

Warszawa, dnia 21 października 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.: 601248923  
e- mail: [p.granecki@ipzp.com.pl](mailto: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](mailto: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 2022 r. poz. 1710 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 farmaceutycznych” – **cz. nr 27 i 33**

**numer postępowania: 85/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 dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia, z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy.”

2. **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”;
3. **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: 555117-2022-PL.

## **I. Zarzuty**

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

**-art. 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.353<sup>1</sup> KC-** zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych- jednostronnie nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko kontraktowe, 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 umowy, par. 8 ust.3 pkt 9 umowy, par. 8 ust.3 pkt 10 umowy)

## **II. Wnioski:**

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

1) zmianę postanowienia z par. 3 ust.2 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy, co wymaga usunięcia zastrzeżenia §8 ust. 3 pkt 10 umowy, które to zastrzeżenie powoduje obecnie brak faktycznej gwarancji realizacji minimalnego zakresu zamówienia:

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

„Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia.”

2) zmianę postanowienia z par. 8 ust.2 pkt 9 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy na warunkach określonych w SWZ i po cenach z ofert złożonych przez Wykonawców poprzez dodanie na końcu zastrzeżenia: **„przy uwzględnieniu par. 3 ust.2 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, **przy uwzględnieniu par. 3 ust.2 umowy”**

3) zmianę postanowienia z par. 8 ust.2 pkt 10 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy nawet w przypadku zawarcia aneksu poprzez wykreślenie słowa „**w całości**” i dodanie na końcu zastrzeżenia: **„z zastrzeżeniem par. 3 ust.2 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 umowy zawartej na ten produkt **z zastrzeżeniem par. 3 ust.2 umowy.**

**4)** Dodanie do par. 8 umowy ust.3a, z którego wynikać będzie, że brak zgody Wykonawcy na zawarcie aneksu, o którym mowa w par. 8 ust.3 pkt 9 i par. 8 ust.3 pkt 10 nie będzie stanowił naruszenia umowy, o następującej treści:

Par. 8 ust.3 a:

„ brak zgody Wykonawcy na zawarcie aneksu, o którym mowa w par. 8 ust.3 pkt 9 i par. 8 ust.3 pkt 10 nie będzie stanowił naruszenia umowy przez Wykonawcę”

-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, bowiem zamierza złożyć ofertę na cz. nr 27 i 33 postępowania. 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 21 października 2022 r. termin 10– dniowy na złożenie odwołania został dochowany, gdyż dokumenty zamówienia zostały opublikowane na platformie 11.10.2022 r.

### **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 farmaceutycznych”- **część nr 27, 33**

numer postępowania: **85/PN/2022**”, i móc złożyć ważną ofertę na cz. nr 27 i 33 zamówienia.

W dniu 11 października 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. 8 ust.3 pkt 9 oraz par. 8 ust.3 pkt 10 które uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem narażają go na straty finansowe- prowadzą do braku stabilności zaoferowanych cen produktów leczniczych, co powoduje zmniejszenie wartości zakontraktowanego przetargu i w efekcie rażący spadek jego rentowności. W świetle ww. projektowanych postanowień umowy w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną, 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 postanowienie umowne z par. 3 ust.2 oraz par. 8 ust.3 pkt 10 nie gwarantuje 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- w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków zawierających substancję czynną. Zamawiający co prawda wprowadził w projektowanych postanowieniach umownych w par. 3 ust.2 wzoru umowy, że minimalny poziom zamówienia dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia, ale dodał, że jest to „z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy” ( SWZ z 11.10.2022 r. oraz zmiana SWZ z 20.10.2022 r.). W przypadku określonym w §8 ust. 3 pkt 10 umowy nie ma zatem gwarancji realizacji minimalnego poziomu zamówienia nawet na poziomie 60 %. Tym samym, Odwołujący, który chce złożyć ofertę w postępowaniu nie ma w umowie w ogóle zapewnionej gwarancji minimalnego zakresu realizacji zamówienia nawet na poziomie 60 %- co powinno być zagwarantowane na gruncie art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Zastrzeżenie bowiem w par. 3 ust.2 minimalnego poziomu zamówienia o wysokości 60% wobec dodania na końcu par. 3 ust. 2 słów: „ z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy” pozostawia Wykonawców 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. W dniu 20.10.2022 r. Zamawiający opublikował zmianę SWZ, w której w odpowiedzi na pytania Odwołującego dokonał zmiany par. 3 ust.2 jednak nie do końca w sposób, o jaki wnioskował Odwołujący, Zamawiający zmienił bowiem tylko 30 % na 60 % dla cz. 27 i 33 zamówienia, nie usunął natomiast słów: „ z zastrzeżeniem par. 8 ust.3 pkt. 10”, co nie uwzględnia w pełni żądań odwołującego. Pozostawienie tego zastrzeżenia oznacza de facto brak gwarancji realizacji 60 % wartości zamówienia, co jest wprost sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Dopiero jego wykreślenie zapewni zgodność z ustawą Pzp w zakresie określenia w umowie gwarancji minimalnego poziomu realizacji zamówienia. Pod tymże względem, aby zapewnić zgodność z ustawą Pzp i jej art. 433 pkt 4 również doprecyzować należałoby treść par. 8 ust.3 pkt 10 w sposób wnioskowany w niniejszym odwołaniu- poprzez usunięcie słowa: „w całości” i dodanie na końcu zdania zastrzeżenia: „ z zastrzeżeniem par. 3 ust.2 umowy”. Także, aby znieść abuzywność pozostałych klauzul umowy niezbędne jest dodanie na końcu par. 8 ust.3 pkt 9 słów: „przy uwzględnieniu par. 3 ust.2 umowy”. Dodanie zaś wprost do umowy par. 8 ust.3a o ww. wnioskowanej treści sprawi, że brak zgody na zawarcie aneksu nie będzie stanowić naruszenia umowy.

## 2. Stan prawny

### I. **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, 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 **§ 3 ust. 2** wzoru umowy o treści (zmienione 20.10.2022 r.) :

**§ 3 ust.2:** „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia, **z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy**”

W przypadku, o którym mowa powyżej nawet 60% nie będzie miało zastosowania, bowiem w myśl par. 8 ust.3 pkt 10 umowy Zamawiający w całości nie zrealizuje dostawy- jest to niezgodne z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp- nie gwarantuje się bowiem w sytuacji, o której mowa §8 ust. 3 pkt 10 umowy realizacji nawet 1 % zamówienia, brak jest również opisanie w umowie konsekwencji odmowy zawarcia aneksu.

Wnioskujemy zatem o zmianę ww. postanowienia z par.3 ust. 2 wzoru umowy na następujące gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy w każdym przypadku poprzez wykreślenie zastrzeżenia z par. 8 ust. 3 pkt 10, które powoduje de facto 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 dla Części nr 27 i 33 wyniesie 60% wartości zamówienia”.

Taki minimalny poziom realizacji zamówienia znajduje odzwierciedlenie w powszechnej praktyce rynkowej Zamawiających.

Patrz: przetarg nieograniczony prowadzony przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku na **dostawę produktu leczniczego Calcium folinate dla UCK (nr sprawy 201/PN/2022).**

Zastrzeżenie bowiem z **par. 8 ust.3 pkt 10 wzoru umowy brzmi następująco:**

**§ 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, nieznanymi Wykonawcy i na pewno od niego niezależnych, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu.

W powyższym przypadku ograniczenie realizacji umowy nawet do poziomu 60%, 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 zmienić. Zastrzeżenie w par. 3 ust.2 umowy 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 abuzywne- 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 poniżej).

Należy podkreślić, iż sytuacja na rynku leków jest bardzo trudna. Dotyczy to także substancji czynnych objętych niniejszym postępowaniem. Wykonawca składając ofertę w danym postępowaniu podejmuje zobowiązanie do dostarczenia produktu do danego szpitala. Tym samym nie może przeznaczyć ilości objętych zamówieniem dla innego szpitala. Przy ograniczonym dostępie do substancji czynnych i produktów leczniczych (patrz: <https://www.gov.pl/web/zdrowie/dostepnosc-lekow-w-polsce>), Odwołujący jest zmuszony do zarządzania produktami i ich rezerwowania, tak by zrealizować każde zamówienie. W sytuacji występujących braków produktów objętych zamówieniem (jak w niniejszej sprawie), w związku z tym, że w istocie nie wiadomo jakie ilości ma zabezpieczyć Odwołujący na potrzeby niniejszego postępowania –(0%, 70% czy 100%, w sytuacji gdy nie będzie zmian średnich cen produktów leczniczych ani postępowania wspólnego (patrz par. 8 ust.3 pkt 9 i 10 wzoru umowy), Odwołujący nie może skalkulować oferty i złożyć oferty w niniejszym postępowaniu.

Wskazanie minimalnej wielkości/ilości na poziomie 60 %, ale z zastrzeżeniem nie wykonania umowy w całości w określonych w umowie przypadkach jak w par. 8 ust.3 pkt 10 umowy wskazuje jedynie na próbę obejścia przez Zamawiającego przepisów Pzp, a de facto nie zmienia sytuacji ekonomicznej wykonawcy/oferenta. W sytuacji niezrealizowania całości zamówienia, wykonawca pozostaje 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).

Jest to tym bardziej istotne, że umowa dot. zamówienia publicznego, dyscyplinuje wykonawcę poprzez wprowadzenie do umowy kar w przypadku niedotrzymania uzgodnionego terminu dostawy, a także prawa odstąpienia w przypadku niewykonania umowy.

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](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 zmianę projektowanego postanowienia umowy z par.3 ust.2 wzoru umowy w całości jako sprzecznego z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe projektowane postanowienie umowne, nieproporcjonalne w stosunku do celu zamówienia, nie uwzględnia w żaden sposób interesów potencjalnych wykonawców. Stanowi tym samym naruszenie art. 5 KC-dopuszcza bowiem do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, który czyni ze swojego prawa użytek, który jest spreczny 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.

Ponadto, należy wskazać, iż ten sam Zamawiający w poprzednim postępowaniu przetargowym o nr **47/PN/2022 w tożsamym stanie faktycznym i prawnym na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1592/22, uwzględnił odwołanie Odwołującego w części dot. właśnie tożsamego brzmienia par. 3 ust.2 umowy i zmienił sporne postanowienie w taki sposób, iż zwiększył minimalny poziom realizacji zamówienia z 30% na 60 % oraz usunął słowa „ z zastrzeżeniem par. 8 ust. 3 pkt 10”. Wobec uwzględnienia poprzednio tożsamej argumentacji Odwołującego w tożsamej sprawie, w niniejszej sprawie Zamawiający powinien postąpić konsekwentnie i również uwzględnić odwołanie poprzez zmianę postanowienia z par. 3 ust.2 umowy w sposób wskazany przez Odwołującego we wnioskach w niniejszym odwołaniu.**

Należy przy tym podkreślić, iż w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej § 8 ust. 3 pkt 10 projektu umowy o identycznym brzmieniu jak w niniejszym postępowaniu), zawiera następujące normy:

„- wykonawca składa ofertę a następnie (w przypadku jej wybrania) zawiera umowę, która gwarantuje mu maksymalne ograniczenie realizacji tej umowy do 60%,

- jest to wiążące dla stron i zagwarantowane umową i jeżeli taka będzie wola wykonawcy stan ten utrzymywać się będzie przez cały okres jej obowiązywania.

- umowa pozwala stronom na wprowadzenie do jej treści w drodze aneksu zmiany polegającej na dodaniu następującego zapisu: „ 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,

- w przypadku, gdy wykonawca nie złoży oświadczenia woli o uzgodnieniu okoliczności, które pozwolą na niezrealizowanie dostaw w części dotyczącej tych leków, których dotyczyć będzie ogłoszona procedura wspólnego postępowania a także w części przypadającej po ogłoszeniu procedury przez Prezesa NFZ, obowiązujące będzie maksymalne ograniczenie realizacji umowy do 60%, a zamawiający nie ma żadnych prawnych możliwości jednostronnej zmiany takiego stanu rzeczy.”

Podobnie w przedmiotowym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny § 8 ust. 3 pkt 9 projektu umowy o identycznym brzmieniu jak w niniejszym postępowaniu), określając, konkludując, iż *„(...) Jednakże taki stan faktyczny nie ma nic wspólnego z realiami tak prawnymi jak i faktycznymi przedmiotowego postępowania, w którym wykonawca może złożyć ofertę w dowolnej (nieograniczonej) wysokości, a jeżeli ta oferta jest najkorzystniejsza, zamawiający zobligowany jest do jej przyjęcia i zawarcia w konsekwencji umowy o takiej właśnie treści. Nie ma więc mowy o żadnym maksymalnym limicie ceny. Jeżeli ulega ona następnie zmianie to tylko w sytuacji, gdy tak postanowi wykonawca i tylko do kwoty odpowiadającej jego woli. W braku takiej woli obowiązuje cena złożona w ofercie, nie ograniczona żadnym, górnym limitem.”*

Powyższe uzasadnia doprecyzowanie objęte niniejszym odwołaniem, tj. dodanie postanowień:

9) obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ, **przy uwzględnieniu par. 3 ust. 2 niniejszej umowy.**

(**Patrz:** Załącznik nr 6- pismo Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia Ministra Macieja Miłkowskiego, w którym wskazano, że można zawrzeć klauzulę o treści jak z par. 8 ust.3 pkt 9 umowy pod warunkiem, że określono w umowie minimalny zakres realizacji zamówienia).

10) 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 umowy zawartej na ten produkt, z zastrzeżeniem par. 3 ust. 2 niniejszej umowy.**

Potrzeba również doprecyzować poprzez dodanie par. 8 ust. 3a umowy konsekwencji braku zgody na zawarcie aneksu dla Wykonawcy: „Strony postanawiają, że niepodpisanie aneksu do umowy w zakresie określonym w par. 8 ust. 3 punkt 9 i 10 nie stanowi naruszenia umowy przez Wykonawcę”.

**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. 353<sup>1</sup> KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. (**KIO 481/21 - wyrok KIO z dnia 31-03-2021**)
- 2) Jakkolwiek zrozumiała 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. 353<sup>1</sup> KC, art. 58 KC) (**KIO 3439/20 - wyrok KIO z dnia 22-01-2021**)
- 4) 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.
- 5) 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. 353<sup>1</sup> KC), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. **KIO 2729/20 - wyrok KIO z dnia 13-11-2020**

6) 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 (353<sup>1</sup> 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. 353<sup>1</sup> 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) 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**)

6) 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)

7) 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.

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. 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.

8. 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.