

Znak: ZOZ.V.010/DZP/93/19

Sucha Beskidzka dnia 02.01.2020r.

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na dostawę leków w ramach programów lekowych ZOZ.V.010/DZP/93/19.

Dyrekcja Zespołu Opieki Zdrowotnej w Suchej Beskidzkiej odpowiada na poniższe pytania:

Proszę o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytanie do umowy dot. postępowania nr ZOZ.V.010/DZP/93/19, tj.: 1. Do §5 ust. 3 ppkt d wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie ze zmodyfikowanego w dniu 31.12.2019 r. wzoru umowy treści §5 ust. 3 ppkt d w brzmieniu: „nastąpiła zmiana ceny współczynnikowej dostarczanych leków, obowiązującej Zamawiającego na podstawie Zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, w przypadku gdy ustalona cena współczynnikowa jest niższa od ceny umownej. Obniżenie ceny umownej, o której mowa w załączniku nr 1 do umowy, nastąpi do równowartości wysokości ustalonej przez NFZ ceny współczynnikowej i poprzedzone będzie negocjacjami Zamawiającego i Wykonawcy, zakończonymi zawarciem aneksu obniżającego cenę odpowiedniego asortymentu dostarczanych przez Wykonawcę leków.”. 1) zwrócić należy uwagę, że wymóg Zamawiającego aby cena nie przekraczała progów kosztowych uprawniających Zamawiającego do stosowania współczynników korygujących ingeruje w czynności przypisane Wykonawcy na mocy przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala Zamawiającemu na określenie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena za realizację zamówienia podawana jest bowiem przez Wykonawcę na etapie składania ofert i nie może być modyfikowana. Fakt, iż cena jest elementem oferty wynika także z przepisów kodeksu cywilnego, który w art. 66 §1 kc stanowi, iż oferta jest oświadczeniem drugiej strony woli zawarcia umowy zawierającym istotne postanowienia, do których niewątpliwie należy cena. Ustalenie zatem przez Zamawiającego górnej granicy ceny wykracza poza przyznane mu w prawie zamówień publicznych kompetencje. Powyższe stanowisko podziela i prezentuje w swoich orzeczeniach również KIO, vide: wyrok KIO z dnia 31 lipca 2019 r, sygn. KIO 1382/19, wyrok z dnia 22 maja 2009 r. sygn. KIO/UZP 589/09, KIO/UZP 600/09. 2) wskazać należy, że ww. zastrzeżenie dotyczy w istocie wewnętrznych zasad rozliczeń między świadczeniodawcami a NFZ, w tym w szczególności zasad korygowania wartości produktu rozliczeniowego lub świadczenia w oparciu o zastosowanie współczynników korygujących, na które to zasady Wykonawca nie ma wpływu i nie jest stroną. Zgodnie z definicją współczynników korygujących wprowadzonych Rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z dnia 8 września 2015 r. są to współczynniki, za pomocą których wyliczana jest wysokość zobowiązania Funduszu wobec świadczeniodawcy. Ustalenia te są zatem wewnętrznymi uzgodnieniami Zamawiającego z NFZ, a Wykonawca nie jest ich adresatem i nie mogą one kształtować obowiązków wykonawców. Zasadniczym jest bowiem, iż zarządzenia te nie są źródłem prawa powszechnie obowiązującego Rzeczypospolitej Polskiej i wprowadzanie takich postanowień w umowie przetargowej i czynienie z nich zobowiązania Wykonawcy jest nieuprawnione i bezpodstawne. Zarządzenia Prezesa NFZ, które wprowadzają nowe zasady rozliczeń Świadczeniodawców z NFZ właśnie poprzez możliwość skorzystania ze współczynników korygujących są bowiem aktami prawa wewnętrznego, na co wprost wskazał Sąd

Administracyjny w Gliwicach z dnia 14 marca 2018 r. o sygn. akt IV SA/GI 1151/17. Bezpodstawnym jest zatem wskazywanie jako wiążącego bezwzględnie wszystkich uczestników mechanizmu dostosowania ceny w oparciu o współczynniki korygujące w sytuacji gdy brak jest podstawy prawnej uprawniającej do tego wykonawców nie wiążą bowiem ani Rozporządzenie Ministra Zdrowia ani Zarządzenia Prezesa NFZ. 3) podkreślić należy, że klauzula wymagająca aby cena nie przekraczała progów kosztowych uprawniających Zamawiającego do stosowania współczynników korygujących jest także nadużyciem w rozumieniu art. 353(1) KC – zarówno, iż nie tylko nie ma przepisu uprawniającego do stosowania cen maksymalnych ale też narusza zasady współżycia społecznego. Niezgodnym bowiem z regułami uczciwości jest przerzucanie na wykonawcę kosztów prowadzenia swojej własnej działalności niezwiązanej bezpośrednio ze świadczeniem Wykonawcy. 4) nieuprawnione działania Zamawiającego wskazane powyżej wyczerpują także znamiona art. 29 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych oraz stanowią niedozwoloną klauzulę, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegające w szczególności na 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny – mając zaś na uwadze działania Zamawiającego polegające na wymaganiu dostosowania ceny w ofercie w oparciu o czynniki niezależne od Wykonawcy i wskazując na mechanizm, który jest wewnętrzną regulacją między Zamawiającym a NFZ wskazać należy, że zachodzi podstawa do uznania takich porozumień za nieważne, zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto, działania Zamawiającego „przerzucającego” na Wykonawcę koszty prowadzenia swojej działalności można kwalifikować także jako nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, które zgodnie z art. 9 ust 1 pkt 1 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polega w szczególności na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów. 5) zmiana, o którą wnosi Wykonawca będzie pozostawała w zgodzie z nowym projektem ustawy Prawo Zamówień Publicznych, której naczelną zasadą jest zrównoważenie pozycji stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez zakaz kształtowania praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyka związanego z jego realizacją. Wykonawca wskazuje także, że w dniu 30 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1331/19 Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do zagadnienia przerzucania kosztów związanych z dostosowaniem ceny do progów kosztowych uprawniających do zastosowania współczynnika korygującego, wskazującego na bezpodstawność takiej praktyki, popierając słuszność stanowiska Wykonawcy. Jednocześnie informujemy, że w razie decyzji Zamawiającego polegającej na pozostawieniu w treści wzoru umowy §5 ust. 2 ppkt d, Wykonawca zastrzega sobie prawo do skorzystania z przysługujących mu w takiej sytuacji środków ochrony prawnej.

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na na usunięcie ze zmodyfikowanego w dniu 31.12.2019 r. wzoru umowy treści §5 ust. 3 ppkt d w brzmieniu: „nastąpiła zmiana ceny współczynnikowej dostarczanych leków, obowiązującej Zamawiającego na podstawie Zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, w przypadku gdy ustalona cena współczynnikowa jest niższa od ceny umownej. Obniżenie ceny umownej, o której mowa w załączniku nr 1 do umowy, nastąpi do równowartości wysokości ustalonej przez NFZ ceny współczynnikowej i poprzedzone będzie negocjacjami Zamawiającego i Wykonawcy, zakończonymi zawarciem aneksu obniżającego cenę odpowiedniego asortymentu dostarczanych przez Wykonawcę leków.”.

Z poważaniem

dyrektora
Zespołu Opieki Zdrowotnej
w Śląskiej Beskidzkiej

mgr Janusz Baczewski

Kierownik
Działu Zamówień Publicznych

mgr Sabina Steczek

Rada Prawny
mgr Magdalena Boryse