Sygn. akt KIO 3107/21

WYROK

z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawcę

Lek Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Pomorskie Centrum Reumatologiczne im. dr Jadwigi Titz-Kosko w Sopocie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 oraz w pkt 2 odwołania, wobec uwzględnienie przez Zamawiającego wyżej wskazanych zarzutów.

2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji warunków zamówienia przez:

2.1.	wykreślenie	projektowanego	postanowienia	umowy	z	§	9.2. wzoru
umowy	w całości,						
2.2.	wykreślenie	projektowanego	postanowienia	umowy	z	§	9.3. wzoru
umowy	w całości,						
2.3.	wykreślenie	projektowanego	postanowienia	umowy	z	§	9.4. wzoru
umowy	w całości,						
2.4.	wykreślenie	projektowanego	postanowienia	umowy	z	§	9.5. wzoru
umowy	w całości,						

2.5. wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z § 12 ust. 2 lit. c wzoru umowy w całości,

2.6. wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z § 12 ust. 2 lit. m wzoru umowy w całości,

2.7. wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z § 12 ust. 3 wzoru umowy w całości,

2.8. wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z § 7 ust. 7 wzoru

umowy w całości.

3. Kosztami postępowania obciąża Pomorskie Centrum Reumatologiczne im. dr Jadwigi Titz-Kosko w Sopocie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Sopocie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Lek Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Pomorskiego Centrum Reumatologicznego im. dr Jadwigi Titz-Kosko w Sopocie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie na rzecz Lek Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3107/21

U z a s a d n i e n i e

Pomorskie Centrum Reumatologiczne im. dr Jadwigi Titz-Kosko w Sopocie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywne dostawy leków do Pomorskiego Centrum Reumatologicznego im. dr Jadwigi Titz - Kosko w Sopocie Sp. z o. o. w podziale na 58 pakietów. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2021 r. pod numerem 2021/S 194-504702.

W dniu 18 października 2021 r. wykonawca Lek Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr 27, 32, 36, 37, 39, 57, na projektowane postanowienia umowy dotyczące: par. 2.3., par. 7.5., par. 9.2., par. 9.3., par. 9.4., par. 9.5., par. 12.2.c., par. 12.2.m, par. 12 ust. 3 oraz par. 7.7 wzoru umowy. Zamawiającemu zarzucono w związku z wyżej wymienionymi projektowanymi postanowieniami wzoru umowy w sposób łączny lub odrębny naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 431 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 i 354 oraz art. 5 i art. 395 oraz art. 58 par.1 i par. 2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 471 KC oraz w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaburzenie równowagi stron umowy, sprowadzenie jej do umowy 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 oraz art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 oraz 58 par. 1 i 2, art. 353^1 KC przez zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych, nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko, umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez zagwarantowania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub rezygnację z zamówienia lub jednostronne wypowiedzenie umowy, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, który czyni ze swojego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego;

- art. 15r[1] ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych przez zobowiązanie wykonawcy do wyrażenia zgody na potrącenie naliczonej kary umownej z należnego mu wynagrodzenia za wykonane dostawy, określonego w § 3 ust. 1 umowy bez odrębnego wzywania, podczas gdy obowiązuje stan pandemii i nie można potrącać kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie można dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

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

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

2) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par.7.5. wzoru umowy w całości;

3) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.2. wzoru umowy w całości;

4) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.3. wzoru umowy w całości;

5) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.4. wzoru umowy w całości;

6) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 9.5. wzoru umowy w całości;

7) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 12.2.c wzoru umowy w całości;

8) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 12.2.m wzoru umowy w całości;

9) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 12.3 wzoru umowy w całości;

10) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z par. 7.7 wzoru umowy w całości.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 29 października 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując, że uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie pkt 1 odwołania (zmiany postanowienia), pkt 2 odwołania (wykreślenia postanowienia) oraz pkt 6 odwołania (zmiany postanowienia) oraz wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z 2 listopada 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których

stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego

w pkt 1 oraz pkt 2 odwołania, podlega umorzeniu, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanych zarzutów.

Izba nie umorzyła postępowania odwoławczego w zakresie pkt 6 odwołania. Izba ustaliła, że Odwołujący wnosił w tym zakresie o wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z par. 9.5. wzoru umowy w całości. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Zamawiającego znajdującym się w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut w taki sposób, że oświadczył, iż dokona zmiany zaskarżonego postanowienia przez doprecyzowania jego treści.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Z przytoczonego przepisu wprost wynika, że zamawiający dokonuje czynności zgodnie z żądaniem odwołującego. Ustawa Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający oświadczył, że jedynie zmodyfikuje zaskarżone postanowienie (nie podając w jaki konkretny sposób - modyfikacja nie została dokonana do dnia posiedzenia), a nie, że dokona wykreślenia zaskarżonego postanowienia, o co wnosił Odwołujący.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z par. 9.2. wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte niniejszą umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57).

Odwołujący podnosił, że odstąpienie w przypadku obniżenia Zamawiającemu kwoty refundacji, jest pojęciem szerokim, może obejmować kwestie związane z uprawnieniem NFZ do uwzględniania weryfikacji kosztu względem średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju przy określaniu wysokości kwoty zobowiązania NFZ wobec danego świadczeniodawcy, w przypadku przekroczenia u danego świadczeniodawcy średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju o więcej niż 10 % w okresie 3 miesięcy poprzedzających o 3 miesiące okres, na który ustalane jest zobowiązanie. Kwestie te są kwestiami wewnętrznymi pomiędzy NFZ a Zamawiającym, związanymi z zawartymi umowami. Ponadto, mogą być związane z innymi okolicznościami, nieznanymi wykonawcy i na pewno od niego niezależnymi.

Zamawiający zaś wskazywał, że powyższe postanowienie jest konieczne, ponieważ w sytuacji gdy Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte niniejszą umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, nie będzie miał on środków na finansowanie zakupu leków.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że powyższe postanowienie zakłada możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie. W sytuacji gdy wykonawca nie obniży cen, Zamawiający odstąpi od umowy, Zamawiający warunkuje więc dalsze wykonywanie umowy obniżeniem cen przez wykonawcę, co stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgodnie z par. 9.3. wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz

Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57.

Odwołujący wskazywał, że odstąpienie w sytuacji gdy NFZ rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży kontraktu refundującego ceny jest pojęciem nieostrym. Można domniemywać, że chodzi o umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawieraną z NFZ na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Niemniej wykonawca nie ma żadnego wpływu na kształtowanie treści tego stosunku prawnego, gdyż wzory umów mogą i ulegają zmianie, nawet co 2 miesiące, i nie tylko w związku ze zmianą zasad refundacji produktów.

Zamawiający zaś wskazywał, że w sytuacji gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków, nie będzie miał on środków na finansowanie zakupu leków. W takim wypadku Zamawiającemu nie pozostaje nic innego, jak tylko odstąpienie od umowy.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że powyższe postanowienie zakłada możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, gdy NFZ rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków objętych umową, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie.

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

Odwołujący podnosił, że odstąpienie spowoduje, że ograniczenie realizacji umowy do przewidzianego minimalnego poziomu nie będzie miało zastosowania. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie jedynie za zrealizowaną część umowy. Zamawiający zaś stwierdzał, że jedynie doprecyzowano termin wykonania odstąpienia.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że powyższe postanowienie zakłada możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, w przypadkach, o których mowa w par. 9.2. i 9.3. projektowanych postanowień umowy, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie. Jeśli więc wykonawca, do czasu odstąpienia od umowy z ww. przyczyn zdąży zrealizować przykładowo 10 % zamówienia, to tylko w takim zakresie zostanie zrealizowana umowa.

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

Odwołujący podnosił, że urzędowa zmiana na listach leków refundowanych jest pojęciem szerokim. Obejmuje każdą urzędową zmianę na liście leków refundowanych stosowanych w programach lekowych, a więc także taką, która nie będzie miała wpływu na cenę produktu dla świadczeniodawcy (zamawiającego), gdyż dla leków szpitalnych urzędowe ceny zbytu są swoistego rodzaju cenami maksymalnymi. Ponadto, 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.

Dodatkowo, w przypadku gdy wykonawca nie zgodzi się na obniżenie ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonemu przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych, Zamawiający jednostronnie wypowie umowę, ograniczając tym samym zakres zamówienia. Kwestionowane postanowienie uprawnia Zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia i rezygnacji z niego nawet już po pierwszym kwartale, po opublikowaniu przez NFZ danych za ostatni miesiąc w danym kwartale, gdy wykonawca nie zgodzi się z obniżeniem cen, co może doprowadzić do sytuacji, że Zamawiający wypowie jednostronnie umowę nawet w 90 % niezrealizowanej części.

Zamawiający zaś stwierdzał, że umowa o dostawę leku z programu lekowych

zabezpiecza dostawę leków ujętych na liście leków refundowanych i nie może być kontynuowana w przypadku wykreślenia leku objętego umową z list leków refundowanych.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że powyższe postanowienie zakłada możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, w przypadku urzędowej zmiany na listach leków refundowanych w zakresie leków stosowanych do programów lekowych w terminie 30 dni od powzięcia wiedzy przez Zamawiającego o powyższych okolicznościach. Jeśli więc wykonawca, do czasu odstąpienia od umowy z ww. przyczyn zdąży zrealizować jedynie 10 % zamówienia, to tylko w takim zakresie zostanie zrealizowana umowa.

Izba ustaliła, że zgodnie z par. 12.2.c. wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy Niedopuszczalne pod rygorem nieważności są istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że nastąpią warunki zmiany umowy wskazane wyżej w umowie lub w wypadku gdy: w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia lub inny uprawniony organ, a także w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57).

Odwołujący podnosił, że 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 z kosztem średnim wskazanym w komunikacie dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych

substancji czynnych stosowanych w programach lekowych. Dodatkowo, postanowienie to daje Zamawiającemu możliwość odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy wykonawca nie wyrazi zgody na obniżenie cen w stosunku do cen podanych w ofercie oraz gdy Narodowy Fundusz Zdrowia rozwiąże lub zmniejszy lub nie przedłuży Zamawiającemu kontraktu refundującego ceny leków obejmujących niniejszą umowę. Zamawiający zaś stwierdzał, że uwzględnił zmiany umowy w konkretnych okolicznościach.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że powyższe postanowienie także nie daje gwarancji minimalnego zakresu świadczenia, co sprawia, że klauzula ta jest również abuzywna w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z par. 12.2.m. wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy Niedopuszczalne pod rygorem nieważności są istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że nastąpią warunki zmiany umowy wskazane wyżej w umowie lub w wypadku gdy: W przypadku określenia przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej będącej przedmiotem niniejszej umowy w danym miesiącu poniżej ceny określonej w niniejszej umowie, dopuszcza się możliwość zmiany ceny substancji czynnych określonych w niniejszej umowie dla których NFZ określił średni koszt rozliczenia substancji czynnej w danym miesiącu poniżej ceny określonej w umowie do wysokości nie wyższej niż określona przez NFZ, przy czym wszystkie zmiany w umowie zostają potwierdzone aneksem w formie pisemnej.

Odwołujący podnosił, że powyższe postanowienie przewiduje możliwość dowolnego, nieprzewidywalnego dla wykonawcy kształtowania ceny, nie zaś zakupu produktów w cenie oferowanej przez wykonawcę. Zamawiający dzięki temu postanowieniu ma możliwość nie tylko ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, ale wręcz rezygnacji z realizacji zamówienia w przypadku, gdyby wykonawca nie zgodził się na zmianę ceny. Zamawiający zaś stwierdzał, że uwzględnił zmiany umowy w konkretnych okolicznościach.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że 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 przez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego, przez którą Zamawiający narzuca maksymalną cenę, zgodnie z rozporządzeniem NFZ, i narzuca obniżenie ceny 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, aby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, przez nieustanne zmiany ceny w tracie 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.

Izba ustaliła, że zgodnie z par. 12.3. wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy Strony zobowiązują się do przystąpienia do negocjacji ceny przedmiotu umowy w przypadku obniżenia ceny krajowej publikowanej w komunikacie DGL dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii. (dotyczy Pakietów nr 28,31,32,36,37,39,40,41,44,46,50,54,55,56,57).

Odwołujący podnosił, że ww. postanowienie stanowi zobowiązanie są do podjęcia negocjacji. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy przez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego, przez którą Zamawiający narzuca negocjacje ceny ofertowej w celu jej obniżenia w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 ustawy Pzp i art. 354 § 1 KC.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdzał, że ww. postanowienie projektu umowy zostało narzucone przez płatnika — Narodowy Fundusz Zdrowia. Zwracał uwagę na brak nakazu zmiany cen, a jedynie zawezwanie do negocjacji cen, które nie jest w jakimkolwiek stopniu wiążące dla wykonawcy.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że powyższe projektowane postanowienie narzuca na wykonawcę obowiązek negocjowania ceny w przypadku obniżenia ceny krajowej publikowanej w komunikacie DGL dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii, nawet w sytuacji, gdy byłoby to dla wykonawcy nierentowne. Takie kształtowanie postanowień umowy, które jest wyłącznie korzystne dla Zamawiające, a nie zawsze dla wykonawcy, jest abuzywne i narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na niekorzyść wykonawcy. Wykonawca winien mieć prawo w powyższym przypadku do negocjowania, a nie obowiązek negocjacji cen, tym samym takie negocjacje powinny odbywać się i być wiążące tylko wówczas, gdy wykonawca wyrazi na to zgodę.

Izba ustaliła, że zgodnie z par. 7.7. wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie naliczonej kary umownej z należnego mu wynagrodzenia za wykonane dostawy, określonego w § 3 ust. 1 umowy bez odrębnego wzywania.

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

Zamawiający zaś stwierdzał, że jedynie w konkretnie oznaczonym okresie Zamawiający nie może wykonywać swego prawa na mocy ustawy szczególnej, zaś po wygaśnięciu i ustaniu stanu epidemii postanowienie pozostaje w mocy, a Zamawiający będzie mógł wykonywać swoje uprawnienia zgodnie z zawartą umową.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że art. $15r^1$ ust.1 Ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, nie przestał obowiązywać, zatem w dalszym ciągu wiąże zamawiających i winien być przez nich stosowany. Art. $15r^1$ ust.1 ww. ustawy został sformułowany szeroko, a przy tym korzystnie dla wykonawców. Ustawodawca uzależnia natomiast stosowanie przepisu od tego, aby zdarzenie stanowiące podstawę naliczenia kary umownej nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, a taki stan obecnie obowiązuje. Tak więc kara umowna nie może być potrącona wprost z wynagrodzenia. Tym samym celowym jest usunięcie projektowanego postanowienia z par. 7.7., tak aby dostosować umowę do obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie

art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....