamówień publicznych), na zakup i sukcesywna dostawa produktów leczniczych do programów terapeutycznych, chemioterapii, leków różnych, płynów infuzujnych, produktów do produkcji żywienia pozajelitowego.

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2019 r., pod numerem 2019/S 168-410452.

W dniu 12 września 2019 r. przez wykonawcę URTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzoru umowy w zw. z §10 ust. 8 (załącznika nr 7 do 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:

I. Przepisami powszechnie obowiązującymi:

a. art. 353 (1) KC w zw. z art. 538 KC w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie przez Zamawiającego, w ww. postanowieniu wzorca umowy § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a że Zamawiający przewiduje zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy wynikającej ze zmiany współczynnika korygującego zmieniającego wartość produktu leczniczego objętego refundacją pod warunkiem zachowania wartości danego zadania 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 oraz, że wskazane współczynniki korygujące powodują obniżkę ceny produktów leczniczych objętych refundacja podczas gdy:
• po pierwsze: zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych 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. 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 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 postanowieniu § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzorca umowy, przewidującego zmianę umowy na wypadek zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wynikającej ze zmiany współczynnika korygującego zmieniającego wartość produktu leczniczego objętego refundacją, 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 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 (§ 10 ust. 2 pkt 8 lit. a) dopuszczające zmianę umowy w przypadku zmiany współczynnika korygującego 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 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 uelastycznić 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 UOKIK.

d. 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 w par. 10 ust. 8 przez Zamawiającego, że zmiana ceny jednostkowej asortymentu produktu leczniczego nie wymaga formy pisemnej i jest obowiązkowe w przypadku zmian cen u producenta, cen urzędowych itp. - zmierza do obejścia przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP i stoi w sprzeczności z art. 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzorca umowy. Zamawiający przewidział bowiem katalog uprawniający do zmiany umowy odrębnie w §10 ust. 2 wzorca umowy. Przewidując bezprawną, swobodną, bezaneksową zmianę wyłącznie na korzyść Zamawiającego w par. 10 ust. 8 tworzy zatem wyjątek do nietraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP, co też narusza ten przepis. W praktyce będzie to oznaczać, że każda zmiana ceny obniżająca wartość asortymentu będzie sporządzona bezaneksowo, natomiast - zmiana, która skutkowałaby podwyższeniem ceny - wymaga już aneksu, o ile naturalnie Zamawiający wyrazi na nią zgodę, gdyż w myśl art. 10 ust. 10 wzorca umowy - nie jest do wyrażenia takiej zgody zobowiązany. Powyższe zaś stanowi, że poprzez art. 10 ust. 8 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) stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 144, co oznacza, że postanowienia wzorca umowy §10 ust. 8, zmierzają także do obejścia przepisów odnośnie do wymaganej formy czynności prawnej zmiany umowy przetargowej).

II. Naturą stosunku zobowiązaniowego, z którą sprzeczne w niniejszym przypadku jest to, że Zamawiający, bez żadnej podstawy prawnej, jednostronnie i w sposób dowolny poprzez § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzorca umowy, 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 (także wobec treści §4 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. Trudno przy tym bowiem praktycznie założyć, że Szpital dopuści zmianę umowy, gdyby cena produktów leczniczych objętych refundacją uległa zwiększeniu. Wskazana treść § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy cena produktu leczniczego zostanie obniżona.

III. Zasadami współżycia społecznego, w szczególności z zasadą uczciwości kupieckiej, ponieważ konieczność dostosowania ceny sprzedaży według reguł Zamawiającego wymuszają zmianą 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 i 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.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i wzoru umowy poprzez usunięcie § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a oraz §10 ust. 8 wzoru umowy (załącznika nr 7 do SIWZ). Ponadto Odwołujący wnosił o:

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

- 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.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy:

- ASCLEPIOS spółka akcyjna we Wrocławiu,
- KOMTUR POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- Farmacol - Logistyka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach,
- Salus International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach.

W dniu 16 września 2019 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Il. Izba uznała, że postępowanie odwoławcze należy umorzyć, bowiem Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, 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.

Ponadto, w związku z art. 186 ust. 6 pkt 2b Prawa zamówień publicznych, Izba postanowiła o zwrocie Odwołującemu uiszczonego wpisu od odwołania. Izba nie zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego przed otwarciem rozprawy koszty postępowania wznosi się wzajemnie.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....