

Warszawa, dnia 11 maja 2022r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 00-676 Warszawa

Odwołujący:
Lek S.A.
ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków
NIP: 7281341936
KRS: 0000061723

zastępowany przez:
Radcę prawnego Pawła Graneckiego
Kancelaria Doradztwa Prawnego Paweł Granecki
Al. J. Ch. Szucha 3 lok. 4, 00 – 580 Warszawa
tel.: 607-123-450
e- mail: p.granecki@ipzp.com.pl

Zamawiający:
Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu
ul. H. Kamieńskiego 73A
51-124 Wrocław

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Lek S.A., dalej jako „Odwołujący” lub „LEK”, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, które przedkładam w załączeniu (**Załącznik nr 1**), na podstawie art. 513 pkt 1 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, 1598 ze zm., Dz.U. z 2022 r. poz. 25 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, niniejszym wnoszę **odwołanie na projektowane postanowienia umowy zawarte w załączniku nr 2 do SWZ-projekt umowy** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, dla postępowania pod nazwą „Dostawa *leków stosowanych w chemioterapii i w programach lekowych*”- pakiet nr 1,8,26,28,37,40,44,47,58,59,64,82,84.

numer postępowania: Szp/ZP –129/2022, dalej jako „Postępowanie”, polegających na:

1. **Zawarcia w par. 3 ust.7 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Wykonawca jest zobowiązany do dostosowania ceny umownej do ceny wynikającej z monitorowania cen przez NFZ”

2. **„Zawarcie w par. 3 ust.8 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „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”
3. **Zawarcie w par. 11 ust.2 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający dopuszcza rozwiązanie umowy z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku nie podpisania przez Wykonawcę aneksu o którym mowa w **par. 3 ust. 8 niniejszej umowy**”
4. **Zawarcie w par. 4 ust.4 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający zastrzega sobie prawo niezrealizowania całości dostaw w przypadku zmniejszenia ilości świadczeń udzielanych przy użyciu towarów objętych niniejszą umową.”
5. **Zawarcie w par. 4 ust.6 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Ograniczenie realizacji zamówienia nie będzie większe **niż 50%** w stosunku do wartości i ilości, określonych w ofercie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 085-229316 z dnia 02/05/2022 r.

I. Zarzuty

Zamawiającemu zarzucam w związku z wyżej wymienionymi projektowanymi postanowieniami projektu umowy w sposób łączny lub odrębny naruszenie następujących przepisów prawa:

- **art. 431 w zw. z art.8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹KC 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 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art.471 KC oraz w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913)**- poprzez zaburzenie równowagi stron umowy, sprowadzenie jej do umowy stricte adhezyjnej, jednostronnej, brak poszanowania interesów drugiej strony umowy, narzucanie ogólnie cen przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, wbrew naturze stosunku, ustawie Pzp i zasadom współżycia społecznego poprzez nakazanie Wykonawcy dostosowania ceny umownej do ceny wynikającej z monitorowania cen przez NFZ i zawarcia aneksu w tym zakresie, a w przypadku, gdy Wykonawca odmówi zawarcia aneksu uprawnia to Zamawiającego do rozwiązania umowy z zachowaniem **6-miesięcznego** okresu wypowiedzenia ;

(projektowane postanowienia z par. 3 ust.7 oraz ust.8 i z par. 11 ust.2 projektu umowy)

-art. 433 pkt 4 w zw. z art.8 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC oraz 58 par.1 i 2 KC, art.353¹ KC- 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 całkowitą rezygnację z zamówienia lub jednostronne wypowiedzenie 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.

(projektowane postanowienia z par. 4 ust.4 i par. 4 ust.6 projektu umowy, par. 11 ust.2 projektu umowy).

II. Wnioski:

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z par.4 ust.4. projektu umowy w całości albo zmianę projektowanego postanowienia z par. 4 ust. 4 projektu umowy na następujące postanowienie gwarantujące wykonanie minimalnego zakresu zamówienia zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dodanie zastrzeżenia z projektowanego par. 4 ust.6 projektu umowy oraz zmianę słów: z „całości dostaw” na: „części dostaw”:

Propozycja zmiany w par. 4 ust.6 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo niezrealizowania **części** dostaw w przypadku zmniejszenia ilości świadczeń udzielanych przy użyciu towarów objętych niniejszą umową, **z zastrzeżeniem par. 4 ust.6 umowy.**”

2) zmianę postanowienia z par. 4 ust.6 projektu umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 70 % wartości umowy, a nie realizację tylko 50 % umowy- co wynikało z dotychczasowego brzmienia postanowienia par. 4 ust.6 projektu umowy:

Propozycja zmiany w par. 4 ust.6 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy:

„Ograniczenie realizacji zamówienia nie będzie większe **niż 30 %** w stosunku do wartości i ilości, określonych w ofercie.”

- 3) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par.3 ust.7. projektu umowy w całości;
- 4) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 3 ust.8 projektu umowy w całości;
- 5) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 11 ust.2 projektu umowy w całości;

-oraz wnoszę o:

4) dopuszczenie w poczet materiału dowodowego dowodów załączonych do niniejszego odwołania oraz przedstawionych na rozprawie w jej trakcie,

5) zasądzenie kosztów Postępowania na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

III. Wskazanie interesu w uzyskaniu zamówienia:

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 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 przedmiotowego zamówienia i potencjalnych korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i tym samym do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie w rozumieniu art. 505 ust.1 ustawy Pzp.

IV. Termin na wniesienie odwołania

Odnosząc się do terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 515 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, złożył on odwołanie w ciągu 10 dni od dnia opublikowania treści dokumentów zamówienia-SWZ na stronie internetowej (platformie zakupowej) Zamawiającego. Ponieważ Odwołujący złożył odwołanie dnia 11 maja 2022 r. termin 10– dniowy na złożenie odwołania został dochowany.

V. Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł został wniesiony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (dowód w załączeniu- **Załącznik nr 2**).

VI. Przekazanie kopii odwołania

Zgodnie z art. 514 ust. 2 i 3 ustawy Pzp kopia treści Odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia Odwołania (dowód w załączeniu – **Załącznik nr 3**).

Uzasadnienie

1. Stan faktyczny

Odwołujący chciałby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa leków stosowanych w chemioterapii i w programach lekowych”

numer postępowania: Szp/ZP –129/2022 , i móc złożyć ważną ofertę.

W dniu 2 maja 2022 r. ukazały się na stronie internetowej- platformie zakupowej Zamawiającego dokumenty postępowania, w tym SWZ i załącznik nr 2 do SWZ -projekt umowy ze spornymi projektowanymi postanowieniami z par. 3 ust.7, par. 3 ust.8, par. 11 ust.2, par. 4 ust. 4 oraz par. 4 ust.6 projektu umowy, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem narażają go na straty finansowe- prowadzą do braku stabilności zaofiarowanych cen produktów leczniczych, co powoduje zmniejszenie wartości zakontraktowanego przetargu i w efekcie rażąco spadek jego rentowności. W świetle ww. projektowanych postanowień po publikacji przez NFZ zmodyfikowanych średnich kosztów rozliczania substancji czynnych Zamawiający może egzekwować zmiany cen i zobowiązuje wykonawcę do zmiany- obniżenia cen i zawarcia aneksu w tym zakresie. Odmowa zawarcia aneksu będzie przyczynkiem do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Ponadto gdy Zamawiający zmniejszy ilość świadczeń udzielanych przy użyciu towarów objętych niniejszą umową, zastrzegł sobie prawo niezrealizowania całości dostaw- co może spowodować tzw. „wygaszenie” umowy, co de facto powoduje niewykonanie założeń umowy ze strony zamawiającego i 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. Tym samym, sporne postanowienia umowne nie gwarantują wykonania przez Zamawiającego minimalnego zakresu zamówienia, przy założeniu, że Zamawiający może odstąpić od umowy w całości w sytuacji, gdy stanie się ona dla niego już nieopłacalna. Zamawiający co prawda wprowadził w projektowanych postanowieniach umownych w par. 4 ust.6 projektu umowy ograniczenie realizacji zamówienia o nie więcej niż 50 % w stosunku do wartości i ilości określonych w ofercie, ale w par. 4 ust.4 nie ma zastrzeżenia z par. 4 ust.6 umowy. Ponadto, zdaniem Odwołującego gwarancja realizacji zamówienia na poziomie 50 % w przypadkach innych niż wskazana w par. 4 ust.4 również jest niewystarczająca i nieopłacalna dla Odwołującego, bowiem jedynie gwarancja realizacji zamówienia na poziomie minimum 70 % jest akceptowalna dla Odwołującego. Tym samym ograniczenie z par. 4 ust.6 powinno być zmniejszone do max. 30 % umowy.

Wobec powyższego ww. postanowienia są abuzywne i naruszają równowagę stron umowy.

W dniu 9.05.2022 r. Odwołujący zadał Zamawiającemu zapytanie do SWZ **dotyczące projektowanego postanowienia z par. 3 ust. 7 oraz z par. 3 ust.8 projektu umowy**. Niemniej jednak, do dnia dzisiejszego Zamawiający nie odpowiedział na zapytanie Odwołującego oraz na jego prośbę o usunięcie lub zmianę projektowanych postanowień z projektu umowy. Odwołujący zdecydował się zatem wnieść odwołanie na treść abuzywnych i innych projektowanych postanowień umownych projektu umowy naruszających w sposób rażąco równowagę stron umowy na korzyść wyłącznie Zamawiającego, i zawniósł w niniejszym odwołaniu o ich wykreślenie lub zmianę jako rażąco abuzywnych i arbitralnych, uniemożliwiających złożenie przez Odwołującego oferty w niniejszym postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i z gwarancją realizacji minimalnego zakresu umowy chociaż na poziomie 70 % w stosunku do 50 % gwarantowanych przez Zamawiającego w par. 4 ust.6 projektu umowy. W ocenie Odwołującego treść par. 4 ust.4 wyklucza się z par. 4 ust. 6 projektu umowy.

2. Stan prawny

- I. **naruszenie art. 431 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 354 KC i art. 5 KC i art.395 KC oraz art. 353¹ KC,art.58 par.1 i 2 KC w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913)**

Zgodnie z treścią art. 431 ustawy Pzp: „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 § 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 § 2 tego przepisu w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

SWZ dotyczy zamówienia na dostawę produktów leczniczych. Złożenie oferty związane jest z zobowiązaniem do zapewnienia dostępności produktu sukcesywnie przez cały okres trwania umowy. Równocześnie Zamawiający wprowadza klauzulę umowną we wzorze umowy zgodnie z którą:

Sporne projektowane postanowienia umowne z **par. 3 ust.7, par. 3 ust. 8 i par.11 ust.2 projektu umowy**:

par. 3 ust.7 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „Wykonawca jest zobowiązany do dostosowania ceny umownej do ceny wynikającej z monitorowania cen przez NFZ”

par. 3 ust.8 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy o treści: „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”

par. 11 ust. 2 projektu umowy o treści: „Zamawiający dopuszcza rozwiązanie umowy z zachowaniem **6-miesięcznego** okresu wypowiedzenia w przypadku nie podpisania przez Wykonawcę aneksu o którym mowa w **par. 3 ust. 8 niniejszej umowy”**

Powyższe postanowienia umowne powodują 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, jak przypuszcza Odwołujący (postanowienie nie jest precyzyjne i można domniemywać, że o ten komunikat NFZ chodzi w przedmiotowym postanowieniu), ze wskazanym kosztem średnim wskazanym w Komunikacie dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych. 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. Dodatkowo, postanowienie to daje Zamawiającemu możliwość odstąpienia od umowy z 6-miesięcznym okresem wypowiedzenia w sytuacji, gdy Wykonawca nie wyrazi zgody na obniżenie cen w stosunku do cen podanych w ofercie i odmówi zawarcia aneksu z Zamawiającym. Powyższe nie daje gwarancji minimalnego zakresu świadczenia, co sprawia, że klauzule te są również abuzywne w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp i zasługują na całkowite wykreślenie.

Ww. **§3 ust. 7 i ust.8 oraz §11 ust.2 projektu umowy** narusza tym samym art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;”.

Tym samym wykonawca/oferent de facto składa ofertę na produkt, którego ceny finalnej nie zna, 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 produktu Zamawiającemu
- Stratę finansową po stronie wykonawcy i zamawiającego, której nie przewidział zamawiając/kupując produkt na potrzeby zamówienia i brak gwarancji zrealizowania minimalnego zakresu zamówienia- gdy Wykonawca nie obniży cen Zamawiający może odstąpić od umowy w każdej chwili z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia, co nie daje żadnej gwarancji realizacji minimalnego zakresu zamówienia.

Prowadzi to niezaprzeczalnie do naruszenia zasady przejrzystości postępowania. Wobec powyższego Odwołujący wnioskuje o wykreślenie ww. postanowień umownych w całości.

Przedmiotowe projektowane postanowienia umowy, w świetle art. 5 k.c. w zw. z art 58 par. 2 k.c., będąc sprzecznymi z zasadami współżycia społecznego, są nieważne z mocy prawa, gdyż przewidują możliwość dowolnego, nieprzewidywalnego dla wykonawcy kształtowania ceny, nie zaś zakupu produktów w cenie oferowanej przez wykonawcę.

Powyższe projektowane postanowienia umowy naruszają także art. 431 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 354 k.c. i art. 353 par. 1 k.c., art.58 par.1 i 2 k.c. w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Postanowienia te sprzeczne są dodatkowo także z art. 433 pkt 4 Pzp stanowiąc klauzulę abuzywną – Zamawiający dzięki tym postanowieniom ma możliwość nie tylko ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, ale wręcz rezygnacji z realizacji zamówienia z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku, gdyby Wykonawca nie zgodził się na zmianę-obniżkę ceny do wysokości nie wyżej niż określona przez NFZ, tj. na zawarcie aneksu.

Zgodnie z treścią art. 431 ustawy Pzp: „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.”

Przedmiotowe postanowienia umowne powodują 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 z Komunikatem NFZ, tj. przypuszczalnie ze wskazanym kosztem średnim wskazanym w Komunikacie dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii.

Taki sposób określenia ceny, powoduje tym samym niemożność jej skalkulowania na potrzeby złożenia oferty.

Tak więc, przedmiotowy sposób ustalania ceny narzucony ogólnie przez Zamawiającego jest 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 poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanych postanowień umownych z par.3 ust. 7, par. 3 ust. 8 oraz par. 11 ust.2 projektu umowy, poprzez które Zamawiający narzuca maksymalną cenę zgodnie z jakimś komunikatem NFZ i narzuca obniżenie ceny ofertowej w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 ustawy Pzp i art. 354 § 1 k.c. Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, ażeby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, poprzez nieustanne zmiany ceny w trakcie 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, do którego przypuszczalnie odnosi się NFZ w projektowanym postanowieniu umownym- koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny dla wykonawcy. Nieznana jest częstotliwość jego publikacji, sposób jego obliczenia, a także jego częste publikacje powodowałby możliwość nieustannych żądań ze strony Zamawiającego zmiany umowy i zawierania niezliczonych aneksów w tym zakresie . 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.

Należy zacytować wyrok KIO, które potwierdzają niniejsze stanowisko:

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.1010).(…). 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 określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia.(...)”

Na koniec należy wskazać, że ww. postanowienia są sprzeczne z ustawą refundacyjną, która umożliwia wykonawcom oferowanie produktów w cenach określonych w decyzjach refundacyjnych i regułami Ustawy refundacyjnej (zgodnie z art. 9 to właśnie te ceny stanowią ceny maksymalne). Wykonawcy natomiast mają prawo zgodnie z tymi regułami je oferować, a nie muszą stosować się do nieokreślonych Komunikatów NFZ, które stanowią akty wewnętrzne i nie są powszechnie obowiązującymi aktami prawa.

Powyższe projektowane postanowienia umowy naruszają 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.

Projektowane postanowienia z par. 3 ust. 7, par.3 ust. 8 oraz par. 11 ust.2 projektu umowy będąc sprzeczne z prawem, powinny zostać bezwzględnie usunięte z projektowanych postanowień umowy w całości.

W przypadku zaistnienia powyższych okoliczności, gdy wykonawca nie będzie miał wyjścia i odmówi zamawiającemu zawarcia aneksu dot. obniżenia ceny, będzie to uprawniać zamawiającego do wypowiedzenia umowy w tej części, czyli rezygnacji z dalszego zakupu produktów. Pozostaje ponadto wątpliwość czy to oznacza nienabywanie żadnego z produktów objętych umową czy tylko zadania, którego będzie dotyczyć różnica w cenie (określonej w zawartej umowie i komunikacie NFZ). Zamawiający pozostanie więc z partią produktów nabytych na potrzeby zamówienia, alokowanych do tego zamówienia, z wszelkimi tego konsekwencjami – finansowymi (strata, której nie można skalkulować składając ofertę), a także marnując produkt (produkt niesprzedany niekoniecznie zostanie sprzedany w Polsce, a tym samym będzie konieczna jego utylizacja – niedopuszczalne przy produktach niezbędnych dla życia pacjentów lub których brakuje na świecie).

Taki sposób określenia ceny, jaki wymusza poprzez projektowane postanowienie z par. 3 ust.7 umowy Zamawiający powoduje tym samym niemożność jej skalkulowania na potrzeby złożenia oferty.

Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, ażeby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, poprzez nieustanne zmiany ceny w trakcie 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. 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 Pzp - zmienia się bowiem treść oferty.

W zakresie średniego kosztu rozliczenia substancji czynnych, do którego przypuszczalnie odnosi się NFZ w projektowanym postanowieniu umownym - koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny dla wykonawcy. Prowadzi to do niepewności minimalnego wynagrodzenia, jakie będzie mógł uzyskać wykonawca z tytułu przedmiotowego zamówienia i tym samym klauzula z par. 3 ust.7 wzoru umowy również może być uważana za abuzywną w świetle art. 433 ust.4 ustawy Pzp, wobec czego Odwołujący wnosi o wykreślenie w całości projektowanego postanowienia.

Co do aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczenia tej substancji czynnej- wskaźnik ten nie jest obiektywny – nie 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 ceny ofertowej, określonej przy uwzględnieniu specyfiki danego zamówienia i wszystkich ww. parametrów.

Należy też rozważyć czy wprowadzenie w taki sposób mechanizmu komunikatów NFZ (w naszym przypadku przypuszczalnie średniego kosztu substancji czynnej objętego takim komunikatem, nie jest sprzeczne z postanowieniami ustawy refundacyjnej wprowadzając coś na kształt dodatkowej ceny maksymalnej obok tej wynikającej z przepisów prawa. Art. 9 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych 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 dodatkowy mechanizm, gdzie w przypadku obniżenia „monitorowanej” ceny zakupu produktów leczniczych poniżej ceny zawartej w umowie, cena określona w umowie ulega obniżeniu do wysokości wynikającej z Komunikatu NFZ. 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.3 ust.7 wzoru umowy.

Ponadto należy rozważyć sytuację wykonawcy w przypadku odmowy przez Wykonawcę obniżenia ceny i podpisania aneksu w zakresie obniżenia ceny, która to będzie uprawniała zamawiającego do rozwiązania umowy w świetle art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP, tj. czy odmowa zawarcia aneksu nie zostanie potraktowana jako podstawa do wykluczenia wykonawcy z przyszłych postępowań- świadczy to o ewidentnej abuzywności par. 3 ust.7 i ust.8 oraz par. 11 ust.2 projektowanego postanowienia umownego umieszczonego w projekcie umowy.W zakresie średniego kosztu rozliczania substancji czynnych, do którego przypuszczalnie odnosi się NFZ w projektowanym postanowieniu umownym , należy wskazać, iż podstawa prawna rozliczania świadczeń to ZARZĄDZENIE Nr 162/2020/DGL PREZESA NARODOWEGO FUNDUSZU ZDROWIA z dnia 16 października 2020 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe , zgodnie z którym (par. 22 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 fiołki (co może się zdarzyć – patrz nawet przykład szczepionek, gdzie z góry producent założył, że część fiołek 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 przytoczonego już wcześniej art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty”.

Wymóg zaś postanowiony przez Zamawiającego w projektowanym par. 3 ust.7 projektu umowy dot. zaoferowania ceny, której *de facto* maksymalny limit ma być ustalony na podstawie komunikatu NFZ dotyczącego przypuszczalnie 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 Pzp.

Należy także wskazać, że zarządzenie NFZ nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne. Charakter tego rodzaju zarządzeń stanowił już przedmiot rozważań sądów administracyjnych (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 lutego 2011 r., sygn. akt II GSK 262/10 i II GSK 263/10, z dnia 25 maja 2011 r., sygn. akt II GSK 519/10, z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt II GSK 1991/13, z dnia 2 lutego 2017 r., sygn. akt II GSK 5488/16, z dnia 11 kwietnia 2017 r., II GSK 1880/15), z których wynika jednoznacznie, że są to przepisy o charakterze decyzji Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, niewiążących zatem wykonawców.

Por. Wyrok KIO z 31 lipca 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 2020, poz. 1913). 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 poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Z uwagi na to, że Zamawiający nie ma kompetencji w zakresie kształtowania cen ofert, które zostaną złożone przez wykonawców, czynność polegająca na narzuceniu maksymalnej ceny może być zakwalifikowana jako utrudniająca uczciwą konkurencję. 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 określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym należy uznać, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych jest czynnością wykonawcy(...) Rozwiązanie umowy z wykonawcą jest równoznaczne z niezachowaniem zasad wynikających z ustawy o finansach publicznych wskazanych w art. 44 ust.3, w tym w szczególności z zasadą optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, terminowej realizacji zadań, w wysokości i terminach wynikających z

wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zamawiający będzie bowiem zmuszony do przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami, w tym koniecznością ponoszenia kosztów i ryzyka związanych z przedłużającym się postępowaniem (...) Podkreślić należy, że wskazywane przez Zamawiającego Zarządzenie NFZ nie statuuje dla Zamawiającego obowiązku stosowania w udzielanych zamówieniach progów kosztowych uprawniających do korekty wartości świadczeń. Z par. 25 tego Rozporządzenia wynika jedynie możliwość zastosowania korekty w sytuacji, gdy znajdą przesłanki uprawniające do jej zastosowania, a nieskorzystanie z niej nie naraża Zamawiającego na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych(..) Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż zgodnie z art. 536 par. 1 KC, cenę można wskazać poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia, Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia taki mechanizm ustalania ceny może mieć miejsce, niemniej jednak zawsze musi się to odbywać z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji. W ocenie Izby, Zamawiający narzucając wykonawcom wymóg zaoferowania ceny nieprzekraczającej limitów ustalonych dla potrzeb wskaźników korygujących, dopuścił się naruszenia wskazanej zasady”.

Patrz również wyrok KIO z 30 lipca 2019 (Sygn. Akt KIO 1331/19): „ Podkreślenia wymaga, że ustalenie ceny ofertowej należy do uprawnień wykonawcy, który dokonuje kalkulacji stosownie do okoliczności rynkowych i okoliczności dotyczących jego indywidualnej sytuacji, oraz z uwzględnieniem własnej polityki biznesowej. Treść oświadczenia woli w zakresie ceny ofertowej nie może być narzucana przez Zamawiającego, stanowiłoby to bowiem zaprzeczenie istocie postępowań przetargowych.”

Należy w szczególności zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 roku (Sygn. akt KIO 3107/21) (załącznik nr 5), w którym Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko co do postanowień dotyczących takiej samej sytuacji faktycznej, tzn. możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, gdy wykonawca nie obniżył ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia, tj. gdy średni koszt rozliczenia substancji czynnych opublikowany przez NFZ po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu zawartej w umowie.

KIO potwierdziło, że przedmiotowe postanowienie jest abuzywne i nakazał zamawiającemu w postępowaniu wykreślić przedmiotowe postanowienie. KIO podzielił tym samym argumentację odwołującego i jednoznacznie wskazał, m. in., iż:

- „*postanowienie umożliwia odstąpienie od umowy w każdej chwili bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie*”,
- „*postanowienie nie daje gwarancji minimalnego zakresu świadczenia, co sprawia, że klauzula jest również abuzywna w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp*”,
- „*postanowienie narzuca na wykonawcę obowiązek negocjowania ceny w przypadku obniżenia ceny krajowej publikowanej w komunikacie DGL dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii, nawet gdy byłoby to dla wykonawcy nierentowne. Takie kształtowanie postanowień umowy, które jest wyłącznie korzystne dla Zamawiającego, a nie zawsze dla wykonawcy, jest abuzywne i narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na niekorzyść wykonawcy.*”

Ponadto należy wskazać 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, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp poprzez zastosowanie w umowie klauzuli abuzywnej.

Zgodnie z pismem podobne stanowisko zajął także Narodowy Fundusz Zdrowia.

Na koniec należy dodatkowo wskazać, iż sam Zamawiający wskazuje w § 4 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, iż jego zobowiązaniem będzie zapłata ceny **zgodnie ze złożoną ofertą**, a nie ceną kształtowaną Komunikatem NFZ – „ § 4 ust. 1. *Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy cenę jednostkową za towar zgodnie z ofertą przetargową.*”. Przedmiotowe postanowienie wskazuje także na konieczność dokonania zmiany przedmiotowych projektowanych postanowień umowy.

Tym samym przedmiotowe projektowane postanowienia umowy z par. 3 ust.7 i ust.8 oraz par. 11 ust.2 projektu umowy powinny zostać bezwzględnie usunięte z projektu umowy w całości.

II. **Naruszenie art. 433 pkt 4 w zw. z art. 8 ust.1 oraz art.16 pkt.1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, 58 par.1 i 2 KC, 353¹ KC**

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp: Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Projektowane zaś postanowienie umowne z **§ 4 ust. 6** projektu umowy o treści:

§ 4 ust.6 : „Ograniczenie realizacji zamówienia nie będzie większe **niż 50%** w stosunku do wartości i ilości, określonych w ofercie”

Nie jest jasne co oznacza możliwość ograniczenia realizacji zamówienia i czy odnosi się do ograniczenia rodzajów kupowanych leków. Przyjmując jednak, że chodzi o możliwość ograniczenia zakupu do 50% wartości umowy, uniemożliwia to złożenie oferty – różnica 50% zamówienia jest na tyle duża, że wykonawca nie może odpowiednio skalkulować ceny. Nie jest to jedyne postanowienie tego dotyczące – w przypadku udzielenia mniejszej ilości świadczeń, o którym mowa poniżej, nawet 50% nie będzie miało zastosowania, bowiem w myśl par. 4 ust.4 umowy Zamawiający w całości nie zrealizuje dostawy.

Wnioskujemy zatem o zmianę ww. postanowienia z par.4 ust.6 projektu umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 70 % wartości umowy, a nie tylko 50 % umowy- co wynikało z dotychczasowego brzmienia postanowienia par. 4 ust. 6 umowy:

Propozycja zmiany projektowanego postanowienia umowy w **par. 4 ust. 6 projektu umowy** na:

„Ograniczenie realizacji zamówienia nie będzie większe niż 30 % w stosunku do wartości i ilości, określonych w ofercie”.

Kolejne bardzo sporne dla Odwołującego postanowienie wzoru umowy z **par.4 ust.4 projektu umowy:**

§ 4 ust. 4 projektu umowy: „Zamawiający zastrzega sobie prawo niezrealizowania całości dostaw w przypadku zmniejszenia ilości świadczeń udzielanych przy użyciu towarów objętych niniejszą umową.”

Zamawiający powyższą klauzulą zastrzegł sobie prawo do niezrealizowania całości dostaw w przypadku zmniejszenia ilości świadczeń udzielanych przy użyciu towarów objętych niniejszą umową- oznacza to, że nie gwarantuje w tym przypadku Wykonawcy minimalnego zakresu realizacji zamówienia i uzależnia rozwiązanie umowy od okoliczności niezwiązanych z Wykonawcą, nieznanych Wykonawcy i na pewno od niego niezależnych, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu.

Zmniejszenie ilości świadczeń spowoduje, że ograniczenie realizacji umowy do poziomu 50%, o którym mowa w par. 4 ust.6 projektu umowy nie będzie miało zastosowania. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie jedynie za zrealizowaną część umowy zgodnie z par. 4 ust.5 projektu umowy. Czyli umowa nie przewiduje minimum realizacji, o którym mowa w art. 433 pkt 4 PZP. Jest to sprzeczne z par. 4 ust.6 umowy.

Patrz. Par. 4 ust.5 projektu umowy o treści: „W takim przypadku (o którym mowa w par.4 ust.4) Wykonawca może domagać się zapłaty wynagrodzenia za towary w ilości faktycznie zamówionej i dostarczonej.” Oznacza, to, że Zamawiający nawet po wykonaniu tylko 10 % czy 5 % umowy będzie mógł od niej odstąpić i Wykonawca dostanie tylko 5 % wynagrodzenia umownego lub 0 % jeśli Zamawiający odstąpiłby od składania zamówień tuż po zawarciu umowy ze względu na zmniejszenie ilości świadczeń udzielanych przy użyciu towarów objętych niniejszą umową. Jest to nie do zaakceptowania przez Odwołującego.

Postanowienie z par. 4 ust.4 projektu umowy jest nadużyciem prawa w myśl art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

Powyższe projektowane postanowienie jest abuzywne- sprzeczne z ww. art. 433 pkt 4 Pzp – 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 całości. 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 (https://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosc/370/7236/1/zalozenia_strategii_nfz.pdf) realizującymi m. in. następujące wartości · dbałość, w imieniu Pacjenta , o należyłą 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 (<https://www.gov.pl/web/zdrowie/masz-prawo-do-bezplatnych-swadczen-opieki-zdrowotnej>).

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi jak we wstępie w pkt.1 o:

wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z par.4 ust.4. projektu umowy w całości albo zmianę projektowanego postanowienia z par. 4 ust. 4 projektu umowy na następujące postanowienie gwarantujące Wykonawcy wykonanie minimalnego zakresu zamówienia zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dodanie zastrzeżenia z projektowanego par. 4 ust.6 projektu umowy oraz zmianę słów: z „całości dostaw” na: „części dostaw”, tak aby prawo to nie było niczym nieograniczone:

Propozycja zmiany w par. 4 ust.6 projektu umowy projektowanego postanowienia umowy:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo niezrealizowania części dostaw w przypadku zmniejszenia ilości świadczeń udzielanych przy użyciu towarów objętych niniejszą umową, z zastrzeżeniem par. 4 ust.6 umowy.”

Tak samo ww. projektowane postanowienia z par. 3 ust.8 oraz 11 ust.2 projektu umowy są abuzywne w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Odmowa podpisania aneksu w zakresie obniżenia ceny w stosunku do cen zawartych w ofercie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w trybie jednostronnego wypowiedzenia z 6- miesięcznym okresem wypowiedzenia. W przypadku więc, gdy Wykonawca nie zgodzi się na obniżenie ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej Komunikatowi NFZ, tj. przypuszczalnie aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych, to Zamawiający jednostronnie wypowie mu umowę, ograniczając tym samym zakres zamówienia, bez wskazania uprzednio w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Należy uznać, iż powyższe projektowane postanowienia umowne z par. 3 ust. 7 oraz 3 ust. 8 i par. 11 ust. 2 są abuzywne i należy je usunąć w całości z umowy. Nie tylko stanowią bowiem odgórne narzucenie Wykonawcy kształtowania cen przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami udzielania zamówień publicznych, zasadami uczciwej konkurencji, ale ponadto uprawnia to Zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia i rezygnacji z niego nawet już po drugim kwartale, po opublikowaniu przez NFZ danych za ostatni miesiąc w danym kwartale, gdy Wykonawca nie zgodzi się z obniżeniem cen, co może doprowadzić do sytuacji, że Zamawiający wypowie jednostronnie umowę nawet przed osiągnięciem 50 % części zamówienia ze 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, wnoszę jak we wstępie o wykreślenie ww. projektowanych postanowień z par. 3 ust. 7 i ust. 8 oraz par.11 ust.2 projektu umowy w całości z wzoru umowy jako rażąco abuzywnych oraz zmianę

postanowień z par. 4 ust. 4 i 4 ust. 6 w sposób zaproponowany we wnioskach odwołania w pkt. 1 i 2 wniosków, względnie o wykreślenie projektowanego postanowienia z par. 4 ust.4 projektu umowy jako abuzywnego w myśl art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, dającego możliwość Zamawiającemu rezygnacji z całości dostaw.

Ponadto, przedstawiamy wyroki Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające stanowisko Odwołującego przedstawione powyżej:

1) Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. (**KIO 481/21 - wyrok KIO z dnia 31-03-2021**)

2) Jakkolwiek zrozuwała jest, zwłaszcza w kontekście wydatkowania przez zamawiającego środków publicznych, dbałość zamawiającego o należyte wykonywanie zamówienia publicznego, nie można jednak koncentrować się wyłącznie na odpowiedzialności wykonawcy zapominając, że rolą zamawiającego jest także współpraca z wykonawcą przy realizacji umowy. Pomimo, że niewątpliwie umowy w sprawie zamówienia publicznego zbliżone są w swojej naturze do umów adhezyjnych, w których ograniczenie zasady równości stron kontraktu jest szczególnie widoczne, to przyzwolenie na nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie może być nieograniczone. Za rażąco wręcz niesprawiedliwe należy uznać obciążanie wykonawcy działającego z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w OPZ, konsekwencjami działania podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza bowiem zasady współżycia społecznego, przez co jest sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego (art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 58 KC) (**KIO 3439/20 - wyrok KIO z dnia 22-01-2021**)

3) Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ KC), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. **KIO 2729/20 - wyrok KIO z dnia 13-11-2020**

4) Jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ KC) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 KC. (**KIO 2627/18 - wyrok KIO z dnia 11-01-2019**).

5) Przepis art. 144 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie dotyczy projektów umów, ale umów już zawartych, co wynika z zawartego w ust. 1 tegoż artykułu sformułowania: „zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej”. W przypadku zmiany umowy z naruszeniem ust. 1 - 1b sankcją nieważności objęta byłaby jedynie dokonana zmiana, a nie cała zawarta umowa.

Poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (art. 146 ust. 1 i 6) mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn, niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 KC). Ocena, czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana będzie w świetle postanowień art. 58 KC (arg. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). (KIO 66/18 - wyrok KIO z dnia 30-01-2018)

6) Celem podmiotu publicznego – zamawiającego jest zapewnienie racjonalnej alokacji ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy o zamówienie publiczne. (**KIO 2547/17 - wyrok KIO z dnia 18-12-2017**)

7) Okoliczność, że to zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Zamawiający przerzucając rozszerzoną odpowiedzialność na wykonawcę zwalnia się z obowiązku udowodnienia braku należytej staranności, nie wykazując podstawy do jej rozszerzenia np. ze szczególnych okoliczności świadczenia umownego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów a wręcz ją narusza ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego. (KIO 2163/17 - wyrok KIO z dnia 31-10-2017)

8) Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353[1] KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu

zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

2. Nawet naruszenie przez zamawiającego art. 353[1] KC w związku z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) nie ma wpływu na wynik postępowania.

3. Uwzględnienie żądania usunięcia niektórych postanowień projektu umowy, czy ich zmiany, spowoduje pozbawienie zamawiającego możliwości kontroli realizacji zamówienia, a przede wszystkim stwierdzenia przypadków niewykonania umowy. Kary umowne, jako skuteczny instrument służący uzyskaniu oczekiwanego poziomu i jakości świadczonych usług, ustanawiane są na rzecz zamawiającego, zaś na rzecz wykonawcy przepisy Kodeksu cywilnego wskazują ustawowe odsetki. Stąd, żądania przedstawione przez odwołującego wywodzące się z zasady swobody umów, bez wskazania naruszenia przepisów zobowiązujących zamawiającego do konkretnych czynności w zakresie umów, nie znajdują podstaw do ich akceptacji.

4. Naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, stanowi konsekwencję naruszenia przepisów dotyczących czynności lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, kosztem jednych wykonawców na rzecz innych. Brak udowodnienia takiego naruszenia przepisów powoduje w konsekwencji, brak naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy. **(KIO 779/13 - wyrok KIO z dnia 18-04-2013).**

W związku z całokształtem okoliczności faktycznych i prawnych wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

Załącznik nr 1 - pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej

Załącznik nr 2 -; potwierdzenie bankowe opłacenia wpisu za odwołanie;

Załącznik nr 3 - potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

Załącznik nr 4- wypis z KRS Wykonawcy LEK S.A.

Załącznik nr 5 - wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 roku (Sygn. akt KIO 3107/21)

Załącznik nr 6- pismo Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia Ministra Macieja Miłkowskiego

MMI.454.13.2021 z dnia 15 listopada 2021r.