

Wrocław, dnia 11 września 2019 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa****Odwolujący:****Urtica Sp. z o.o.** we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław,
nr KRS 113253, tel.: 071-782-66-04, fax: 071-782-66-09, e-mail:
przetargi@urtica.pgf.com.pl,zastępowana przez: **radcę prawnego Martę Dąbrowską**, pełnomocnika
substytucyjnego Radcy prawnego Bogusława Sołtysa z Kancelarii Skory
i Sołtys Spółka Partnerska Radców Prawnych, ul. Rynek 7, 50-106 Wrocław,**Zamawiający:****Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i
Administracji w Warszawie**, ul. Wołoska 137, 02-507 Warszawa,
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, XIII
Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS:
0000133822, NIP: 521-29-25-596, REGON: 006472651, tel. 022-508-18-
09, fax 022-508-18-03, e-mail: dorota.makosa@cskmswia.pl;
zamowieniapubliczne@cskmswia.pl**Przedmiot****zamówienia:**Zakup i sukcesywna dostawa produktów leczniczych do programów
terapeutycznych, chemioterapii, leków różnych, płynów infuzyjnych,
produktów do produkcji żywienia pozajelitowego**Ogłoszenie****o zamówieniu:**Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej S nr 168 poz 410452, ogłoszenie z
dnia 2 września 2019r. „Polska-Warszawa: Różne produkty lecznicze;
nr ogłoszenia: 2019/S 168-410452”.**ODWOŁANIE****wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
numer postępowania: CSKDZP-2375/26/08/01/2019**

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 180 § 1 w zw. z art. 179 § 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych („PZP”) **wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr CSKDZP-2375/26/08/01/2019 na zakup i sukcesywną dostawę produktów leczniczych do programów terapeutycznych, chemioterapii, leków różnych, płynów infuzyjnych, produktów do produkcji żywienia pozajelitowego 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 12 w zw. z pkt 16 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzoru umowy w zw. z § 10 ust. 8 (załącznika nr 7 do SIWZ) w**

sposób sprzeczny z zasadą swobody umów (art. 353 (1) k.c.) oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, a to sprzecznie z:

I. Przepisami powszechnie obowiązującymi:

- a. art. 353 (1) KC w zw. z art. 538 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie przez Zamawiającego, w ww. postanowieniu wzorca umowy **§ 10 ust. 2 pkt 8 lit. a** że *Zamawiający przewiduje zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy wynikającej ze zmiany współczynnika korygującego zmieniającego wartość produktu leczniczego objętego refundacją pod warunkiem zachowania wartości danego zadania* 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 oraz, że wskazane współczynniki korygujące powodują obniżkę ceny produktów leczniczych objętych refundacją 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 w zakresie realizacji programów lekowych i chemioterapii – co też oznacza, że jedynym ich adresatem są świadczeniodawcy (w tym Zamawiający) zawierający umowę z oddziałem wojewódzkim NFZ o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej; Wykonawcy zatem nie są adresatem ani stroną ww. zarządzenia i zarządzenia te nie mogą stanowić w stosunku do nich źródła zobowiązania;
 - **po drugie:** zarządzenie, o którym mowa w art. 538 KC oznacza aktualnie wyłącznie akt prawny wydany na podstawie i w granicach 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 przerzucenia 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 **§ 10 ust. 2 pkt 8 lit. a** wzorca umowy, przewidującego zmianę umowy na wypadek zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wynikającej ze zmiany współczynnika korygującego zmieniającego wartość produktu leczniczego objętego refundacją, 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

wzorca umowy (§ 10 ust. 2 pkt 8 lit. a) dopuszczające zmianę umowy w przypadku zmiany współczynnika korygującego 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 faworyzuje zatem producentów produktów leczniczych przystępujących do postępowania przetargowego, którzy jako pierwsze ogniwo łańcucha dystrybucyjnego nie kupują produktów od innych wytwórców i są w stanie uelastyczyć cenę sprzedaży na rzecz Zamawiającego, podczas gdy wykonawcy prowadzący hurtownie farmaceutyczne musieliby to czynić wyłącznie ze stratą finansową; Ponadto Zamawiający wprowadzając kwestionowane postanowienia do umowy nadużywa swojej pozycji dominującej, przerzucając w sposób niedozwolony i bezpodstawny konsekwencje finansowe zmian w wewnętrznych rozliczeniach między NFZ a Zamawiającym, czyniąc tym samym tę klauzulę nieważną zgodnie z art. 9 ust. 3 UOKIK.

- d. **art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 77 KC w zw. z art. 144 PZP i art. 139 ust 2 PZP** poprzez zastrzeżenie w par. 10 ust. 8 przez Zamawiającego, że zmiana ceny jednostkowej asortymentu produktu leczniczego nie wymaga formy pisemnej i jest obowiązkowe w przypadku zmian cen u producenta, cen urzędowych itp. - zmierza do obejścia przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP i stoi w sprzeczności z art. 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzorca umowy. Zamawiający przewidział bowiem katalog uprawniający do zmiany umowy odrębnie w §10 ust. 2 wzorca umowy. Przewidując bezprawną, swobodną, bezaneksową zmianę wyłącznie na korzyść Zamawiającego w par. 10 ust. 8 tworzy zatem wyjątek do nietraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP, co też narusza ten przepis. W praktyce będzie to oznaczać, że każda zmiana ceny obniżająca wartość asortymentu będzie sporządzona bezaneksowo, natomiast – zmiana, która skutkowałaby podwyższeniem ceny – wymaga już aneksu, o ile naturalnie Zamawiający wyrazi na nią zgodę, gdyż w myśl art. 10 ust. 10 wzorca umowy – nie jest do wyrażenia takiej zgody zobowiązany. Powyższe zaś stanowi, że poprzez art. 10 ust. 8 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) stanowi, istotną zmianę umowy w świetle art. 144, co oznacza, że postanowienia wzorca umowy §10 ust. 8, 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 poprzez § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzorca umowy, 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 (także wobec treści §4 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. Trudno przy tym bowiem praktycznie założyć, że Szpital dopuści zmianę umowy, gdyby cena produktów leczniczych objętych refundacją uległa zwiększeniu. Wskazana treść § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy cena produktu leczniczego zostanie obniżona.

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

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnoszę o:

- I. **nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i wzoru umowy poprzez:**
 1. usunięcie § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a oraz §10 ust. 8 wzoru umowy (załącznika nr 7 do SIWZ),
- II. **dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów** wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści pisma;
- III. **zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego**, w tym kosztów poniesionych przez stronę odwołującą, według przedłożonego zestawienia oraz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 34 zł.

Odwołujący wskazuje, iż ma niezaprzeczalny **interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania**, bowiem ubiega się o uzyskanie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu (m.in. zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie kwestionowanych zapisów wzoru umowy), 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 SIWZ oraz wzorów umów obarczone nieważnością, co również stoi u podstaw interesu z wystąpieniem z niniejszym odwołaniem do KIO.

Dowód:

1. Pytania Odwołującego złożone do SIWZ

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

UZASADNIENIE

Zamawiający zamieścił w dniu 2 września 2019r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr CSKDZP-2375/26/08/01/2019.

Dowód:

1. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 2 września 2019r.

Na wstępie podnieść należy, że Zamawiający dokonał we wzorze umowy opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że w punkcie III SIWZ wskazał w postaci tabeli w punkcie 3.2 112 pakietów (zadań częściowych) zamawianych leków, które precyzuje Załącznik nr 2 wzór oferty (w formie pliku Excel). Załącznik ten zawiera zaś formularz - tabelaryczne zestawienie produktów leczniczych objętych zamówieniem, ze wskazaniem w sposób **ścisły 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 18 SIWZ.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający nieprecyzyjnie formułuje zapis spornego par. 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wskazując, że *Zamawiający przewiduje zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy wynikającej ze zmiany współczynnika korygującego zmieniającego wartość produktu leczniczego objętego refundacją pod warunkiem zachowania wartości danego zadania.*

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający przywołuje instrument współczynnika korygującego wynikający z Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe i odpowiedniego dot. chemioterapii. Jednocześnie zestawia ten instrument z produktami leczniczymi objętymi refundacją. Tymczasem, jak wynika z uzasadnienia Zarządzenia nr 75/2018/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 lipca 2018 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe – instrument ten został wdrożony celem premiowania tańszych odpowiedników leków refundowanych, a co za tym idzie – nie wpływa na produkty refundowane.

Wobec braku precyzyjnego sformułowania przez Zamawiającego, Odwołujący zakłada zatem, że intencją Zamawiającego było nałożenie na wykonawców obowiązku dostosowania ceny do wynikających z ww. zarządzeń progów kosztowych, które uprawniałyby Zamawiającego do uzyskania współczynników korygujących i tym samym – korzystniejszego rozliczenia świadczeń z NFZ. Powyższe, potwierdza także fakt w niniejszym postępowaniu Odwołujący złożył pytania do kwestionowanych zapisów Szpital w żaden sposób nie zmienił czy nie sprostował postanowień odpowiadając „zgodnie z SIWZ” czym utwierdził Odwołującego, że chodzi o instrument prawny pochodzący z ww. zarządzeń.

Dowód:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr CSKDZP-2375/26/08/01/2019

Następnie Zamawiający zniekształcił sposób obliczenia ceny, określony w punkcie XVIII SIWZ, wskazując w § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzoru umowy że: *„Zamawiający przewiduje zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy wynikającej ze zmiany współczynnika korygującego zmieniającego wartość produktu leczniczego objętego refundacją pod warunkiem zachowania wartości danego zadania, jednocześnie wskazując w par. 10 ust. 8 - zmiana ceny jednostkowej asortymentu produktu*

leczniczego nie wymaga formy pisemnej i jest obowiązkowe w przypadku zmian cen u producenta, cen urzędowych itp.

Dowód:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr CSKDZP-2375/26/08/01/2019
2. Załącznik nr 7 do SIWZ

W efekcie, przedmiot zamówienia został określony w sposób **niejednoznaczny** oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert, a zatem sprzecznie ze sposobem obliczenia ceny (w zw. z art. 36 ust.1 pkt 12 i 16 PZP – odnośnie wzoru umowy). **Nie jest bowiem obiektywnie możliwe skalkulowanie ceny dla określonych ilości towarów, która ma być każdorazowo zmieniona w związku z koniecznością dostosowania tej ceny do nowego zestawienia zawierającego współczynniki korygujące (i to automatycznie, bez podpisania pisemnego aneksu) i jednocześnie na tyle wysoka, aby zapewnić zysk wykonawcom z racji wygrania postępowania przetargowego. W kontekście tych wymogów nie jest możliwe złożenie prawidłowej oferty.**

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.*

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 o 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 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 § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzoru umowy: „Zamawiający przewiduje zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy wynikającej ze zmiany współczynnika korygującego zmieniającego wartość produktu leczniczego objętego refundacją pod warunkiem zachowania wartości danego zadania, 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 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 § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a pozostaje nieważne. Zgodnie z poglądami doktryny w zakresie dyspozycji przepisu art. 538 KC, należy wskazać, iż podstawą obowiązywania ceny maksymalnej jest „zarządzenie”, które w obowiązującym porządku prawnym oznacza przepis ustawy (zob. C. Żuławska, w: Bieniek, Komentarz 2009, II, s. 29–30; J. Jezioro, w: Gniewek, Komentarz KC 2014, s. 1085). Co więcej, w doktrynie podnosi się, że „zarządzenie” oznacza aktualnie wyłącznie akt wydany na podstawie i w granicach określonych przez ustawy, co oznacza, że nie jest możliwe stosowanie art. 538 KC do cen wprowadzonych aktami rangi pozaustawowej (za: M. Załucki (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2019; por. J. Jezioro, w: E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz KC, 2017, art. 537, Nb 2 i art. 538, Nb 1 oraz powołana tam literatura). W konsekwencji wydawane zarządzenia mogą ustanawiać ceny maksymalne, o ile wynika to wprost z przepisu rangi ustawowej, który uprawnia dany organ do wydawania zarządzeń w zakresie ustanawiania cen maksymalnych. Za zarządzenia spełniające wymogi z art. 538 KC nie mogą być zatem uznane zarządzenia wydane na podstawie przepisu ustawy, generalnie uprawniającego organ do wydawania zarządzeń, co ma miejsce w niniejszym przypadku i co decyduje o tym, że Zamawiający nie może skutecznie zastrzec w post. przetargowym zobowiązania wykonawców do dostosowania cen do zarządzeń Prezesa NFZ ustalającym lub zmieniającym katalog współczynników korygujących, jednocześnie wskazując w par. 10 ust. 8, że zmiana polegająca na obniżeniu ceny (a temu służą progi kosztowe uprawniające do zastosowania współczynnika korygującego) nie wymaga pisemnego aneksu – co z kolei sprawia, że tylko zmiany podwyższające cenę wymagałyby uzgodnienia w postaci pisemnego aneksu, co w praktyce nigdy nie miałyby miejsca.

Po pierwsze, podnieść należy, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, które wprowadzają współczynniki korygujące (tj. zarządzenie nr 75/2018/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 lipca 2018r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe oraz Zarządzenie nr 56/2018/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 lipca 2018 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapii) 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.* Linie 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 programu lekowego (i chemioterapii) **mają charakter wewnętrzny** i – jak przyjął Sąd Najwyższy niektóre ich postanowienia mogą wiązać świadczeniodawcę i oddział NFZ, których łączy umowa o świadczenie usług opieki medycznej poprzez wyrażne odwołanie się do nich w treści tej umowy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2012 r., III CSK 217/11, nie publ., z dnia 29 stycznia 2016 r., II CSK 91/15, nie publ., z dnia 19 maja 2016 r., IV CSK 550/15, OSNC 2017, Nr 3, poz. 36, i z dnia 15 listopada 2016 r., III CSK 414/15, nie publ.). **Powyższe zaś świadczy o tym, że w aktualnym stanie prawnym nie ma żadnej podstawy prawnej, uprawniającej do zobligowania strony trzeciej względem umowy świadczeniodawcy z NFZ do stosowania przez niego postanowień pochodzących z zarządzeń Prezesa NFZ. Stanowczo należy bowiem podkreślić, że Wykonawcy nie są adresatem ani Stroną zarządzeń Prezesa NFZ, które dotyczą wyłącznie relacji na linii Zamawiający – właściwy oddział NFZ.**

Po drugie, ani ustawa z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, ani poszczególne 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 stanowiąc, że *zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.*

W sytuacji zaś niewiedzy Wykonawcy co do ostatecznej ceny sprzedaży – 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 SIWZ, a nadto, szpital zastrzega sobie możliwość mniejszego zamówienia asortymentu - par.4 wzorca umowy) powoduje brak możliwości obliczenia ceny według reguł wskazanych w punkcie XVIII 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 inni 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 wzorca umownego (§10 ust. 2 pkt 8 lit. a) 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 ograniczaniu dostępu do rynku lub uzgadnianiu przez Zamawiającego i wykonawców warunków składanych ofert, w szczególności warunków ceny. Zważywszy na wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia SIWZ zachodzi wątpliwość czy w niniejszym przypadku nie można mówić o możliwym niedozwolonym porozumieniu umownym, podkreślając fakt, iż 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 postanowienia jak § 10 ust. 2 pkt 8 lit. a w zoru umowy ograniczył możliwość przystąpienia większej ilości wykonawców do postępowania przetargowego. Jak wspomniano wyżej, nie każdy podmiot ma możliwość takiego dostosowania ceny do progu kosztowego ustalonego przez Prezesa NFZ, żeby nie skutkowało to dla niego stratami finansowymi. Kwestionowane postanowienie par. 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzoru stawiają w uprzywilejowanej pozycji producentów/wytwórców danych produktów leczniczych, którzy bezpośrednio mogą przystąpić do przetargu w stosunku do wykonawców hurtowni farmaceutycznej. Odwołujący podkreśla przy tym, że ich uprzywilejowanie wynika jedynie z faktu, że mogą liczyć się ze stratą związaną z konkretną partią produktów, które bieżąco sprzedają na rzecz Zamawiającego. Z kolei wykonawcy prowadzący hurtownie farmaceutyczne, w pierwszej kolejności czynią zapasy konkretnego produktu leczniczego odpowiednio wcześniej, aby móc terminowo realizować dostawy w ramach wygranego przetargu. Co oznacza, że kupują produkty wcześniej po określonej cenie od wytwórcy a następnie produkty te odsprzedają na rzecz Zamawiającego zgodnie z warunkami określonymi w umowie. W niniejszej sprawie, kwestionowane zapisy stawiają wykonawców prowadzących hurtownie farmaceutyczne w pozycji słabszej, co piętzy nieuczciwość i nieproporcjonalność w postępowaniu. Powoduje to, że znaczna część potencjalnych wykonawców nie będzie mogła przystąpić do przetargu, co w konsekwencji ogranicza szanse Zamawiającego na uzyskanie rzeczywiście najkorzystniejszej ceny. W dalszej konsekwencji, takie rozwiązanie ogranicza konkurencję, a jak wskazuje Sąd Okręgowy - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt: XVII AmA 158/14: „*W interesie publicznym leży natomiast istnienie i rozwój konkurencji na wszystkich rynkach właściwych, zaś działania ograniczające powstanie lub rozwój konkurencji naruszają interes publiczny. Jak wskazał, porozumienia cenowe należą do najcięższych naruszeń konkurencji, gdyż naruszają w ostateczności interes ogólnospołeczny.*”

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

Kolejno, należy podkreślić, że Zamawiający jest „przedsiębiorcą” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt a UOKiK. Niewątpliwie zajmuje przy tym pozycję dominującą z uwagi na faktyczną rejonizację świadczeń medycznych, która sprawia, że większe jednostki medyczne (jak Zamawiający) dominują na danym terenie w zakresie świadczenia tychże usług. Narzucając warunki umowne dotyczące kształtowania cen w sposób jak w § 7 ust. 4 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. 10 ust. 8 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, będzie wymagało pisemnej zgody Zamawiającego, co w praktyce nie będzie miało miejsca. 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 §10 ust.2 pkt 8 lit. a (w zw. z art. 10 ust.8) 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 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 §10 ust. 8 *możliwość zmiany ceny jednostkowej asortymentu produktu leczniczego nie wymaga formy pisemnej i jest obowiązkowe w przypadku zmian cen u producenta, cen urzędowych itp.* – co bezpośrednio zmierza do obejścia przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP i stoi w sprzeczności z art. 10 ust. 2 pkt 8 lit. a wzorca umowy. Zamawiający przewidział bowiem katalog uprawniający do zmiany umowy odrębnie w §10 ust. 2 wzorca umowy. Przewidując bezprawną, swobodną, bezaneksową zmianę wyłącznie na korzyść Zamawiającego w par. 10 ust. 8 tworzy zatem wyjątek do nietraktowania zmiany ceny (obniżenia) jako zmiany umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP, co też narusza ten przepis. W praktyce będzie to oznaczać, że każda zmiana ceny obniżająca wartość

asortymentu będzie sporządzona bezaneksowo, natomiast – zmiana, która skutkowałaby podwyższeniem ceny – wymaga już aneksu, o ile naturalnie Zamawiający wyrazi na nią zgodę, gdyż w myśl art. 10 ust. 10 wzorca umowy – nie jest do wyrażenia takiej zgody zobowiązany. Powyższe zaś stanowi, że poprzez art. 10 ust. 8 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) stanowi istotną zmianę umowy w świetle art. 144, co oznacza, że postanowienia wzorca umowy §10 ust. 8, zmierzają także do obejścia przepisów odnośnie do wymaganej formy czynności prawnej (zmiany umowy przetargowej)

Zamawiający uznaje zatem w sposób nieuprawniony i niezrozumiały, że zmiana współczynnika korygującego lub progu kosztowego uprawniającego do jego zastosowania, gdzie następuje obniżenie wartości ww. progów nie stanowi zmiany umowy, wskazując wprost, iż owa zmiana ma nastąpić bez sporządzania aneksu. Powstaje tutaj pewna niekonsekwencja, ponieważ Zamawiający za zmianę umowy uznaje tym samym taką zmianę progów, gdzie następuje zwiększenie wartości progów a przez to cen, na co już wymaga pisemnej zgody.

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**”.*

Podsumowując, Zamawiający całkowicie pomija zatem fakt, że cena, która ma być dostosowana do tych wymogów stanowi jego jedyne kryterium oceny ofert wykonawców na podstawie którego udzieli zamówienia publicznego, zmiana ceny sprzedaży (niezależnie czy przez ich wzrost czy spadek) zatem stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 144 PZP.

II. Sprzeczność z naturą zobowiązania i z zasadami współżycia 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 oraz wzór umowy w części w/w postanowień **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 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**. Krag 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 zarządzenia Prezesa NFZ **wprowadzającego katalog współczynników ma ulec dostosowaniu**, 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 w par. 10 ust. 2 pkt 8 lit. a 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 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. Co więcej, zwrócić uwagę należy, że Zamawiający błędnie formułuje wskazany zapis wskazując, że współczynnik korygujący miałby wpływać na cenę produktu objętego refundacją, podczas gdy – jak podniesiono na wstępie niniejszego odwołania – produkty lecznicze refundacją nie są objęte zarządzeniami Prezesa NFZ wprowadzającymi współczynniki korygujące – te bowiem premiuja stosowanie ich tańszych odpowiedników.

Ponadto, niezależnie od wyżej wskazanych spostrzeżeń, podkreślić należy, że wnioski Wykonawcy o usunięcie kwestionowanych postanowień z wzorca umowy pozostają w zgodzie z nowym projektem ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 21 stycznia 2019r. (nr wykazu UD 472), której naczelną zasadą jest zrównoważenie pozycji stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez zakaz kształtowania praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyka związanego z jego realizacją.

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

Wykaz załączników:

1. Pełnomocnictwo główne i substytucyjne wraz z dowodem dokonania opłaty skarbowej;
2. Potwierdzenie dokonania wpisu od odwołania;
3. Odpis aktualny KRS dot. Odwołującego;
4. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 9 września 2019r.;
5. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr CSKDZP-2375/26/08/01/2019 wraz z załącznikiem nr 7 – wzorem umowy;
6. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
7. Pytania Odwołującego złożone do SIWZ.

Otrzymują:

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

Marta Dąbrowska
Marta Dąbrowska
Radca Prawny

Marta Dąbrowska
Marta Dąbrowska
Radca Prawny

Wrocław, dnia 6 września 2019 r.

Pełnomocnictwo procesowe i materialne

My niżej podpisani członkowie Zarządu „URTICA” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udzielamy niniejszym pełnomocnictwa procesowego i materialnego **radcy prawnemu Bogusławowi Sołtysowi** do złożenia i podpisania w imieniu Spółki odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego – Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie (NIP: 521-292-55-96), w postępowaniu przetargowym nr CSKDZP-2375/26/08/01/2019 oraz wnoszenia w imieniu Spółki pism procesowych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także reprezentowania Spółki na posiedzeniach i na rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą. Pełnomocnictwo obejmuje również wnoszenie środków zaskarżenia, wnoszenie pism procesowych oraz reprezentowanie Spółki w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

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

Umocowanie obejmuje także prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Dyrektor ds. Handlowych
Prokurent

.....
Katarzyna Patyńska-Pniaczek

Wiceprezes Zarządu
ds. Handlowych

.....
Renata Biel

Pełnomocnictwo substytucyjne

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

.....

Wrocław, dnia 6 września 2019 r.

Pełnomocnictwo substytucyjne

Działając na podstawie udzielonego mi przez „URTICA” (dawniej: „PGF URTICA”) Spółkę z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pełnomocnictwa materialnego i procesowego z dnia 6 września 2019 r. do złożenia i podpisania w imieniu Spółki odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ogłoszonej przez Zamawiającego – Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie (NIP: 521-292-55-96), w postępowaniu przetargowym nr CSKDZP-2375/26/08/01/2019 oraz wnoszenia w imieniu Spółki pism procesowych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także reprezentowania Spółki na posiedzeniach i na rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą, niniejszym udzielam pełnomocnictwa substytucyjnego radcy prawnemu **Marcie Dąbrowskiej** w pełnym zakresie udzielonego mi pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo obejmuje również wnoszenie środków zaskarżenia, wnoszenie pism procesowych oraz reprezentowanie Spółki w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

Potwierdzam za zgodność
z okazanym oryginałem

11-09-2019

W R O C Ł A W

Marta Dąbrowska

Marta Dąbrowska
Radca Prawny

RADCA PRAWNY

dr Bogusław Soltys



POTWIERDZENIE WYKONANIA PRZELEWU - DUPLIKAT

mBank S.A.

Bankowość Detaliczna
90-959 Łódź 2, Skrytka Poczтовая 2108

Informacje o transakcji

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

Tytuł operacji:

OPLATA OD PEŁNOM. W SPR. ODWOŁANIA URTICA SP. Z O.O._
CENTRALNY SZPITAL KLINICZNY MSWiA W WARSZAWIE DLA B.
SOŁTYS_ M. DĄBROWSKA

Rodzaj operacji:

Nr referencyjny operacji:

PRZELEW SORBNET WYCHODZĄCY
45479601-000009355

Data operacji:

2019-09-11

Data księgowania:

2019-09-11

Kwota przelewu:

34,00 PLN

Data wystawienia dokumentu: 2019-09-11

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.:

64001115029 Data księgowania: 11.09.2019

Data transakcji: 11.09.2019

Dane Płatnika:

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

Dane Odbiorcy:

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

Tytuł operacji:

Wpis od odwołania Urtica Sp. z o.o.
c/a Centralny Szpital Kliniczny MS
WiA w Warszawie

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).