

Warszawa, dnia 13 czerwca 2022r.

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

Odwołujący:
Lek S.A.
ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków
NIP: 7281341936
KRS: 0000061723
zastępowany przez:
Radcę prawnego Pawła Graneckiego
Kancelaria Doradztwa Prawnego Paweł Granecki
Al. J. Ch. Szucha 3 lok. 4, 00 – 580 Warszawa
tel.: 607-123-450
e- mail: p.granecki@ipzp.com.pl

Zamawiający:
Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im Janusza Korczaka w
Słupsku Sp. z o.o.
ul. Hubalczyków 1
76-200 Słupsk
tel. 59 84 60 620
e-mail: zp@szpital.slupsk.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Lek S.A., dalej jako „Odwołujący” lub „LEK”, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, które przedkładałam w załączeniu (**Załącznik nr 1**), na podstawie art. 513 pkt 1 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, 1598 ze zm., Dz.U. z 2022 r. poz. 25 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, niniejszym wnoszę **odwołanie na projektowane postanowienia umowy zawarte w Cz. II SWZ- Wzór Umowy** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im Janusza Korczaka w Słupsku Sp. z o.o, dla postępowania pod nazwą: „Dostawa produktów leczniczych, płynów infuzyjnych”- **część nr 24**
numer postępowania: 47/PN/2022 , dalej jako „Postępowanie”, polegających na:

1. **Zawarcia w par. 3 ust.2 wzoru umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 30% wartości zamówienia, z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy.” ;

2. **„Zawarcie w par. 3 ust. 3 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający zastrzega możliwość ograniczenia zakresu zamówienia w części nr 3, 5, 7, 9, 14, 16, 23, 24, 27, 30, 35, 36, 37, 38, 39 do 0% wartości zamówienia w przypadku braku pacjentów zakwalifikowanych do leczenia. § 3 ust. 2 umowy dla części nr 3, 5, 7, 9, 14, 16, 23, 24, 27, 30, 35, 36, 37, 38, 39 nie ma zastosowania”;
3. **Zawarcie w par. 8 ust.3 pkt 9 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy – w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ”;
4. **Zawarcie w par. 8 ust. 3 pkt 10 projektu umowy** projektowanego postanowienia umowy o treści: „Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy – w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną, znajdującą się w produkcie leczniczym, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt”;

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 296356-2022-PL.

I. Zarzuty

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

- **art. 431 w zw. z art.8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹KC i 354 KC oraz art. 5 KC i art. 395 KC oraz art.58 par.1 i par.2 KC w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art.471 KC oraz w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913)-** poprzez zaburzenie równowagi stron umowy, sprowadzenie jej do umowy stricte adhezyjnej, jednostronnej, brak poszanowania interesów drugiej strony umowy, narzucanie odgórnie cen przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, wbrew naturze stosunku, ustawie Pzp i zasadom współżycia społecznego poprzez nakazanie Wykonawcy dostosowania ceny umownej do ceny wynikającej z monitorowania cen przez NFZ i zawarcia aneksu w tym zakresie; (postanowienie z par. 8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy)

-**art. 433 pkt 4 w zw. z art.8 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC oraz 58 par.1 i 2 KC, art.353¹ KC-** zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych- nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko, umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania/zagwarantowania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub całkowitą rezygnację z zamówienia - 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.

(postanowienia z par. 3 ust. 2, par. 3 ust.3 oraz par. 8 ust.3 pkt 10 wzoru umowy)

II. Wnioski:

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

1) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par.3 ust.3. wzoru umowy w całości

2) zmianę postanowienia z par. 3 ust.2 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy, a nie realizację tylko 30 % umowy i usunięcie zastrzeżenia §8 ust. 3 pkt 10 umowy, które to zastrzeżenie powoduje brak gwarancji realizacji minimalnego zakresu zamówienia:

Propozycja zmiany w par. 3 ust.2 wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy:

„Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 60% wartości zamówienia”

3) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 8 ust.3 pkt 9 wzoru umowy w całości;

4) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 8 ust.3 pkt 10 projektu umowy w całości;

-oraz wnoszę o:

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

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

III. Wskazanie interesu w uzyskaniu zamówienia:

W interesie każdego wykonawcy jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ sporne projektowane postanowienia umowy faktycznie uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej oferty w postępowaniu, w którym odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. W przypadku oddalenia przedmiotowego odwołania, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty potencjalnej możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i potencjalnych korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i tym samym do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie w rozumieniu art. 505 ust.1 ustawy Pzp.

IV. Termin na wniesienie odwołania

Odnosząc się do terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 515 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, złożył on odwołanie w ciągu 10 dni od dnia opublikowania treści dokumentów zamówienia-SWZ na stronie internetowej (platformie zakupowej) Zamawiającego. Ponieważ Odwołujący złożył odwołanie dnia 13 czerwca 2022 r. termin 10–dniowy na złożenie odwołania został dochowany.

V. Wpis od odwołania

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

VI. Przekazanie kopii odwołania

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

Uzasadnienie

1. Stan faktyczny

Odwołujący chciałby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa produktów leczniczych, płynów infuzyjnych”- **część nr 24**

numer postępowania: **47/PN/2022**”, i móc złożyć ważną ofertę.

W dniu 3 czerwca 2022 r. ukazały się na stronie internetowej- platformie zakupowej Zamawiającego dokumenty postępowania, w tym SWZ i Cz. nr II do SWZ -wzór umowy ze spornymi projektowanymi postanowieniami z par. **3 ust.2, par. 3 ust.3, par. 8 ust.3 pkt 9, par. 8 ust. 3 pkt 10 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 rażący spadek jego rentowności. W świetle ww. projektowanych postanowień po publikacji przez NFZ zmodyfikowanych średnich kosztów rozliczania substancji czynnych Zamawiający może egzekwować zmiany cen i zobowiązuje wykonawcę do zmiany- obniżenia cen i zawarcia aneksu w tym zakresie. Ponadto, w przypadku braku pacjentów zakwalifikowanych do leczenia lub w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną oraz w stosunku do m.in. cz. 24 zamówienia Zamawiający zastrzegł sobie prawo niezrealizowania całości dostaw- co może spowodować tzw. „wygaszenie” umowy, co de facto powoduje niewykonanie założeń umowy ze strony zamawiającego i straty założonego przychodu z kontraktu po stronie Odwołującego bowiem wraz z każdą podpisaną umową budżetowane są ilości preparatu do wyprodukowania przez Odwołującego co w przypadku nagłego zerwania kontraktu znacznie zaburza proces planowania produkcji i dystrybucji leków zamawianych. Tym samym, sporne postanowienia umowne nie gwarantują wykonania przez Zamawiającego minimalnego zakresu zamówienia, przy założeniu, że Zamawiający może nie wykonać umowy w całości w sytuacji, gdy stanie się ona dla niego już nieopłacalna. Zamawiający co prawda wprowadził w projektowanych

postanowieniach umownych w par. 3 ust.2 wzoru umowy, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 30% wartości zamówienia, ale dodał, że z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy. W przypadku określonym w §8 ust. 3 pkt 10 umowy nie ma zatem gwarancji realizacji minimalnego poziomu zamówienia nawet na poziomie 30 %. Ponadto, zdaniem Odwołującego gwarancja realizacji zamówienia na poziomie 30 % w przypadkach innych niż wskazany w par. 3 ust.3 również jest niewystarczająca i nieopłacalna dla Odwołującego, bowiem jedynie gwarancja realizacji zamówienia na poziomie minimum 60 % jest akceptowalna dla Odwołującego. Ponadto, w par. 3 ust.3. wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że par. 3 ust.2 umowy- czyli minimalny zakres realizacji zamówienia nie ma zastosowania w stosunku do cz. nr 3, 5, 7, 9, 14, 16, 23, 24, 27, 30, 35, 36, 37, 38, 39. Tym samym, Odwołujący, który chce złożyć ofertę na cz. 24 postępowania nie ma w umowie w ogóle zapewnionej gwarancji minimalnego zakresu realizacji zamówienia, co powinno być zagwarantowane na gruncie art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Również Zamawiający w par. 3 ust. 3 wzoru umowy przerzuca w zakresie cz. 24 ryzyka występujące po stronie Zamawiającego takie jak brak pacjentów zakwalifikowanych do leczenia w całości na Wykonawcę w sposób niewspółmierny i abuzywny- bez gwarancji realizacji chociażby 1% zamówienia, bowiem Zamawiający zastrzegł sobie wtedy możliwość realizacji 0 % zamówienia.

Wobec powyższego ww. postanowienia są abuzywne i naruszają równowagę stron umowy, nakładając na Wykonawców nieproporcjonalne ryzyko kontraktowe, a tym samym powinny być wykreślone z umowy w całości albo zmodyfikowane w żądany w odwołaniu przez Odwołującego sposób.

2. Stan prawny

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

Zgodnie z treścią art. 431 ustawy Pzp: „Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.”

Powyższa zasada wynika z art. 354 § 1 KC, zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Zgodnie zaś z § 2 tego przepisu w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

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

Sporne projektowane postanowienia umowne **z par. 8 ust.3 pkt 9 wzoru umowy**:

„ Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy – w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ”

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, jak przypuszcza Odwołujący 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.

Tym samym wykonawca/oferent de facto składa ofertę na produkt, którego ceny finalnej nie zna, a zmiana ceny może spowodować:

- Obiektywną niemożność dostarczenia produktu zamawiającemu – średni koszt może być poniżej ceny nabycia produktu przez wykonawcę na poczet zamówienia, co sprawia, że zamówienie to stanie się dla wykonawcy zupełnie nierentowne i będzie musiał do niego znacznie dopłacać celem dostarczenia produktu Zamawiającemu
- Stratę finansową po stronie wykonawcy i zamawiającego, której nie przewidział zamawiając/kupując produkt na potrzeby zamówienia.

Prowadzi to niezaprzeczalnie do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wnioskuje o wykreślenie ww. postanowienia umownego w całości.

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

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

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.

Tak więc, przedmiotowy sposób ustalania ceny narzucony ogólnie przez Zamawiającego jest niezgodny z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji. Jak zaś wynika z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego z par.8

ust. 3 pkt 9 wzoru umowy, poprzez które Zamawiający narzuca maksymalną cenę zgodnie z jakimś komunikatem NFZ i narzuca obniżenie ceny ofertowej w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 ustawy Pzp i art. 354 § 1 k.c. Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, ażeby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, poprzez nieustanne zmiany ceny w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.

W zakresie średniego kosztu rozliczania substancji czynnych, do którego przypuszczalnie odnosi się NFZ w projektowanym postanowieniu umownym- koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny dla wykonawcy. Nieznana jest częstotliwość jego publikacji, sposób jego obliczenia, a także jego częste publikacje powodowałby możliwość nieustannych żądań ze strony Zamawiającego zmiany umowy i zawierania niezliczonych aneksów w tym zakresie. W takiej sytuacji utrudnione jest, o ile nie niemożliwe, wykonanie w sposób należyty umowy przez wykonawcę. Wykonywanie umowy polegałoby na nieustannych zmianach umowy, utrudniając organizację dostaw leków, co jest głównym celem umowy, nie wspominając o dobru pacjenta, które z przyczyn administracyjnych, może zostać co najmniej zaniedbane.

Należy zacytować wyroki KIO, które potwierdzają niniejsze stanowisko:

Wyrok KIO z 5 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1382/19) : „ W ocenie Izby wymóg zaoferowania ceny, której maksymalny limit ma być ustalony na podstawie zarządzenia Prezesa NFZ jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369) oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019, poz.1010).(…). Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w wyroku KIO (sygn. akt KIO/UZP 586/09 i 600/09) charakter postępowania o udzielenie zamówienia nie pozwala zamawiającemu na określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia.(...)”

Na koniec należy wskazać, że ww. postanowienie 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 oferować, a nie muszą stosować się do nieokreślonych Komunikatów NFZ, które stanowią akty wewnętrzne i nie są powszechnie obowiązującymi aktami prawa .

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.

Projektowane postanowienia z par. 8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać bezwzględnie usunięte z projektowanych postanowień umowy w całości.

Taki sposób określenia ceny, jaki wymusza poprzez projektowane postanowienie z par. 8 ust.3 pkt 9 umowy Zamawiający powoduje tym samym niemożność jej skalkulowania na potrzeby złożenia oferty.

Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, ażeby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, poprzez nieustanne zmiany ceny w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Powyższe stanowi również niedozwoloną negocjację cen ofertowych z Wykonawcą po podpisaniu umowy, co bezsprzecznie

stanowi zmianę istotną umowy, która wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w świetle art. 454 ust.2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp - zmienia się bowiem treść oferty.

W zakresie średniego kosztu rozliczania substancji czynnych, do którego przypuszczalnie odnosi się NFZ w projektowanym postanowieniu umownym - koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny dla wykonawcy.

Co do aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczenia tej substancji czynnej- wskaźnik ten nie jest obiektywny – nie znamy sposobu jego kalkulacji. Sposób obliczenia tego kosztu nie jest dostępny w domenie publicznej. Koszt rozliczenia substancji czynnej jest bowiem uzależniony od wielu czynników, w tym cen przetargowych. Ceny uzyskane przez zamawiających w ramach zamówień publicznych są pochodną różnych okoliczności do których, m. in. należy: specyfika przedmiotu zamówienia (spodziewana i kalkulowana przez oferenta liczba potencjalnych i spodziewanych oferentów oszacowanych na podstawie opisu zamówienia, pakiet produktów (cenę można różnie kalkulować w zależności czy przetarg dotyczy tylko jednego produktu trudno dostępnego na rynkach europejskich bądź też wielu produktów), okres trwania umowy, zapisy SWZ dotyczące terminów dostaw, ich warunków i specjalnych wymogów (np. dostawy w specjalnych warunkach, dostawy na cito, na ratunek) i związanych z tym kosztów, ryzyko wypłacalności zamawiającego (dobry płatnik lub nie), terminy płatności, zapisy dot. reklamacji itp.). Wszystkie ceny przetargowe są przypuszczalnie brane pod uwagę przy liczeniu średniej kosztu w żaden sposób nie biorąc pod uwagę ww. czynników. Wskaźnik nie powinien zatem zmieniać ceny ofertowej, określonej przy uwzględnieniu specyfiki danego zamówienia i wszystkich ww. parametrów.

Należy też rozważyć czy wprowadzenie w taki sposób mechanizmu komunikatów NFZ (w naszym przypadku przypuszczalnie średniego kosztu substancji czynnej objętego takim komunikatem, nie jest sprzeczne z postanowieniami ustawy refundacyjnej wprowadzając coś na kształt dodatkowej ceny maksymalnej obok tej wynikającej z przepisów prawa. Art. 9 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych wprowadza bowiem już mechanizm ceny maksymalnej wg którego świadczeniodawca jest obowiązany nabywać produkty lecznicze - po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu leku stanowiącego podstawę limitu, uwzględniając liczbę DDD leku, powiększoną o marżę nie wyższą niż urzędowa marża hurtowa, a w przypadku nabywania od podmiotu innego niż przedsiębiorca prowadzący obrót hurtowy w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne - po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu. Zamawiający wprowadził wobec tego w projekcie umowy dodatkowy mechanizm, gdzie w przypadku obniżenia „monitorowanej” ceny zakupu produktów leczniczych poniżej ceny zawartej w umowie, cena określona w umowie ulega obniżeniu do wysokości wynikającej z Komunikatu NFZ. Tak więc wykonawca składający ofertę musi liczyć się z podwójnym mechanizmem (nie wspominając o zmianie VAT) zmiany oferowanej ceny produktu, która w żaden sposób od niego nie zależy. Tym samym skalkulowanie ceny w ofercie jest niemożliwe, a co najmniej utrudnione. Tym samym, aby móc złożyć ważną ofertę, należy usunąć abuzywny par.8 ust.3 pkt 9 wzoru umowy.

W zakresie średniego kosztu rozliczania substancji czynnych, do którego przypuszczalnie odnosi się NFZ w projektowanym postanowieniu umownym, należy wskazać, iż podstawa prawna rozliczania świadczeń to ZARZĄDZENIE Nr 162/2020/DGL PREZESA NARODOWEGO FUNDUSZU ZDROWIA z dnia 16 października 2020 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe, zgodnie z którym (par. 22 pkt 6) „Świadczeniodawca

ma prawo rozliczyć tylko taką ilość leku, która została podana lub wydana świadczeniobiorcom. Niewykorzystana część leku nie podlega rozliczeniu.”

Wynika zatem z powyższego, że średnia publikowana przez NFZ nie uwzględnia niewykorzystanej części leku, co oznacza, że w przypadku niewykorzystania przez szpital całości 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 przytoczonego już wcześniej art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty”.

Wymóg zaś postanowiony przez Zamawiającego w projektowanym par. 8 ust.3 pkt 9 wzoru umowy dot. zaoferowania ceny, której *de facto* maksymalny limit ma być ustalony na podstawie komunikatu NFZ dotyczącego przypuszczalnie średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369) oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913), stanowi też wyraz naruszenia zasad prowadzenia postępowania z art. 16 ustawy Pzp.

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

Por. Wyrok KIO z 31 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1382/19) : „W ocenie Izby wymóg zaoferowania ceny, której maksymalny limit ma być ustalony na podstawie zarządzenia Prezesa NFZ jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369) oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913). Określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Z uwagi na to, że Zamawiający nie ma kompetencji w zakresie kształtowania cen ofert, które zostaną złożone przez wykonawców, czynność polegająca na narzuceniu maksymalnej ceny może być zakwalifikowana jako utrudniająca uczciwą konkurencję. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w wyroku KIO (sygn. akt KIO/UZP 586/09 i 600/09) charakter postępowania o udzielenie zamówienia nie pozwala zamawiającemu na określanie cen za wykonanie przedmiotu

zamówienia. W związku z powyższym należy uznać, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych jest czynnością wykonawcy(...) Rozwiązanie umowy z wykonawcą jest równoznaczne z niezachowaniem zasad wynikających z ustawy o finansach publicznych wskazanych w art. 44 ust.3, w tym w szczególności z zasadą optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, terminowej realizacji zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zamawiający będzie bowiem zmuszony do przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami, w tym koniecznością ponoszenia kosztów i ryzyka związanych z przedłużającym się postępowaniem (...) Podkreślić należy, że wskazywane przez Zamawiającego Zarządzenie NFZ nie statuuje dla Zamawiającego obowiązku stosowania w udzielanych zamówieniach progów kosztowych uprawniających do korekty wartości świadczeń. Z par. 25 tego Rozporządzenia wynika jedynie możliwość zastosowania korekty w sytuacji, gdy znajdą przesłanki uprawniające do jej zastosowania, a nieskorzystanie z niej nie naraża Zamawiającego na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych(..) Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż zgodnie z art. 536 par. 1 KC, cenę można wskazać poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia, Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia taki mechanizm ustalania ceny może mieć miejsce, niemniej jednak zawsze musi się to odbywać z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji. W ocenie Izby, Zamawiający narzucając wykonawcom wymóg zaoferowania ceny nieprzekraczającej limitów ustalonych dla potrzeb wskaźników korygujących, dopuścił się naruszenia wskazanej zasady”.

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

Ponadto należy wskazać na podobne stanowisko Ministerstwa Zdrowia zawarte w piśmie Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia Ministra Macieja Miłkowskiego (załącznik nr 6) w sprawie stosowania przez szpitale publiczne klauzuli jednostronnie wymuszającej obniżki cen dostaw w ramach zawartych już umów na podstawie komunikatów NFZ. Pismo potwierdza, iż zamieszczenie w umowie takiej klauzuli bez wskazania jednocześnie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp poprzez zastosowanie w umowie klauzuli abuzywnej.

Zgodnie z pismem podobne stanowisko zajął także Narodowy Fundusz Zdrowia.

Na koniec należy dodatkowo wskazać, iż sam Zamawiający wskazuje w § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, iż jego zobowiązaniem będzie zapłata ceny **zgodnie ze złożoną ofertą**, a nie ceną kształtowaną Komunikatem NFZ : „Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie za dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z ceną ustaloną w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego – na podstawie złożonej oferty do kwoty...”. Przedmiotowe postanowienie z par. 6 ust. 1 wzoru umowy wskazuje także na konieczność dokonania zmiany przedmiotowego projektowanego postanowienia umowy z par. 8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy.

Tym samym przedmiotowe projektowane postanowienie umowy z par. 8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy powinno zostać bezwzględnie usunięte z projektu umowy w całości.

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

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

Projektowane zaś postanowienie umowne z **§ 3 ust. 2** wzoru umowy o treści:

§ 3 ust.2: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 30% wartości zamówienia, z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy”

Przyjmując, że chodzi o możliwość ograniczenia zakupu do 30% wartości umowy, uniemożliwia to złożenie oferty – różnica 70% zamówienia jest na tyle duża, że Odwołujący czy każdy inny wykonawca chcący złożyć ofertę w postępowaniu nie może odpowiednio skalkulować ceny. Nie jest to jedyne postanowienie tego dotyczące – w przypadku , o którym mowa poniżej, nawet 30% nie będzie miało zastosowania, bowiem w myśl par. 8 ust.3 pkt 10 umowy Zamawiający w całości nie zrealizuje dostawy.

Wnioskujemy zatem o zmianę ww. postanowienia z par.3 ust. 2 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy, a nie tylko 30 % umowy oraz wykreślenie zastrzeżenia z par. 8 ust. 3 pkt 10, które powoduje brak gwarancji realizacji minimalnego zakresu zamówienia, bowiem daje Zamawiającemu prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt w przypadku, o którym mowa w par. 8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy.

Propozycja zmiany projektowanego postanowienia umowy w par. 3 ust. 2 wzoru umowy na:

„Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 60% wartości zamówienia”.

Taki minimalny poziom realizacji zamówienia wynika z powszechnej praktyki rynkowej Zamawiających.

Kolejne sporne dla Odwołującego postanowienie wzoru umowy z **par. 8 ust.3 pkt 10 wzoru umowy:**

§ 8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy: „ Zamawiający, przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy – w drodze aneksu do umowy - w następującym zakresie: w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną, znajdującą się w produkcie leczniczym, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt”

Zamawiający powyższą klauzulą zastrzegł sobie prawo do niezrealizowania całości dostaw w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną, znajdującą się w produkcie leczniczym, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej- oznacza to, że nie gwarantuje się w tym przypadku Wykonawcy minimalnego zakresu realizacji zamówienia i

uzależnia się niewykonanie umowy w całości od okoliczności niezwiązanych z Wykonawcą, nieznanych Wykonawcy i na pewno od niego niezależnych, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu.

W powyższym przypadku ograniczenie realizacji umowy do poziomu 30%, o którym mowa w par. 3 ust.2 projektu umowy nie będzie miało zastosowania. Czyli umowa nie przewiduje minimum realizacji, o którym mowa w art. 433 pkt 4 PZP. Jest to zatem klauzula abuzywna, którą trzeba wykreślić. Postanowienie z par. 8 ust.3 pkt 10 wzoru umowy jest nadużyciem prawa w myśl art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe projektowane postanowienie jest abuzywnie-sprzeczne z ww. art. 433 pkt 4 Pzp – zamawiający dzięki temu postanowieniu ma możliwość nawet nie ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, ale wręcz rezygnacji z realizacji zamówienia w całości. Takie zastrzeżenie powoduje, że zamówienie produktów niezbędnych do realizacji zamówienia będzie wiązać się z możliwą stratą finansową, a także marnotrawstwem leków (patrz powyżej). To Zamawiający powinien odpowiednio planować organizację przetargów, tak by umożliwić składanie ofert potencjalnym wykonawcom. Ponadto takie podejście może spowodować finalnie brak dostępności produktów dla pacjentów, co jest nieakceptowalne z punktu widzenia realizacji celu bezpieczeństwa lekowego pacjenta, potwierdzonego także celami Narodowego Funduszu Zdrowia (https://www.nfz.gov.pl/download/gfx/nfz/pl/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-swiadczen-opieki-zdrowotnej>).

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi jak we wstępie o: wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z par.8 ust.3 pkt 10 wzoru umowy w całości jako sprzecznego z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

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 bezprawnym postanowieniem abuzywnym.

Ostatnie już sporne postanowienie umowne, które w ocenie Odwołującego nie respektuje art. 433 pkt 4 ustawy Pzp to postanowienie z par. **3 ust. 3 wzoru umowy**. Po pierwsze zastrzega ono dla Zamawiającego możliwość ograniczenia zamówienia w części nr nr 3, 5, 7, 9, 14, 16, 23, 24, 27, 30, 35, 36, 37, 38, 39 do 0% w przypadku braku pacjentów zakwalifikowanych do leczenia - co oznacza, że de facto nie ma gwarancji minimalnego zakresu zamówienia dla Wykonawców składających ofertę w tych częściach zamówienia i przerzuca się ryzyko Zamawiającego co do braku pacjentów zakwalifikowanych do leczenia na Wykonawców w sposób nieproporcjonalny i niewspółmierny, wbrew art. 433 pkt 4 Pzp.

Po drugie postanowienie z par. 3 ust.3 umowy wyłącza stosowanie par. 3 ust.2 umowy dot. minimalnego zakresu zamówienia do cz. nr 3, 5, 7, 9, 14, 16, 23, 24, 27, 30, 35, 36, 37, 38, 39. Oznacza to, że w ww. częściach zamówienia nie ma określonego minimalnego zakresu realizacji zamówienia, a co za tym idzie Zamawiający będzie w sposób nieograniczony mógł ograniczyć zakres zamówienia- co niewątpliwie jest sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem par. 3 ust.3 jest sprzeczny z Pzp. Wobec powyższego, Odwołujący wnosí tak jak na wstępie o **wykreślenie projektowanego postanowienia.**

Należy w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z par. 8 ust. 3 pkt 11 umowy w sytuacji niewykorzystania przedmiotu umowy, zamawiający może przedłużyć umowę o kolejne 12 miesięcy, w sytuacji więc, gdy nie będzie miał zakwalifikowanych pacjentów na dany rok, może wykorzystać przedmiot umowy w kolejnym roku. Tym samym zastrzeżenie przez Zamawiającego w par. 3 ust. 3 prawa do ograniczenia zakresu zamówienia do 0% w przypadku braku pacjentów zakwalifikowanych do leczenia wydaje się bezzasadne w świetle postanowienia z par. 8 ust. 3 pkt 11 wzoru umowy, a zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp Zamawiający nie może ograniczać zamówienia bez wskazania minimalnego zakresu realizacji zamówienia. Tym samym ograniczenie do 0% w cz. nr 3, 5, 7, 9, 14, 16, 23, 24, 27, 30, 35, 36, 37, 38, 39 w przypadku braku pacjentów zakwalifikowanych do leczenia jest niezgodne z ustawą Pzp.

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

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

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

3) Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ KC), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. **KIO 2729/20 - wyrok KIO z dnia 13-11-2020**

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

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

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

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

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

8) Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353[1] KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

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

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

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

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

Załączniki:

Załącznik nr 1 - pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej

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

Załącznik nr 3 - potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

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

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

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

MMI.454.13.2021 z dnia 15 listopada 2021r.