

Zawieranie umów wieloletnich w sprawach zamówień publicznych na dostawę produktów leczniczych



Potrzeba i wola zamawiającego

Umowy w sprawach zamówień publicznych

Zgodnie z art. 139 ust. 1 *ustawy Prawo zamówień publicznych*¹ do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy *Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny*², jeżeli przepisy *ustawy Prawo zamówień publicznych* nie stanowią inaczej. Ponadto do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się wiele innych przepisów.

Umowy wieloletnie

Zgodnie z art. 142 ust. 1 *ustawy Prawo zamówień publicznych* „Umowę zawiera się na czas oznaczony”.

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. Nr 19 poz. 177 z późn. zm.), t.j. z dnia 20 lipca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579).

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (Dz.U. Nr 16 poz. 93), t.j. z dnia 9 lutego 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 459).

Wynika z tego zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony. Wszelkie umowy w sprawach zamówień publicznych muszą być zawierane wyłącznie na czas oznaczony³. Wyjątki od tej zasady są określone w art. 143 *ustawy Prawo zamówień publicznych*, jednak nie są one istotne z punktu widzenia niniejszego artykułu.

Wprowadzenie obowiązku zawierania umów na czas oznaczony nie wyklucza zawierania tzw. umów długoterminowych, ale je ogranicza. Dla niektórych dostaw czy usług przydatne jest czasami zawarcie umowy wieloletniej, szczególnie że umowy zawartej na czas oznaczony nie można przedłużyć bez przeprowadzenia nowego postępowania i ponownego udzielenia zamówienia publicznego. Za umowę długoterminową w systemie zamówień publicznych można uznać umo-

³ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa, 2017, Legalis. Komentarz do art. 142.

wę, która jest zawarta na okres przekraczający 12 miesięcy⁴.

Jak przyjmuje Krajowa Izba Odwoławcza⁵ (KIO): „Określenie terminu wykonania zamówienia nie jest obwarowane żadnymi szczególnymi przepisami, oprócz nakazu zawierania umowy na czas oznaczony – art. 142 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.)”⁶.

Nie można zatem mieć wątpliwości, że zawarcie umowy długoterminowej jest prawem zamawiającego. Należy rozważyć, czy zawieranie umów długoterminowych na dostawy leków jest uzasadnione i możliwe w świetle obowiązujących przepisów.

Zasadność zawierania umów wieloletnich na dostawę produktów leczniczych

W mojej ocenie zawieranie przez podmioty lecznicze umów wieloletnich na dostawy leków jest szczególnie korzystne w kontekście przepisów, które na podmioty lecznicze nakładają obowiązek zapewniania ciągłości i dostępności udzielanych świadczeń zdrowotnych.

Zgodnie z art. 68 ust. 2 *Konstytucji Rzeczypospolitej*⁷ „Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych”. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa *ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*⁸.

Stosownie do treści art. 5 pkt. 2a *Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*⁹, przez ciągłość udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej rozumie się „organizację udzielania świadczeń opieki zdrowotnej zapewniającą kontynuację procesu diagnostycznego lub terapeutycznego, w szczególności ograniczającą ryzyko przerwania procesu leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń opieki zdrowotnej realizowanego na podstawie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w dniu złożenia oferty w postępowaniu w sprawie zawarcia umów”.

Konieczność zapewnienia ciągłości i dostępności udzielanych świadczeń zdrowotnych jest podkreślana

również w orzecznictwie sądowym. Dla przykładu można przytoczyć orzeczenie, że: „U chorego, któremu podano pierwszą z określonego cyklu dawkę chemii, aby leczenie odniosło skutek, nie można – jeśli nie sprzeciwiają się temu względy medyczne – zaprzestać leczenia, tj. podania mu kolejnej dawki cyklu, w przewidzianym dla tego cyklu terminie”¹⁰. Sąd podkreślił, że: „Wyłączenie powikłania, jakie wystąpiłyby u chorego po podaniu mu pierwszej dawki chemii, które zagrażają jego życiu i zdrowiu, dopuszczalnym czynią odroczenie w czasie podania choremu kolejnej dawki chemii, tj. do chwili, gdy jej podanie będzie możliwe z uwagi na stan zdrowia pacjenta [...]. Niedopuszczalnym natomiast jest przerwanie cyklu chemii z innych względów niż medyczne, gdyż skutkowałoby to zniweczeniem skutków dotychczasowego leczenia i podanych już dawek chemii”¹¹.

Ciągłość i dostępność świadczeń zdrowotnych była jednym z podstawowych argumentów, który wskazywano jako uzasadnienie wprowadzenia tzw. sieci szpitali. Jednym z celów nowelizacji było „Zagwarantowanie ciągłości i stabilności finansowania jednostkom istotnym z punktu widzenia zabezpieczenia dostępu do świadczeń zdrowotnych przy równoczesnym pozostawieniu możliwości dostępu do środków publicznych pozostałym jednostkom”¹².

Do świadczeń gwarantowanych, które przysługują pacjentom, należy zaliczyć również leki¹³, w tym leki podawane w programach lekowych¹⁴. W związku z tym nie można mieć wątpliwości, że w interesie podmiotów leczniczych leży zawieranie umów długoterminowych na dostawę leków, ponieważ dzięki temu gwarancja stabilności dostaw leków jest największa, a tym samym zagrożenie przerwania dostępności i ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych jest najmniejsze. Poprzez zawieranie umów długoterminowych ogranicza się ryzyko wynikające z konieczności częstego powta-

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 11 grudnia 2013 r., sygn. akt: I ACa 1205/13.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 11 grudnia 2013, sygn. akt: I ACa 1205/13.

¹² [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-496-2017/\\$file/8-020-496-2017.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-496-2017/$file/8-020-496-2017.pdf).

¹³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 lipca 2013 r., sygn. akt: II GSK 602/12, zgodnie z którym „Pacjentowi przyjętemu do szpitala przysługuje prawo do bezpłatnych leków koniecznych do wykonania świadczenia, a świadczeniodawca ma obowiązek ich zapewnienia. Ta konstatacja wynikająca wprost z art. 35 ustawy prowadzi do oczywistego wniosku, że podmiotem uprawnionym do żądania wynagrodzenia za poniesione na pacjenta koszty leczenia szpitalnego, obejmującego również podane leki, jest świadczeniodawca”.

¹⁴ Zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 15 *ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, „Świadczeniobiorcy przysługują świadczenia gwarantowane z zakresu programów lekowych określonych w przepisach ustawy o refundacji”. Zgodnie z art. 951 ust. 1 *ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, „System podstawowego szpitalnego zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej, zwany dalej systemem zabezpieczenia, zapewnia świadczeniobiorcom dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie: leczenia szpitalnego, świadczeń wysokospecjalistycznych, ambulatoryjnej opieki specjalistycznej realizowanej w poradniach przyszpitalnych, rehabilitacji leczniczej, programów lekowych, leków stosowanych w chemioterapii oraz nocnej i świątecznej opieki zdrowotnej, przy jednoczesnym zagwarantowaniu ciągłości i kompleksowości udzielanych świadczeń oraz stabilności ich finansowania”.

⁴ *ibid.*

⁵ Krajowa Izba Odwoławcza – instytucja powołana ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. nowelizującą *ustawę Prawo zamówień publicznych*, w celu rozpoznawania odwołań wnoszonych w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych (przed 2007 r. odwołania rozpatrywały zespoły arbitrow). Postępowanie przed Izbą ma charakter postępowania przed sądem polubownym, a od orzeczenia Izby przysługuje skarga do sądu okręgowego, właściwego według siedziby zamawiającego.

⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 777/12.

⁷ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.* (Dz.U. Nr 78 poz. 483).

⁸ *Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych* (Dz.U. Nr 210 poz. 2135 z późn. zm.), t.j. z dnia 15 września 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1938).

⁹ *Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych* (Dz.U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.), t.j. z dnia 15 września 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1938).



rzania zamówień publicznych na leki, które wszakże mogą się nie powieść.

Skoro zawieranie umów długoterminowych na leki jest uzasadnione, należy się zastanowić, czy jest dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, w szczególności tych określających zasady wydatkowania środków publicznych.

Zasady wydatkowania środków publicznych

Przepis art. 44 ust. 3 pkt 1 *ustawy o finansach publicznych*¹⁵ określa trzy podstawowe, ogólne zasady dokonywania wszystkich wydatków publicznych. Przepis nazywa dwie z tych zasad: „celowość” i „oszczędność”, natomiast trzecią określa przez podanie jej charakterystyki. Jest to zasada uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów albo optymalizacji doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, nazywana powszechnie zasadą efektywności¹⁶.

Zawieranie umów wieloletnich na dostawę leków nie stoi w sprzeczności z tymi zasadami. Wręcz przeciwnie, jest celowe z punktu widzenia zabezpieczenia ciągłości i dostępności świadczeń zdrowotnych, a jednocześnie może mieć pozytywny wpływ na oszczędność, ponieważ w przypadku umów wieloletnich, gwarantujących stabilność zamówień, ceny leków mogą być korzystniejsze dla zamawiającego. Tym samym postępowanie takie może być celowe, oszczędne i efektywne.

Może jednak powstać wątpliwość, czy zawieranie umów długoterminowych na dostawę leków wówczas, gdy umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia zawierane są na okres krótszy, jest zgodne z obowiązującymi przepisami i nie prowadzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Zasady odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych reguluje *ustawa o odpo-*

*wiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*¹⁷. Zgodnie z art. 4 tej ustawy odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych ponoszą kierownicy i pracownicy samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej (jednostki sektora finansów publicznych)¹⁸ oraz osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami (przedsiębiorstwa podmiotów leczniczych, dla których podmiotem tworzącym jest samorząd terytorialny)¹⁹.

W myśl art. 11 ust. 1 *ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków. Zgodnie z opisem czynu określonego w art. 11 należy ustalić nie tylko dzień, w którym nastąpiło przekroczenie wydatków, lecz także występujące w danym dniu pojedyncze przekroczenia, spowodowane zatwierdzeniem zaksięgowanych dokumentów²⁰. Zawarcie umowy wieloletniej w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi jeszcze dokonania wydatku i nie może prowadzić *ipso iure* i *ipso facto* do naruszenia dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 11 ust. 1.

Według art. 15 ust. 1 analizowanej ustawy naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

W zakresie wykładni dotyczącej możliwości zaciągania zobowiązań istotne znaczenie ma orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej przy Ministrze Finansów, zgodnie z którym „Podpisanie umowy, w której realizacja zadań podzielona została na etapy, a przystąpienie do kolejnego etapu uwarunkowane zostało zaistnieniem określonej tą umową okoliczności, może oznaczać, że w chwili podpisania umowy nie zostało

¹⁵ *Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych* (Dz.U. Nr 157 poz. 1240 z późn. zm.), t.j. z dnia 13 października 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077).

¹⁶ W. Misiąg red., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 44.

¹⁷ *Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* (Dz.U. z 2005 r. Nr 14 poz. 114 z późn. zm.), t.j. z dnia 8 czerwca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1311).

¹⁸ Art. 9 pkt 10 *ustawy o finansach publicznych* w związku z art. 4 ust. 1 pkt 2 *Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej* (Dz.U. Nr 112 poz. 654 z późn. zm.), t.j. z dnia 8 września 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1638 z późn. zm.).

¹⁹ Art. 9 pkt 14 *Ustawy o finansach publicznych* w związku z art. 6 ust. 2 pkt 1 *Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej* (Dz.U. Nr 112 poz. 654 z późn. zm.), t.j. z dnia 8 września 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1638 z późn. zm.).

²⁰ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej przy Ministrze Finansów z dnia 30 marca 2015 r., BDF1/4900/109/113-115/14. Legalis.

zaciągnięte zobowiązanie w pełnej wysokości, a jedynie do wysokości kosztu realizacji I etapu²¹.

W tym kontekście należy wyraźnie zaznaczyć, że istotna jest treść umowy w sprawie zamówienia publicznego na leki. Dla przykładu można przytoczyć fragment wzoru umowy przygotowanego przez Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, zgodnie z którym „Zamawiający zastrzega sobie prawo zakupu mniejszej ilości asortymentu niż podany w załączniku do umowy w przypadku zmniejszenia ilości świadczeń zdrowotnych udzielanych przy użyciu asortymentu. Ograniczenie nie będzie większe niż 30% dla każdego rodzaju asortymentu objętego umową. Wykonawca oświadcza, że z tytułu takiego ograniczenia nie przysługują mu żadne roszczenia, w tym finansowe, w stosunku do Zamawiającego²². W przypadku Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi we wzorze umowy zapisano, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo niezrealizowania umowy w całości. Realizacja umowy jest uzależniona od faktycznej ilości pacjentów, dla których leczenia niezbędny okaże się zakup produktów danego rodzaju²³. Natomiast Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu przyjął rozwiązanie, zgodnie z którym „Dostawa towaru odbywać się będzie partiami sukcesywnie i stosownie do potrzeb Zamawiającego począwszy od dnia... do dnia...” oraz „W przypadku zamówienia przez Zamawiającego mniejszej ilości przedmiotu umowy niż określona w § 1 niniejszej umowy Wykonawcy nie przysługuje prawo żądania wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu²⁴.”

Przywołane wzory umów w sprawie zamówienia publicznego nie zawierają zobowiązania do nabycia z góry określonej ilości leków (zamówienie poszczególnych leków jest uzależnione od potrzeb i woli zamawiającego, który zastrzega sobie prawo nabycia mniejszej ilości leków). W tej sytuacji nawet zawarcie umowy długoterminowej na okres dłuższy niż umowa zawarta z NFZ nie będzie prowadziło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W takim przypadku przystąpienie do realizacji umowy jest uwarunkowane zaistnieniem określonej tą umową okoliczności, tj. potrzebą i wolą zamawiającego.

²¹ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej przy Ministrze Finansów z dnia 7 września 2006 r., DF/GKO-4900-20/27/06/326. Legalis.

²² Wzór umowy CSKZMIZP-2375/16/10/01/2017 *zakup i sukcesywna dostawa produktów leczniczych*, Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Warszawie. <http://przetargi.propublico.pl/OgloszeniaSzczegoly.aspx?MasterPage=Empty MasterPage&id=40720>.

²³ Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 10 000 000 EURO na dostawę produktów leczniczych dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi. http://www.przetargi.kopernik.lodz.pl/index_szp.php?doks=gpz_02_powyzejkwoty/szp_20171102_2017_125.

²⁴ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu. Przetarg nieograniczony. Dostawa leków w ramach programu lekowego (teprostynil, sildenafil, sildenafilum). <http://wssk.wroc.pl/przetargi/zamowienia-publiczne/zamowienia-publiczne-2016/347-dostawa-lekow-w-ramach-programu-lekowego-teprostynil-sildenafil-sildenafilum>.

²⁵ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej przy Ministrze Finansów z dnia 7 września 2006 r., DF/GKO-4900-20/27/06/326. Legalis.

go. Jest to sytuacja analogiczna jak w sprawie będącej przedmiotem orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej przy Ministrze Finansów, w którym Komisja przyjęła, że jeżeli „przystąpienie do kolejnego etapu uwarunkowane zostało zaistnieniem określonej tą umową okoliczności, może to oznaczać, że w chwili podpisania umowy nie zostało zaciągnięte zobowiązanie w pełnej wysokości, a jedynie do wysokości kosztu realizacji I etapu²⁵.”

To, czy w przypadku zawarcia umowy wieloletniej może dojść do naruszania dyscypliny finansów publicznych, jest w istocie uzależnione od treści umowy.

Możliwa jest zatem taka organizacja zamówienia na leki, aby został osiągnięty efekt w postaci zabezpieczenia ciągłości i dostępności udzielania świadczeń zdrowotnych bez konieczności częstego ogłaszania kolejnych przetargów (umowa wieloletnia), przy jednoczesnym uniknięciu niebezpieczeństwa ponoszenia odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z *ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* (określenie w umowie w sprawie zamówienia publicznego, że zamówienie poszczególnych leków uzależnione jest od potrzeb i woli zamawiającego, a zamawiający zastrzega sobie prawo nabycia mniejszej ilości leków).

Na koniec należy dodać, że zgodnie z art. 17 ust. 2 pkt 2 *ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych.

Podsumowanie

Wprowadzenie obowiązku zawierania umów na czas oznaczony nie wyklucza zawierania tzw. umów długoterminowych. W interesie podmiotów leczniczych leży zawieranie umów długoterminowych na dostawę leków, bo wówczas gwarancja stabilności dostaw jest największa, a tym samym ryzyko przerwania dostępności i ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych jest najmniejsze. Zawarcie umowy długoterminowej, na okres dłuższy niż umowa zawarta z NFZ, nie będzie prowadziło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w przypadku, gdy przystąpienie do realizacji umowy jest uwarunkowane zaistnieniem określonej tą umową okoliczności, tj. potrzebą i wolą zamawiającego (zamówienie poszczególnych leków jest uzależnione od potrzeb i woli zamawiającego, a zamawiający zastrzega sobie prawo nabycia mniejszej ilości leków).

Michał Modro

Materiał edukacyjny realizowany przez Fundację Centrum Inicjatyw. Gospodarka i Zdowie dzięki wsparciu Roche Polska Sp. z o.o.