

sygn. akt KIO 1422/22

POSTANOWIENIE
z dnia 3 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2022 r. przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Międzyzleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie,

przy udziale wykonawcy „ASCLEPIOS” Spółka Akcyjna we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego 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), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

sygn. akt KIO 1422/22

Zamawiający - Międzyzleski Szpital Specjalistyczny - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa produktów farmaceutycznych - programy lekowe, Nr nadany przez zamawiającego: D- 19 /N/ 22. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

pod nr: 2022/S -095-261658 w dniu 17.05.2022 r.

W dniu 27 maja 2022 r. wykonawca Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr D-19/N/22 na dostawę produktów farmaceutycznych - programy lekowe.

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

I. 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 §6 ust. 1 i 2 (oraz w kontekście XIII 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) KC w zw. z art. 538 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez wskazanie przez Zamawiającego, w ww. postanowieniu wzorca umowy: § 6 ust. 1 że:

1. W przypadku jeżeli średni koszt rozliczania substancji

czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii zawartej w leku nabywanym na podstawie (niniejszej) umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego (niniejszą) umową Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego jej 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 §6 ust. 1 (przyjmujemy, że Zamawiający pisząc o komunikacie ma je na myśli) 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 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 leczenie szpitalne w zakresie programów lekowych i chemioterapii, które są z kolei wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (w zakresie chemioterapii nr 17/2022/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 11 lutego 2022 r., zmienione zarządzeniem Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia nr 44/2022/DGL z dnia 7 kwietnia 2022 r. i w zakresie programów lekowych - nr 16/2022/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 11 lutego 2022 r., zmienione zarządzeniem Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia nr 53/2022/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 22 kwietnia 2022 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 KC oznacza aktualnie wyłącznie akt prawny wydany na podstawie i w granicach określonych 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 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 PZP - poprzez zniekształcenie przez Zamawiającego podstawowej cechy zobowiązania w postanowieniu § 6 ust. 1 wzorca umowy, przewidującego zmianę umowy przez jedynie obniżenie ceny w sytuacji gdy jeżeli średni koszt rozliczania substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii zawartej w leku nabywanym na podstawie (niniejszej) umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego (niniejszą) umową 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. 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., dalej jako UOKiK) - zapisy wzorca umowy (§ 6 ust. 1) 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 UOKiK.

d. Wreszcie, w kontekście art. 433 pkt 3 i 4 PZP - podkreślić należy, że §6 ust. 1 mają charakter abuzywny, ponieważ niemożliwa jest kalkulacja ryzyka związana z jednostronnym wypowiedzeniem umowy bez wskazania w tej sytuacji (tj. w §6 ust.1) 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)

e. art. 433 pkt 3 i 4 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 9 ust. 2 UOKiK - zapisy wzorca umowy §6 ust. 2 dają Zamawiającemu jednostronne prawo do kształtowania zasad

realizacji zamówienia, nie tylko przez odgórne ustalenie cen jednostkowych, ale także umożliwiając Zamawiającemu swobodne dokonywanie ograniczenia wielkości zamówienia - w tym przypadku aż 80% zamówienia może zostać niezrealizowane i to w sytuacji zupełnie niezależnej od Wykonawcy - wykonawca bowiem nie ma wiedzy kiedy Prezes NFZ rozpocznie procedurę postępowania wspólnego o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazana praktyka stoi w sprzeczności z art. 99 ust. 1 PZP, ponieważ stanowi nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego, a Wykonawca nie ma pewności co do ilości zamawianych dostaw (co potwierdza wyrok KIO z dnia 02.01.2017 r. KIO 2346/16 niepubl.). Po drugie jednostronne narzucanie warunków realizacji umowy jest bezwzględnie zakazane na gruncie art. 9 ust. 2 UOKiK i stanowi niedozwoloną praktykę Zamawiającego w rozumieniu art. 469 pkt 8 PZP. Prezes UZP za niedozwoloną uznał bowiem postanowienie bardzo zbliżone do kwestionowanego, tj. Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

f. art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z 454 ust 1 i 2 PZP poprzez zastrzeżenie w §6 ust. 1 umowy przez Zamawiającego, że W przypadku jeżeli średni koszt rozliczania substancji

czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii zawartej w leku nabywanym na podstawie (niniejszej) umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego (niniejszą) umową Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego jej wypowiedzenia. W praktyce - Wykonawca może dokonać wyłącznie iluzorycznego wyboru - brak zgody będzie bowiem skutkowało 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

II. Naturą stosunku zobowiązaniowego, którą sprzeczne w niniejszym przypadku jest to, że Zamawiający, bez żadnej podstawy prawnej, jednostronnie i w sposób dowolny poprzez § 6 ust. 1 i ust. 2 wzorca umowy, wymusza prowadzenie sprzedaży produktów leczniczych z każdorazowym ryzykiem straty finansowej, ponieważ średnie koszty rozliczenia substancji czynnych zmieniają się cyklicznie, a okoliczność prowadzenia postępowania wspólnego jest ustalana wyłącznie przez Prezesa NFZ i Zamawiającego a Wykonawca nie ma na nie żadnego wpływu, a konsekwencja jego prowadzenia wpływa już na Wykonawcę znacząco- obniża poziom realizacji zamówienia do zaledwie 20%, co ostatecznie wpływa na niemożliwość prawidłowego skalkulowania oferty. Nadto, jak wskazano powyżej - Wykonawca nie jest w stanie wskazać po jakiej cenie sprzeda kolejną partię produktów leczniczych zamówionych w ramach umowy przez Zamawiającego, a nadto w przypadku wykonawców prowadzących hurtownie farmaceutyczne niepewność co do wypowiedzenia umowy może skutkować gorszymi warunkami cenowymi dla hurtowni, a w konsekwencji także dla szpitali. Wykonawcy są bowiem zmuszeni do składania ofert o charakterze asekuracyjnym, w którym muszą przewidzieć nieprzewidywalne obniżki cen. W konsekwencji - 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 możliwość zmiany ceny substancji czynnych, jak literalnie wskazuje w §6 ust. 1, skoro wprost wskazuje, że w przypadku braku zgody Wykonawcy, Zamawiający ma prawo do jednostronnego wypowiedzenia umowy. Co więcej, jak wskazuje w §6 ust. 2 Zamawiający w sposób niedozwolony przyznaje sobie możliwość niezrealizowania zamówienia w 80% z uwagi na wszczęcie procedury wspólnego postępowania, na który to proces nie ma żadnego wpływu Wykonawca, co dodatkowo sprawia, że Wykonawca nie jest w stanie przygotować się do realizacji zamówienia i prawidłowo przygotować ofertę.

III. Zasadami współzycia 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 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.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

I. zmiany postanowień SWZ i wzoru umowy poprzez:

- usunięcie § 6 ust. 1 oraz ust. 2 wzoru umowy (załącznika nr 1 do SWZ):

1. W przypadku jeżeli średni koszt rozliczania substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii zawartej w leku nabywanym na podstawie (niniejszej) umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego (niniejszą) umową Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego jej wypowiedzenia.

2. W przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną, znajdującą się w produkcie leczniczym, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt w części nie większej niż 80% wartości umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca „ASCLEPIOS” Spółka Akcyjna we Wrocławiu, ul. Hubska 44, 50-502 Wrocław.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w dniu 2 czerwca 2022 r. (pismo z dnia 1 czerwca 2022 r.) uwzględnił zarzuty w całości zawarte w odwołaniu, oświadczając, że dokona zmiany w projekcie umowy poprzez wykreślenie § 6 ust. 1 oraz ust. 2 wzoru umowy (załącznika nr 1 do SWZ).

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.),

umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiającego uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: