

Warszawa, dnia 8 marca 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](mailto:p.granecki@ipzp.com.pl)

**Zamawiający:**  
**Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie**  
ul. Powstańców Wielkopolskich 2  
06-400 Ciechanów  
tel. 23 / 672 31 27  
e-mail: [zp3@szpitalciechanow.com.pl](mailto:zp3@szpitalciechanow.com.pl)

## 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 2019 r., poz. 2019) zwanej dalej „Pzp”, niniejszym wnoszę **odwołanie na projektowane postanowienia umowy** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla postępowania pod nazwą „**Dostawa produktów leczniczych do stosowania u pacjentów SSW w Ciechanowie oraz produktów leczniczych stosowanych w chemioterapii**”.

numer postępowania: **ZP/2501/10/21** , dalej jako „**Postępowanie**”, polegających na:

1. Zawarcia w **par. 7 ust.9 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:  
„W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu

określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczenia substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia, przy czym dokonane w ten sposób wypowiedzenie umowy nie będzie wiązało się dla Wykonawcy z żadnymi negatywnymi konsekwencjami finansowymi, w szczególności Zamawiający nie naliczy z tego tytułu kar umownych przewidzianych w §6 umowy”

Oraz

- **Zawarcie w par. 7 ust.13 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści:  
„W przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na produkt leczniczy, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt leczniczy w pierwotnie określonym terminie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 038-094371 w dniu 24.02.2021 r.

## **I. Zarzuty**

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- art. 431 w zw. z art.8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 354 KC i art. 353<sup>1</sup>KC i art.58 par.1 i par.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)- 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.353<sup>1</sup> KC- zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych- nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko, umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania 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.

## **II. Wnioski:**

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

- 1) wykreślenia abuzywnego projektowanego postanowienia umowy z par. 7 ust.9 projektu umowy w całości
- 2) wykreślenia abuzywnego projektowanego postanowienia umowy z par. 7 ust.13 projektu umowy w całości

-oraz wnoszę o:

- 4) dopuszczenie w poczet materiału dowodowego dowodów załączonych do niniejszego odwołania,
- 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 na stronie internetowej Zamawiającego. Ponieważ Odwołujący złożył odwołanie dnia 08

marca 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. **„Dostawa produktów leczniczych do stosowania u pacjentów SSW w Ciechanowie oraz produktów leczniczych stosowanych w chemioterapii”**- (numer postępowania: **ZP/2501/10/21**), i móc złożyć ważną ofertę. W dniu 24 lutego 2021 r. ukazały się na stronie internetowej Zamawiającego dokumenty postępowania, w tym projekt umowy ze spornymi postanowieniami z par. 7 ust.9 i par. 7 ust.13 projektu umowy, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem narażają go na straty finansowe- prowadzą do braku stabilności zaoferowanych cen produktów leczniczych. W świetle ww. projektowanych postanowień po publikacji przez NFZ zmodyfikowanych średnich kosztów rozliczania substancji czynnych Zamawiający może egzekwować zmiany cen. Zgoda na zmiany powoduje obniżenie cen, brak zgody będzie przyczynkiem do zerwania umowy. Ponadto wszczęcie przez NFZ procedury postępowania centralnego na objęte omawianą umową produkty może spowodować tzw. „wygaszenie” umowy Wobec powyższego ww. postanowienia są abuzywne i naruszają równowagę stron umowy. W dniu 3.03.2021 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej udzielił odpowiedzi na przesłane przez Wykonawców zapytania (**załącznik nr 4**), dotyczące treści SWZ i dokumentów przetargowych, w tym dotyczące projektowanych postanowień umownych. Niemniej jednak, w odpowiedzi na pytanie 8 nie zdecydował się na prośbę jednego z wykonawców na usunięcie projektowanych postanowień z par. 7 ust.9 projektu umowy. Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie 9 zdecydował się tylko na dopisanie do §7 ust. 9 na końcu przytoczonej frazy, o którą wnioskował jeden z wykonawców: „przy czym dokonane w ten sposób wypowiedzenie umowy nie będzie wiązało się dla Wykonawcy z żadnymi negatywnymi

konsekwencjami finansowymi, w szczególności Zamawiający nie naliczy z tego tytułu kar umownych przewidzianych w §6 umowy”. Dodatkowo, w skutek pytania nr 26 Zamawiający częściowo zmodyfikował ostatnie zdanie par. 7 ust.9 projektowanej umowy i usunął fragment „bez zachowania okresu wypowiedzenia”, a także wyjaśnił co następuje odnośnie par.7 ust.9 umowy: „Zamawiający będzie monitorował ceny jednostkowe raz na kwartał, po opublikowaniu przez NFZ danych za ostatni miesiąc w danym kwartale. Zamawiający zaokrągli cenę do kolejnego miejsca po przecinku od pierwszej cyfry niezerowej również po przecinku. Zamawiający dokona zaokrąglenia w górę,”. Nie wyraził natomiast zgody na całkowite usunięcie postanowienia z par. 7 ust.9 projektu umowy. Ponadto, w odpowiedzi na pyt. 27 o treści: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie w projektowanych postanowieniach umowy par. 7 ust. 13?” Zamawiający również nie wyraził zgody. Odwołujący zdecydował się zatem wnieść odwołanie na treść projektowanych postanowień umownych z par.7 ust.9 i 13 projektu umowy, i zawnioskował o ich wykreślenie.

## 2. Stan prawny

- I. **naruszenie art. 431 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 354 KC i art. 353<sup>1</sup> KC, 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 substancje czynne produktów leczniczych. Złożenie oferty związane jest z zobowiązaniem do zapewnienia dostępności produktu przez cały okres trwania umowy-tj.12 miesięcy od momentu podpisania umowy. Równocześnie Zamawiający wprowadza klauzulę umowną w projekcie umowy zgodnie z którą:

§ 7 ust.9 :

„W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania

umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia, przy czym dokonane w ten sposób wypowiedzenie umowy nie będzie wiązało się dla Wykonawcy z żadnymi negatywnymi konsekwencjami finansowymi, w szczególności Zamawiający nie naliczy z tego tytułu kar umownych przewidzianych w §6 umowy.”

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 i chemioterapii. W przypadku bowiem gdy średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii, po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w zawartej umowie, Zamawiający zażąda od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu wyliczonemu przez publicznego płatnika średniemu kosztowi rozliczenia, przy czym w odpowiedziach z dnia 3.03.2021 r. do pytania nr 26 Zamawiający wyjaśnił, iż Zamawiający będzie monitorował ceny jednostkowe raz na kwartał, po opublikowaniu przez NFZ danych za ostatni miesiąc w danym kwartale. Zamawiający zaokrągli cenę do kolejnego miejsca po przecinku od pierwszej cyfry niezerowej również po przecinku. Zamawiający dokona zaokrąglenia w górę.

Ww. § 7 ust.9 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/ofertant 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 wykonawcy i zamawiającego, której nie przewidział zamawiając/kupując produkt na potrzeby zamówienia

Prowadzi to niezaprzeczalnie do naruszenia zasad przejrzystości i proporcjonalności postępowania.

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. 7 ust.9 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. 7 ust.9 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 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.

W zakresie średniego kosztu rozliczania substancji czynnych- koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny dla wykonawcy. Ponadto, pomimo, że Zamawiający wyjaśnił w odpowiedziach z dnia 3.03.2021 r., że będzie monitorował ceny jednostkowe raz na kwartał, po opublikowaniu przez NFZ danych za ostatni miesiąc w danym kwartale, i że Zamawiający zaokrągli cenę do kolejnego miejsca po przecinku od pierwszej cyfry niezerowej również po przecinku oraz, że Zamawiający dokona zaokrąglenia w górę, to nie wiadomo czy oznacza to, że wykonawca będzie zobligowany podpisywać aneksy co kwartał. Co zaś w przypadku gdy średni koszt rozliczania substancji czynnych będzie wyższy za kolejny miesiąc – czy wykonawca będzie miał prawo do rekompensaty i będzie uprawniony do zmiany umowy? W tej sytuacji również nie przewidziano równowagi stron umowy i nie będzie to możliwe.

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 par.7 ust.9 projektu umowy.

Ponadto należy rozważyć sytuację wykonawcy w przypadku odmowy podpisania porozumienia w przypadku 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 do wykluczenia wykonawcy z przyszłych postępowań- świadczy to o ewidentnej abuzywności par.7 ust.9 projektowanego postanowienia umownego umieszczonego w projekcie umowy.

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.”

Na prawdopodobieństwo nierozliczania przez szpital całości nabytych produktów leczniczych wskazuje na przykład zapis charakterystyki produktu leczniczego przykładowego produktu stanowiącego przedmiot postępowania ([http://chpl.com.pl/data\\_files/2012-04-04\\_pl\\_carboplatin\\_pfizer\\_lpd\\_4.2\\_4.3\\_6.6\\_final\\_clean.pdf](http://chpl.com.pl/data_files/2012-04-04_pl_carboplatin_pfizer_lpd_4.2_4.3_6.6_final_clean.pdf)), zgodnie z którą (punkt 6.6) „Po rozcieńczeniu można przechowywać do 8 godzin w temperaturze poniżej 25°C lub do 24 godzin w lodówce.”. Jak widać możliwość niewykorzystania całości produktu leczniczego nabytego w ramach przetargu jest z pewnością znaczna.

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 2 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. 7 ust.9 umowy dot. 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), 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 zajdą 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, dopuścić 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.”

## **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, 353<sup>1</sup> 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 § 7 ust. 13 projektu umowy o treści:

§ 7 ust. 13: „W przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na produkt leczniczy, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt leczniczy w pierwotnie określonym terminie.”

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/defaultaktualnosc/370/7236/1/zalozenia\\_strategii\\_nf\\_z.pdf](https://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosc/370/7236/1/zalozenia_strategii_nf_z.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-swiadczen-opieki-zdrowotnej>).

Tak samo, projektowane postanowienie z § 7 ust.9 jest 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, przy czym dokonane w ten sposób wypowiedzenie umowy nie będzie wiązało się dla Wykonawcy z żadnymi negatywnymi

konsekwencjami finansowymi, w szczególności Zamawiający nie naliczy z tego tytułu kar umownych przewidzianych w §6 umowy. 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 wypowiedzi 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 wypowiedzi jednostronnie umowę nawet w 90 % niezrealizowanej części ze stratą dla Wykonawcy.

Powyższe projektowane postanowienia umowne z par. 7 ust.9 i ust. 13, 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. 7 ust.9 i par. 9 ust.13 w całości z projektu umowy.**

**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 – odpowiedzi Zamawiającego z dnia 3.03.2021 r. na pytania Wykonawców

Załącznik nr 5- wypis z KRS Wykonawcy LEK S.A.