

Warszawa, dnia 18 października 2021r.

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:
Pomorskie Centrum Reumatologiczne im. dr Jadwigi Titz
– Kosko w Sopocie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Grunwaldzka 1-3 81-759 Sopot

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.) zwanej dalej „Pzp”, niniejszym wnoszę **odwołanie na projektowane postanowienia umowy** w postępowaniu prowadzonym przez Pomorskie Centrum Reumatologiczne im. dr Jadwigi Titz – Kosko w Sopocie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla postępowania pod nazwą „sukcesywne dostawy leków do Pomorskiego Centrum Reumatologicznego im. dr Jadwigi Titz - Kosko w Sopocie Sp. z o. o. w podziale na 58 pakietów.” - **Pakiet nr 27,32,36,37,39,57**

numer postępowania: 16/PN/21, dalej jako „Postępowanie”, polegających na:

1. **Zawarcia w par. 2.3 wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:
„ZAMAWIAJĄCY określił szacunkowo ilość asortymentu stanowiącego przedmiot umowy. **Ilość asortymentu objęta niniejszą umową może ulec zmniejszeniu (do 30 % ogólnej wartości umowy), w zależności od rzeczywistych potrzeb ZAMAWIAJĄCEGO.**”

W takim wypadku wartość wskazana w §3 ust. 3.1 ulegnie odpowiedniemu zmniejszeniu.”

2. **Zawarcie w par. 7.5. wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:
„W związku z tym, że Narodowy Fundusz Zdrowia nie będzie Zamawiającemu refundował świadczeń z zakresu programów lekowych, w ramach których sprawozdano substancje czynne z taryfami, które nie uwzględniają obowiązujących w czasie udzielania świadczeń instrumentów dzielenia ryzyka, **Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty Zamawiającemu odszkodowania obejmującego różnicę pomiędzy ceną leku zakupionego od Wykonawcy a kwotą refundowaną za lek przez Narodowy Fundusz Zdrowia wraz z wszelkimi związanymi z tego tytułu dodatkowymi kosztami** (dotyczy Pakietów nr 28, 31, 32, 36, 37, 39, 40, 41, 44, 46, 50, 54, 55, 56, 57)”
3. **Zawarcie w par. 9.2. wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:
„**Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte niniejszą umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ** (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57)”
4. **Zawarcie w par. 9.3. wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:
„Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57).”
5. **Zawarcie w par. 9.4. wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:
„Odstąpienie, o którym mowa w ustępie 9.2 i 9.3 niniejszego § może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie. **W takim przypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu faktycznego wykonania umowy (w tym już dostarczonego towaru)** - dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57”
6. **Zawarcie w par. 9.5. wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:
„ W sytuacji urzędowej zmiany na listach leków refundowanych w zakresie leków stosowanych do programów lekowych, Zamawiający może rozwiązać niniejszą umowę w terminie do 30 dni od powzięcia wiedzy przez Zamawiającego o powyższych okolicznościach (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57).”

7. **Zawarcie w par. 12.2.c. wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „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 sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ, a także w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57);”
8. **Zawarcie w par. 12.2.m wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „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.”
9. **Zawarcie w par. 12 ust. 3 wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Strony zobowiązują się do przystąpienia do negocjacji ceny przedmiotu umowy w przypadku obniżenia ceny krajowej publikowanej w komunikacie DGL dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii. (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57).”
10. **Zawarcie w par. 7.7 wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie naliczonej kary umownej z należnego mu wynagrodzenia za wykonane dostawy, określonego w § 3 ust. 1 umowy bez odrębnego wzywania”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 194-504702 z dnia 6.10.2021 r.

I. Zarzuty

Zamawiającemu zarzucam w związku z wyżej wymienionymi projektowanymi postanowieniami wzoru 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 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 odgórnie cen przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, wbrew naturze stosunku, ustawie Pzp i zasadom współżycia społecznego;

-art. 433 pkt 4 w zw. z art.8 ust.1 ustawy Pzp oraz art.16 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 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;

- art. 15r¹ ust.1 Ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 11, 159, 180, 694, 981, 1023, 1090, 1162, 1163, 1192, 1510, 1535, 1777)- poprzez zobowiązanie wykonawcy do wyrażenia zgody na potrącenie naliczonej kary umownej z należnego mu wynagrodzenia za wykonane dostawy, określonego w § 3 ust. 1 umowy bez odrębnego wzywania podczas, gdy obowiązuje stan pandemii i nie można potrącać kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

II. Wnioski:

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

1) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 2.3. projektu umowy w całości albo zmianę postanowienia na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 70 % wartości umowy, a nie tylko 30 % umowy- co wynikało z brzmienia projektowanego postanowienia par. 2.3. umowy:

Propozycja zmiany w par. 2.3 wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy:

„ZAMAWIAJĄCY określił szacunkowo wartość asortymentu stanowiącego przedmiot umowy. **Wartość asortymentu objęta niniejszą umową może ulec zmniejszeniu (o nie więcej niż 30 % ogólnej wartości umowy), w zależności od rzeczywistych potrzeb ZAMAWIAJĄCEGO. W takim wypadku wartość wskazana w §3 ust. 3.1 ulegnie odpowiedniemu zmniejszeniu, jednak nie więcej niż o 30 %.”**

- 2) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par.7.5. wzoru umowy w całości;
- 3) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.2. wzoru umowy w całości;
- 4) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.3. wzoru umowy w całości;
- 5) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.4. wzoru umowy w całości
- 6) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.5. wzoru umowy w całości
- 7) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 12 ust.2 pkt c wzoru umowy w całości
- 8) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 12 ust.2 pkt m wzoru umowy w całości
- 9) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 12 ust.3 wzoru umowy w całości
- 10) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 7 ust.7 wzoru 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 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 18 października 2021 r. termin 10– dniowy na złożenie odwołania został dochowany, zgodnie z art. 509 ust.2 Pzp.

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. „sukcesywne dostawy leków do Pomorskiego Centrum Reumatologicznego im. dr Jadwigi Titz - Kosko w Sopocie Sp. z o. o. w podziale na 58 pakietów.”- **Pakiet nr 27,32,36,37,39,57**

numer postępowania: 16/PN/21, i móc złożyć ważną ofertę.

W dniu 6 października 2021 r. ukazały się na stronie internetowej - platformie zakupowej Zamawiającego dokumenty postępowania, w tym SWZ zawierająca w rozdz. XIV wzór umowy ze spornymi postanowieniami z par. **2.3,7.5,9.2,9.3,9.4,9.5,12.2c,12.2m,12.3** wzoru umowy, 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 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 podjęcia negocjacji cen. Zgoda na zmiany powoduje obniżenie cen, brak zgody będzie przyczynkiem do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Ponadto gdy [\(i\)](#) Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji (pomijając nieścistość tego terminu w świetle obowiązujących regulacji refundacyjnych – ustawa posługuje się pojęciami urzędowe ceny zbytu, limit finansowania, podstawa limitu, itp.; czy należy też uwzględnić tzw. współczynnik korygujący, którym posługuje się NFZ przy określeniu kwot do wypłaty z tytułu

świadczeń) na leki objęte umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ, a także w sytuacji, (ii) gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę, może to 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 sytuacji, gdy stanie się ona dla niego już nieopłacalna. Dodatkowo, Zamawiający wprowadził w projektowanych postanowieniach umownych odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy z tytułu części ceny, która nie została zrefundowana przez NFZ-czyli odpowiedzialność za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a odnoszące się do relacji wewnętrznych pomiędzy NFZ a Zamawiającym.

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

W dniu 11.10.2021 r. Odwołujący zadał Zamawiającemu zapytanie do SWZ **dotyczące par. 12 ust.2.pkt m projektowanego postanowienia umowy**. Niemniej jednak, do dnia dzisiejszego Zamawiający nie odpowiedział na zapytanie Odwołującego oraz na jego prośbę o usunięcie lub zmianę projektowanych postanowień z wzoru umowy. Odwołujący zdecydował się zatem wnieść odwołanie na treść abuzywnych i innych projektowanych postanowień umownych projektu umowy naruszających w sposób rażący równowagę stron umowy na korzyść wyłącznie Zamawiającego, i zawnioskował 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 %.

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. 353¹KC,art.58 par.1 i 2 KC w zw. z art. 16 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-tj. przez 12 m-cy od daty zawarcia umowy. Równocześnie Zamawiający wprowadza klauzulę umowną we wzorze umowy zgodnie z którą:

§ 7.5: „W związku z tym, że Narodowy Fundusz Zdrowia nie będzie Zamawiającemu refundował świadczeń z zakresu programów lekowych, w ramach których sprawozdano substancje czynne z taryfami, które nie uwzględniają obowiązujących w czasie udzielania świadczeń instrumentów dzielenia ryzyka, Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty Zamawiającemu odszkodowania obejmującego różnicę pomiędzy ceną leku zakupionego od Wykonawcy a kwotą refundowaną za lek przez Narodowy Fundusz Zdrowia wraz z wszelkimi związanymi z tego tytułu dodatkowymi kosztami (dotyczy Pakietów nr 28, 31, 32, 36, 37, 39, 40, 41, 44, 46, 50, 54, 55, 56, 57).”

Paragraf ten jest niejasny. Odnosi się do relacji wewnętrznych pomiędzy NFZ a Zamawiającym i wprowadza odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy z tytułu części ceny, która nie została zrefundowana przez NFZ. Wykonawca ma wpływ na treść instrumentów dzielenia ryzyka, o których mowa w ustawie refundacyjnej, jednakże nie każdy instrument dzielenia ryzyka obniża kwotę refundacji wypłacaną przez NFZ (patrz art. 11 ust. 5 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U.2021.523 t.j. z dnia 2021.03.23) Zgodnie z nim: Instrumenty dzielenia ryzyka, o których mowa w ust. 2 pkt 7, mogą dotyczyć:

- 1) uzależnienia wielkości przychodu wnioskodawcy od uzyskiwanych efektów zdrowotnych;
- 2) uzależnienia wysokości urzędowej ceny zbytu od zapewnienia przez wnioskodawcę dostaw po obniżonej ustalonej w negocjacjach cenie leku, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobu medycznego;
- 3) uzależnienia wysokości urzędowej ceny zbytu od wielkości obrotu lekiem, środkiem spożywczym specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobem medycznym;
- 4) uzależnienia wysokości urzędowej ceny zbytu od zwrotu części uzyskanej refundacji podmiotowi zobowiązanemu do finansowania świadczeń ze środków publicznych;
- 5) ustalenia innych warunków refundacji mających wpływ na zwiększenie dostępności do świadczeń gwarantowanych lub obniżenie kosztów tych świadczeń.”

I tak w przypadku instrumentu dzielenia ryzyka dla produktu Etanercept (np. pakiet nr 32) , istnieje instrument dzielenia ryzyka, gdzie sankcją za jego nieprzestrzeganie jest którego nałożenie kary, o której mowa w art 51 ustawy o refundacji.

Ponadto zgodnie z pkt. X pkt. 7 SWZ 7 zastrzeżono, że jeżeli w stosunku do danego leku objętego refundacją ustalono w decyzji administracyjnej o objęciu refundacją taryfy uwzględniające instrumenty dzielenia ryzyka, cena także winna uwzględniać te instrumenty. Tym samym kwestie instrumentu dzielenia ryzyka są uwzględnione na etapie składania oferty.

W tej sytuacji Par. 7.5 jest niezrozumiały. Dodatkowo, narzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi wyłącznej odpowiedzialności, a odnosi się głównie do relacji wewnętrznych pomiędzy Zamawiającym a NFZ, wobec czego postanowienie par. 7.5. nakładające na Wykonawcę odpowiedzialność odszkodowawczą w tej sytuacji narusza równowagę stron umowy na korzyść Zamawiającego w sposób rażąco nieproporcjonalny i jest abuzywnie w świetle art. 433 ustawy Pzp oraz w świetle art. 471 Kodeksu cywilnego- Wykonawca nie powinien odpowiadać

za okoliczności przez siebie niezawinione – wobec powyższego wnioskujemy o jego wykreślenie w całości.

Kolejne sporne postanowienie umowne z par. 12 ust.2 pkt c wzoru umowy:

§ 12 ust.2 pkt c : „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: c) w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ, a także w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57)”

Dopuszczone są istotne zmiany umowy w sytuacjach określonych w 9.2 i 9.3 opisanych poniżej.

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. 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 w sytuacji, gdy Wykonawca nie wyrazi zgody na obniżenie cen w stosunku do cen podanych w ofercie oraz gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę. Powyższe nie daje gwarancji minimalnego zakresu świadczenia, co sprawia, że klauzula ta jest również abuzywna w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp i zasługuje na wykreślenie.

Ww. **§12 ust.2 pkt c** 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; 3) proporcjonalny”.

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 substancji leczniczych 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, 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.

Następne sporne dla Odwołującego postanowienie zasługujące na wykreślenie w całości to:

Par. 12 ust. 2 pkt m): „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”.

Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy, w świetle art. 5 k.c. w zw. z art 58 par. 2 k.c., będąc sprzecznym z zasadami współzycia społecznego, jest nieważne z mocy prawa, gdyż przewiduje możliwość dowolnego, nieprzewidywalnego dla wykonawcy kształtowania ceny, nie zaś zakupu produktów w cenie oferowanej przez wykonawcę.

Powyższe projektowane postanowienie umowy narusza 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.

Postanowienie sprzeczne jest także z art. 433 pkt 4 Pzp stanowiąc klauzulę abuzywną – 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-obniżkę ceny do wysokości nie wyższej niż określona przez NFZ.

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 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 i chemioterapii.

Postanowienie 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; 3) proporcjonalny”.

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
- stratę finansową po stronie Zamawiającego, której nie przewidział zamawiając/kupując produkt na potrzeby zamówienia

Prowadzi to niezaprzeczalnie do naruszenia zasad przejrzystości i proporcjonalności postępowania.

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

Taki sposób ustalania ceny narzucony ogólnie 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 poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego z par.12 projektu umowy, poprzez którą Zamawiający narzuca maksymalną cenę zgodnie z rozporządzeniem 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- koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny dla wykonawcy. Nieznana jest częstotliwość jego publikacji, sposób jego obliczenia, a także powodowałby możliwość nieustannych żądań ze strony Zamawiającego zmiany umowy. 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 wyroki KIO, które potwierdzają niniejsze stanowisko:

Wyrok KIO z 5 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1382/19) : „ W ocenie Izby wymóg zaferowania 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 postanowienie to jest 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 nabywać.

Postanowienie to będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać usunięte z projektowanych postanowień umowy w całości.

Ewentualnie w przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par. 12 ust. 2 pkt m (w całości), wnosimy o zmianę brzmienia ww. paragrafu w sposób, który jednoznacznie określi, iż zmiana umowy w sytuacji gdy średni koszt rozliczania substancji czynnych, po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego, będzie niższy od ceny jednostkowej

tego produktu określonej w umowie zawartej w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, nastąpi w trybie porozumienia stron. Tym samym sytuacja taka uprawniać będzie zamawiającego do zaproponowania Wykonawcy zawarcia porozumienia w zakresie zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej niższemu, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych.

Uzasadnienie

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.

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.

Postanowienie to będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać albo usunięte z projektowanych postanowień umowy albo choć w części zmodyfikowane przywracając, choć częściowo, możliwość kreowania stosunku umownego przez obie strony umowy.

W przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par. 12 ust.2 pkt m (w całości), wnosimy także alternatywnie o zmianę jego brzmienia w sposób, który uwzględni nie tylko sytuację gdy średni koszt rozliczania substancji czynnych, po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w umowie zawartej w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, ale także gdy średni koszt będzie (w kolejnym okresie) wyższy. Ponadto taka sytuacja uprawniać będzie zamawiającego lub wykonawcę do zaproponowania zawarcia porozumienia w zakresie zmiany umowy i podwyższenia lub odpowiednio obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej wyższemu lub niższemu, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych.

Uzasadnienie

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.

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 projektowanych postanowień umowy albo choć w części zmodyfikowane w sposób zaproponowany wyżej.

Kolejne sporne postanowienie wzoru umowy nakładające na Wykonawcę obowiązek negocjacji i de facto obniżenia ceny zaoferowanej w ofercie to:

Par. 12.3: „Strony zobowiązują się do przystąpienia do negocjacji ceny przedmiotu umowy w przypadku obniżenia ceny krajowej publikowanej w komunikacie DGL dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii. (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57)”.

Tutaj wprowadza się kwestie średniego kosztu rozliczenia substancji czynnych. W przypadku ich zmiany (patrz załącznik), strony zobowiązane są do podjęcia negocjacji, a w przypadku niedojścia do porozumienia, zgodnie z 12.3, wydaje się, że takie sprawy z założenia mają stanowić przedmiot sporu sądowego przez sądem. Stanowiąc ma to rodzaj przymusu dojścia do porozumienia z sankcją przymusu sądowego. Niedopuszczalne wobec argumentów dot. charakteru wewnętrznego wskaźnika średniego kosztu.

W przypadku zaistnienia powyższych okoliczności, wykonawca nie będzie miał wyjścia i odmówi zamawiającemu zawarcia porozumienia dot. obniżenia ceny, co będzie uprawniać zamawiającego do wypowiedzenia umowy w tej części, czyli rezygnacji z dalszego zakupu produktów. 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. 12.3. Zamawiający powoduje tym samym niemożność jej skalkulowania na potrzeby złożenia oferty.

Taki sposób ustalania ceny narzucony ogólnie 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 poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego z par 12.3 projektu umowy, poprzez którą Zamawiający narzuca narzuca negocjacje ceny ofertowej w celu jej obniżenia w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 ustawy Pzp i art. 354 § 1 KC. 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 rozliczania substancji czynnych- 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. 12.3 wzoru umowy również może być uważana za abuzywną w świetle art. 433 ust.4 ustawy Pzp, wobec czego wnioskujemy 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 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 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 mechanizm, gdzie w przypadku obniżenia maksymalnej ceny zakupu produktów leczniczych, w rozumieniu właśnie przedmiotowego art. 9 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, poniżej ceny zawartej w umowie, cena określona w umowie ulega obniżeniu z mocy prawa do wysokości wynikającej z wprowadzonej urzędowo zmiany, a taka zmiana umowy nie wymaga dokonania zmiany umowy. Podobnie w przypadku, gdy Obwieszczeniem Ministra Zdrowia wysokość limitu finansowania danego produktu leczniczego ulega obniżeniu poniżej ceny określonej umową, cena określona w umowie ulega obniżeniu z mocy prawa do wysokości limitu finansowania, a zmiana taka nie wymaga dokonania zmiany umowy. 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.12 ust.3 wzoru umowy.

Ponadto należy rozważyć sytuację wykonawcy w przypadku odmowy przez Wykonawcę negocjacji ceny i 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. 12.3. projektowanego postanowienia umownego umieszczonego w projekcie umowy oraz pozostałych powiązanych postanowień w tym zakresie- par.9.2, 9.3, 9.4.

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 lekowej , 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 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 Pzp: „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. 12.3 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 Pzp.

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 zaferowania 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.”

Dodatkowo, sporne dla Odwołującego jest postanowienie umowne z par. 7.7. :

„7.7 Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie naliczonej kary umownej z należnego mu wynagrodzenia za wykonane dostawy, określonego w § 3 ust. 1 umowy bez odrębnego wzywania”.

Zgodnie z art. 15r¹ ust.1 Ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 11, 159, 180, 694, 981, 1023, 1090, 1162, 1163, 1192, 1510, 1535, 1777): „W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.”

Wobec powyższego w okresie trwania epidemii i przez 90 dni od odwołania stanu Zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy.

Tym samym wnosimy o wykreślenie par. 7 ust.7 wzoru umowy w całości jako niezgodnego z ww. ustawą Covidową.

- II. **Naruszenie art. 433 pkt 4 w zw. z art. 8 ust.1 oraz art.16 pkt.1 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 § 2 ust. 3 wzoru umowy o treści:

§ 2 ust.3 : „ZAMAWIAJĄCY określił szacunkowo ilość asortymentu stanowiącego przedmiot umowy. Ilość asortymentu objęta niniejszą umową może ulec zmniejszeniu (do 30 % ogólnej wartości umowy), w zależności od rzeczywistych potrzeb ZAMAWIAJĄCEGO. W takim wypadku wartość wskazana w §3 ust. 3.1 ulegnie odpowiedniemu zmniejszeniu”

Nie jest jasne co oznacza możliwość ograniczenia asortymentu umowy i czy odnosi się do ograniczenia rodzajów kupowanych leków. Przyjmując jednak, że chodzi o możliwość ograniczenia zakupu do 30% wartości umowy, uniemożliwia złożenie to oferty – różnica 70% zamówienia jest na tyle duża, że wykonawca nie może odpowiednio skalkulować ceny. Nie jest to jedyne postanowienie tego dotyczące – w przypadku odstąpienia, o którym mowa poniżej, nawet 30% nie będzie miało zastosowania.

Wnoskujemy zatem o wykreślenie ww. postanowienia par. 2 ust.3 w całości lub ewentualnie jego zmianę na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 70 % wartości umowy, a nie tylko 30 % umowy- co wynikało z dotychczasowego brzmienia postanowienia par. 2.3. umowy: **Propozycja zmiany w par. 2.3 wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy:

„ZAMAWIAJĄCY określił szacunkowo wartość asortymentu stanowiącego przedmiot umowy. **Wartość asortymentu objęta niniejszą umową może ulec zmniejszeniu (o nie więcej niż 30 % ogólnej wartości umowy), w zależności od rzeczywistych potrzeb ZAMAWIAJĄCEGO. W takim wypadku wartość wskazana w §3 ust. 3.1 ulegnie odpowiedniemu zmniejszeniu, jednak nie więcej niż o 30 %.”**

Kolejne sporne dla Odwołującego postanowienie wzoru umowy z par.9 ust.2 wzoru umowy:

§ 9 ust.2 : „Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte niniejszą umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57”

Odstąpienie w przypadku obniżenia Zamawiającemu kwoty refundacji, jest pojęciem bardzo szerokim. Może obejmować kwestie zw. z uprawnieniem NFZ do uwzględniania weryfikacji kosztu względem średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju (patrz par. 30 i par. 29 Zarządzeń Prezesa NFZ odpowiednio NR 162/2020/DGL oraz NR 180/2019/DGL) przy określaniu wysokości kwoty zobowiązania Funduszu wobec danego świadczeniodawcy w przypadku przekroczenia u danego świadczeniodawcy średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju o więcej niż 10 % w okresie 3 miesięcy poprzedzających o 3 miesiące okres, na który ustalane jest zobowiązanie. Kwestie te są kwestiami wewnętrznymi pomiędzy NFZ a Zamawiającym,

związanymi z zawartymi umowami. Ponadto mogą być związane z innymi okolicznościami, nieznanymi Wykonawcy i na pewno od niego niezależnymi.

9 ust.3: „Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57”

Odstąpienie w sytuacji gdy NFZ rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży kontraktu refundującego ceny jest pojęciem nieostrym. Można domniemywać, że chodzi o umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawierają z NFZ na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1398, z późn. zm.) – art. 155 i nast. Wzór umów określony został w Zarządzeniach Prezesa NFZ. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na kształtowanie treści tego stosunku prawnego, wzory umów mogą i ulegają zmianie nawet co 2 miesiące i nie tylko w związku ze zmianą zasad refundacji produktów (patrz ilość zmian do zarządzeń). W przypadku zmiany zarządzenia – patrz przykładowo ZARZĄDZENIE NR 29/2021/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 11 lutego 2021 r. zmieniające zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe (NFZ.2021.29 z dnia 2021.02.11) - „ § 3.

Dyrektorzy oddziałów wojewódzkich Narodowego Funduszu Zdrowia obowiązani są do wprowadzenia do postanowień umów zawartych ze świadczeniodawcami zmian wynikających z wejścia w życie przepisów niniejszego zarządzenia w terminie miesiąca od dnia jego wejścia w życie.”

Każda ze stron ww. umowy może rozwiązać umowę za 1 miesięcznym okresem wypowiedzenia:

Par. 9.6: ” Każdej ze stron przysługuje prawo wypowiedzenia umowy z zachowaniem **jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia umowy.**”

Także kwestia wysokości kontraktu jest okolicznością leżącą poza wpływem Wykonawcy. To po przeprowadzeniu postępowania określonego ustawą o świadczeniach, następuje zawarcie, ale także zmiana poszczególnych umów z zamawiającymi. Wykonawca nie jest stroną takiego postępowania.

Oczywistym jest, że relacje w zakresie stosunków z NFZ stanowią stosunek wewnętrzny między Zamawiającym a NFZ, świadczą o tym między innymi następujące orzeczenia podkreślające, iż do stron tych umów należy kształtowanie ich warunków nawet poprzez włączanie do nich treści zarządzeń Prezesa NFZ.

Orzecznictwo na poparcie powyższego:

Postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 5 marca 2019 r. III CSK 240/18

Teza

Dopuszczalne jest ukształtowanie umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych przez włączenie do jej treści - bezpośrednio lub przez odesłanie - zarządzeń Prezesa NFZ wydanych na podstawie art. 146 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1510 t.j), a w razie odesłania, zarządzenia te stanowią kwalifikowany, zewnętrzny wzorzec umowy, podlegający kontroli na podstawie art. 384 i n. KC.

Z uzasadnienia:

Sąd Najwyższy wyjaśniał już, że dopuszczalne jest ukształtowanie umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych przez włączenie do jej treści - bezpośrednio lub przez odesłanie - zarządzeń Prezesa NFZ wydanych na podstawie art. 146 ŚOZŚrPubU, a w razie odesłania, zarządzenia te stanowią kwalifikowany, zewnętrzny wzorzec umowy, podlegający kontroli na podstawie art. 384 i n. KC (por. wyroki z dnia 19 maja 2016 r., IV CSK 550/15, OSNC 2017, nr 3, poz. 36, z dnia 29 stycznia 2016 r., II CSK 91/15, z dnia 30 marca 2012 r., III CSK 217/11).

W kasatoryjnym wyroku z dnia 15 listopada 2016 r., III CSK 414/15 wydanym w tej sprawie, Sąd Najwyższy potwierdził, że strony określonego kontraktu mogą samodzielnie ustalić zasady wzajemnych rozliczeń przez uznanie kilku udzielonych świadczeń za jedno świadczenie, wprowadzenie minimalnego okresu hospitalizacji lub sumowanie świadczeń w trakcie kilku hospitalizacji w określonym terminie, to ocena zgodności tych postanowień z prawem i zasadami współżycia społecznego, nie może być oderwana od treści całej umowy; musi przy tym uwzględniać treść bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, KC oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Przyczyną uchylecia wcześniejszego wyroku Sądu Apelacyjnego był brak oceny stosunku prawnego łączącego strony, przy uwzględnieniu powyższych kryteriów.

Rozpoznając ponownie sprawę Sąd Apelacyjny dokonał szczegółowej oceny kwestionowanego przez stronę powodową zapisu, wyjaśniając jego sens oraz brak sprzeczności z jakimkolwiek przepisem prawa. Podkreślił m.in., że postanowienie to ma zapobiec sztuczному mnożeniu potrzeb rozliczania krótkoterminowych hospitalizacji celem zwielokrotnienia wysokości wynagrodzenia. Skarżąca kwestionuje samą dopuszczalność włączenia postanowień spornego zarządzenia Prezesa NFZ do umowy, jednak jak wynika z powołanego orzecznictwa Sądu Najwyższego, kwestia ta została pozytywnie przesądzona. Nie podnosi natomiast zarzutów kontestujących przeprowadzoną przez Sąd drugiej instancji analizę zagadnienia prawnego, który ponadto zwrócił uwagę, że zgodnie z tym zarządzeniem Prezesa NFZ (§ 23 pkt 12), w uzasadnionych medycznie przypadkach, dyrektor Oddziału Funduszu, na umotywowany wniosek świadczeniodawcy, może wyrazić zgodę na rozliczanie określonych świadczeń, związanych z ponowną hospitalizacją w okresie krótszym niż 14 dni. Strona powodowa nie powołuje się na takie przypadki, jak również by spotkała się z odmową uwzględnienia jej uzasadnionych wniosków w tym przedmiocie.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 15 listopada 2016 r. III CSK 414/15

Teza

Szczegółowe oznaczenie wzajemnych świadczeń stron i rozliczeń między nimi, w tym wyceny świadczeń rzeczowych świadczeniodawcy oraz warunków ich udzielania, jest dokonywane w umowie. Strony mogą włączyć do umowy treść postanowień zarządzenia Prezesa Funduszu dotyczącego postępowania konkursowego; mogą to uczynić wprost, przenosząc je do umowy, albo pośrednio,

odwołując się do nich. W przypadku skorzystania przez strony z drugiego rozwiązania, postanowienia zarządzenia Prezesa Funduszu uzyskują status wzorca kwalifikowanego, oddziałującego na treść stosunku prawnego i podlegającego kontroli według zasad stosowanych wobec wzorców umownych. Nie ma przy tym znaczenia, czy w takim akcie powołano podstawę prawną jego wydania; istotne jest tylko to, czy treść umowy ukształtowana przez jego przyjęcie nie narusza przepisów prawa bezwzględnie obowiązujących lub innych - określonych w art. 353[1] KC - granic swobody kontraktowej.

Należy przypomnieć, że umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej tworzy między świadczeniodawcą a Funduszem stosunek zobowiązaniowy, do którego - jeżeli ustawa nie stanowi inaczej - mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego (art. 155 u.ś.o.z.). Dotyczy go zatem art. 354 k.c., 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. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Postanowienia umowy określające rodzaj i zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej oraz świadczeń wzajemnych są - co do zasady - wiążące dla stron umowy (por.m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2014 r., IV CSK 536/13, OSNC-ZD 2015, nr C, poz. 41). Nie można zatem a limine wyłączyć samodzielnego oznaczenia przez strony zasad rozliczeń, w tym uznania kilku udzielonych świadczeń za jedno świadczenie z zakresu opieki zdrowotnej, wprowadzenia minimalnego okresu hospitalizacji lub sumowania świadczeń udzielonych w trakcie kilku hospitalizacji w oznaczonym terminie. Taka umowna indywidualizacja pojęcia "świadczenia" zakładu opieki zdrowotnej przy wykazywaniu go do rozliczenia nie musi naruszać zasady odpłatności za każde świadczenie spełnione w ramach umowy.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że system rozliczeń świadczeń opieki zdrowotnej jest oparty na uśrednionych cenach, z zastosowaniem współczynników korygujących, które nie mają bezpośredniego odniesienia do indywidualnych kosztów usługi medycznej; mogą być wyższe lub niższe od rzeczywistych oraz obejmują wliczony koszt usług stałych i pozamedycznych. Wprowadza on ponadto bezwzględnie wiążące ograniczenia obejmujące kwotę kontraktu i limit świadczeń, z możliwością przesunięć i zapłaty za świadczenia ponadlimitowane. Ocenę zgodności z prawem i zasadami współżycia społecznego indywidualnych postanowień umowy stron musi zatem wyprzedzić kompleksowe ustalenie i wykładnia jej treści, ze szczególnym zwróceniem uwagi na wprowadzone w niej liczne wyjątki i mechanizmy korekcyjne. Wadliwe było poprzestanie na odniesieniu się tylko do pojedynczych, wyrwanych z kontekstu fragmentów jej treści.

P

Par. 9.4 Odstąpienie, o którym mowa w ustępie 9.2 i 9.3 niniejszego § może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie. W takim przypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu faktycznego wykonania umowy (w tym już dostarczonego towaru) - dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57.

Odstąpienie spowoduje, że ograniczenie realizacji umowy do poziomu 30% nie będzie miało zastosowania. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie jedynie za zrealizowaną część umowy. Czyli umowa nie przewiduje minimum realizacji, o którym mowa w art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Par. 9.5 W sytuacji urzędowej zmiany na listach leków refundowanych w zakresie leków stosowanych do programów lekowych, Zamawiający może rozwiązać niniejszą umowę w terminie do 30 dni od powzięcia wiedzy przez Zamawiającego o powyższych okolicznościach (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57).

Urzędowa zmiana na listach leków refundowanych jest pojęciem bardzo szerokim, a ma ona uprawniać zamawiającego do rozwiązania umowy. Obejmuje nie tylko limit, o którym mowa w Art. 9 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, tj. odnosi się z pewnością także do mechanizmu 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. Obejmuje ona każdą urzędową zmianę na liście leków refundowanych stosowanych w programach lekowych, a więc także taką, która nie będzie miała wpływu na cenę produktu dla świadczeniodawcy (zamawiającego), gdyż dla leków szpitalnych urzędowe ceny zbytu są swoistego rodzaju cenami maksymalnymi. Oznacza to, że cena zaoferowana przez wykonawcę może być dużo niższa niż urzędowa cena zbytu. Umożliwia zatem rozwiązanie umowy potencjalnie co 2 miesiące (możliwe zmiany cen produktów refundowanych – o ile przypadku zmiany ceny na liście zależą one od wnioskodawcy refundacyjnego (który nie musi być wykonawcą), o tyle w przypadku limitu, są uzależnione od ceny produktu wyznaczającego limit, a więc od sytuacji rynkowej w danej grupie limitowej).

Postanowienie takie jest nadużyciem prawa w myśl art. 5 Kodeksu cywilnego.

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. 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/defaultaktualnosci/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>).

Tak samo ww. projektowane postanowienia są abuzywne w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Odmowa podpisania porozumienia w zakresie obniżenia ceny w stosunku do cen zawartych w załączniku nr 1 do umowy będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia. W przypadku więc, gdy Wykonawca nie zgodzi się na obniżenie ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej 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 postanowienie umowne jest abuzywne i należy je usunąć w całości z umowy. 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 po pierwszym 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 w 90 % niezrealizowanej części 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 w całości z wzoru umowy jako rażąco abuzywnych.

Ponadto, przedstawiamy wyroki Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające stanowisko Odwoływającego 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 zrozumiąta 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 należyłą 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.

2. 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 rozpoznającego 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 stwierdzania 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 konsekwencją 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.