

SPECJALISTYCZNY SZPITAL
w Ciechanowie
06-400 Ciechanów, ul. Powstańców
tel. (0-23) 672 32 71/4, fax (0-23) 672 31 27
tel. sek. (0-23) 762 31 27
NIP 588-10-200 REGON 000311022
AT - ZP/2501/129/19

Ciechanów dnia 22.10.2019 r.

**Uczestnicy postępowania
o zamówienie publiczne**

dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę leków onkologicznych – **znak sprawy: ZP/2501/129/19**

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie informuje, że wykonawca Urtica Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław wniosła w dniu 06.12.2019 Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień SIWZ dla powołanego postępowania.
W załączeniu kopia odwołania.
Zamawiający wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego

Sekretarz Komisji Przetargowej
Ewa Katarzyna Jakimiec

INSPEKTOR
Sekcji Zamówień Publicznych
Ewa Katarzyna Jakimiec
mgr inż. Ewa Katarzyna Jakimiec

Wrocław, dnia 6 grudnia 2019 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa****Odwołujący:** **Urtica Sp. z o.o.** we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław, nr KRS 113253, tel.:071-782-66-04, fax: 071-782-66-09, e-mail: przetargi@urtica.pgf.com.pl,*zastępowana przez: radcę prawnego Martę Dąbrowską*, pełnomocnika substytucyjnego Radcy prawnego Bogusława Sołtysa z Kancelarii Skory i Sołtys Spółka Partnerska Radców Prawnych, ul. Rynek 7, 50-106 Wrocław,**Zamawiający:** **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie, ul. Powstańców Wielkopolskich 2, 06-400 Ciechanów**, wpisany do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy KRS, pod numerem KRS: 0000008892, NIP: 5661019200, REGON: 000311622, tel. 23 / 673 02 74; 673 05 43, fax 23 672 27 64, e-mail: zp3@szpitalciechanow.com.pl; zp1@szpitalciechanow.com.pl**Przedmiot zamówienia:** **Dostawa leków onkologicznych****Ogłoszenie o zamówieniu:** Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej S nr 230 poz 563804, ogłoszenie z dnia 28 listopada 2019r. Polska-Ciechanów: Produkty farmaceutyczne " 2019/S 230-563804.

ODWOŁANIE
wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
numer postępowania: ZP/2501/129/19

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 180 § 1 w zw. z art. 179 § 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych („PZP”) **wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/2501/129/19 na dostawę leków onkologicznych**

Zamawiającemu zarzucam:

- I. **naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z pkt 16 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w §1 pkt 1 lit. b w zw. §7 ust. 9 wzoru umowy (oraz w kontekście XII pkt 3 SIWZ) w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów (art. 353 (1) k.c.) oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, a to sprzecznie z:**

I. Przepisami powszechnie obowiązującymi:

- a. **art. 353 (1) KC w zw. z art. 538 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie przez Zamawiającego, w ww. postanowieniu wzorca umowy **§ 1 ust. 1 lit b w zw. z §7 ust. 9** że *W przypadku jeśli średni koszt rozliczenia substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczenia substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia a także w §7 ust 6 – po spójniku „i” (fragment pogrubiony) : *Cena leku objętego umową, który jest ujęty w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych w części dotyczącej leków dostępnych w ramach programu lekowego w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń, oraz we wskazaniach określonych stanem klinicznych, nie może być wyższa od wysokości limitu finansowania określonego dla tego leku w aktualnie obowiązującym w/w obwieszczeniu Ministra Zdrowia i obowiązującym zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy zdrowotne (lekowe) w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń, oraz we wskazaniach określonych stanem klinicznych.* tj. błędne uznanie przez Zamawiającego, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wprowadzające lub zmieniające istniejący katalog tzw. współczynników korygujących, na skutek właśnie zmienianych cyklicznie średnich kosztów rozliczenia substancji czynnej, o których mowa powyżej w kwestionowanym §7 ust. 9 są zarządzeniami w rozumieniu ww. przepisu art. 538 KC, stanowiącego podstawę prawną do stosowania przez świadczeniodawców cen maksymalnych oraz, że ww. zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia są wiążące dla dostawców podczas gdy:*

- **po pierwsze:** zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (w zakresie chemioterapii nr 56/2018/DGL z dnia 25 czerwca 2018r. i w zakresie programów lekowych nr 75/2018/ DGL z dnia 31 lipca 2018r.) mają charakter wyłącznie wewnętrzny konkretyzujący obowiązki Prezesa NFZ w zakresie realizacji programów lekowych i chemioterapii– co też oznacza, że jedynym ich adresatem są świadczeniodawcy (w tym Zamawiający) zawierający umowę z oddziałem wojewódzkim NFZ o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej; Wykonawcy zatem nie są adresatem ani stroną ww. zarządzenia i zarządzenia te nie mogą stanowić w stosunku do nich źródła zobowiązania;
- **po drugie:** zarządzenie, o którym mowa w art. 538 KC oznacza aktualnie wyłącznie akt prawny wydany na podstawie i w granicach zakreślonych przez ustawy, obligujących do stosowania tych zarządzeń powszechnie (w tym wypadku przez Zamawiającego, Wykonawców i innych uczestników

obrotu), co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie ma prawnej możliwości do narzucania cen maksymalnych, w dodatku o charakterze ruchomym i przerwania na Wykonawcę obowiązku dostosowania ceny sprzedaży produktów leczniczych w taki sposób, aby Zamawiający mógł skorzystać ze współczynnika korygującego;

- b. **art. 353 k.c. oraz w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 PZP** – poprzez zniekształcenie przez Zamawiającego w postanowieniu **§ 7 ust. 9** wzorca umowy, przewidującego zmianę umowy przez obniżenie ceny w sytuacji gdy *średni koszt rozliczenia 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 załączniku nr 1 do niniejszej umowy* podstawowej cechy zobowiązania, tj. Wykonawca nie jest w stanie wskazać ile finalnie wynosi cena sprzedaży produktów leczniczych na rzecz Zamawiającego w ramach udzielonego zamówienia publicznego skoro każdorazowo cena ta ma być zależna od zmieniających się cyklicznie komunikatów podających średnie koszty rozliczenia substancji czynnych, które to koszty są wskaźnikiem nieobiektywnym, stanowiącym pewną średnią w oderwaniu od warunków poszczególnego postępowania przetargowego które znacznie się różnią i takie uśrednianie bez oparcia się na porównaniu innych warunków umowy jest bezpodstawne i co najmniej narusza ww. postanowienia ustawy;
- c. **naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w zw. z art. 9 Ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako UOKiK)** - zapisy wzorca umowy (§ 7 ust. 9) dopuszczające zmianę cenę produktów w przypadku zmiany średnich kosztów rozliczenia substancji czynnych naruszają zasady uczciwej konkurencji poprzez wykluczenie dostawców tych produktów leczniczych, którzy są w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, jednakże wobec poczynionych zapasów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do zarządzeń czy komunikatów Prezesa NFZ. Zamawiający faworyzuje zatem producentów produktów leczniczych przystępujących do postępowania przetargowego, którzy jako pierwsze ogniwo łańcucha dystrybucyjnego nie kupują produktów od innych wytwórców i są w stanie uelastyczyć cenę sprzedaży na rzecz Zamawiającego, podczas gdy wykonawcy prowadzący hurtownie farmaceutyczne musieliby to czynić wyłącznie ze stratą finansową; Ponadto Zamawiający wprowadzając kwestionowane postanowienia do umowy nadużywa swojej pozycji dominującej, przerzucając w sposób niedozwolony i bezpodstawny konsekwencje finansowe zmian w wewnętrznych rozliczeniach między NFZ a Zamawiającym, czyniąc tym samym tę klauzulę nieważną zgodnie z art. 9 ust. 3 UOKiK.
- d. **art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 77 KC w zw. z art. 144 PZP i art. 139 ust 2 PZP** poprzez zastrzeżenie w par. 7 ust. 9 umowy przez Zamawiającego, że Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej produktu objętego umową w sytuacji opublikowania komunikatu NFZ ustalającego niższy średni koszt rozliczenia substancji czynnych, przy czym brak zgody Wykonawcy na zawarcie aneksu będzie uprawniał Zamawiającego do rozwiązania umowy w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia umowy w stosunku do produktu, na który Wykonawca -co zmierza do obejścia przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP. Zamawiający przewidział bowiem katalog uprawniający do zmiany umowy odrębnie w §7 ust. 2 wzorca umowy. Przewidując bezprawną, swobodną, bezaneksową zmianę wyłącznie na korzyść Zamawiającego w par. 7 ust. 9 tworzy zatem wyjątek do nietraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP, co też narusza ten przepis. W praktyce - Wykonawca może dokonać wyłącznie iluzorycznego wyboru – brak zgody będzie zatem skutkować rozwiązaniem umowy. Powyższe zaś stanowi, że Zamawiający zmierza do nierównego traktowania Stron

umowy. Zamawiający zatem pominął zasadniczą okoliczność, że każdorazowa zmiana ceny sprzedaży produktu leczniczego (którym jest także obniżenie ceny) stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 144, co oznacza, że postanowienia wzorca umowy §7 ust. 9 zmierzają także do obejścia przepisów odnośnie do wymaganej formy czynności prawnej (zmiany umowy przetargowej), gdyż wskazana konieczność uzyskania zgody strony ma charakter jedynie iluzoryczny – odmowa skutkować będzie rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego;

II. Naturą stosunku zobowiązaniowego, z którą sprzeczne w niniejszym przypadku jest to, że Zamawiający, bez żadnej podstawy prawnej, jednostronnie i w sposób dowolny poprzez § 7 ust. 6 oraz § 7 ust. 9 wzorca umowy, wymusza do prowadzenia sprzedaży produktów leczniczych z każdorazowym ryzykiem straty finansowej, ponieważ średnie koszty rozliczenia substancji czynnych zmieniają się cyklicznie. Nadto, jak wskazano powyżej – wykonawca nie jest w stanie wskazać po jakiej cenie sprzeda kolejną partię produktów leczniczych zamówionych w ramach umowy przez Zamawiającego. W konsekwencji więc – należy uznać, że Zamawiający zniekształca stosunek zobowiązujący uznając w sposób niedopuszczalny cenę sprzedaży za cenę maksymalną w rozumieniu kc. i kształtuje ją w sposób dowolny, niezgodny z ograniczeniami zasady swobody umów, co podkreślono powyżej. Trudno przy tym bowiem praktycznie założyć, że Szpital dopuści możliwość zmiany ceny substancji czynnych, jak literalnie wskazuje w §7 ust. 9, skoro wprost wskazuje, że w przypadku braku zgody Wykonawcy, Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia.

III. Zasadami współzycia społecznego, w szczególności z zasadą uczciwości kupieckiej, ponieważ konieczność dostosowania ceny sprzedaży według reguł Zamawiającego wymuszają zmianę sposobu prowadzenia działalności przez wykonawców prowadzących hurtownie farmaceutyczne, co oznacza dla nich przystępowanie do przetargu ze świadomością utraty spodziewanego zarobku i prowadzenie własnej działalności w sposób nierentowny.

a w konsekwencji w/w postanowienia wzoru umowy **uniemożliwiają wykonawcom prawidłową kalkulację ceny i tym samym utrudniają sporządzenie oferty, mogą utrudniać uczciwą konkurencję,** a po zawarciu umowy - **dotknięte będą sankcją nieważności.**

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnoszę o:

I. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i wzoru umowy poprzez:

1. usunięcie z §7 ust. 6 zdania od łącznika „i”, tj. *...i obowiązującym zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy zdrowotne (lekowe) w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń, oraz we wskazaniach określonych stanem klinicznych.*
2. usunięcie §7 ust. 9 wzoru umowy (załącznika nr 3 do SIWZ): *W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych. Odmowa podpisania*

porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia,

3. usunięcie §7 ust. 10 (jako skutku usunięcia §7 ust. 9)

II. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści pisma;

III. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionych przez stronę odwołującą, według przedłożonego zestawienia oraz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 34 zł.

Odwołujący wskazuje, iż ma niezaprzeczalny **interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania**, bowiem ubiega się o uzyskanie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu (m.in. zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie kwestionowanych zapisów wzoru umowy i uzyskał odpowiedź, jedynie w części zmieniającej par. 1 ust. 7), zaś zaskarżone niniejszym odwołaniem postanowienia wzoru umowy uniemożliwiają mu prawidłowe skalkulowanie ceny, a co za tym idzie – **utrudniają złożenie prawidłowej i zgodnej z wymogami Zamawiającego oferty**. Tym samym Odwołującemu **grozi szkoda** w postaci utraty zysku, na który mógłby liczyć uzyskując zamówienie publiczne do realizacji. Szkoda ta ma wymiar o tyle realny, że Odwołujący jako jeden z wiodących dostawców produktów leczniczych na rynku szpitalnym ma rzeczywiste szanse na złożenie najkorzystniejszej oferty w ramach tego postępowania, wygrywał już przetargi organizowane przez Zamawiającego i jest w trakcie realizowania umów przetargowych zawartych z Zamawiającym. Ponadto, Odwołujący stale występuje w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co jest faktem notoryjnym i powszechnie znanym. W ramach tych postępowań notorycznie pojawiają się postanowienia SIWZ oraz wzorów umów obarczone nieważnością, co również stoi u podstaw interesu z wystąpieniem z niniejszym odwołaniem do KIO.

Dowód:

1. Pytania Odwołującego złożone do SIWZ

Odwołujący podnosi, że KIO odniosła się już co do dopuszczalności przerzucania kosztów dostosowania cen do progów kosztowych uprawniających do skorzystania ze współczynników korygujących w wyroku z dnia 30 lipca 2019r. w sprawie o sygn. akt KIO 1331/19 oraz w wyroku z dnia 31 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1382/19. W ww. wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na bezpodstawność takiej praktyki uznając ją w szczególności za praktykę naruszającą zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W niniejszej sprawie, Zamawiający przerzuca koszty dostosowywania cen do średnich kosztów rozliczeń wybranych substancji czynnych, co jest bardzo zbliżonym mechanizmem do zaistniałego w ww. wyrokach KIO.

UZASADNIENIE

Zamawiający zamieścił w dniu 28 listopada 2019r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 2019/S 230-563804.

Dowód:

1. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 28 listopada 2019r.

Na wstępie podnieść należy, że Zamawiający wskazał produkty lecznicze w formie zestawienia asortymentowo-wartościowego, które stanowi załącznik nr 1 do wzorca umowy. Wymienione zestawienie asortymentowo-wartościowe produktów leczniczych wskazuje w sposób **ściśły i niewątpliwy** ilości zamawianych leków, przy czym szpital ma prawo doprecyzować te ilości,

dowolnie w drodze składanych zamówień (§1 ust 2 w zw. z §5 wzorca Umowy). Uwzględniając wyżej wymienione zestawienie wykonawcy zobowiązani są składać oferty, kalkulując i oferując ceny dla konkretnych ilości tam podanych zgodnie ze sposobem obliczania ceny wskazanym w punkcie XII SIWZ.

Dowód:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ZP/2501/129/19

Następnie Zamawiający zniekształcił sposób obliczenia ceny, określony w punkcie XII SIWZ, wskazując w § 7 ust. 6 wzoru umowy (fragment pogrubiony) że:

*Cena leku objętego umową, który jest ujęty w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych w części dotyczącej leków dostępnych w ramach programu lekowego w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń, oraz we wskazaniach określonych stanem klinicznych, nie może być wyższa od wysokości limitu finansowania określonego dla tego leku w aktualnie obowiązującym w/w obwieszczeniu Ministra Zdrowia **i obowiązującym zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy zdrowotne (lekowe) w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń, oraz we wskazaniach określonych stanem klinicznych.***

oraz w §7 ust. 9 wzoru umowy, że:

W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia.

Godzi się podnieść, że wyrażenie zgody na zawarcie porozumienia jest jedynie iluzoryczne – gdyż brak wyrażenia zgody na obniżenie cen skutkuje uprawnieniem Zamawiającego do jednostronnego wypowiedzenia Umowy.

Dowód:

- 1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nr ZP/2501/129/19**
- 2. Załącznik nr 3 do SIWZ**

W efekcie, przedmiot zamówienia został określony w sposób **niejednoznaczny** oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, a zatem sprzecznie ze sposobem obliczenia ceny (w zw. z art. 36 ust.1 pkt 12 i 16 PZP – odnośnie wzoru umowy). **Nie jest bowiem obiektywnie możliwe skalkulowanie ceny dla określonych ilości towarów, która ma być każdorazowo zmieniona w związku z koniecznością dostosowania tej ceny do nowego zestawienia zawierającego średnie koszty rozliczenia wybranych substancji czynnych i jednocześnie na tyle wysoka, aby zapewniać zysk wykonawcom z racji wygrania postępowania przetargowego. W kontekście tych wymogów nie jest możliwe złożenie prawidłowej oferty. Dodatkowo brak zgody wykonawcy może skutkować rozwiązaniem umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, co jasno świadczy o tym, że Zamawiający nie zakłada odmowy.**

Odwołujący wskazuje, że sposób obliczenia ceny stanowi o zarzucie opisu przedmiotu zamówienia, bowiem – jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 30 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt 1331/19 – *Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się m.in. uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Bez wątpienia sposób obliczenia ceny jest istotnym elementem określającym wymagania dotyczące sporządzenia oferty i w tym znaczeniu składa się na opis przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wymagania w tym zakresie muszą być określone zgodnie z art. 29 ustawy PZP.*

Tymczasem w myśl §1 ust. 1 lit. b Przedmiotem zamówienia są inne zobowiązania Wykonawcy wynikające z SIWZ oraz z treści wzorca umowy. Zatem, konieczność dostosowania ceny do średniego kosztu rozliczeń wybranych substancji czynnych wynikającego z komunikatów NFZ – w myśl § 7 ust. 9 – należy uznać za zobowiązanie Wykonawcy, które jest przedmiotem zamówienia i wpływa ono bezpośrednio na sposób obliczenia ceny przez wykonawców.

Trzeba bowiem już na wstępie wyraźnie podnieść, że zarządzenia Prezesa NFZ wprowadzające lub zmieniające progi kosztowe uprawniające do zastosowania współczynnika korygującego (w tym dające podstawę prawną do ustalania średnich kosztów rozliczeń wybranych substancji czynnych (§28b) mają charakter wewnętrzny i w najlepszym razie dotyczą wyłącznie Zamawiającego oraz oddział NFZ, który udziela rozliczenia z uwzględnieniem współczynnika korygującego, o ile Zamawiający w umowie z oddziałem NFZ uwzględnił stosowanie współczynnika korygującego (o czym mowa szerzej poniżej). Wskutek powyższego przerzucenie obowiązku dostosowania ceny sprzedaży do ceny wynikającej z opublikowanego komunikatu dotyczącego średnich kosztów rozliczeń uprawniającej Zamawiającego do skorzystania ze współczynnika korygującego nie znajduje podstawy prawnej.

Powyższe świadczy nie tylko niezgodności przytoczonych postanowień z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale również o sprzeczności z podstawową zasadą swobody umów z art. 353(1) k.c., który to przepis za pośrednictwem art. 139 ust. 1 PZP znajduje również bezpośrednie zastosowanie w niniejszym przypadku. Wzór umowy zawiera bowiem wprowadzoną przez Zamawiającego **normę umowną pozostającą w sprzeczności** ze wszystkimi elementami stanowiącymi granice swobody kontraktowej tj. właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Konsekwencją takiej sprzeczności jest zaś **nieważność tego postanowienia**.

W związku z tym, **wykonawcy nie są w stanie uwzględnić w swoich ofertach i w kalkulacji cen ryzyk kontraktowych** – nie sposób bowiem w ogóle określić tych ryzyk. W konsekwencji przedstawione oferty będą miały charakter **nierzeczywisty**, co w szerszej perspektywie będzie oznaczało **szkodę dla interesu publicznego**. Niższe ceny (będące skutkiem zawyżenia wartości przedmiotu zamówienia i brakiem wizji możliwych ryzyk, które mogą być bardzo różnorodne) są jedynie pozorną korzyścią, gdyż na etapie wykonywania umowy zaniżone ceny i inne nierealne warunki umowne zwykle skutkują problemami z realizacją zobowiązań wykonawcy. **Szpitale realizują bowiem swoje prywatne cele (m.in. lepsza cena) pod pozorem realizacji celu publicznego (ochrona pacjentów), który w rzeczywistości na tym cierpi. To wypaczenie nie licuje zaś z zasadami rządzącymi reżimem zamówień publicznych.**

Zamawiający wprowadził zatem do SIWZ postanowienia niezgodnie z przepisami PZP oraz innymi przepisami powszechnie obowiązującymi szczegółowo wskazanymi w *petitum* niniejszego pisma. Na poparcie powyższego twierdzenia, Odwołujący przedstawia następującą argumentację.

I. Sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującymi

a) Odwołujący wskazuje, że postanowienie wzorca § 7 ust. 9 wzoru umowy: „*W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosc/aktualnosc-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy od ceny jednostkowej tego*

produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia, jak i wskazany wyżej fragment §7 ust 6 wzorca umowy są sprzeczne z przepisem dotyczącym ceny maksymalnej tj. art. 538 KC, które za pośrednictwem art. 139 ust. 1 PZP znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie. Zamawiający poprzez wyszczególniony powyżej zapis wzorca umowy wskazuje maksymalną wysokość jaką może mieć cena sprzedaży ustalana przez wykonawców w ramach oferty. Tym samym Zamawiający ustanawia cenę maksymalną, o której mowa w art. 538 KC. W ocenie Odwołującego Zamawiający zastrzeżenie ceny maksymalnej czyni nieprawidłowo gdyż bez podstawy prawnej, co sprawia, że postanowienie § 7 ust. 9 i fragmentu § 7 ust. 6 pozostaje nieważne. Zgodnie z poglądami doktryny w zakresie dyspozycji przepisu art. 538 KC, należy wskazać, iż *podstawą obowiązywania ceny maksymalnej jest "zarządzenie", które w obowiązującym porządku prawnym oznacza przepis ustawy* (zob. C. Żuławska, w: Bieniek, Komentarz 2009, II, s. 29–30; J. Jezioro, w: Gniewek, Komentarz KC 2014, s. 1085). Co więcej, w doktrynie podnosi się, że *"zarządzenie" oznacza aktualnie wyłącznie akt wydany na podstawie i w granicach określonych przez ustawy, co oznacza, że nie jest możliwe stosowanie art. 538 KC do cen wprowadzonych aktami rangi pozaustawowej* (za: M. Załucki (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2019; por. J. Jezioro, w: E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz KC, 2017, art. 537, Nb 2 i art. 538, Nb 1 oraz powołana tam literatura). W konsekwencji wydawane zarządzenia mogą ustanawiać ceny maksymalne, o ile wynika to **wprost** z przepisu rangi ustawowej, który uprawnia dany organ do wydawania zarządzeń w zakresie ustanawiania cen maksymalnych. Za zarządzenia spełniające wymogi z art. 538 KC nie mogą być zatem uznane zarządzenia wydane na podstawie przepisu ustawy, generalnie uprawniającego organ do wydawania zarządzeń, co ma miejsce w niniejszym przypadku i co decyduje o tym, że Zamawiający nie może skutecznie zastrzec w post. przetargowym zobowiązania wykonawców do dostosowania cen do zarządzeń Prezesa NFZ ustalającym lub zmieniającym katalog współczynników korygujących.

Po pierwsze, podnieść należy, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, które wprowadzają współczynniki korygujące (tj. zarządzenie nr 75/2018/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 lipca 2018r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe oraz Zarządzenie nr 56/2018/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 lipca 2018 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapii) oraz dające podstawę do wydawania komunikatów o średnich kosztach rozliczeń wybranych substancji czynnych mają **charakter wyłącznie wewnętrzny**. Powołana wyżej ustawa określa bowiem m.in. warunki udzielania i zakres świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zasady funkcjonowania, organizację i zadania NFZ, w tym ustanawia w art. 48 ust. 2, że NFZ realizuje, finansuje, monitoruje, nadzoruje i kontroluje programy lekowe, które opracowuje Ministerstwo Zdrowia. Ten przepis jest jedynie generalną podstawą z ustawy do wydawania zarządzeń w zakresie realizacji wskazanych programów lekowych. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że z powołanego przepisu nie wynika ani Ustawodawca nie wprowadza żadnego innego przepisu dot. zarządzeń, który wprost wskazuje, że zarządzenia Prezesa NFZ mają moc powszechnie obowiązującą. Co więcej, przeczy temu sama Ustawa, będąca podstawą do wydawania zarządzeń, która w żadnym punkcie nie nakłada na dostawców produktów leczniczych obowiązków względem Prezesa NFZ. Co więcej, **wewnętrzny charakter zarządzeń Prezesa NFZ potwierdza także orzecznictwo** – Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 23 marca 2017r., w sprawie o sygn. akt II GSK 1913/15, gdzie stanowi, że *Zarządzenie Prezesa NFZ określające warunki postępowania dotyczącego zawierania umów o udzielania świadczeń opieki zdrowotnej nie jest aktem normatywnym, lecz dokumentem wydanym przez Prezesa na podstawie art. 102 ust. 5 pkt 24 ustawy z 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Przepis ten obejmuje zarówno decyzje administracyjne, jak i inne decyzje -*

z zakresu kierowania ustawową i statutową działalnością NFZ, które to rozstrzygnięcia mogą przyjąć różne nazwy. Nie ma przy tym przeszkód formalnoprawnych, by decyzje, w tym drugim znaczeniu, były określane jako zarządzenia w ramach pragmatyki wykonywania ustawowych zadań przez Prezesa NFZ. Niezależnie od przyjętej nazwy brak jest argumentów prawnych dla przyjęcia tezy, że postanowienia tych decyzji, dokumentów czy zarządzeń to akty prawne. Linię tę potwierdza wyrok Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 marca 2018 r. wydany w sprawie o sygn. akt IV SA/GI 1151/17 - Zarządzenie Prezesa NFZ nr 18/2017/DSOZ z 14 marca 2017 r. w sprawie warunków postępowania dotyczącego zawierania umów o udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, jako akt prawa wewnętrznego, dookreśla w dozwolonym przez ustawę obszarze zasady, na jakich prowadzone jest postępowanie w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami (...).

Definitywnie zatem należy stwierdzić, że zarządzenia rodzajowe Prezesa NFZ, jakim niewątpliwie są zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowej (i chemioterapii) **mają charakter wewnętrzny** i – jak przyjął Sąd Najwyższy niektóre ich postanowienia mogą wiązać świadczeniodawcę i oddział NFZ, których łączy umowa o świadczenie usług opieki medycznej poprzez wyrażne odwołanie się do nich w treści tej umowy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2012 r., III CSK 217/11, nie publ., z dnia 29 stycznia 2016 r., II CSK 91/15, nie publ., z dnia 19 maja 2016 r., IV CSK 550/15, OSNC 2017, Nr 3, poz. 36, i z dnia 15 listopada 2016 r., III CSK 414/15, nie publ.). **Powyższe zaś świadczy o tym, że w aktualnym stanie prawnym nie ma żadnej podstawy prawnej, uprawniającej do zobligowania strony trzeciej względem umowy świadczeniodawcy z NFZ do stosowania przez niego postanowień pochodzących z zarządzeń Prezesa NFZ. Stanowczo należy bowiem podkreślić, że Wykonawcy nie są adresatem ani Stroną zarządzeń Prezesa NFZ, które dotyczą wyłącznie relacji na linii Zamawiający – właściwy oddział NFZ.**

Po drugie, ani ustawa z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, ani poszczególne komunikaty NFZ wprowadzające średnie koszty rozliczeń wybranych substancji czynnych ani nawet rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nie stanowi podstawy prawnej do przerzucenia obowiązku dostosowania cen na podmioty trzecie, jakim w tym wypadku mogą być wykonawcy. Wymienione powyżej akty prawne (obok zarządzeń Prezesa NFZ) dotyczą w zasadzie wyłącznie stosunków między świadczeniodawcami a właściwym oddziałem NFZ. Zakładając przy tym racjonalność polskiego ustawodawcy trudno założyć, aby dopuszczał on możliwość przerzucenia realizacji obowiązku dostosowania cen na dostawców produktów leczniczych bez wyraźnego zobowiązania w akcie rangi ustawowej. Trzeba przy tym podnieść, że przerzucenie obowiązku przez Zamawiającego odbywa się kosztem utraty zarobku przez wykonawców, w szczególności tych prowadzących hurtownie farmaceutyczne, co sprawia, że postępowanie przetargowe może okazać się nierentowne i nie przynoszące zysku.

b) Kolejnym przepisem, z którym przytoczone postanowienia wzoru umowy są sprzeczne jest **art. 353 k.c. oraz w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 PZP.**

Art. 353 k.c. wskazuje na podstawową cechę zobowiązania stanowiąc, że *zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.* W sytuacji zaś niewiedzy Wykonawcy co do ostatecznej ceny sprzedaży – skutek wprowadzenia przez Zamawiającego kwestionowanych postanowień- zostaje ta podstawowa cecha zachwiana.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że każdorazowe dostosowanie ceny sprzedaży produktów leczniczych objętych zamówieniem częściowym Zamawiającego (taka możliwość wynika z SIWZ i z wzorca umowy - §7 ust 9), a nadto, szpital zastrzega sobie możliwość mniejszego zamówienia asortymentu - § 1 ust 2 wzorca umowy) powoduje brak możliwości obliczenia ceny według reguł wskazanych w punkcie XI SIWZ, bowiem zarządzenia Prezesa NFZ ukazują się cyklicznie, a wartości progów kosztowych jak i samych współczynników korygujących są zmieniane dynamicznie. Z niniejszego zaś wynika, że Odwołujący jak i inny wykonawcy nie mają realnej możliwości oszacowania prawidłowej ceny sprzedaży, bowiem nie wiedzą jaka będzie wartość

progów kosztowych na dzień zakupu produktów leczniczych a w konsekwencji dochodzi do naruszenia podstawowej cennych zobowiązania określonej w art. 353 KC. W myśl wyroku KIO z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt KIO 487/14 - Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ KC, a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

c) Niezależnie od poczynionych powyżej uwag, należy uznać, że zapisy wzorca umownego (§7 ust. 6 w części wskazanej powyżej oraz §7 ust. 9) naruszają zasady uczciwej konkurencji, określonych w art. 7 ust. 1 i 2 PZP poprzez wykluczenie dostawców tych produktów leczniczych, którzy są w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, jednakże wobec poczynionych zapasów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do zarządzenia Prezesa NFZ.

Również zauważyć należy że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 16 lutego 2002 r. (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 369) – Ochrona konkurencji i konsumentów (UOKIK) zakazane są porozumienia skutkujące wyeliminowaniem, ograniczeniem lub naruszeniem w inny sposób konkurencji na rynku właściwym w szczególności polegającym na ograniczaniu dostępu do rynku lub uzgadnianiu przez Zamawiającego i wykonawców warunków składanych ofert, w szczególności warunków ceny. Zważywszy na wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia SIWZ zachodzi wątpliwość czy w niniejszym przypadku nie można mówić o możliwym niedozwolonym porozumieniu umownym, podkreślając fakt, iż skutek narzucenia automatyzmu zmiany ceny w oparciu o zarządzenia niewiążące Wykonawców Zamawiający ogranicza dostęp do rynku i zaburza tym samym konkurencję na rynku właściwym.

Zamawiający poprzez postanowienia jak § 7 ust. 6 i § 7 ust. 9 wzoru umowy ograniczył możliwość przystąpienia większej ilości wykonawców do postępowania przetargowego. Jak wspomniano wyżej, nie każdy podmiot ma możliwość takiego dostosowania ceny do progu kosztowego ustalonego przez Prezesa NFZ, żeby nie skutkowało to dla niego stratami finansowymi. Kwestionowane postanowienie par. 7 ust. 9 (i fragmentu ust. 6) wzoru umowy stawiają w uprzywilejowanej pozycji producentów/wytwórców danych produktów leczniczych, którzy bezpośrednio mogą przystąpić do przetargu w stosunku do wykonawców hurtowni farmaceutycznej. Odwołujący podkreśla przy tym, że ich uprzywilejowanie wynika jedynie z faktu, że mogą liczyć się ze stratą związaną z konkretną partią produktów, które bieżąco sprzedają na rzecz Zamawiającego. Z kolei wykonawcy prowadzący hurtownie farmaceutyczne, w pierwszej kolejności czynią zapasy konkretnego produktu leczniczego odpowiednio wcześniej, aby móc terminowo realizować dostawy w ramach wygranego przetargu. Co oznacza, że kupują produkty wcześniej po określonej cenie od wytwórcy a następnie produkty te odsprzedają na rzecz Zamawiającego zgodnie z warunkami określonymi w umowie. W niniejszej sprawie, kwestionowane zapisy stawiają wykonawców prowadzących hurtownie farmaceutyczne w pozycji słabszej, co piętzy nieuczciwość i nieproporcjonalność w postępowaniu. Powoduje to, że znaczna część potencjalnych wykonawców nie będzie mogła przystąpić do przetargu, co w konsekwencji ogranicza szanse Zamawiającego na uzyskanie rzeczywiście najkorzystniejszej ceny. W dalszej konsekwencji, takie rozwiązanie ogranicza konkurencję, a jak wskazuje Sąd Okręgowy - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt: XVII AmA 158/14: *„W interesie publicznym leży natomiast istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych, zaś działania ograniczające powstanie lub rozwój konkurencji naruszają interes publiczny. Jak wskazał, porozumienia cenowe należą do najcięższych naruszeń konkurencji, gdyż naruszają w ostateczności interes ogólnospołeczny.”*

Skutek finalny oznacza stratę dla Skarbu Państwa, a więc po raz kolejny interes prywatny Zamawiającego przeważał nad prawidłowo rozumianym interesem publicznym.

Kolejno, należy podkreślić, że Zamawiający jest „przedsiębiorcą” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt a UOKiK. Niewątpliwie zajmuje przy tym pozycję dominującą z uwagi na faktyczną rejonizację świadczeń medycznych, która sprawia, że większe jednostki medyczne (jak Zamawiający) dominują na danym terenie w zakresie świadczenia tychże usług. Narzucając warunki umowne dotyczące kształtowania cen w sposób jak w § 7 ust. 6 (fragment) oraz w §7 ust. 9 wzoru umowy, Zamawiający mieści się w zakresie art. 9 UOKiK, zgodnie z którym, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez przedsiębiorców, w szczególności polegającej na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen. Nie sposób bowiem nie uznać, że zastrzeżenie postanowienia w umowie, który obliguje wykonawcę do określenia ceny w sposób, który cyklicznie się zmienia i nie może być w żaden sposób przewidziany przez wykonawcę, naraża go na nieuzasadnioną stratę i jest od wykonawcy całkowicie niezależny, jest zgodny z prawem. Takie działanie, w ocenie Odwołującego stanowi nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego. W kontekście zaś par. 7 ust. 9 należy zwrócić uwagę, że Zamawiający premiuje wyłącznie taką zmianę, która dąży do obniżenia ceny – a tym samym z tego wynika, że tylko podwyższenie ceny, co działałoby na korzyść wykonawców, nie będzie miało miejsca – zwłaszcza w kontekście §7 ust. 3 wzorca umowy. Trudno także uznać, że Zamawiający – w sytuacji gdy wykonawca, który wygrał post. przetargowe nie obniży ceny do obowiązującego kosztu progowego uprawniającego Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego – nie rozwiąże z nim umowy, bowiem nie uzyska wymaganego efektu.

W świetle uwag powyższych, rozwiązanie wynikające z §1 ust. 1 lit b w zw. z § 7 ust.9 wzorca umowy narusza ww. przepis, ponieważ stanowi to jednostronne, rażące przerzucenie obowiązków na wykonawców co powoduje, że również ten zapis umowny jest **obarczony sankcją nieważności**.

Odwołujący wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do ww. stanowiska w dwóch sprawach dot. podobnych mechanizmów dotyczących zapisów o współczynnikach korygujących – w wyroku z dnia 30 lipca 2019 r. w/s o sygn. akt KIO 1331/19 oraz w wyroku z dnia 31 lipca 2019 r. w/ s o sygn. akt KIO 1382/19. KIO stwierdziła, że *Treść oświadczenia woli w zakresie ceny ofertowej nie może być narzucana przez Zamawiającego, stanowiłoby to bowiem zaprzeczenie istocie postępowań przetargowych. Uprawnienia Zamawiającego do badania ceny oferty są ograniczone do takich kwestii jak badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 i 1a ustawy PZP) czy pod kątem zgodności obliczenia ceny z wymogami SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP), które to wymogi muszą jednak być ustalone w zgodzie z zasadami udzielania zamówień publicznych oraz z poszanowaniem wytycznych określonych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oraz – w konsekwencji – dopuszczonych przez Zamawiającego zmian umowy, uniemożliwiają części wykonawców ubieganie się o udzielenie zamówienia. Dodatkowo, w wyroku z dnia 31 lipca 2019 r. Izba stwierdza przyjęte rozwiązanie przeczy wskazanym wyżej zasadom celowości i oszczędności wydatkowania środków publicznych. Podkreślenia wymaga, że wybrany wykonawca nie będzie miał obowiązku podpisania aneksu z zamawiającym, a w sytuacji gdy ustalony na nowo próg kosztowy będzie dla niego niekorzystny, należy założyć iż odmówi zawarcia aneksu.*

d) Wreszcie godzi się podnieść, że kwestia zawarcia porozumienia, skutkującego obniżeniem cen do kwot wynikających z komunikatów NFZ dot. średnich kosztów rozliczenia wybranych substancji czynnych jest jedynie iluzoryczna. W §7 ust. 9, Zamawiający sam wskazał, że w przypadku braku zgody wykonawcy – Zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia. Z powyższego zatem wynika, że Zamawiający w istocie przewiduje tylko jedną opcję, gdzie wykonawcy z każdym nowym komunikatem będą obniżać ceny w obawie przed rozwiązaniem umowy przez Szpital. Zamawiający zatem nierówno traktuje wykonawców i potencjalnie – w razie braku zgody wykonawcy – jest zainteresowany rozpisanem nowego przetargu, uzyskując dostosowywanie cen do komunikatów NFZ. Dodatkowo, w ocenie wykonawcy, Zamawiający przerzucając konieczność obniżenia cen do komunikatów NFZ dot. średnich kosztów rozliczenia substancji czynnych, chce w ten sposób uniknąć sankcji przekroczenia kosztów

rozliczenia, którą przewidują zarządzenia Prezesa NFZ. Powyższe zaś odbywa się z pokrzywdzeniem pacjenta jak i wykonawców przystępujących do przetargu.

II. Sprzeczność z naturą zobowiązania i z zasadami współzycia społecznego

Nie można pominąć także, że zasada generalna swobody zawierania umów zawiera w swej istocie pewne ograniczenia co do kształtowania stosunku prawnego, w tym powinność zapewnienia zgodności takiego zobowiązania z ustawą. Jak powyżej wskazywano, Zamawiający zniekształca stosunek zobowiązujący w zakresie uznania ceny sprzedaży za cenę maksymalną. Co prawda, cena maksymalna, zgodnie z art. 538 kc charakteryzuje się tym, że jej górna granica jest wskazana zarządzeniem właściwego organu administracyjnego i na podstawie art. 536 § 1 kc, nie musi być wyznaczona jedynie kwotowo, gdyż możliwe jest określenie zasad do jej ustalenia, ale należy zauważyć, w ślad za uwagami wskazanymi powyżej, że *podstawą obowiązywania ceny maksymalnej jest akt prawny (zarządzenie), który w obowiązującym porządku prawnym oznacza przepis ustawy (K.Osajda [red.] wyd. 21, 2019 r.)*, a taka przesłanka, jak zostało to przedstawione powyżej, nie miała w obecnym stanie faktycznym miejsca.

Co więcej, również kształtowanie podstaw do jej obliczenia nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach prawa. Z uwagi na to, że zmieniają średnie koszty rozliczeń wybranych substancji czynnych ukazują się okresowo wraz z kolejnymi zarządzeniami Prezesa NFZ, wykonawcy zmuszeni do każdorazowego dostosowywania ceny, nie tylko nie osiągną oczekiwanego zysku, obliczonego w momencie składania oferty dla Zamawiającego, a wręcz będą związani wygranym przetargiem, będąc zobowiązanym spełniać świadczenie z ryzykiem straty z każdym nowym zarządzeniem Prezesem NFZ, co w konsekwencji także narusza zasadę swobody umów – zwłaszcza w świetle §7 ust. 9 wzorca umowy który jasno świadczy o iluzoryczności zgody na zmianę obniżenia cen.

Wreszcie, godzi się wskazać, że wzór umowy w części w/w postanowień **któci się z zasadami współzycia społecznego**. To również stanowi o wykroczeniu poza granice swobody umów (art. 353(1) k.c.) oraz jest jednym z elementów wymienianych bezpośrednio w art. 58 k.c., w paragrafie drugim tego przepisu.

Wszystkie powyżej opisane kwestie, do których prowadzi istnienie w Umowie nieważnej normy, kwestionowanej w niniejszej sprawie, a to w szczególności - realizacja indywidualnych interesów Zamawiającego (których w tym wypadku bynajmniej nie należy utożsamiać z interesem publicznym), kreowanie przez Zamawiającego cen na podstawie przesłanek, którym nie można przyznać zasadności – **świadczą o sprzeczności tejsze normy z zasadami kontraktowej uczciwości kupieckiej**. Tymczasem, jak podkreśla Sąd Apelacyjny w Lublinie, uczciwość i rzetelność kupiecka to kwestie mające nadrzędne znaczenie w obrocie - w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami zasady współzycia społecznego należy rozumieć jako zasady rzetelności i lojalności w stosunku do partnera umowy. Ewentualne nadużycie kontraktowe może podlegać weryfikacji na podstawie art. 58 § 2 i art. 353[1] k.c. W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy - profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każda ze stron umowy powinna zatem powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach (vide: wyrok SA w Lublinie z dn. 29 lipca 2014r., sygn. akt: I ACa 353/14, LEX nr 1498959, analogicznie SA w Łodzi w wyroku z dn. 4 sierpnia 2014r., sygn. akt: I ACa 143/14, LEX nr 1504397). W ślad za tym, KIO stwierdza: *Choć w reżimie zamówień publicznych zamawiający jest podmiotem, który ma większy wpływ na ukształtowanie przyszłego stosunku umownego, to jednak uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego. Owszem, w zamówieniach publicznych można mówić o swoistego rodzaju ograniczeniu zasady wolności umów (art. 353[1] KC), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Granicę swobody działania Zamawiającego wyznacza jednak art. 353[1] KC, w takim zakresie, w jakim wskazuje on, że przyszła umowa musi czynić zadość przepisom ustawy,*

zasadom współzycia społecznego oraz naturze stosunku prawnego. Żadne regulacje ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) nie wyłączają tego przepisu bezwzględnie obowiązującego. (vide: wyrok z KIO z dnia 17.10.2018, KIO 1985/18).

Należy przy tym podkreślić, że w przypadku ukształtowania postanowień umownych sprzecznie z przepisami powszechnie obowiązującymi, naturą stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współzycia społecznego, sankcją w oparciu o art. 58 k.c. jest **nieważność**. Zatem w niniejszym przypadku wzór umowy, na warunkach którego Zamawiający określa ceną maksymalną w sposób, który cyklicznie się zmienia (średnie koszty są publikowane bowiem cyklicznie) i nie może być w żaden sposób przewidziany przez wykonawcę, naraża go na nieuzasadnioną stratę i jest od wykonawcy całkowicie niezależny zawiera już na tym etapie nieważną normę umowną. Po zawarciu umowy na takim wzorze, będzie ona częściowo obarczona nieważnością co spowoduje konieczność występowania wobec Zamawiającego z roszczeniami. Będzie to zaś oznaczało stratę po stronie Zamawiającego, reprezentującego interes publiczny.

Niezależnie od powyższego, wypada zwrócić uwagę, że wyżej opisane postanowienia wzoru umowy **mogą utrudniać uczciwą konkurencję**. Krąg podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego wyglądałby bowiem inaczej, gdyby Zamawiający prawidłowo określił przedmiot zamówienia, bez zamieszczania nieważnej normy umownej we wzorze umowy.

Na marginesie, niezależnie od wyżej wskazanej argumentacji, należy podnieść, że uzależnienie wyboru oferty przez Zamawiającego od oferty przedstawiającej najniższą cenę, która następnie z każdą zmianą **średnich** kosztów rozliczeń danych substancji czynnych, może świadczyć o tym, że Zamawiający jako świadczeniodawca podejmuje decyzje o zakupie konkretnych substancji czynnych wyłącznie w oparciu o kryterium ceny. Jest to zaś sprzeczne z zagwarantowanym w ustawie z dnia 6 listopada 2008r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta) prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnego dorobku wiedzy medycznej czy prawa pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych czy też wreszcie – obowiązku lekarza do wykonywania zawodu, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem NSA z dnia 28 maja br., w którym Naczelny Sąd Administracyjny potwierdził słuszność decyzji Rzecznika Praw Pacjenta z dnia 11 czerwca 2018 r., oddalając skargę kasacyjną podmiotu leczniczego od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 listopada 2018 r. (sygn. akt VII SA/Wa 1940/18 – NSA w zapadłym wyroku wyjaśnił, iż uzależnienie zakupu produktów leczniczych wyłącznie od czynnika ekonomicznego (tak jak w naszym przypadku zakup produktu poniżej średnich kosztów rozliczenia substancji czynnych)) narusza konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia pacjentów, ustawę o zawodach lekarza(...) i ustawę o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (art. 6 ust.1 czy art. 8), zgodnie z którymi pacjent ma w szczególności prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej i to winien być priorytet przy wyborze danego produktu w terapii (a nie kierowanie się ekonomicznym aspektem ze szkodą dla pacjentów bo zamienniki często cechują się większą ilością skutków ubocznych czy działań niepożądanych).

Co więcej, wprowadzenie przez Zamawiającego zapisów w par. 7 ust. 6 oraz w §7 ust.9 o konieczności dostosowania ceny sprzedaży do ceny wynikającej z komunikatu wprowadzającego średnie koszty rozliczenia substancji czynnej uprawniającej go do zastosowania współczynnika korygującego wypacza sens ustawy z dnia 12 maja 2011r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 nr 122, poz. 696 ze zm.). Średnie koszty rozliczenia substancji czynnej są bowiem ustalane przez Prezesa NFZ w sposób całkowicie dowolny i nie jest znany sposób i metoda ustalania ich wysokości. Niweczy to wprost sens regulowania przez powołaną wyżej ustawę refundacyjną grup limitowych i ustalania list refundacyjnych, skoro Zamawiający może uzyskać cenę niższą niż wynikającą z publikowanego średniego kosztu rozliczeń wybranych substancji czynnych i tym samym może skorzystać ze współczynnika korygującego, a trzeba zaznaczyć, że Prezes NFZ sam może ustalić współczynnik korygujący na produkt leczniczy, który może być jeszcze korzystniejszy niż kwota finansowania wynikający z decyzji refundacyjnej. Nadto, ogólnikowość sformułowania celu

wprowadzenia współczynników korygujących może powodować, że kryterium ceny określone przez Zamawiającego w przetargu jest ustalone kosztem jakości czy efektywności terapii, w której uczestniczy pacjent.

Ponadto, niezależnie od wyżej wskazanych spostrzeżeń, podkreślić należy, że wnioski Wykonawcy o usunięcie kwestionowanych postanowień z wzorca umowy pozostają w zgodzie z nowym projektem ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 21 stycznia 2019r. (nr wykazu UD 472), 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.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zarzuca i wnosi jak w *petitum* odwołania.

Wykaz załączników:

1. Pełnomocnictwo główne i substytucyjne wraz z dowodem dokonania opłaty skarbowej;
2. Potwierdzenie dokonania wpisu od odwołania;
3. Odpis pełny KRS dot. Odwołującego;
4. Odpis aktualny KRS dot. Zamawiającego;
5. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 28 listopada 2019r.;
6. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr ZP/2501/129/19 wraz z załącznikiem nr 3 – wzorem umowy;
7. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
8. Pytania Odwołującego złożone do SIWZ.

Otrzymują:

1. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej;
2. Zamawiający
3. a/a.

Marta Dąbrowska

Marta Dąbrowska
Radca Prawny

Wrocław, dnia 4 grudnia 2019 r.

Pełnomocnictwo procesowe i materialne

My niżej podpisani członkowie Zarządu „URTICA” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udzielamy niniejszym pełnomocnictwa procesowego i materialnego **radcy prawnemu Bogusławowi Sołtysowi** do złożenia i podpisania w imieniu Spółki odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego – **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie (KRS nr 000008892)**, w postępowaniu przetargowym nr ZP/2501/129/19 oraz wnoszenia w imieniu Spółki pism procesowych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także reprezentowania Spółki na posiedzeniach i na rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą. Pełnomocnictwo obejmuje również wnoszenie środków zaskarżenia, wnoszenie pism procesowych oraz reprezentowanie Spółki w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

Niniejsze pełnomocnictwo uprawnia również do odbioru od strony przeciwnej zasądzonych kosztów postępowania.

Umocowanie obejmuje także prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Prezes Zarządu
ds. Handlowych

.....
Renata Biel

Dyrektor ds. Handlowych
Prokurent

.....
Katarzyna Pietyńska-Pniaczek

Pełnomocnictwo substytucyjne

Niniejszym udzielam pełnomocnictwa substytucyjnego radcy prawnemu
..... w pełnym zakresie udzielonego mi umocowania.

.....

Wrocław, dnia 4 grudnia 2019 r.

Pełnomocnictwo substytucyjne

Działając na podstawie udzielonego mi przez „URTICA” Spółkę z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pełnomocnictwa materialnego i procesowego z dnia 4 grudnia 2019 r. do złożenia i podpisania w imieniu Spółki odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego – **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie (KRS nr 0000008892)**, w postępowaniu przetargowym nr ZP/2501/129/19 oraz wnoszenia w imieniu Spółki pism procesowych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także reprezentowania Spółki na posiedzeniach i na rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą, niniejszym udzielam pełnomocnictwa substytucyjnego radcy prawnemu **Marcie Dąbrowskiej** w pełnym zakresie udzielonego mi pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo obejmuje również wnoszenie środków zaskarżenia, wnoszenie pism procesowych oraz reprezentowanie Spółki w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

RAJCA PRAWNY

Marcja Dąbrowska



ING Bank Śląski S.A.
ul. Sokolska 34
40-086 Katowice

Potwierdzenie transakcji

Nr transakcji w ING Banku Śląskim S.A.: 64001305156 Data księgowania: 06.12.2019 Data transakcji: 06.12.2019

Dane Płatnika:

19 1050 0086 1000 0023 0810 9236
ING Bank Śląski
URTICA SP. Z O.O.
UL. KRZEMIENIECKA 120
54-613 WROCLAW

Dane Odbiorcy:

60 1010 1010 0081 3622 3100 0000
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Tytuł operacji:

Wpis od odwołania Urtica Sp. z o.o.
c/a Specjalistyczny Szpital Wojewó
dzki w Ciechanowie

Szczegóły operacji:

PRZELEW

Kwota:

15 000,00

Waluta:

PLN

Dokument wygenerowany elektronicznie, nie wymaga pieczęci ani podpisu. Dokument sporządzony na podstawie art.7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 72 z 2002 roku, poz. 665 z późniejszymi zmianami).



POTWIERDZENIE WYKONANIA PRZELEWU - DUPLIKAT

mBank S.A.

Bankowość Detaliczna
90-959 Łódź 2, Skrytka Poczтовая 2108

Informacje o transakcji

	Winien (Nadawca)		Ma (Odbiorca)
Nr Rachunku:	09 1140 2004 0000 3702 4547 9601	Nr Rachunku:	18 1030 1508 0000 0005 5002 3113
Nazwa Banku:	mBank Oddział Bankowości Detalicznej	Nazwa Banku:	Bank Handlowy RCR Olsztyn
Nadawca:	SKORY I SOŁTYS SPÓŁKA PARTNERSKA RADCÓW PRAWNYCH UL.RYNEK 7 50-106 WROCŁAW	Odbiorca:	URZĄD DZIELNICY MOKOTÓW M.ST. WARSZAWY

Tytuł operacji: OPŁATA OD PEŁNOM. W SPR. ODWOŁANIA URTICA SP. Z O.O.,
SPECJALISTYCZNY SZPITAL WOJEWÓDZKI W CIECHANOWIE DLA B.
SOŁTYS, M. DĄBROWSKA

Rodzaj operacji: PRZELEW ZEWNĘTRZNY WYCHODZĄCY

Nr referencyjny operacji: 45479601-000009511

Data operacji: 2019-12-06
Data księgowania: 2019-12-06
Kwota przelewu: 34,00 PLN

Data wystawienia dokumentu: 2019-12-06

Wygenerowane elektronicznie potwierdzenie przelewu. Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz.U.Nr 140 z 1997 roku, poz.939 z późniejszymi zmianami). Nie wymaga podpisu ani stempla.