

Wrocław, dnia 28 kwietnia 2021 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 Annę Olszewską 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 produktów leczniczych stosowanych w chemioterapii**

Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej S nr 75 poz 190996, ogłoszenie z dnia 19 kwietnia 2021r. Polska-Ciechanów: Produkty farmaceutyczne " 2021/S 075-190996

ODWOŁANIE
wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia
numer postępowania: ZP/2501/39/21

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 514 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm., dalej jako „PZP”) **wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/2501/39/21 na dostawę produktów leczniczych stosowanych w chemioterapii.**

Zamawiającemu zarzucam:

- I. naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z pkt 20 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w §1 ust. 1.2 w zw. §7 ust. 9 wzoru umowy (oraz w kontekście XVII pkt 3 SWZ) 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. 8 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie przez Zamawiającego, w ww. postanowieniu wzorca umowy **§ 1 w zw. z §7 ust. 9** 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 tj. błędne uznanie przez Zamawiającego, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia i komunikaty NFZ ustalające średnie koszty rozliczania wybranych substancji czynnych wydawane na ich podstawie, 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:** zarówno komunikaty Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane odnośnie średnich kosztów rozliczania substancji czynnych w programach lekowych i chemioterapii, jak i zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programów lekowych i chemioterapii, które są z kolei wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (w zakresie chemioterapii nr 24/2020/DGL z dnia 28 lutego 2020r. i zarządzenie nr 180/2019/DGL i w zakresie programów lekowych nr 162/2020/ DGL z dnia 16 października 2020 r.) 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. komunikatów i zarządzeń i nie mogą one 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 określonych 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 z korzystnego rozliczenia wynikającego z komunikatu ustalającego lub zmieniającego średnie koszty rozliczeń substancji czynnych

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. 8 ust. 1 PZP** – poprzez zniekształcenie przez Zamawiającego podstawowej cechy zobowiązania w postanowieniu **§ 7 ust. 9** wzorca umowy, przewidującego zmianę umowy przez obniżenie ceny w sytuacji 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 załączniku nr 1 do niniejszej umowy, 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. 16 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 ceny 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 SWZ, 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. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z 454 ust 1 i 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 rozliczania substancji czynnych, przy czym brak zgody Wykonawcy na zawarcie porozumienia będzie uprawniał Zamawiającego do rozwiązania umowy w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia umowy w stosunku do produktu, którego ceny Wykonawca nie obniży zgodnie z ww. komunikatem -co zmierza do obejścia przepisu art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP. Zamawiający przewidział bowiem katalog uprawniający do zmiany umowy odrębnie w §7 ust. 2 wzorca umowy. Przewidując bezprawną i w istocie swobodną zmianę wyłącznie na korzyść Zamawiającego w par. 7 ust. 9 tworzy zatem wyjątek do nieotraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP, co też narusza ten przepis. W praktyce - Wykonawca może dokonać wyłącznie iluzorycznego wyboru - brak zgody będzie bowiem 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 (którą jest także obniżenie ceny) stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 454 ust. 1 i 2 PZP.
- e. **naruszenie art. 439 ust 2 - 4 PZP w zw. z art. 440 PZP** poprzez brak ustanowienia **żadnego z obligatoryjnych elementów klauzuli waloryzacyjnej** wymaganej w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział w §7 ust. 9 wzorca umowy zmianę wysokości wynagrodzenia, podczas gdy zgodnie ww. przepisami PZP, Zamawiający gdy przewiduje zawarcie postanowień dotyczących wprowadzania

zmian wysokości wynagrodzenia powinien określić **poziom zmiany** ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia, **początkowy termin** ustalenia zmiany wynagrodzenia, a także określić sposób ustalenia takiej zmiany przez odesłanie do **wskaźnika** zmiany ceny lub wskazać inną podstawę, która uprawniałaby strony do żądania zmiany wynagrodzenia, a dodatkowo winien określić także **sposób wpływu** zmiany na koszt wykonania zamówienia i okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia a także Zamawiający powinien określić **maksymalną wartość zmiany** wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, zapisy 2 ust 1 i 2 wzoru umowy, w zakresie w jakim przewidują zawarcie umowy na okres 12 miesięcy, ale z możliwością jej przedłużenia na czas nieokreślony (potrzebny do pełnej realizacji dostaw objętych umową) zmierzają do obejścia przepisów dotyczących obowiązków Zamawiającego przy umowach zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy, np. art. 439 PZP.

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. 9 wzorca umowy, wymusza prowadzenie 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 – 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 SWZ i wzoru umowy poprzez:**

1. usunięcie §7 ust. 9 wzoru umowy (załącznika nr 3 do SWZ): *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,

2. 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 17,00 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 SWZ w zakresie kwestionowanych zapisów wzoru umowy), zaś zaskarżone niniejszym odwołaniem postanowienie 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 SWZ oraz wzorów umów obarczone nieważnością, co również stoi u podstaw interesu z wystąpieniem z niniejszym odwołaniem do KIO.

Dowód:

1. Pytania Odwołującego złożone do SWZ

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.

Co więcej należy zwrócić uwagę, że w dniu 6 grudnia 2019 r., Odwołujący złożył odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający wprowadził tożsame zapisy jak w obecnej sprawie (data wpływu 9.12.2019r., nr sprawy KIO 2489/19). Zamawiający uznał wówczas rację Odwołującego, wskutek czego odwołanie zostało cofnięte.

Dowód:

1. Odpowiedź na odwołanie z dnia 10 grudnia 2019 r. dot. KIO 1382/19

UZASADNIENIE

Zamawiający zamieścił w dniu 19 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 2021/S 075-190996.

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 **ściśle 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 ust. 1 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 XVII SWZ.

Dowód:

1. Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) ZP/2501/39/21

Następnie Zamawiający zniekształcił sposób obliczenia ceny, określony w punkcie XVII SWZ, wskazując 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 Warunków Zamówienia (SWZ) nr ZP/2501/39/21
2. Załącznik nr 3 do SWZ

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. 134 ust. 1 pkt 17 i 20 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.**

W tym kontekście warto także zwrócić uwagę, że zgodnie z §3 ust. 3 wzorca umowy - *Strony dopuszczają możliwość obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, przy zachowaniu zakresu i wielkości zobowiązań Wykonawcy wynikających z Umowy. Warunkiem koniecznym wprowadzenia takiej zmiany jest zgoda*

obu stron Umowy oraz zachowanie formy pisemnej w postaci aneksu do Umowy. Tym samym wprowadzając bezaneksowe obniżenie wynagrodzenia wynikające z §7 ust. 9 Zamawiający omija ww. postanowienie.

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 wzorca Umowy - Przedmiotem zamówienia są zobowiązania Wykonawcy wynikające z SWZ 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 (§30 Zarządzenia Prezesa NFZ 162/2020/DGL i odpowiednio w zakresie chemioterapii – Zarządzenia Prezesa NFZ 180/2019/DGL - §28) mają charakter wewnętrzny i w najlepszym razie dotyczą wyłącznie Zamawiającego oraz oddział NFZ, który monitoruje średni koszt rozliczenia substancji czynnych, weryfikuje go i określa wysokość kwoty zobowiązania NFZ względem Szpitala). Wskutek powyższego przerzucenie obowiązku dostosowania ceny sprzedaży do ceny wynikającej z opublikowanego komunikatu dotyczącego średnich kosztów rozliczeń 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. 8 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 SWZ 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 § 7ust. 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/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 jest sprzeczny z przepisem dotyczącym ceny maksymalnej tj. art. 538 KC, które za pośrednictwem art. 8 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 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 komunikaty NFZ wydane na podstawie przepisu zarządzenia 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 wysokości wynikającej ze średnich kosztów wybranych substancji czynnym wskazanych w komunikacie NFZ.

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, dające podstawę do wydawania komunikatów o średnich kosztach rozliczeń wybranych substancji czynnych również 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 (...).

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 15 października 2020 r. VI SA/Wa 293/20, który dotyczył statusu prawnego komunikatów Ministra Zdrowia wydawanych w stosunku do obowiązku raportowania produktów leczniczych do Zintegrowanego Systemu Monitorowania Obrotu Produktami Leczniczymi (ZSMOPL). Wskazany wyżej Sąd uznał, że komunikaty Ministra Zdrowia nie stanowią źródła prawa - *Podnoszone przez Skarżącą w piśmie z dnia 30 września 2019 r. zwolnienie z obowiązku przekazywania informacji do ZSMOPL w odniesieniu do produktów leczniczych roślinnych nie zostało wprowadzone przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Komunikat Ministra Zdrowia z dnia 27 marca 2019 r. dotyczył wczesnego okresu funkcjonowania ZSMOPL i "wyzwań organizacyjno-finansowych, które mogą wystąpić po stronie przedsiębiorców produkujących produkty lecznicze ziołowe" oraz wskazywał, że produkty lecznicze roślinne mogą być raportowane do ZSMOPL fakultatywnie.*

Mając na uwadze, że średnie koszty wybranych substancji czynnych są wydawane również w formie komunikatu, w świetle powyższych informacji, nie można uznać, że stanowi on powszechne źródło prawa równe ustawie czy rozporządzeniu.

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) jak i wydawane na ich podstawie komunikaty dot. średnich kosztów wybranych substancji czynnych **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 wyraźne 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 adresatami 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. 8 ust.1 PZP.**

Art. 353 k.c. wskazuje na podstawową cechę zobowiązania stanowiącą, 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 – wskutek 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 (z wzorca umowy - §7 ust 9), a nadto, zastrzeżenie przez szpital możliwości mniejszego zamówienia asortymentu - § 1 ust 2 wzorca umowy) powoduje brak możliwości obliczenia ceny według reguł wskazanych w punkcie XVII SWZ, bowiem zarządzenia Prezesa NFZ ukazują się cyklicznie, a wartości średnich kosztów wybranych substancji czynnych 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 średnich kosztów wybranych substancji czynnych 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. 9) **naruszają zasady uczciwej konkurencji, określonych w art. 16 pkt 1 PZP** poprzez faktyczne wykluczenie dostawców tych produktów leczniczych, którzy są w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z SWZ, jednakże wobec poczynionych zapasów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do tej uwzględniającej warunki komunikat NFZ dot. średnich kosztów rozliczeń.

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 SWZ zachodzi wątpliwość czy w niniejszym przypadku nie można mówić o możliwym niedozwolonym porozumieniu umownym, podkreślając fakt, iż wskutek 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 postanowienie § 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 komunikatu NFZ, żeby nie skutkowało to dla niego stratami finansowymi. Kwestionowane postanowienie par. 7 ust. 9 wzoru umowy stawia 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 piętrzy 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. 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 obniżył 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 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 SWZ (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 rozpisaniem 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.

e) godzi się także podnieść, że na gruncie art. 439 ust. 2-4 w zw. z art. 440 PZP, w sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje zawarcie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wynagrodzenia (a tak jest w niniejszym wypadku), postanowienia takie powinny spełniać wymagania tzw. „klauzuli waloryzacyjnej”. Zamawiający winien więc wprowadzić elementy, o których mowa w art. 439 ust. 2- 4 PZP, tj. Zamawiający powinien wskazać:

- *poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*
- *sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:*
 - *z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*
 - *przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;*
- *sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*
- *maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

Tymczasem, **Zamawiający nie wskazał żadnego z ww. obligatoryjnych elementów, a tym samym par. 7 ust 9 kwestionowany niniejszym odwołaniem nie spełnia ustawowych wymogów.**

Warto przy tym zwrócić uwagę, że zapisy zastrzegające możliwość zmiany wynagrodzenia polegające wyłącznie na obniżeniu wynagrodzenia wykonawcy **są nieważne w kontekście waloryzacji**. Zmiana cen materiałów lub kosztów oznacza wzrost i obniżenie, a to z kolei powodować będzie nie tylko obniżenie ale i wzrost wynagrodzenia wykonawcy. Tymczasem Zamawiający we wzorze umowy przewidział tylko możliwość obniżenia.

Ponadto, **komunikaty NFZ** – z przyczyn szeroko opisanych we wcześniejszej części niniejszego odwołania, w szczególności ich nieprzewidywalności oraz wewnętrznego obowiązywania tylko pomiędzy Świadczeniodawcami a NFZ - **nie mogą stanowić wskaźnika, o którym mowa w art. 439 ust 2 pkt 2 PZP.**

Co więcej, o niezasadności zastosowania komunikatów NFZ jako wskaźnika zmiany wynagrodzenia przemawia fakt, że Zamawiający nawet nie jest w stanie prawidłowo wskazać początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, wpływu zmiany ceny na koszt wykonania zamówienia, okresu w których może następować zmiana i maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, **nie jest zatem w stanie zrealizować obowiązków ustawowych** – wynika to bowiem z faktu, że komunikaty choć pojawiają się cyklicznie nie zawsze będą dotyczyć produktów objętych daną umową przetargową, a także Zamawiający nie ma wiedzy jak ustalone przez NFZ mogą wpłynąć na realizację zamówienia, gdyż nie wie na jakim poziomie zostaną ustalone wskaźniki rozliczenia oraz – nawet jeśli ukażą się cyklicznie co 2 miesiące to czy będą obejmować produkty objęte niniejszą umową.

Zastosowanie art. 439 ust 2-4 PZP w zw. z art. 440 PZP nie powinno budzić wątpliwości w niniejszej sprawie. Jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy PZP - *"przepisy dotyczące obligatoryjnych postanowień o zasadach wprowadzania zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2–4 projektu ustawy) stosuje się również w przypadku gdy zamawiający przewiduje takie postanowienie przy innych*

umowach, np. zawartych na krótszy niż 12 miesięcy okres, albo w przypadku umów na dostawę". Zamawiający winien być więc przewidzieć te warunki we wzorcu umowy.

Niezależnie od powyższego, godzi się zwrócić uwagę na nieprawidłową praktykę Zamawiającego dotyczącą sposobu regulowania okresu, na jaki zostaje zawarta umowa. Zdaniem Odwołującego, zapisy 2 ust 1 i 2 wzoru umowy, w zakresie w jakim przewidują zawarcie umowy na okres 12 miesięcy, ale z możliwością jej przedłużenia na czas nieokreślony (potrzebny do pełnej realizacji dostaw objętych umową) zmierzają do obejścia przepisów dotyczących obowiązków Zamawiającego przy umowach zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy, np. art. 439 PZP. Wypacza to sens wprowadzonych nową ustawą PZP obowiązków i wymogów dla takich umów. Zamawiający może w łatwy sposób każdorazowo wskazywać we wzorze umowy, że umowa będzie zawierana na 12 miesięcy z opcją jej przedłużania w sposób niesprecyzowany. Praktyka taka nie powinna jednak doznawać ochrony prawnej.

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 **klóci 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 teźże 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 współżycia 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 współżycia 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 obciążona 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 postanowienia §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

żywnościowego 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 kwestionowanego postanowienia z wzorca umowy pozostają w zgodzie z nowym 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 – należy pamiętać, że zrównoważenie stron stanowiło jeden z powodów do uchwalenia nowej ustawy PZP.

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 19 kwietnia 2021.;
6. Specyfikacja Warunków Zamówienia nr ZP/2501/39/21 wraz z załącznikiem nr 3 – wzorem umowy;
7. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
8. Pytania Odwołującego złożone do SWZ.
9. Odpowiedź na odwołanie z dnia 10 grudnia 2019 r. dot. KIO 1382/19

Otrzymują:

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


Anna Olszewska
Radca Prawny

Wrocław, dnia 22 kwietnia 2021 r.

Pełnomocnictwo procesowe i materialne

My niżej podpisani członkowie Zarządu „URTICA” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udzielamy niniejszym pełnomocnictwa procesowego i materialnego **radcy prawnemu Annie Olszewskiej** do złożenia i podpisania w imieniu Spółki odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego – **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie (KRS nr 000008892)**, w postępowaniu przetargowym nr ZP/2501/39/21 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 w Warszawie – sądem zamówień publicznych .

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

Umocowanie obejmuje także prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw.

.....
Wiceprezes Zarządu

Katarzyna Patyńska-Pniaczek
.....

.....
Wiceprezes Zarządu
ds. Finansowych

Tibor Bartoszewicz
.....

Pełnomocnictwo substytucyjne

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

.....



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:	21 1030 1508 0000 0005 5000 0070
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 UL. RAKOWIECKA 25/27 02-517 WARSZAWA

Tytuł operacji: OPŁATA OD PEŁNOM. W SPR. ODWOŁANIA URTICA SP. Z O.O. C/A
SPECJALISTYCZNY SZPITAL WOJEWÓDZKI W CIECHANOWIE DLA A.
OLSZEWSKA

Rodzaj operacji: PRZELEW ZEWNĘTRZNY WYCHODZĄCY

Nr referencyjny operacji: 45479601-000010007

Data operacji: 2021-04-26
Data księgowania: 2021-04-26
Kwota przelewu: 17,00 PLN

Data wystawienia dokumentu: 2021-04-27

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.



ING Bank Śląski S.A.

ul. Sokolska 34

40-086 Katowice

[Potwierdzenie transakcji]

Nr transakcji w ING Banku Śląskim S.A.: 64001046404 Data księgowania: 27.04.2021 Data transakcji: 27.04.2021

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

Tytuł operacji:

P..28495674 wpis od odwołania Urtic
a Sp. z o.o c/a Specjalistyczny Szp
ital Wojewódzki 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).