

Wrocław, dnia 19 lutego 2020 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, pełnomocnika substytucyjnego Radcy prawnego Bogusława Sołtysa z Kancelarii Skory i Sołtys Spółka Partnerska Radców Prawnych, ul. Rynek 7, 50-106 Wrocław,
- Zamawiający:** **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**, ul. Długa 1/2, 61-848 Poznań, nr KRS: 0000001853, tel. +48 618 549 088, fax 32 207 15 46, e-mail: grazyna.kowalska@skpp.edu.pl
- Przedmiot zamówienia:** zakup (dostawa) produktów leczniczych (leków) i wyrobów medycznych – 518 pakietów, nr sprawy EZP/20/20
- Ogłoszenie o zamówieniu:** Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej S nr 028 poz 063926, ogłoszenie z dnia 10 lutego 2020r. „Polska-Poznań: Różne produkty lecznicze 2020/S 028-063926

**ODWOŁANIE
wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
numer postępowania: EZP/20/20**

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 – Zakup (dostawa) produktów leczniczych (leków) i wyrobów medycznych – 518 pakietów nr referencyjny: EZP/20/20, niezgodnej z przepisami PZP oraz innymi przepisami powszechnie obowiązującymi.**

Zamawiającemu zarzucam:

- I. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ – cd. opisu – wymagania ogólne (opis pod pakietami s. 551 – [numeracja w stopce] drugiej części 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 tiret dziesiąte c.d. opisu – wymagania ogólne (znajdujących się pod pakietami, s. 551 (numeracja w stopce) drugiej części SIWZ), że *cenę leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ* tj. błędne uznanie przez Zamawiającego, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wprowadzające lub zmieniające istniejący katalog współczynników korygujących dla świadczeniodawców 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 (przy czym Odwołujący zakłada, że Zamawiający ma na myśli instytucję współczynników korygujących wprowadzanych Zarządzeniami Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, gdyż Obwieszczeniami Ministra Zdrowia regulowane są świadczenia refundowane i nie ma tam instytucji czynników korygujących NFZ) 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 mają charakter wyłącznie wewnętrzny konkretyzujący obowiązki Prezesa NFZ – 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 tiret dziesiąte c.d. Opisu – wymagania ogólne, wymagającego aby ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia były obowiązkowo zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ, 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;
- 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 tiret dziesiąte opisu - wymagania ogólne 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 zarządzenia Prezesa NFZ. Zamawiający poprzez wskazane wyżej postanowienie faworyzuje 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 postanowienie i 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 oraz 140 PZP** poprzez zastrzeżenie w tiret dziesiąte c.d. opisu – wymagania ogólne przez Zamawiającego, że ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ – co zmierza do obejścia zarówno przepisu art. 140 PZP oraz przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP i stoi w sprzeczności z §5 wzorca umowy. Zamawiający przewidział bowiem w §5 różne tryby zmiany umowy wprowadzając w ust. 5 pkt 1 zasadę, że zmiany mają mieć charakter jednoznaczny z określeniem zakresu, charakteru i warunków. Natomiast niejednoznaczność omawianego ww. brzmienia tiret dziesiąte c.d. opisu

- wymagania ogólne i wskazanie w brzmieniu charakteru obowiązku (a nie możliwości) sugeruje wniosek o jego sprzeczności z wyżej wskazanymi przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Wydaje się, że Zamawiający przewidując bezprawną, swobodną, zmianę w konsekwencji wyłącznie na korzyść Zamawiającego w tiret 10 c.d. opisu – wymagania ogólne tworzy zatem wyjątek do nietraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP, wymagającej każdorazowo zgody obu stron. Zestawiając ze sobą postanowienie tiret 10 c.d. opisu – wymagania ogólne oraz §5 wzorca umowy – trudno jednoznacznie wskazać – w jakim zakresie taka zmiana będzie ujęta – czy będzie wymagała zgody w formie aneksu czy też będzie traktowana jako obowiązek wykonawcy i będzie miała charakter bezaneksowy, przy czym samo brzmienie literalne postanowienia sugeruje, że wykonawca ma bezwzględny obowiązek obniżania ceny, co z kolei mogłoby stanowić obejście art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP. Powyższe zaś stanowi, że poprzez tiret 10 c.d. opisu – wymagania ogólne wzorca umowy Zamawiający zmierza do nierównego traktowania Stron umowy. Zgodnie z art. 77 KC uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Zamawiający zatem pominął zasadniczą okoliczność, że każdorazowa zmiana ceny sprzedaży produktu leczniczego (którym jest także obniżenie ceny jednostkowej asortymentu jak i jej podwyższenie) stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 144, co oznacza, że postanowienie tiret dziesiąte c.d. opisu – wymagania ogólne, zmierzają także do obejścia przepisów odnośnie do wymaganej formy czynności prawnej (zmiany umowy przetargowej);

- II. Naturą stosunku zobowiązaniowego**, z którą sprzeczne w niniejszym przypadku jest to, że Zamawiający, bez żadnej podstawy prawnej, jednostronnie i w sposób dowolny obliguje wykonawców do dostosowania ceny według reguł wskazanych w tiret dziesiąte c.d. opisu – wymagania szczególne, czym faktycznie wymusza do prowadzenia sprzedaży produktów leczniczych z każdorazowym ryzykiem straty finansowej, ponieważ współczynniki korygujące mogą zmieniać się cyklicznie wraz z kolejnym zarządzeniem Prezesa NFZ. Nadto, jak wskazano powyżej – wykonawca nie jest w stanie wskazać po jakiej cenie sprzeda kolejną partię produktów leczniczych zamówionych w ramach umowy przez Zamawiającego (zgodnie z §3 ust. 1 wzorca umowy). 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.
- 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 SIWZ **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 poprzez:**
- 1.** usunięcie tiret dziesiąte z c.d. opisu – wymagania ogólne (str. 551 (numer w stopce) SIWZ cz. II, po opisie pakietów) o treści: *„ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ”*.
- 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 SIWZ), zaś zaskarżone niniejszym odwołaniem postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 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, wygrał 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

UZASADNIENIE

Zamawiający zamieścił w dniu 10 lutego 2020r r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr EZP/20/20.

Dowód:

1. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 10 lutego 2020 r.

Na wstępie, podnieść należy, że Zamawiający dokonał w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do załącznika nr 2 do SIWZ, który zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – 518 pakietów. Załącznik ten zawiera zaś formularz - tabelaryczne zestawienie produktów leczniczych objętych zamówieniem, ze wskazaniem w sposób **ściśle i niewątpliwy** ilości tych leków. Na wyżej opisanym formularzu wykonawcy zobowiązani są składać oferty, kalkulując i oferując ceny dla konkretnych ilości tam podanych zgodnie ze sposobem obliczania ceny wskazanym w punkcie VIII SIWZ. Z uwagi na obszerność SIWZ, Odwołujący przedstawia wyłącznie wyciąg z tego dokumentu składający się z postanowień objętych przedmiotem niniejszego Odwołania. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że pełna treść SIWZ została umieszczona przez Zamawiającego na platformie internetowej dot. składania zamówień - <https://platformazakupowa.pl/transakcja/312613>.

Dowód:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na zakup, dostawę produktów leczniczych (leków) i wyrobów medycznych – 518 pakietów (wyciąg)

Następnie Zamawiający doprecyzował opis przedmiotu zamówienia wskazując dodatkowe wytyczne po wymienieniu pakietów w załączniku nr 2 – w części zatytułowanej C.d opisu – wymagania ogólne (strona 551 SIWZ – numeracja w stopce dokumentu pt. SIWZ leki i wyroby medyczne – 518 pakietów część II.pdf) zniekształcił opis przedmiotu zamówienia i sposób obliczenia ceny, określony w punkcie VIII SIWZ, wskazując w tiret dziesiąte tego opisu: „*ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ*”.

Dowód:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na zakup, dostawę produktów leczniczych (leków) i wyrobów medycznych – 518 pakietów - wyciąg;

W efekcie, przedmiot zamówienia został określony w sposób **niejednoznaczny** oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert,

a zatem sprzecznie z wytycznymi z art. 29 ust 1 PZP (w zw. z art. 36 ust.1 pkt 16 PZP – odnośnie wzoru umowy). **Nie jest bowiem obiektywnie możliwe skalkulowanie ceny dla określonych ilości towarów, która ma być nie wyższa niż progi kosztowe uprawniające Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego i jednocześnie na tyle wysoka, aby zapewniać zysk wykonawcom z racji wygrania postępowania przetargowego. W kontekście tych wymogów nie jest możliwe złożenie prawidłowej oferty.**

Trzeba bowiem już na wstępie wyraźnie podnieść, że zarządzenia Prezesa NFZ wprowadzające lub zmieniające progi kosztowe uprawniające do zastosowania współczynnika korygującego 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 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. **Szpital 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 szczególnie wskazanymi w *petitum* niniejszego pisma. Na poparcie powyższego twierdzenia, Odwołujący przedstawia następującą argumentację:

I. Sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującymi

a) Odwołujący wskazuje, że postanowienie tiret dziesiąty c.d. opisu – wymagania ogólne, zgodnie z którym „*ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ*” jest 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 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 tiret dziesiąte c.d. opisu przedmiotu zamówienia 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 zakreślonych 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 uprawnającego 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 mają **charakter wyłącznie wewnętrzny**. Powołana wyżej ustawa, w tym art. 102 ust. 5 pkt 21 i 25 w zw. z art. 146 ust. 1 określa bowiem m.in. warunki udzielania i zakres świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zasady funkcjonowania, organizację i zadania NFZ. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że z powołanych przepisów 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*. Linią tę potwierdza wyrok Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 marca 2018 r. wydany w sprawie o sygn. akt IV SA/Gl 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 lekowe (i odpowiednie zarządzenie w zakresie 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 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 zarządzenia Prezesa NFZ ustalające lub zmieniające katalog współczynników korygujących 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 SIWZ i 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 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 (taka możliwość wynika z §3 ust. 1 wzorca umowy) powoduje brak możliwości obliczenia ceny według reguł wskazanych w punkcie VIII 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.

c) Niezależnie od poczynionych powyżej uwag, należy uznać, że zapis tiret dziesiąte opisu **narusza 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 ograniczeniu 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 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 tiret dziesiąte opisu 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 tiret dziesiąte opisu (wymagań ogólnych) 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 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 tiret dziesiąte opisu – wymagania ogólne, 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 Odwoływającego stanowi nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego.

W świetle uwag powyższych, rozwiązanie wynikające z tiret dziesiąte opisu 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 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) Odwołujący na wstępie uzasadnienia ww. zarzutu zwraca uwagę, że Zamawiający wprowadza w tiret dziesiąte opisu – wymagania ogólne (następującego po wymienieniu pakietów) - „*ceny leków znajdujących się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia muszą być zmieniane zgodnie z Obwieszczeniem oraz muszą uwzględniać ewentualny czynnik korygujący NFZ*”. – co bezpośrednio zmierza do obejścia przepisu zarówno 140 PZP jak i art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP i stoi w sprzeczności z §5 wzorca umowy (załącznik nr 9). Zwrócić należy uwagę, że w myśl §5 ust. 5 pkt 1 wzorca umowy – zmiany są dopuszczalne, gdy zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ w postaci **jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.** Tymczasem, tiret dziesiąte c.d opisu – wymagania ogólne wydaje się, że może znaleźć zastosowanie poprzez tiret jedenaste – *Zmiany do umowy wprowadzane będą zgodnie z §5 umowy.* Nie ma jednak precyzyjnego, jednoznacznego postanowienia umownego w ramach §5 wzorca umowy, które wprost określałoby, że zmiana określona tiret dziesiąte będzie każdorazowo zmieniane poprzez zawarcie aneksu czy też będzie to traktowane jako zmiana umowy, która w myśl §5 ust. 6 następuje bezaaneksowo jako obowiązek po stronie wykonawcy.

Warto w kontekście tych zapisów zwrócić uwagę także na niepełną, urwaną i niejasną treść §5 ust. 3.3 wzorca umowy – *zmiany polegające na obniżeniu wynagrodzenia Wykonawcy przy zachowaniu zakresu jego świadczenia umownego.* Trudno powyższe postanowienie uznać za jednoznaczne, a jako takie sprzeczne z art. 140 PZP. W myśl wskazanego przepisu - jest mowa o tożsamości świadczenia wykonawcy z jego zobowiązaniem zawartym w złożonej w postępowaniu ofercie. Przez tożsamość należy rozumieć identyczność, jednakowość. **Zakres zobowiązania umownego musi być identyczny jak zobowiązania wykonawcy wynikającego z jego oferty.** Powyższe zaś oznacza, że postanowienia przewidujące zmianę winny być określone precyzyjnie, co też potwierdza KIO w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2219/17 - *Przepisy ustawy nie określają stopnia szczegółowości opisu warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia*

publicznego. Warunki zmiany umowy (klauzule) nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony (...). Odnosząc powyższe do ww. spornych zapisów – wykonawcy nie mają wiedzy jak Odwołujący podejdzie do zmiany wynagrodzenia związanego ze zmianą cen leków związaną ze zmianą współczynnika korygującego – czy będzie to traktował jako zmianę bezaneksową czy też będzie chciał zawrzeć aneks na mocy §5 ust. 3.3 wzorca umowy. Odwołujący po raz kolejny podkreśla jednak, że brzmienie tiret 10 c.d. opisu ma charakter kategoriyczny, co rodzi przypuszczenie, że Zamawiający będzie wymagał każdorazowo modyfikacji ceny.

Powyższe zapisy budzą także wątpliwości pod kątem art. 144 ust. 1 PZP – zgodnie z wyrokiem WSA we Wrocławiu z dnia 7 czerwca 2017 r. - *Artykuł 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) wprowadza względny zakaz istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, który polega na tym, że zmiany takie są dopuszczalne, jeżeli zamawiający przewidział możliwość ich dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Przewidziana zmiana musi zatem zostać skonkretyzowana w odniesieniu do zmienianych postanowień umowy poprzez zidentyfikowanie materii podlegającej ewentualnej zmianie, a warunki, na jakich nastąpi, muszą być ściśle określone, zarówno w aspekcie materialnym - poprzez wskazanie okoliczności, których zaistnienie spowoduje możliwość jej dokonania, jak i w aspekcie formalnym - poprzez określenie sposobu postępowania stron, który ma finalnie doprowadzić do podpisania aneksu (poinformowanie drugiej strony o zaistnieniu okoliczności umożliwiających zmianę umowy, zainicjowanie negocjacji, zasady ich prowadzenie itp.). z kolei zmiany nieistotne mogą być wprowadzane do umowy bez ograniczeń.*

Tym samym zastosowanie przepisu §5 ust. 3.3 wzorca umowy do tiret dziesiąte c.d. opisu – byłoby nieważne z uwagi na jego nieprecyzyjny, niepełny charakter. Zamawiający tym samym zostawia sobie niedopuszczalną swobodę w zakresie ujęcia czy obniżenie cen należałoby traktować jako zmianę istotną czy też nie.

)

Zamawiający tym samym zmierza do obejścia przepisów odnośnie do wymaganej formy czynności prawnej jaką jest zmiana umowy przetargowej. Zamawiający pomija zatem brzmienie art. 139 ust. 2 PZP ustalającego zasadę, że umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej. Zgodnie zaś z art. 77 KC uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (sygn. KIO 13/14) KIO podkreśla, iż z uwagi na fakt, iż „*umowa o zamówienie publiczne ma charakter cywilnoprawny, dokonanie jej zmiany, poza zgodnością z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) musi odbywać się przy akceptacji wykonawcy zamówienia wyrażonej w formie oświadczenia woli (zawarcie aneksu do umowy). Przydanie jednej ze stron umowy możliwości arbitralnej zmiany umowy jest w świetle obowiązujących przepisów **rażącym naruszeniem**”.*

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 współczynniki korygujące zmieniają 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.

Wreszcie, godzi się wskazać, że SIWZ **kłóci 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 tejże 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).

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 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 SIWZ oraz 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 w cytowanych wyżej fragmentach SIWZ.

Niezależnie od wyżej wskazanej argumentacji, należy podnieść, że uzależnienie wyboru oferty przez Zamawiającego od oferty przedstawiającej najniższą cenę, która nie może być wyższa niż wynikająca z zarządzenia Prezesa NFZ wprowadzającego katalog współczynników, 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 uprawniającego Szpital do skorzystania ze współczynników korygujących) 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 o konieczności dostosowania ceny sprzedaży do ceny 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.). Współczynniki korygujące są bowiem ustalane przez Prezesa NFZ w sposób całkowicie dowolny, mając na celu w szczególności polepszenie jakości i zwiększenie dostępności udzielanych świadczeń (zgodnie z §16 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 września 2015 w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2015, poz. 1400 ze zm.)). Niweczy to wprost sens regulowania przez powołaną wyżej ustawę refundacyjną grup limitowych i ustalania list refundacyjnych, skoro Prezes NFZ sam może ustalić współczynnik korygujący na produkt leczniczy, który może być jeszcze korzystniejszy niż kwota finansowania wynikająca 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 SIWZ 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.

Z uwagi na to, że zjawisko przerzucania kosztów dostosowywania ceny do progów kosztowych uprawniających do zastosowania współczynników na wykonawców zaczyna mieć **charakter seryjny, Odwołujący prosi o zajęcie stanowiska przez KIO. W ocenie Odwołującego opisana praktyka jest niedopuszczalna, niezgodna z obowiązującymi przepisami, a zmierza do kierowania się wyłącznie względami ekonomicznym przy zakupie produktów leczniczych, co bezpośrednio odbywa się kosztem pacjenta, który powinien być leczony zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, z poszanowaniem praw pacjenta i z zaleceniami lekarza prowadzącego.**

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 aktualny KRS dot. Odwołującego;
4. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 10 lutego 2020r. (wyciąg)
5. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na zakup, dostawę produktów leczniczych (leków) i wyrobów medycznych – 518 pakietów (wyciąg);
6. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
7. Pytania Odwołującego złożone do SIWZ.

Otrzymują:

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


Anna Olszewska
radca prawny



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

Potwierdzenie transakcji

Nr transakcji w ING Banku Śląskim S.A.: 64001103562 Data księgowania: 19.02.2020 Data transakcji: 19.02.2020

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 Szpital Kliniczny Przemienieni
a Pańskiego UM w Poznaniu

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 WROCLAW	Odbiorca:	URZĄD DZIELNICY MOKOTÓW M.ST. WARSZAWY

Tytuł operacji:	OPŁ. OD PEŁN. W SPR.ODWOŁANIA URTICA SP.ZO.O.SZPITAL KLINICZNY PRZEMIENIENIA PAŃSKIEGO UNIWERSYTETU MEDYCZNEGO W POZNANIU R.P.A.OLSZEWSKA
Rodzaj operacji:	PRZELEW ZEWNĘTRZNY WYCHODZĄCY
Nr referencyjny operacji:	45479601-000009584
Data operacji:	2020-02-19
Data księgowania:	2020-02-19
Kwota przelewu:	17,00 PLN

Data wystawienia dokumentu: 2020-02-19

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.

Wrocław, dnia 17 lutego 2020 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 Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego – **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu (KRS nr: 0000001853)**, w postępowaniu przetargowym nr EZP/20/20 raz 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.



Anna Olszewska
radca prawny

Wiceprezes Zarządu
ds. Handlowych
Renata Biel

Dyrektor ds. Handlowych
Prokurent

Katarzyna Patyńska-Pniaczek

Pełnomocnictwo substytucyjne

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

.....