sygn. akt: KIO 1592/22

WYROK

z dnia 1 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez Lek S.A., ul. Podlipie 16; 95-010 Stryków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im Janusza Korczaka w Słupsku sp. z o.o., ul. Hubalczyków 1; 76-200 Słupsk,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisany w ust. 1 i 2 odwołania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Lek S.A., ul. Podlipie 16; 95-010 Stryków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Lek S.A., ul. Podlipie 16; 95-010 Stryków, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 1592/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im Janusza Korczaka w Słupsku sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa produktów leczniczych, płynów infuzyjnych”- część nr 24 numer postępowania: 47/PN/2022”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2022 r., pod nr 2022/S 107-296356.

Dnia 13 czerwca 2022 roku, Lek S.A. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (w zakresie części nr 24 zamówienia) na projektowane postanowienia umowy zawarte w Cz. II SWZ - Wzór Umowy, polegające na:

1. Zawarciu w § 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. Zawarciu w § 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. Zawarciu w § 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. Zawarciu w § 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".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 431 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 KC i 354 KC oraz art. 5 KC i art. 395 KC oraz art.58 § 1 i § 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 § 8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy),

2. 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 § 1 i 2 KC, art. 353^1 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 § 3 ust. 2, § 3 ust. 3 oraz § 8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

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

2) zmianę postanowienia z § 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 § 3 ust.2 wzoru umowy projektowanego postanowienia umowy:

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

3) wykreślenia projektowanego postanowienia umowy z § 8 ust.3 pkt 9 wzoru umowy w całości,

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

- oraz wniósł o:

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

6) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że 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.

Odwołujący wskazał, iż projektowane postanowienia umowne uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w 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 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 § 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 § 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 § 3 ust. 3 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że § 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 § 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.

1. 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. 353^1 KC, art. 58 § 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 § 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 § 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.

Tak więc, przedmiotowy sposób ustalania ceny narzucony odgórnie 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 § 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 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.

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.

Odwołujący wskazał, 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 § 1 k.c.) oraz art. 354 § 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.

Zamawiający narzuca wykonawcom, ażeby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, poprzez 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. 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 § 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 programy lekowe, zgodnie z którym (§ 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 § 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.

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 Pzp, stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy 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 zgodne z ceną

ustaloną w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - na podstawie złożonej oferty do kwoty...". Przedmiotowe postanowienie z § 6 ust. 1 wzoru umowy wskazuje także na konieczność dokonania zmiany przedmiotowego projektowanego

postanowienia umowy z § 8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy.

2. 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 § 1 i 2 KC, 353^1 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: „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 § 8 ust. 3 pkt 10 umowy zamawiający w całości nie zrealizuje dostawy.

Wnioskujemy zatem o zmianę ww. postanowienia z § 3 ust. 2 wzoru umowy na gwarantujące wykonanie co najmniej 60 % wartości umowy. Taki minimalny poziom realizacji zamówienia wynika z powszechnej praktyki rynkowej zamawiających.

Kolejne sporne dla odwołującego postanowienie wzoru umowy z § 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 § 3 ust. 2 projektu umowy nie będzie miało zastosowania. Czyli umowa nie przewiduje minimum realizacji, o którym mowa w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Jest to zatem klauzula abuzywna, którą trzeba wykreślić. Postanowienie z § 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 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.p1/download/gfx/nfz/pl/defaultaktualnosci/370/7 7236/1/zalozenia_strategii_nfz.pdf) realizującymi m. in. następujące wartości: dbałość, w imieniu Pacjenta, o należytą 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 ().

Wobec powyższego, odwołujący wnosi o wykreślenie projektowanego postanowienia umowy z § 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 § 3 ust. 3 wzoru umowy. Po pierwsze zastrzega ono dla zamawiającego możliwość ograniczenia zamówienia w części 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 § 3 ust.3 umowy wyłącza stosowanie § 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 § 3 ust. 3 jest sprzeczny z Pzp. Wobec powyższego, odwołujący wnosi tak jak na wstępie o wykreślenie projektowanego postanowienia.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z § 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 § 3 ust. 3 prawa do ograniczenia zakresu zamówienia do 0% w przypadku braku pacjentów zakwalifikowanych do leczenia wydaje się bezzasadne w świetle postanowienia z § 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.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, co następuje.

Zamawiający uwzględnia odwołanie w części to jest co do:

1) zarzutu zawarcia w § 3 ust. 2 projektu umowy mającego zastosowanie dla postępowania pod nazwą „Dostawa produktów leczniczych, płynów infuzyjnych" część 24 postanowienia umowy o treści: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 30% wartości zamówienia, z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10" (...).

2) zarzutu zawarcia w § 3 ust. 3 projektu umowy mającego zastosowanie dla postępowania pod nazwą „Dostawa produktów leczniczych, płynów infuzyjnych" część 24 postanowienia umowy o treści: „Zamawiający zastrzega możliwość ograniczenia zakresu zamówienia w części nr 3,7,9, 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 3,7,9, 14, 16, 23, 24, 27, 30, 35, 36, 37, 38, 39 nie ma zastosowania".

W zakresie ww. uwzględnionych zarzutów odwołania, zamawiający wskazał, iż:

1) we wzorze umowy przeznaczonym dla postępowania pod nazwą „Dostawa produktów leczniczych, płynów infuzyjnych" stanowiącego część 24 postępowania nr 47/PN/2022 § 3 ust. 2 zostanie zmieniony w taki sposób, iż uzyska następującą treść: „Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 60% wartości zamówienia",

2) we wzorze umowy przeznaczonym dla postępowania pod nazwą „Dostawa produktów leczniczych, płynów infuzyjnych" stanowiącego część 24 postępowania nr 47/PN/2022 § 3 ust. 3 zostanie wykreślony.

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi

przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

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 nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację zamawiającego, uznając ją za własną.

Izba wskazuje, iż zarzuty odwołującego (w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego), stanowią jedynie polemikę z obowiązującymi postanowieniami umownymi, które to postanowienia są jasne i czytelne, nie naruszają wskazywanych przez odwołującego przepisów prawa. Ich prawidłowe odczytanie i zrozumienie nie budzą wątpliwości interpretacyjnych, do których nawiązuje stanowisko odwołującego. Stan faktyczny przedmiotowej sprawy różni się bowiem od okoliczności powoływanych przez odwołującego, cytowanymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej.

Wskazać bowiem należy, iż zarzuty jakie formułuje odwołujący są całkowicie chybione, co jest efektem tego, iż odnoszą się do stanu faktycznego który w realiach przedmiotowego postępowania nigdy nie wystąpił. Przepis § 8 ust. 3 pkt 9 projektu umowy, stanowi realizację art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i zawiera następujące normy:

- wykonawca składa w ofercie propozycję ceny za określony produkt,

- wskazana w ofercie cena stanowi kryterium brane pod uwagę przy jej wyborze,

- w przypadku wyboru oferty, cena jaką wskaże w swojej ofercie wykonawca, będzie wiążąca dla obu stron i jeżeli taka będzie wola wykonawcy stan ten utrzymywać się będzie przez cały okres obowiązywania umowy,

- umowa pozwala stronom na wprowadzenie do jej treści w drodze aneksu zmiany polegającej na tym, iż zmodyfikują (obniżą) one cenę wskazaną w ofercie złożonej przez wykonawcę przed zawarciem umowy i wpisaną następnie do tej umowy jako obowiązującą, uzgadniając jej wysokość na poziomie średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji

czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ,

- w przypadku, gdy wykonawca nie złoży oświadczenia woli o ustaleniu wysokości ceny na zmienionym poziomie, obowiązująca będzie cena wskazana w jego ofercie a zamawiający nie ma żadnych prawnych możliwości jednostronnej zmiany takiego stanu rzeczy,

- minimalny próg realizacji zamówienia to 60% wartości zamówienia (§ 3 ust. 2 wzoru

umowy).

Nie potwierdził się zatem zarzut odwołującego, iż skarżony zapis przyznaje zamawiającemu uprawnienie w postaci żądania od wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny. Zmiana wysokości ceny może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy taką wolę wyrazi wykonawca (podpisze aneks do umowy). Nie zostały również naruszone zasady przejrzystości postępowania, gdyż wykonawca sprzedawać będzie towar albo po cenie wynikającej ze złożonej oferty albo po takiej, na którą zgodził się składając oświadczenie woli o chęci zawarcia aneksu danej treści. Nie ma możliwości, aby wykonawca sprzedawał produkt po cenie, na której wysokość wcześniej nie wyraził zgody. Żadne postanowienie wzoru umowy nie narzuca „odgórnie" wykonawcy sposobu ustalania ceny. Do ustalenia wysokości ceny zawsze konieczne jest oświadczenie woli złożone przez wykonawcę bądź w ofercie bądź poprzez podpisanie aneksu.

Przedmiotowy zapis (ani żaden inny) nie przyznaje zamawiającemu uprawnienia do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy a tym bardziej do narzucenia mu maksymalnej ceny. Wysokość obowiązującej ceny od samego początku i przez cały okres obowiązywania umowy musi być zgodna z wolą wykonawcy i nikt (a w szczególności zamawiający) nie ma żadnych, prawnych instrumentów pozwalających na zmianę takiego stanu rzeczy.

Wyrok KIO z 5 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1382/19 zakazuje sytuacji, w której zamawiający stawia wymóg zaoferowania przez wykonawcę ceny, której maksymalny limit ma być ustalony na podstawie zarządzenia Prezesa NFZ (wykonawca nie może złożyć w odpowiedzi na ogłoszenie oferty z ceną wyższą). 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.

Jak wynika z powyższego, posłużenie się konstrukcją zawartą w § 8 ust. 3 pkt 9 projektu umowy nie narusza żadnego z przepisów wskazanych przez odwołującego, gdyż stan faktyczny na jaki powołuje się odwołujący formułując na tej podstawie zarzuty, odbiega od stanu jaki mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący stawia zmawiającemu zarzut zawarcia w § 8 ust. 3 pkt 10 projektu umowy 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".

Odwołujący uzasadniając swój zarzut podnosi, iż: „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", „uzależnia się niewykonanie umowy w całości od okoliczności niezwiązanych z Wykonawcą (...) na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu", przedmiotowy zapis oznacza, iż: „ograniczenie realizacji umowy do poziomu 30% (.) nie będzie miało zastosowania", zapis sprzeczny jest z art. 433 pkt 4 Pzp.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego są bezzasadne, albowiem treść kwestionowanego § 8 ust. 3 pkt 10 projektu umowy, 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.

Nie ma racji odwołujący, iż poprzez kwestionowane postanowienie, zamawiający zastrzegł sobie prawo do niezrealizowania całości dostaw w przypadku wszczęcia przez Prezesa NFZ wiadomej procedury. Ustalenie nowego warunku może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy taką wolę wyrazi wykonawca. Nie została naruszona zasada przejrzystości postępowania, gdyż wykonawca podpisuje umowę z ograniczeniem maksymalnym do 60% i zamawiający nie ma żadnych prawnych instrumentów pozwalających na zmianę takiego stanu rzeczy.

Przepis art. 433 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron". Projekt umowy stanowiący element ogłoszenia wskazuje minimalną wartość świadczenia stron na 60% i nie przewiduje możliwości narzucenia wykonawcy żadnych innych warunków. Nie mamy więc do czynienia z sytuacją, o której mowa w przywołanym przepisie, a tym samym nie dochodzi do jego naruszenia.

Tym samym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają dowody powoływane przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....