Sygn. akt: KIO 2645/22

POSTANOWIENIE
z dnia 17 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 17 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2022 r. przez: LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, ul. Podlipie 16 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku, ul. Dębinki 7

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, ul. Podlipie 16 tytułem zwrotu wpisu 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 2022 r., poz. 1710 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:.....

Sygn. akt KIO 2645/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktu leczniczego Calcium folinate dla UCK zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 189-532301 w dniu 30 września 2022 r.

W dniu 7 października 2022 r. odwołanie wniósł LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 października 2022 r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 7 października 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadząc postępowanie naruszył następujące przepisy:

- art. 431 w zw. z art.8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353 (1) KC i 354 KC oraz art. 5 KC i art. 395 KC oraz art.58 par. 1 i par.2 KC w zw. z art. 16 ustawy oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913)- przez zaburzenie równowagi

stron umowy, sprowadzenie jej do umowy stricte adhezyjnej, jednostronnej, brak poszanowania interesów drugiej strony umowy, brak informacji niezbędnych do skalkulowania oferty w związku z tym, iż brak jest informacji na etapie składania ofert, w jakiej wysokości i kiedy dopuszczalna będzie modyfikacja umowy wynikająca z par.7 ust.3 i 4, a tym samym wykonawca nie może optymalnie skalkulować oferty

- naruszenie zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawcy, naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasad współżycia społecznego wskazanych w powyższych przepisach. (dotyczy par. 7 ust.3 oraz par. 7 ust.4 projektowanych postanowień umowy) -art. 433 pkt 4 w zw. z art.8 ust. 1 ustawy oraz art. 16 ustawy w zw. z art. 5 KC oraz 58 par. 1 i 2 KC, art.353(1) KC oraz art.99 ust. I Pzp, a także ewentualnie art. 455 ust. 1 pkt. 1 ustawy z w zw. z motywem 111 oraz art. 72 ust. 1 lit.a- Dyrektywy Klasycznej dot. zamówień publicznych (Dyrektywa Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych) zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych- nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko, umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania/zagwarantowania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub rezygnację z zamówienia lub rozwiązanie umowy- co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez zamawiającego, który czyni ze swojego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego; brak możliwości skalkulowania optymalnie oferty, a tym samym naruszenie zasady przejrzystości postępowania, uznanie, iż kwestionowane postanowienia przedmiotowej umowy nie spełniają przesłanek klauzul przeglądowych wskazanych w ustawie i ww. Dyrektywie. (dotyczy par. 7 ust.3 lub 4 projektowanych postanowień umowy)

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 7 ust.3 wzoru umowy w całości; 2) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 7 ust.4 wzoru umowy w całości - albo alternatywnie, w przypadku nieuznania powyższych żądań, o dodanie na końcu par. 7 ust.4 wzoru umowy następującego zastrzeżenia: „ z zastrzeżeniem par. 1 ust.4 umowy”,

Ponadto w związku z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, wniósł o dodanie na końcu par. 7 ust.4 projektowanych postanowień umowy: „Nieosiągnięcie porozumienia w przedmiotowym zakresie nie będzie traktowane jako naruszenie umowy przez wykonawcę.”

Par. 7 ust.4 uzyska wówczas następującą treść gwarantującą wykonanie minimalnego zakresu umowy przewidzianego w par. 1 ust. 4 umowy — przez co par. 7 ust.4 osiągnie zgodność z art. 433 pkt 4 ustawy: „W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w zakresie zmiany ceny produktu wskazanego w wystąpieniu zamawiającego , o którym mowa w ust. 3 powyżej, w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia wykonawcy, zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania umowy w zakresie dostawy tego produktu z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, z zastrzeżeniem par. 1 ust.4 umowy. Nieosiągnięcie porozumienia w przedmiotowym zakresie nie będzie traktowane jako naruszenie umowy przez wykonawcę”.

-oraz o: 3) dopuszczenie w poczet materiału dowodowego dowodów załączonych do tego odwołania oraz przedstawionych na rozprawie w jej trakcie,

4) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że w interesie każdego wykonawcy jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zamierza złożyć ofertę w tym Postępowaniu, a sporne projektowane postanowienia umowy faktycznie uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty w postępowaniu, w którym odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. W przypadku oddalenia przedmiotowego odwołania, odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty potencjalnej możliwości uzyskania tego zamówienia i potencjalnych korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Odwołujący chciałby wziąć udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i móc złożyć ważną ofertę. W dniu 30 września 2022 r. ukazały się na stronie internetowej-platformie zakupowej zamawiającego dokumenty postępowania, w tym SWZ i załącznik nr 4 do SWZ zawierający projektowane postanowienia umowy- par. 7 ust.3 i 4, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem narażają go na straty finansowe prowadzą do braku stabilności zaoferowanych cen produktów leczniczych, co powoduje zmniejszenie wartości zakontraktowanego przetargu i w efekcie rażący spadek jego rentowności. W świetle ww. projektowanych postanowień umowy po publikacji przez NFZ średnich kosztów rozliczania substancji czynnych, które byłyby niższe od przewidzianych w umowie, zamawiający może zobowiązać wykonawcę do podjęcia negocjacji cen i w konsekwencji wyegzekwować zmianę cen. Zgoda na zmiany powoduje obniżenie cen, brak

zgody będzie przyczynkiem do rozwiązania umowy z 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia, co de facto powoduje niewykonanie założeń umowy ze strony zamawiającego i generuje straty założonego przychodu z kontraktu po stronie odwołującego, bowiem wraz z każdą podpisaną umową budżetowane są ilości preparatu do wyprodukowania przez odwołującego, co w przypadku nagłego zerwania kontraktu znacznie zaburza proces planowania produkcji i dystrybucji leków zamawianych. O ile bowiem zamawiający przewidział w par. 1 ust.4 umowy minimalny zakres zamówienia na poziomie 50 %, to par. 7 ust.4 umowy przez swoją treść stoi w sprzeczności z par. 1 ust.4, nie wskazuje bowiem, że wypowiedzenie umowy może nastąpić z zastrzeżeniem par. 1 ust. 4 umowy. Wobec tejże sprzeczności par. 7 ust.4 z par. 1 ust. 4- brak jest zatem gwarancji realizacji zamówienia na poziomie 50 % przewidzianej teoretycznie w par. 1 ust. 4, bowiem par. 7 ust. 4 nie określa czy wypowiedzenie umowy przez zamawiającego może nastąpić dopiero po zrealizowaniu 50 % wartości zamówienia czy też może nastąpić w każdym momencie, nawet na początku wykonywania umowy, w sytuacji gdy wykonawca odmówi obniżenia cen, o którym mowa w par. 7 ust.3 umowy. Powyższe nakłada na odwołującego nieproporcjonalne ryzyko oraz prowadzi do rażącej nierówności ekonomicznej stron umowy na korzyść tylko jednej ze stron umowy zamawiającego. Odwołujący nie może skalkulować ceny oferty zakładając, że w sytuacji, o której mowa w par. 7 ust.3 i 4 nie ma zagwarantowanej realizacji 50 % umowy, o której mowa w par. 1 ust.4 umowy złożenie oferty staje się zatem zupełnie nieopłacalne ekonomicznie. Tym samym, postanowienia umowne z par. 7 ust. 3 i 4 — stojąc w sprzeczności z par. 1 ust.4 umowy nie gwarantują wykonania przez zamawiającego minimalnego zakresu zamówienia, przy założeniu, że zamawiający może wypowiedzieć umowę nawet tuż po jej rozpoczęciu w sytuacji, gdy spadną średnie koszty rozliczania substancji czynnych, co ogłoszone zostanie w Komunikacie Prezesa NFZ, a wykonawca odmówi obniżki cen zaaferowanych w ofercie do poziomu średniego kosztu rozliczenia substancji określonego w komunikacie NFZ. Powyższe postanowienia są abuzywne i zasługują na wykreślenie lub zmianę w sposób wnioskowany w tym odwołaniu. Nie można bowiem narzucać wykonawcy obniżenia cen w trakcie wykonywania umowy w stosunku do cen z oferty, a odmowę ich obniżenia sankcjonować wypowiedzeniem umowy. W takiej sytuacji bowiem wykonawca nie ma prawa swobodnego złożenia oświadczenia woli dot. zawarcia aneksu zmieniającego cenę, a zamawiający jest uprawniony do narzucenia mu obniżonej ceny pod sankcją wypowiedzenia umowy, niezależnie od osiągnięcia lub nie, minimum realizacji umowy, które nie zostało zastrzeżone w tym przypadku. Wobec powyższego ww. postanowienia są w ocenie odwołującego abuzywne w rozumieniu art. 433 pkt.4 ustawy i naruszają równowagę stron umowy w sposób rażąco nieproporcjonalny na korzyść tylko jednej ze stron- tj. zamawiającego. Interesy wykonawców chcących złożyć ofertę, w tym odwołującego, są rażąco naruszone i pozbawione ochrony prawnej.

Zgodnie z treścią art. 431 ustawy: „Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową", w celu należytej realizacji zamówienia." Powyższa zasada wynika z art. 354 par. 1 KC, zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje — także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Zgodnie zaś z par. 2 tego przepisu w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Ponadto, z treści par. 1 ust. 5 umowy (załącznik nr 4 do SWZ) wynika poniższe projektowane postanowienie: „Strony zobowiązują się do współdziałania w dobrej wierze przy wykonaniu umowy w celu pełnej realizacji dostawy" Projektowane postanowienia z par. 7 ust. 3 i 4, na których treść odwołujący wniósł odwołanie przeczą zaś w sposób oczywisty zasadzie współdziałania w dobrej wierze, do której odwołuje się ww. par. 1 ust. 5 umowy oraz która wynika z art. 431 ustawy oraz art. 354 par. 1 KC. SWZ dotyczy zamówienia na dostawę produktu leczniczego. Złożenie oferty związane jest z zobowiązaniem do zapewnienia przez wykonawcę pełnej dostępności produktu sukcesywnie przez cały okres trwania umowy- tj. przez 12 m-ce od daty zawarcia umowy. Równocześnie zamawiający wprowadza klauzulę umowną w par. 7 ust.4 wzoru umowy zgodnie z którą: „W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w zakresie zmiany ceny produktu wskazanego w wystąpieniu zamawiającego , o którym mowa w ust. 3 powyżej, w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia wykonawcy, zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania umowy w zakresie dostawy tego produktu z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia" Powyższe oznacza de facto, że zamawiający zastrzegł sobie prawo do niezrealizowania umowy i jej wypowiedzenia z 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia- co stoi w sprzeczności z treścią par. 1 ust. 4 umowy, gdzie zamawiający gwarantuje wykonanie minimum 50 % wartości zamówienia, a tym samym zamawiający de facto nie gwarantuje wykonania 50 % umowy, podczas, gdy wykonawca zobowiązany jest z góry do zapewnienia pełnej dostępności produktu sukcesywnie przez cały okres trwania umowy i zakontraktowania go w ilościach, które umożliwią skuteczną i terminową realizację zamówień składanych przez Zamawiającego. Tym samym nakłada się na wykonawcę nieproporcjonalne ryzyko finansowe, podczas gdy zamawiający przez zawarcie par. 7 ust. 3 i 4 umowy nie gwarantuje de facto wykonania 50 % wartości całej umowy, o którym mowa w par. 1 ust.4 umowy. Takie postanowienie z par. 7 ust.4 narusza równowagę ekonomiczną stron umowy w sposób nieproporcjonalny na korzyść tylko jednej ze stron umowy, tj. zamawiającego- co przeczy zasadzie równości stron umowy. Odwołujący wniósł zatem o

wykreślenie albo zmianę postanowienia z par. 7 ust. 4, aby przywrócić wykonawcy gwarancję minimalnego wykonania umowy co najmniej na poziomie 50 %, co minimalizuje ryzyko ekonomiczne i kontraktowe po stronie wykonawcy w przypadku rezygnacji przez zamawiającego z dalszej części zamówienia lub rozwiązania umowy ze względu na odmowę obniżenia cen przez wykonawcę do poziomu cen określonych w komunikacie NFZ. Przy obecnej treści par. 7 ust. 4, stojącym w sprzeczności z par. 1 ust. 4 umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty, a złożenie oferty w niniejszym postępowaniu jest dla niego obarczone zbyt dużym ryzykiem, a co za tym idzie wprost nieopłacalne, przyjmując, że w najgorszym wypadku zamawiający wypowie umowę tuż po jej zawarciu z 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia (par. 7 ust. 4 umowy), przez co wykonawca nie ma gwarancji wykonania co najmniej 50 % wartości zamówienia, o którym mowa w par. 1 ust.4 umowy. W sytuacji bowiem, gdy jak wynika z par. 7 ust.3 i 4 wykonawca odmówiłby podejścia do negocjacji cen i zawarcia porozumienia, na skutek którego doszłoby do obniżenia cen zaoferowanych w ofercie, zamawiający może rozwiązać umowę z 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia w niezrealizowanej wartości, bez uwzględnienia treści z par. q ust.4 umowy

Dodatkowo odwołujący podkreślił, iż zasada równości stron umowy została także naruszona przez zastrzeżenie prawa żądania negocjacji cenowych jedynie na wypadek obniżenia cen (par. 2 ust. 4 projektowanych postanowień umowy). W aktualnej sytuacji ekonomicznej nie jest wykluczone, lż ceny średnie koszty rozliczania substancji czynnych wzrosną, co powinno znaleźć odzwierciedlenie także w komunikatach Prezesa NFZ, do których odwołuje się przedmiotowe postanowienie projektu umowy. W takiej sytuacji wykonawca nie jest uprawniony do wystąpienia do zamawiającego o podjęcie negocjacji. Kolejne sporne postanowienie to projektowane postanowienie z par. 7 ust.3 wzoru umowy o treści: „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 o co najmniej 10% od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego mniejszą umową Zamawiający może wystąpić do Wykonawcy z wnioskiem o wszczęcie negocjacji w celu obniżenia ceny brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej.” Powyższe postanowienie umowne powoduje de facto, iż cena w której w wykonaniu zamówienia wykonawca będzie dostarczał produkty lecznicze, nie będzie zgodna z ceną ze złożonej oferty, a będzie musiała być zgodna ze wskazanym kosztem średnim wskazanym w Komunikacie dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych lub chemioterapii. W przypadku bowiem, 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 zawartej umowie, Zamawiający zażąda od wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu wyliczonemu przez publicznego płatnika średniemu kosztowi rozliczenia. Powyższe zupełnie łamie najważniejsze i często jedyne kryterium wyboru wykonawcy, czyli najniższą cenę i wprowadza faktyczną niepewność cen oferty. Ww. par. 7 ust.3 wzoru umowy narusza tym samym art. 16 ustawy, zgodnie z którym: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”. Tym samym wykonawca/oferent de facto składa ofertę na produkt, którego ceny finalnej nie zna, bo dostawy są sukcesywne, a zamawiający może żądać obniżenia ceny w trakcie wykonywania umowy, a zmiana ceny może spowodować:

• Obiektywną niemożność dostarczenia produktu zamawiającemu — średni koszt może być poniżej ceny nabycia produktu przez wykonawcę na poczet zamówienia, co sprawia, że zamówienie to stanie się dla wykonawcy zupełnie nierentowne i będzie musiał do niego znacznie dopłacać celem dostarczenia substancji leczniczych zamawiającemu

• Stratę finansową po stronie wykonawcy, której nie przewidział zamawiając/kupując produkt na potrzeby zamówienia i brak gwarancji zrealizowania minimalnego zakresu zamówieniagdy wykonawca nie obniży cen zamawiający może rozwiązać umowę w każdej chwili, co nie daje żadnej gwarancji realizacji minimalnego zakresu zamówienia. Prowadzi to niezaprzeczalnie do naruszenia zasad przejrzystości i proporcjonalności postępowania. Wobec powyższego odwołujący wnioskuje o wykreślenie tego postanowienia w całości albo jego zmiany w sposób wskazany we wnioskach w niniejszym odwołaniu. Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy z par. 7 ust.3 , w świetle art. 5 k.c. w zw. z art 58 par. 2 k.c., będąc sprzecznym z zasadami współżycia społecznego, jest nieważne z mocy prawa, gdyż przewiduje możliwość dowolnego, nieprzewidywalnego dla wykonawcy kształtowania ceny, nie zaś zakupu produktów przez zamawiającego w cenie oferowanej przez wykonawcę. Powyższe projektowane postanowienie umowy narusza także art. 431 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy w zw. z art. 354 k.c. i art. 353 par. 1 k.c., art.58 par. I i 2 k.c. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak zaś wynika ze stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z 8 listopada 2021 r. w tożsamym stanie faktycznym i prawnym (sygn. akt KIO

3107/21): „Izba ustaliła, że zgodnie z par. 12.2.m. wzoru umowy projektowanego postanowienia Umowy:" Niedopuszczalne pod rygorem nieważności są istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że nastąpią warunki zmiany umowy wskazane wyżej w umowie lub w wypadku gdy: W przypadku określenia przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej będącej przedmiotem niniejszej umowy w danym miesiącu poniżej ceny określonej w niniejszej umowie, dopuszcza się możliwość zmiany ceny substancji czynnych określonych w niniejszej umowie dla których NFZ określił średni koszt rozliczenia substancji czynnej w danym miesiącu poniżej ceny określonej w umowie do wysokości nie wyższej niż określona przez NFZ, przy czym wszystkie zmiany w umowie zostają potwierdzone aneksem w formie pisemnej". Odwołujący podnosił, że powyższe postanowienie przewiduje możliwość dowolnego, nieprzewidywalnego dla wykonawcy kształtowania ceny, nie zaś zakupu produktów w cenie oferowanej przez wykonawcę. Zamawiający dzięki temu postanowieniu ma możliwość nie tylko ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, ale wręcz rezygnacji z realizacji zamówienia w przypadku, gdyby wykonawca nie zgodził się na zmianę ceny. Zamawiający zaś stwierdzał, że uwzględnił zmiany umowy w konkretnych okolicznościach. Izba podzieliła argumentację odwołującego, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy przez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego, przez którą zamawiający narzuca maksymalną cenę, zgodnie z komunikatem NFZ i narzuca obniżenie ceny w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 ustawy i art. 354 par. 1 KC. Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, aby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, przez nieustanne zmiany ceny w tracie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Ponadto odwołujący wskazał na podobne stanowisko Ministerstwa Zdrowia zawarte w piśmie Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia Ministra Macieja Miłkowskiego (załącznik nr 6) w sprawie stosowania przez szpitale publiczne klauzuli jednostronnie wymuszającej obniżki cen dostaw w ramach zawartych już umów na podstawie komunikatów NFZ. Pismo potwierdza, iż zamieszczenie w umowie takiej klauzuli bez wskazania jednocześnie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy przez zastosowanie w umowie klauzuli abuzywnej. Taki sposób określenia ceny, która w każdym momencie realizacji umowy, gdy tylko pojawi się komunikat Narodowego Funduszu Zdrowia o średnim koszcie rozliczania substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii, ma zostać obniżona, powoduje tym samym niemożność jej skalkulowania na potrzeby złożenia oferty. W każdym bowiem przypadku, gdy cena produktu zaoferowana w ofercie będzie wyższa o co najmniej 10 % od tej publikowanej w komunikacie NFZ, to zamawiający zobligował wykonawcę do jej negocjacji, a konsekwencją niewyrażenia zgody przez wykonawcę na obniżenie ceny będzie rozwiązanie umowy przez zamawiającego, co wynika z kolejnego spornego postanowienia z par. 7 ust.4 wzoru umowy: „ W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w zakresie zmiany ceny produktu wskazanego w wystąpieniu zamawiającego , o którym mowa w ust. 3 powyżej, w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia wykonawcy, zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania umowy w zakresie dostawy tego produktu z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia." Taki sposób ustalania ceny narzucony odgórnie przez zamawiającego jest więc niezgodny z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji. Jak zaś wynika z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy przez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego z par.7 ust.3 wzoru umowy, przez którą zamawiający narzuca maksymalną cenę zgodnie z komunikatem NFZ i narzuca obniżenie ceny ofertowej w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 ustawy i art. 354 par 1 k.c. Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, ażeby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, przez nieustanne zmiany ceny w tracie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. W zakresie średniego kosztu rozliczania substancji czynnych- koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny, na który wykonawca nie ma wpływu. Nieznana jest częstotliwość jego publikacji, sposób jego obliczenia, a przyjęcie publikacji

obniżonego kosztu jako momentu możliwości negocjowania ceny, powodowałby możliwość nieustannych żądań ze strony zamawiającego zmiany umowy oraz nieustanną groźbę jej rozwiązania, w przypadku braku zgody na obniżkę ze strony wykonawcy. W takiej sytuacji utrudnione jest, o ile nie niemożliwe, wykonanie w sposób należyty umowy przez wykonawcę. Wykonywanie umowy polegałoby na nieustannych zmianach umowy, utrudniając organizację dostaw leków, co jest głównym celem umowy, nie wspominając o dobru pacjenta, które z przyczyn administracyjnych, może zostać co najmniej zaniedbane . Od 2018 roku w. średni koszt rozliczenia substancji czynnych był publikowany przez przez NFZ 12 razy w roku, co wynika z tabeli stanowiącej załącznik do Komunikatu dotyczącego średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii za okres od stycznia 2018 r. do lipca 2022 r. opublikowanego:
w związku z:
par. 31 Zarządzenia Prezesa Funduszu nr 16/2022/DGL w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe oraz; 30 Zarządzenia Prezesa Funduszu nr 17/2022/DGL w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia. Z tabeli wynika w jaki sposób cena calcium folinate, stanowiącego przedmiot postępowania ewoluowała w czasie. Należy zacytować wyroki KIO, które potwierdzają stanowisko odwołującego się: Wyrok KIO z 5 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1382/19) : „ W ocenie Izby wymóg zaoferowania ceny, której maksymalny limit ma być ustalony na podstawie zarządzenia Prezesa NFZ jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369) oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019, poz. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w wyroku KIO (sygn. akt KIO/UZP 586/09 i 600/09) charakter postępowania o udzielenie zamówienia nie pozwala zamawiającemu na cen za wykonanie przedmiotu zamówienia.(...)” Na koniec należy wskazać, że postanowienie to jest sprzeczne z ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U.2022.463 t.j. z dnia 2022.02.25) (dalej: „Ustawa refundacyjna”) , która umożliwia wykonawcom oferowanie produktów w cenach określonych w decyzjach refundacyjnych i zgodnie z art. 9 tej Ustawy, który przewiduje w przypadku produktów sprzedawanych do świadczeniodawców ceny maksymalne. Wykonawcy natomiast mają prawo zgodnie z tymi regułami je nabywać. Żaden z aktów prawnych w randze ustawowej nie przewiduje natomiast komunikatów Prezesa NFZ jako zasady określania ceny w przypadku zamówień publicznych. Postanowienia z par. 7 ust.3 i 4 wzoru umowy będąc sprzeczne z prawem, powinny zostać usunięte z projektowanych postanowień umowy w całości. Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy, w świetle art. 5 k.c. w zw. z art 58 par. 2 k.c., będąc sprzecznym z zasadami współżycia społecznego, jest nieważne z mocy prawa, gdyż przewiduje możliwość dowolnego, nieprzewidywalnego dla wykonawcy kształtowania ceny, nie zaś zakupu produktów w cenie oferowanej przez wykonawcę w złożonej ofercie. Powyższe projektowane postanowienie umowy narusza także zasadę swobody umów (art. 353 par. 1 k.c.) oraz art. 354 par. 2 k.c. i art. 355 k.c., bowiem zamawiający nie dołożył należytej staranności formułując postanowienia umowy, które mają w sposób równomierny obciążać obie strony umowy. Równowaga stron umowy została naruszona na korzyść zamawiającego. Postanowienie to będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać albo usunięte z postanowień umowy albo choć w części zmodyfikowane w sposób zaproponowany wyżej. Postanowienie z par. 7 ust.3 wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek negocjacji i de facto obniżenia ceny zaoferowanej w ofercie. W przypadku wniosku zamawiającego o wszczęcie negocjacji strony zobowiązane są do podjęcia negocjacji, a w przypadku niedojścia do porozumienia, zgodnie z par. 7 ust.4 wzoru umowy, zamawiający ma podstawę do rozwiązania umowy z wykonawcę. Wydaje się, że takie sprawy z założenia mają stanowić przedmiot sporu sądowego przez sądem, bez podjęcia mediacji. Stanowić ma to rodzaj przymusu dojścia do porozumienia z sankcją przymusu sądowego. Takie postanowienia są zatem niedopuszczalne wobec argumentów dot. charakteru wewnętrznego wskaźnika średniego kosztu. W przypadku zaistnienia powyższych okoliczności, gdy wykonawca nie będzie miał wyjścia i odmówi zamawiającemu zawarcia porozumienia dot. obniżenia ceny, będzie uprawniać to zamawiającego do rozwiązania umowy w niezrealizowanej części, czyli rezygnacji z dalszego zakupu produktów- bez respektowania obecnej treści par. 1 ust. 4 umowy- gdzie powinno się wykonać co najmniej 50 % wartości zamówienia, w par. 7 ust.4 brak jest bowiem odwołania czy zastrzeżenia z par. 1 ust.4 umowy. Powołał wyrok z 8 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3107/21. Powyższe stanowi również niedozwoloną negocjację cen ofertowych z wykonawcą po podpisaniu umowy, co bezsprzecznie stanowi zmianę istotną umowy, która wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w świetle art. 454 ust.2 pkt 1 i pkt 3 ustawy- zmienia się bowiem treść oferty. Jak bowiem wskazano w par. 1 ust. 1 umowy: „Przedmiotem niniejszej umowy jest dostawa produktów leczniczych dla UCK w ilości, asortymencie i cenach określonych w ofercie wykonawcy stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszej umowy”. Co do aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczenia tej substancji czynnej- wskaźnik ten nie jest obiektywny — me znamy sposobu jego kalkulacji. Sposób obliczenia tego kosztu nie jest dostępny w domenie publicznej. Koszt rozliczenia substancji czynnej jest bowiem uzależniony od wielu czynników, w tym cen przetargowych. Ceny uzyskane przez zamawiających w ramach zamówień publicznych są pochodną różnych okoliczności do których, m. in. należy: specyfika przedmiotu zamówienia (spodziewana

i kalkulowana przez oferenta liczba potencjalnych i spodziewanych oferentów oszacowanych na podstawie opisu zamówienia, pakiet produktów (cenę można różnie kalkulować w zależności czy przetarg dotyczy tylko jednego produktu trudno dostępnego na rynkach europejskich bądź też wielu produktów), okres trwania umowy, zapisy SWZ dotyczące terminów dostaw, ich warunków i specjalnych wymogów (np. dostawy w specjalnych warunkach, dostawy na cito, na ratunek) i związanych z tym kosztów, ryzyko wypłacalności zamawiającego (dobry płatnik lub nie), terminy płatności, zapisy dot. reklamacji itp.). Wszystkie ceny przetargowe są przypuszczalnie brane pod uwagę przy liczeniu średniej kosztu w żaden sposób nie biorąc pod uwagę ww. czynników. Wskaźnik nie powinien zatem zmieniać stabilnej ceny ofertowej. Należy też rozważyć czy wprowadzenie w taki sposób mechanizmu średniego kosztu nie jest sprzeczne z postanowieniami Ustawy refundacyjnej wprowadzając coś na kształt dodatkowej ceny maksymalnej obok tej wynikającej z przepisów prawa. Art. 9 Ustawy refundacyjnej wprowadza bowiem już mechanizm ceny maksymalnej wg którego świadczeniodawca jest obowiązany nabywać produkty lecznicze - po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu leku stanowiącego podstawę limitu, uwzględniając liczbę DDD leku, powiększoną o marżę nie wyższą niż urzędowa marża hurtowa, a w przypadku nabywania od podmiotu innego niż przedsiębiorca prowadzący obrót hurtowy w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne - po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu. Zamawiający wprowadził wobec tego w projekcie umowy mechanizm, gdzie w przypadku obniżenia maksymalnej ceny zakupu produktów leczniczych, w rozumieniu właśnie przedmiotowego art. 9Ustawy refundacyjnej, cena określona w umowie ulega obniżeniu z mocy prawa do wysokości wynikającej z wprowadzonej urzędowo zmiany. Tak więc wykonawca składający ofertę musi liczyć się z podwójnym mechanizmem (nie wspominając o zmianie VAT) zmiany oferowanej ceny produktu, która w żaden sposób od niego nie zależy. Tym samym skalkulowanie ceny w ofercie jest niemożliwe, a co najmniej utrudnione. Tym samym, aby móc złożyć ważną ofertę, należy usunąć abuzywny par.7 ust. 3 wzoru umowy. Ponadto należy rozważyć sytuację wykonawcy wynikającą z par. 7 ust. 4 w kontekście przypadku odmowy przez wykonawcę negocjacji ceny i odmowy podpisania porozumienia w zakresie obniżenia ceny, która będzie uprawniała zamawiającego do rozwiązania umowy w świetle art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP, tj. czy odmowa zawarcia porozumienia nie zostanie potraktowana jako podstawa do wykluczenia wykonawcy z przyszłych postępowań- świadczy to o ewidentnej abuzywności par. 7 ust.3 projektowanego postanowienia umownego umieszczonego w projekcie umowy oraz pozostałych powiązanych postanowień w tym zakresie- par.7 ust.4 umowy. Podstawa prawna rozliczania świadczeń to m. in. Zarządzenie Nr 16/2022/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 11 lutego 2022 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe, zgodnie z którym (par. 23 pkt 6)

Świadczeniodawca ma prawo rozliczyć tylko taką ilość leku, która została podana lub wydana świadczeniobiorcom. Niewykorzystana część leku nie podlega rozliczeniu." Wynika zatem z powyższego, że średnia publikowana przez NFZ nie uwzględnia niewykorzystanej części leku, co oznacza, że w przypadku niewykorzystania przez szpital całości fiolki (co może się zdarzyć patrz nawet przykład szczepionek, gdzie z góry producent założył, że część fiolek może być niewykorzystana; w przypadku planowania wykorzystywania leków dla różnych pacjentów, może się zdarzyć z przyczyn nawet niezależnych od szpitala lub pacjenta, że nie można leku, którego podanie było zaplanowane, a w związku z ograniczeniami związanymi ze stabilnością produktów, w takiej sytuacji farmaceuta szpitalny może być zobowiązany do utylizacji części produktu), koszt zakupu tej części fiolki nie byłby uwzględniony, w średniej bowiem nie jest rozliczany przez NFZ. Tym samym nie jest uprawnione zrównanie ceny z kosztem rozliczenia, gdyż nie są to dwie wartości tożsame. Jak wynika z art. 16 ustawy: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3)proporcjonalny.” Wymóg zaś postanowiony przez zamawiającego w projektowanym par. 7 ust.3 wzoru umowy dot. zaoferowania ceny, której maksymalny limit ma być ustalony na podstawie komunikatu DGL dotyczącego średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369) oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913), stanowi też wyraz naruszenia zasad prowadzenia postępowania z art. 16 ustawy. Powołał wyrok KIO z 31 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1382/19), wyrok KIO (sygn. akt KIO/UZP 586/09 i 600/09), wyrok KIO z 30 lipca 2019 (Sygn. Akt KIO 1331/19).

Odwołujący wnosi o wykreślenie w całości par. 7 ust.3 i par. 7 ust.4 umowy albo zmianę par. 7 ust,4 w sposób wskazany we wnioskach w niniejszym odwołaniu w pkt. 2 wniosków. Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy: Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Sporne dla odwołującego postanowienie wzoru umowy z par.7 ust.4 wzoru umowy: „W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w zakresie zmiany ceny produktu wskazanego w wystąpieniu zamawiającego , o którym mowa w ust. 3 powyżej, w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia wykonawcy, zamawiający będzie upraw-

niony do rozwiązania umowy w zakresie dostawy tego produktu z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia.” Powyższe projektowane postanowienie jest abuzywne- sprzeczne z ww. art. 433 pkt 4 ustawy— zamawiający dzięki temu postanowieniu ma możliwość nie tylko ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (jedynie z par. 1 ust.4 wynika gwarancja realizacji 50 % zamówienia, ale w par. 7 ust.4 nie ma żadnej wzmianki/odwołania do par. 1 ust.4, przez co par. 7 ust.4 jest sprzeczny z par. l ust.4 umowy) , ale wręcz rezygnacji z realizacji zamówienia z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia. Takie zastrzeżenie powoduje, że zamówienie produktów niezbędnych do realizacji zamówienia będzie wiązać się z możliwą stratą finansową, a także marnotrawstwem leków (patrz powyżej). To zamawiający powinien odpowiednio planować organizację przetargów, tak by umożliwić składanie ofert potencjalnym wykonawcom. Ponadto takie podejście może spowodować finalnie brak dostępności produktów dla pacjentów, co jest nieakceptowalne z punktu widzenia realizacji celu bezpieczeństwa lekowego pacjenta, potwierdzonego także celami Narodowego Funduszu Zdrowia (
_nfz.pdf) realizującymi m. in. następujące wartości: dbałość, w imieniu Pacjenta , o należytą dostępność i jakość świadczeń opieki zdrowotnej m.in. poprzez budowanie dobrych relacji ze świadczeniodawcami; koncentracja działań na rezultacie dla Pacjenta; uwzględnienie optyki Pacjenta w postrzeganiu opieki zdrowotnej, a także określonego w prawach pacjenta jako prawo do równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (bezpłatnych-swiadczen-opieki-
zdrowotnej). Tak samo ww. projektowane postanowienia są abuzywne w świetle art. 433 pkt 4 ustawy. Odmowa podpisania porozumienia w zakresie obniżenia ceny w stosunku do cen zawartych w załączniku nr I do umowy będzie uprawniała zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego. W przypadku więc, gdy wykonawca nie zgodzi się na obniżenie ceny jednostkowej, to zamawiający ma podstawę do rozwiązania umowy, ograniczając tym samym zakres zamówienia w sposób nieograniczony, bez jakiegokolwiek odwołania się do par. 1 ust. 4 umowy. Odwołujący uznał, iż powyższe projektowane postanowienie umowne z par. 7 ust.3 oraz 4 wzoru umowy jest abuzywne i należy je usunąć w całości z umowy albo alternatywnie zmienić w sposób wnioskowany w tym odwołaniu poprzez dodanie zastrzeżenia z par. 1 ust.4 umowy. Par. 7 ust. 3 i 4 nie tylko stanowi bowiem odgórne narzucenie wykonawcy kształtowania cen przez zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami udzielania zamówień publicznych, zasadami uczciwej konkurencji, ale ponadto uprawnia zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia i rezygnacji z niego nawet już w kolejnym miesiącu, po opublikowaniu przez NFZ danych, gdy wykonawca nie zgodzi się z obniżeniem cen, co może doprowadzić do sytuacji, że zamawiający rozwiąże umowę z wykonawcą nie wykonując nawet w 50 % (o których mowa w par. 1 ust. 4 umowy) części umowy z rażącą stratą dla wykonawcy. Powyższe projektowane postanowienia umowne , nieproporcjonalne w stosunku do celu zamówienia, nie uwzględniają w żaden sposób interesów potencjalnych wykonawców. Stanowią tym samym naruszenie art. 5 KC dopuszczają bowiem do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego, który czyni ze swojego prawa użytek, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony- jest postanowieniem abuzywnym. W związku z powyższym, wniósł jak we wstępie o wykreślenie ww. projektowanych postanowień w całości z wzoru umowy jako abuzywnych. Ponadto, przedstawił wyroki Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające stanowisko odwołującego przedstawione powyżej:

1) KIO 481/21 - wyrok KIO z dnia 31-03-2021)

2) KIO 3439/20 - wyrok KIO z dnia 22-01-2021

3) KIO 2729/20 - wyrok KIO z dnia 13-11-2020

4) KIO 2627/18 - wyrok KIO z dnia 11-01-2019

5) KIO 66/18 - wyrok KIO z dnia 30-01-2018

6) KIO 2547/17 - wyrok KIO z dnia 18-12-2017

7) KIO 2163/17 - wyrok KIO z dnia 3110-2017

8) KIO 779/13 wyrok KIO z dnia 18-04-2013.

Ponadto odwołujący dodał, że postanowienia par.7 ust. 3 i 4 projektowanych postanowień umowy nie spełniają przesłanek jako klauzule przeglądowe wskazane w ustawie i Dyrektywach Unii Europejskiej, zamawiający w ww. postanowieniach projektowanych umowy nie określił zasad modyfikacji umowy w taki sposób, aby były jasne, precyzyjne i jednoznaczne. Wykonawca po zapoznaniu się z ww. postanowieniami umowy nie może ocenić przyszłych warunków realizacji zamówienia, oszacować ryzyka związanego z tym procesem , a w konsekwencji przygotować oferty na określonym poziomie cenowym. Częstotliwość zmian śred-

niego kosztu rozliczenia substancji czynnej także powoduje, iż me można stwierdzić, że zamawiający spełnił podstawowy warunek ważności przedmiotowych klauzul, tj. jednoznacznie i precyzyjnie określił kiedy strony będą mogły przystąpić do negocjacji treści umowy. Poza tym przedmiotowy wskaźnik (średni koszt rozliczenia substancji czynnej) nie powinien być ustalany przez podmiot związany merytorycznie i finansowo z jedną ze stron. Narusza to zasadę uczciwej konkurencji i dochodzi tym samym do nadużycia prawa w rozumieniu art.5 KC.

W dniu 10 października 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 13 października 2022 r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający, zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie ustawy wykona czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem alternatywnym zawartym w odwołaniu. Zamawiający w dniu 12.10.2022 roku zmienił treść Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z tym żądaniem o czym poniżej.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie zamawiającego żaden wykonawca, dlatego zamawiający wniósł, aby Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze o sygnaturze akt KIO 2645/22 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania: w dniu 10.10.2022 roku.

Informacja o uwzględnieniu zarzutów została przekazana Odwołującemu.

W dniu 27.09.2022 roku zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dostawę produktu leczniczego Calcium folinate dla UCK. W dniu 30.09.2022 roku, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dokumentacja postępowania została udostępniona wykonawcom na stronie, na której zamawiający prowadzi postępowanie - Portal SmartPZP.

W dniu 07.10.2022 roku, wykonawca Lek S.A., ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego

Zamawiający, po przeanalizowaniu postawionych zarzutów (strona 2 i 3 odwołania) uznał za zasadne przychylić się do postawionych zarzutów, w związku z czym przystał na alternatywne żądanie odwołującego (strona 3 i 4 Odwołania) i w dniu 12.10.2022 roku zmienił treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (zmiana w załączeniu do pisma) w zakresie załącznika

nr 4 - projektu umowy, par. 7 ust. 4.

Nadając mu następujące brzmienie (zgodnie z żądaniem alternatywnym odwołania):

„W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w zakresie zmiany ceny produktu wskazanego w wystąpieniu Zamawiającego , o którym mowa w ust. 3 powyżej, w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia Wykonawcy, Zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania umowy w zakresie dostawy tego produktu z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, z zastrzeżeniem par. 1 ust.4 umowy. Nieosiągnięcie porozumienia w przedmiotowym zakresie nie będzie traktowane jako naruszenie umowy przez Wykonawcę".

W dniu 13 października 2022 r. odwołujący wobec uwzględnienia w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego w całości oraz uwzględnienia żądania alternatywnego odwołującego w zakresie dodania na końcu par. 7 ust.4 wzoru umowy następującego zastrzeżenia:„ z zastrzeżeniem par. 1 ust.4 umowy" oraz dodania: „Nieosiągnięcie porozumienia w przedmiotowym zakresie nie będzie traktowane jako naruszenie umowy przez Wykonawcę.", co satysfakcjonuje odwołującego w zakresie żądań wniesionego odwołania, wniósł na podstawie art. 522 ust.1 ustawy o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, bowiem w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Wniósł zatem równocześnie o zniesienie terminu posiedzenia wyznaczonego na dzień 18.10.2022 r. na godz. 13:00 z udziałem stron. Tym samym, o zwrot odwołującemu kosztów tytułem 100% wpisu wniesionego na poczet odwołania na numer rachunku, z którego został dokonany przelew wpisu od odwołania (numer rachunku znajduje się w potwierdzeniu uiszczenia wpisu dołączonym w załącznikach do odwołania). Jednocześnie podkreślił, iż zamawiający wykonał już żądanie alternatywne odwołującego, bowiem w dniu 12.10.2022 r. zamawiający dokonał zmiany SWZ, w ramach której obecne brzmienie par. 7 ust.4 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 4 do SWZ) jest zgodne z żądaniem alternatywnym odwołania i jest następujące:

„W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w zakresie zmiany ceny produktu wskazanego w wystąpieniu Zamawiającego , o którym mowa w ust. 3 powyżej, w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia Wykonawcy, Zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania umowy w zakresie dostawy tego produktu z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, z zastrzeżeniem par. 1 ust.4 umowy. Nieosiągnięcie porozumienia w przedmiotowym zakresie nie będzie traktowane jako naruszenie umowy przez Wykonawcę".

Powyższe spełnia oczekiwania odwołującego w zakresie uwzględnienia odwołania w całości i uwzględnienia żądania alternatywnego odwołania, wobec czego odwołujący wnosi jak we wstępie o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, zniesienie terminu rozprawy wyznaczonej na 18.10.2022 r. godz. 13:00 oraz zwrot 100% wpisu od od-wołania uiszczonego przez odwołującego na rachunek bankowy odwołującego.

Niniejsze pismo zostało również przekazane zamawiającemu na adres mailowy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że do postępowania nie przystąpił żaden z wykonawców.

Wobec braku przystąpień po stronie zamawiającego, nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do złożenia sprzeciwu. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze mogło zostać umorzone.

Skoro zatem zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił ważnego przystąpienia żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy. Zgodnie z przywoływanym przepisem W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 od-wołaniu..

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....