Sygn. akt: KIO 1382/19

WYROK

z dnia 31 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2019 r. przez wykonawcę Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Publiczny Samodzielny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach przy udziale wykonawców:

A. ASCLEPIOS Spółka Akcyjna we Wrocławiu,

B. Farmacol - Logistyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach,

C. Salus International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Górnośląskiemu Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Publiczny Samodzielnemu Szpitalowi Klinicznemu nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i wzoru umowy poprzez usunięcie § 2 ust. 4 oraz §10 ust. 2 lit. a tiret drugie wzoru umowy (załącznika nr 4 do s.i.w.z.) oraz usunięcie w punkcie V s.i.w.z. fragmentu: Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy sporządzając ofertę cenową, uwzględniali treść aktualnego Komunikatu Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia oraz fragmentu Zamawiający wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ określonego na podstawie zapisu §25 obowiązującego Zarządzenia

Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia.

2. Kosztami postępowania obciąża Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. św.

Jana Pawła II Publiczny Samodzielny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego

Uniwersytetu Medycznego w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Górnośląskiego Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Publicznego Samodzielnego Szpitala Klinicznego nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na rzecz Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 19 381 zł 34 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł 00 gr), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr),

dojazdu na posiedzenie Izby (730 zł 34 gr) i opłaty skarbowej od pełnomocnictw (51 złOOgr).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Sygn. akt: KIO 1382/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Publiczny Samodzielny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa produktów leczniczych stosowanych w chemioterapii.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 19 lipca 2019 roku wykonawca Urtica Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

I. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w § 2 ust. 4 w zw. z § 10 ust 2 lit. a tiret drugie wzoru umowy (załącznika nr 4 do s.i.w.z.) oraz w V SIWZ - TERMIN I WARUNKI PŁATNOŚCI oraz 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:

a) art. 353^1 w zw. z art. 538 Kodeksu cywilnego (K.c.) w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie przez zamawiającego, w ww. postanowieniu wzorca umowy § 2 ust. 4, że cena jednostkowa oferowanego przedmiotu zamówienia będzie niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ określanego na podstawie § 25 obowiązującego zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia 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 K.c., stanowiącego podstawę prawną do stosowania przez świadczeniodawców cen maksymalnych oraz że ww. zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia są wiążące dla dostawców podczas gdy:

- po pierwsze: zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych mają charakter wyłącznie wewnętrzny konkretyzujący obowiązki Prezesa NFZ w zakresie realizacji 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 K.c. 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 przerzucenia na wykonawcę obowiązku dostosowania ceny sprzedaży produktów leczniczych w taki sposób, aby zamawiający mógł skorzystać ze współczynnika korygującego:

b. art. 353 w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. - poprzez zamieszczenie przez zamawiającego w postanowieniu § 2 ust. 4 wzorca umowy w zw. z §10 ust. 2 lit. a tiret drugie, wymagającego aby cena leku na fakturze była niższa lub równa progowi kosztowemu uprawniającemu do zastosowania współczynnika korygującego określonego w zarządzeniu Prezesa 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 ustawy P.z.p. 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 (§ 2 ust. 4) dot. obowiązku dostosowania ceny przez wykonawców do progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego (tj. § 2 ust. 4) naruszają zasady uczciwej konkurencji poprzez wykluczenie dostawców tych produktów leczniczych, którzy są w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z s.i.w.z., jednakże wobec poczynionych zapasów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do zarządzenia Prezesa NFZ. Zamawiający poprzez § 2 ust. 4 wzorca umowy faworyzuje producentów produktów leczniczych przystępujących do postępowania przetargowego, którzy jako pierwsze ogniwo łańcucha dystrybucyjnego nie kupują produktów od innych wytwórców i są w stanie uelastycznić 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 i punktu V s.i.w.z. 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.

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 § 2 ust.4 wzorca umowy, czym faktycznie zmusza 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. 4 wzorca umowy). W konsekwencji należy uznać, że zamawiający zniekształca stosunek zobowiązujący uznając w sposób niedopuszczalny cenę sprzedaży za cenę maksymalną w rozumieniu K.c i kształtuje ją w sposób dowolny, niezgodny z ograniczeniami zasady swobody umów, co podkreślono powyżej.

III. Zasadami współżycia 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 ww. postanowienia s.i.w.z. 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 odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień s.i.w.z. i wzoru umowy poprzez usunięcie § 2 ust. 4 oraz §10 ust. 2 lit. a tiret drugie wzoru umowy (załącznika nr 4 do s.i.w.z.),

2. usunięcie następującego fragmentu w punkcie V s.i.w.z.: Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy sporządzając ofertę cenową, uwzględniali treść aktualnego Komunikatu Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia oraz fragmentu Zamawiający wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ określonego na podstawie zapisu §25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia.

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 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 s.i.w.z. w zakresie kwestionowanych zapisów s.i.w.z i wzoru umowy), 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 odwołującyjako 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 s.i.w.z. oraz wzorów umów obarczone nieważnością, co również stoi u podstaw interesu z wystąpieniem z niniejszym odwołaniem do KIO.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał w s.i.w.z. oraz we wzorze umowy opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że w punkcie III s.i.w.z. wskazał w postaci tabeli 35 pakietów zamawianych leków, które precyzuje Załącznik nr 2 - specyfikacja asortymentowo-cenowa. 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 punkt XIV s.i.w.z.

Następnie zamawiający zniekształcił opis przedmiotu zamówienia i sposób obliczenia ceny, określony w punkcie XIV s.i.w.z., wskazując w § 2 ust. 4 wzoru umowy: „Cena jednostkowa oferowanego przedmiotu zamówienia będzie niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia".

Dodatkowo, wskazał także w punkcie V do s.i.w.z. pt. TERMIN I WARUNKI PŁATNOŚCI, że „Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy sporządzając ofertę cenową uwzględniali treść aktualnego Komunikatu Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia (...) Zamawiający wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia.

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 ustawy P.z.p. (w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. 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.

Odwołujący podniósł, 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. Wskutek powyższego przerzucenie obowiązku dostosowania ceny sprzedaży do ceny uprawniającej zamawiającego do skorzystania ze współczynnika korygującego nie znajduje podstawy prawnej.

W ocenie odwołującego, 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 ustawy P.z.p. znajduje również bezpośrednie zastosowanie w niniejszym przypadku. Wzór umowy zawiera bowiem wprowadzoną przez zamawiającego normę

umowną pozostającą w sprzeczności ze wszystkimi elementami stanowiącymi granice swobody kontraktowej tj. właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Konsekwencją takiej sprzeczności jest zaś nieważność tego postanowienia.

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

1. Sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującymi

a) Odwołujący wskazał, że postanowienie wzorca umowy § 2 ust. 4, zgodnie z którym „Cena jednostkowa oferowanego przedmiotu zamówienia będzie niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia" są sprzeczne z przepisem dotyczącym ceny maksymalnej tj. art. 538 KC, które za pośrednictwem art. 139 ust. 1 PZP znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie. Zamawiający poprzez wyszczególniony powyżej zapis wzorca umowy wskazuje maksymalna 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 § 2 ust. 4 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 K.c. do cen wprowadzonych aktami rangi pozaustawowej (za: M. Załucki (red.) Kodeks cywilny.

Komentarz, Legalis 2019; por. 3. 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 K.c. 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 postępowaniu przetargowym zobowiązania wykonawców do dostosowania cen do zarządzeń Prezesa NFZ ustalającym lub zmieniającym katalog współczynników korygujących.

Odwołujący podniósł, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydawane na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. 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. Odwołujący podkreślił, że z powołanych przepisów nie wynika ani ustawodawca nie wprowadza żadnego innego przepisu dot. zarządzeń, który wprost wskazuje, że zarządzenia Prezesa NFZ maja moc powszechnie obowiązującą. Co więcej, przeczy temu sama ustawa, będąca podstawą do wydawania zarządzeń, która w żadnym punkcie nie nakłada na dostawców produktów leczniczych obowiązków względem Prezesa NFZ. Co więcej, wewnętrzny charakter zarządzeń Prezesa NFZ potwierdza także orzecznictwo - Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 23 marca 2017r., w sprawie o sygn. akt II GSK 1913/15, gdzie stanowi, że Zarządzenie Prezesa NFZ określające warunki postępowania dotyczącego zawierania umów o udzielania świadczeń opieki zdrowotnej nie jest aktem normatywnym, lecz dokumentem wydanym przez Prezesa na podstawie art. 102 ust 5 pkt 24 ustawy z 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Przepis ten obejmuje zarówno decyzje administracyjne, jak i inne decyzje - z zakresu kierowania ustawową i statutową działalnością NFZ, które to rozstrzygnięcia mogą przyjąć różne nazwy. Nie ma przy tym przeszkód formalnoprawnych, by decyzje, w tym drugim znaczeniu, były określane jako zarządzenia w ramach pragmatyki wykonywania ustawowych zadań przez Prezesa NFZ. Niezależnie od przyjętej nazwy brak jest argumentów prawnych dla przyjęcia tezy, że postanowienia tych decyzji, dokumentów czy zarządzeń to akty prawne. Linię tę potwierdza wyrok Sądu

zdrowotnej, jako akt prawa wewnętrznego, dookreśla w dozwolonym przez ustawę obszarze zasady, na jakich prowadzone jest postępowanie w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami (...).

Przystępujący stwierdził, 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 chemioterapia mają charakter wewnętrzny i - jak przyjął Sąd Najwyższy niektóre ich postanowienia mogą wiązać świadczeniodawcę i oddział NFZ, których łączy umowa o świadczenie usługo opieki medycznej poprzez wyraźne odwołanie się do nich w treści tej umowy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2012 r., III CSK 217/11, nie publ., z dnia 29 stycznia 2016 r., II CSK 91/15, nie publ., z dnia 19 maja 2016 r., IV CSK 550/15, OSNC 2017, Nr 3, poz. 36, i z dnia 15 listopada 2016 r., III CSK 414/15, nie publ.). Powyższe zaś świadczy o tym, że w aktualnym stanie prawnym nie ma żadnej podstawy prawnej, uprawniającej do zobligowania strony trzeciej względem umowy świadczeniodawcy z NFZ do stosowania przez niego postanowień pochodzących z zarządzeń Prezesa NFZ. Stanowczo należy bowiem podkreślić, że wykonawcy nie są 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 s.i.w.z. i wzoru umowy są sprzeczne jest art. 353 K.c. w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p.

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.

W ocenie odwołującego, nie bez znaczenia pozostaje fakt, że każdorazowe dostosowanie ceny sprzedaży produktów leczniczych objętych zamówieniem częściowym zamawiającego (taka możliwość wynika z § 3 ust. 2 wzorca umowy) powoduje brak możliwości obliczenia ceny według reguł wskazanych w punkcie XIV s.i.w.z., bowiem zarządzenia Prezesa NFZ ukazują się cyklicznie, a wartości progów kosztowych, jak i samych współczynników korygujących są zmieniane dynamicznie (jeśli chodzi o chemioterapię to co miesiąc ukazuje się nowy komunikat). 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 K.c.

c) Niezależnie od poczynionych powyżej uwag, odwołujący uznał, że zapis wzorca umownego (§ 2 ust. 4) narusza zasady uczciwej konkurencji, określonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez wykluczenie dostawców tych produktów leczniczych, którzy są w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z s.i.w.z, jednakże wobec poczynionych zapasów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do zarządzenia Prezesa NFZ.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 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 s.i.w.z. 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.

Odwołujący wskazał, że zamawiający poprzez postanowienia jak § 2 ust. 4 wzoru umowy ograniczył możliwość przystąpienia większej ilości wykonawców do postępowania przetargowego. Jak wspomniano wyżej, nie każdy podmiot ma możliwość takiego dostosowania ceny do progu kosztowego ustalonego przez Prezesa NFZ, żeby nie skutkowało to dla niego stratami finansowymi. Kwestionowane postanowienie § 2 ust. 4 wzoru umowy i wyżej cytowane fragmenty treści punktu V do s.i.w.z. 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 Am A 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 przeważył nad prawidłowo rozumianym interesem publicznym.

Odwołujący podkreślił, 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 świetle uwag powyższych, rozwiązanie wynikające z §2 ust. 4 (a w konsekwencji §10 ust. 2 lit. a tiret drugie) wzorca umowy oraz wyżej wskazanych fragmentów w punkcie V s.i.w.z., narusza ww. przepis, ponieważ stanowi to jednostronne, rażące przerzucenie obowiązków na wykonawców co powoduje, że również ten zapis umowny jest obarczony sankcją nieważności.

II. Sprzeczność z naturą zobowiązania i z zasadami współżycia społecznego

Odwołujący podkreślił, 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 K.c. charakteryzuje się tym, że jej górna granica jest wskazana zarządzeniem właściwego organu administracyjnego i na podstawie art. 536 § 1 K.c. , 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, odwołujący wskazał, że s.i.w.z. oraz wzór umowy w części ww. postanowień kłóci się z zasadami współżycia 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 współżycia 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).

Odwołujący podkreślił, że w przypadku ukształtowania postanowień umownych sprzecznie z przepisami powszechnie obowiązującymi, naturą stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współżycia społecznego, sankcją w oparciu o art. 58 K.c. jest nieważność. Zatem w niniejszym przypadku wzór umowy, na warunkach którego zamawiający określa ceną maksymalną w sposób, który cyklicznie się zmienia 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.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyżej opisane postanowienia s.i.w.z. 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 we wzorze umowy i w cytowanych wyżej fragmentach w punkcie V s.i.w.z.

Odwołujący podniósł, 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 201 lr. 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.

Odwołujący podkreślił, że wnioski wykonawcy o usunięcie kwestionowanych postanowień z s.i.w.z. 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.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia.....zamawiający wniósł

o:

1. . Oddalenie odwołania,

2. Zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego stosownie do przepisu 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r, w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972 t.j.), a więc stosownie do wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego, na podstawie rachunku przedłożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że jako świadczeniodawca w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 24 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (podmiot leczniczy), realizując świadczenia z zakresu programów lekowych, uprawniony jest do ubiegania się o preferencyjne rozliczenie wykonanych procedur. Mechanizm takiego rozliczenia polega na możliwości zastosowania współczynnika korygującego, tj. uzyskania wyższej stawki za daną procedurę. Wskazane wyżej współczynniki jak słusznie zwraca uwagę odwołujący, wynikają z zarządzenia nr 66/2019/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie ogólnych warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe, a konkretnie z Załącznika Nr 4 do ww. zarządzenia: Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych.

Mechanizm uprawniający do skorzystania z ww. preferencji wynika z kolei z 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 programy lekowe. Zgodnie z 25 tego zarządzenia, w przypadku, gdy u danego świadczeniodawcy w trakcie terapii określonego świadczeniobiorcy w danym okresie koszt każdej rozliczonej jednostki danej substancji czynnej jest mniejszy niż koszt wskazany w katalogu współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych, zwanym dalej „katalogiem współczynników", stanowiącym załącznik nr 5 do zarządzenia, wartość: l) produktu rozliczeniowego z katalogu ryczałtów lub 2) świadczenia z katalogu świadczeń - jest korygowana z zastosowaniem współczynnika korygującego (ust. 1). Zakres oraz warunki stosowania, a także wartość współczynnika korygującego, o którym mowa w ust. 1, określa katalog współczynników (ust. 2).

Zamawiający jest — zgodnie z art. 9 pkt 11 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych jednostką sektora finansów publicznych. Podmiotem tworzącym dla

zamawiającego jest Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach (również jednostka sektora finansów publicznych), a organem nadzorującym — m.in. Minister Zdrowia.

Z powyższego wynika, iż zamawiający — zgodnie z art. 44 ust. 3 Ustawy o finansach publicznych zobowiązany jest do dokonywania wydatków publicznych:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Zgodnie z ust. 4 powołanego przepisu, jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

W tym stanie rzeczy, zamawiający — mając możliwość uzyskania zwiększonej wyceny za wykonane procedury, kierując się ww. zasadami dokonywania wydatków publicznych — w istocie jest zobowiązany do tego, by czynić wszelkie starania o to, żeby takową zwiększoną wycenę uzyskać. Żeby ją uzyskać — musi zadbać — oczywiście przy zachowaniu przepisów o zamówieniach publicznych — o uzyskanie cen, które pozwolą na spełnienie przesłanek do skorzystania z preferencyjnej wyceny. Co więcej, zgodnie z 28b zarządzenia Prezesa NFZ z dnia 30 listopada 2018 r. zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe (w brzmieniu nadanym przez zarządzenie nr 8/2019/DGL Prezesa NFZ z dnia 29 stycznia 2019 r. zmieniające zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe):

Dyrektor oddziału Funduszu jest zobowiązany do:

1) monitorowania średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych u poszczególnych świadczeniodawców realizujących programy lekowe;

2) weryfikacji kosztu, o którym mowa w pkt 1; względem średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju;

Ponadto dyrektor oddziału Funduszu jest zobowiązany do uwzględniania weryfikacji, o której mowa w pkt 2, przy określaniu wysokości kwoty zobowiązania Funduszu wobec danego świadczeniodawcy na kolejny okres w zakresie odpowiedniego programu lekowego, w przypadku przekroczenia u danego świadczeniodawcy średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju o więcej niż 10 % w okresie 3 miesięcy poprzedzających 0 3 miesiące okres, na który ustalane jest zobowiązanie.

Oznacza to, iż zamawiający w istocie nie ma możliwości (kierując się ww. dyscypliną finansów publicznych) niezapewnienia cen niższych niż te ujęte w katalogu współczynników korygujących. Jeżeli zamawiający dopuści do zakontraktowania leków po cenach przekraczających limit 10% powyżej średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju, zostanie to uwzględnione przy określeniu kwoty zobowiązania NFZ wobec zamawiającego.

Konkludując: Zmawiający, który nie zadba o poziom cen poniżej limitów określonych w celu uzyskania współczynników korygujących: nie tylko nie będzie mógł z takich współczynników skorzystać, ale poniesie tego negatywne konsekwencje w postaci obniżenia kwoty należnej od NFZ w kolejnym okresie.

W ocenie zamawiającego, nie sposób przy tym twierdzić — jak wskazuje odwołujący - iż zamawiający realizuje cel prywatny. Zamawiający dysponuje środkami publicznymi, które winien jest wydawać zgodnie z ww. zasadami, w celu zapewnienia udzielania świadczeń zdrowotnych dzieciom. Ponadto wprowadzony mechanizm ma w istocie na celu zwiększenie

dostępu pacjentów do terapii. Jak wskazał Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia w uzasadnieniu do ww. zarządzenia nr 75/2018/DGL: „zastosowanie współczynników korygujących pozwoli na zwiększenie dostępu pacjentów do terapii poprzez obniżenie kosztów leków stosowanych w programach lekowych.

Powyższe względy — zdaniem zamawiającego — stanowią obiektywne podstawy do tego, by wprowadzić wymóg zawarty w s.i.w.z., zgodnie z którym zamawiający wymaga, aby wykonawcy, sporządzając ofertę cenową, uwzględniali treść aktualnego załącznika „Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych" do zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe.

Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy" (tak wyrok KIO z 25.05.2012 r., KIO 974/12, LEX nr 1165364). Jeżeli wykonawca uzna, że istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy naruszają jego interesy, może nie ubiegać się o udzielenie zamówienia (tak. wyrok KIO z 16.06.2009 r., KIO/UZP 694/09, LEX nr 508277). W wyroku z 14.07.2011 r., XII Ga 314/11, LEX nr 1124956, sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „warunki umowne są identyczne dla wszystkich wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (...), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353^1 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy".

W orzecznictwie sformułowano również pogląd, iż „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za sui generis umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09).

Zamawiający stwierdził, że treść załącznika do zarządzenia Prezesa NFZ jest powszechnie znana, co pozwala każdemu z wykonawców na skalkulowanie i obliczenie ceny oferty. Pozwala to również zamawiającemu na porównanie złożonych ofert, co powoduje, że nie dochodzi do jakiegokolwiek naruszenia ustawy P.z.p.

Jeżeli chodzi o kwestię treści umowy, która ma zostać zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający wskazuje, iż wyrażono pogląd, zgodnie z którym „Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że „C..) odwołanie składane do Izby jest środkiem ochrony prawnej a nie narzędziem do negocjacji z Zamawiającym i do domagania się - z uwagi na adhezyjny charakter wzoru umowy określanego przez jedną stroną stosunku zobowiązaniowego - modyfikacji czy doprecyzowania przez Izbę postanowień umowy w sposób korzystny i uznawany przez potencjalnego oferenta za pożądany i właściwy. Jeżeli w sferze stosunków prywatno-prawnych strona umowy adhezyjnej nie ma w istocie możliwości negocjowania jej warunków, to nie sposób uznawać, by taką możliwością dysponował potencjalny oferent na gruncie postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Do zakwestionowania postanowień wzoru umowy przyjętego przez zamawiającego może dojść jedynie wówczas, gdy zostanie w sposób rzeczowy wykazane, że postanowienia te, z uwagi na sprzeczność z regulacjami Kodeksu cywilnego, naruszają w konsekwencji przepisy ustawy P.z.p., w tym zasady wynikające z tych przepisów. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy P.z.p. wskutek określonego wzoru umowy można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednie lub pośrednie przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej (tak. wyrok KIO 398/14)".

Zdaniem zamawiającego, zarzuty odwoławcze stanowią w istocie dążenie do tego, by w drodze uzyskania wyroku Izby — doszło do modyfikacji umowy w sposób korzystny dla oferenta. Takie ukształtowanie zarzutów — przy braku naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego — nie może odnieść skutku.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż określenie cen w ww. załączniku do zarządzenia

Prezesa NFZ spełnia kryteria ceny maksymalnej w rozumieniu art. 538 K.c., jako że zarządzenie Prezesa NFZ wydawane jest na podstawie ustawy z dnia 24 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Co równie istotne, źródłem i upoważnieniem dla określenia współczynników korygujących są przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 września 2015 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. W szczególności w załączniku do ww. rozporządzenia (w 1 pkt 16) współczynniki korygujące określone zostały jako współczynniki ustalone przez Prezesa Funduszu, określające wysokość mnożników dla poszczególnych:

a) grup świadczeniobiorców albo

b) świadczeń, albo

c) grup świadczeniodawców, albo

d) grup osób wykonujących dany zawód medyczny

za pomocą których jest wyliczana wysokość zobowiązania Funduszu wobec świadczeniodawcy.

Jak wynika z powyższego, źródłem dla określenia zasad rozliczeń przez Prezesa NFZ są przepisy rangi ustawowej oraz na ich podstawie akt wykonawczy — rozporządzenie Ministra Zdrowia.

Jednak nawet, gdyby stawki zawarte w ww. załączniku nie spełniały kryterium ceny maksymalnej — zamawiający zwraca uwagę na przepis art. 536 § 1 K.c., zgodnie z którym cenę można określić przez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Ustalenia może dokonać także podmiot trzeci w stosunku do stron umowy. Tego rodzaju mechanizm przewidział zamawiający w treści s.i.w.z., skoro cena ma być każdorazowo odnoszona do aktualnego załącznika do zarządzenia Prezesa NFZ.

W każdym z ww. przypadków: zakwalifikowania ceny jako ceny maksymalnej lub wskazanie podstaw do jej określenia — umowa zawierać będzie ważne — w świetle przepisów K.c. — postanowienia.

Zamawiający zwrócił przy tym uwagę, iż zgodnie z s.i.w.z. (Załącznik Nr 4 do s.i.w.z. Istotne Postanowienia Umowy - §10), zamawiający nie dopuszcza istotnych zmian

postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, za wyjątkiem zmian na podstawie art. 144 ustawy P.z.p., gdzie zamawiający dopuszcza zmianę zawartej umowy w trakcie jej trwania, m.in. w przypadku, gdy: obniżenie dotyczyć będzie ceny płaconej przez zamawiającego do wysokości poniżej progu kosztowego, który uprawni zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualnym załączniku „ Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych" do zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe. Zatem wszelkie argumenty odnośnie ryzyka po stronie wykonawcy czy też rzekomego naruszenia zasad uczciwej konkurencji są nieuzasadnione, skoro obniżenie ceny ma się odbyć w drodze aneksu do umowy, zawieranego — co oczywiste — za zgodą obu stron.

W ocenie zamawiającego, nie zasługują na uwzględnienie argumenty o stracie grożącej wykonawcy. Po pierwsze są to jedynie hipotezy, nie poparte żadnymi dowodami. Po drugie: ceny ustalane przez Prezesa NFZ w załączniku do zarządzenia nr 66/2019/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia to ceny w oparciu o dane z rynku. Każdy ze świadczeniodawców sprawozdaje do NFZ cyklicznie i na bieżąco poziom cen leków i na tej podstawie NFZ ustala średni poziom cen rynkowych. Nie można zatem mówić o stracie po stronie wykonawcy, skoro zamawiający dąży do zapewnienia poziomu cen jedynie poniżej średniej rynkowej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający ustalił w postępowaniu jedno kryterium oceny ofert - cenę, której przypisał wagę 100%.

Zamawiający dokonał w s.i.w.z. oraz we wzorze umowy opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że w punkcie III s.i.w.z. wskazał w postaci tabeli 35 pakietów zamawianych leków, które precyzuje Załącznik nr 2 - specyfikacja asortymentowo-cenowa. Załącznik ten zawiera formularz - tabelaryczne zestawienie produktów leczniczych objętych zamówieniem, ze wskazaniem 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 punkt XIV s.i.w.z.

W myśl pkt. IV ust. 1 s.i.w.z., wymagany termin realizacji zamówienia to 12 następujących po sobie miesięcy liczonych od dnia obowiązywania umowy.

Zgodnie z pkt. XIV s.i.w.z., w§ 2 ust. 4 wzoru umowy: „Cena jednostkowa oferowanego przedmiotu zamówienia będzie niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia".

Zgodnie z pkt. V do s.i.w.z. pt. TERMIN I WARUNKI PŁATNOŚCI:

- Zamawiający wymaga, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia nie była wyższa niż „wysokość limitu finansowania" podana w obwieszczeniu Ministra Zdrowia.

- Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy sporządzając ofertę cenową uwzględniali treść aktualnego Komunikatu Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia (...) Zamawiający wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była niższa lub równa progowi kosztowemu, który uprawni Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc Komunikacie Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia.

W myśl § 10 ust. 2 lit. a tiret drugie istotnych postanowień umowy, zamawiający nie dopuszcza istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, za wyjątkiem zmian na podstawie art. 144 ustawy P.z.p., gdzie zamawiający dopuszcza zmianę zawartej umowy w trakcie jej trwania w przypadku obniżenia ceny jednostkowej przez wykonawcę, w tym w szczególności, gdy obniżenie dotyczyć będzie ceny płaconej przez zamawiającego do wysokości progu kosztowego, który uprawni zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego, określonego w aktualizowanym co miesiąc komunikacie Prezesa NFZ określanego na podstawie zapisu § 25 obowiązującego Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszyć uczciwą konkurencję.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia. Odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p.). Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom.

Zasada uczciwej konkurencji wywodzi się z zasady niedyskryminacji, zawartej w art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2104 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE. Zgodnie ze wskazanym przepisem instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zakaz niedyskryminacji wyrażony w Dyrektywie odnosi się do wszystkich sytuacji związanych z przygotowywaniem, przeprowadzaniem oraz udzielaniem zamówienia publicznego.

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji jest zgodny z celami dyrektywy, które zmierzają do wspierania rozwoju rzeczywistej konkurencji w dziedzinach podlegających odpowiednio ich zakresom stosowania i które formułują kryteria udzielania zamówień zmierzające do zagwarantowania takiej konkurencji (Concordia Bus Finland, C-513/99, wyrok z 17 września 2002 r., Fabricom SA C-21/03 i C 34/03 wyrok z 3 marca 2005).

Ustawa P.z.p. nie definiuje zasady uczciwej konkurencji. Prawo zamówień publicznych posiłkuje się w tym zakresie definicjami zawartymi w innych aktach prawnych. I tak, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei w myśl art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 roku, poz. 369), zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W ocenie Izby wymóg zaoferowania ceny, której maksymalny limit ustalony ma być na podstawie zarządzenia Prezesa NFZ jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów wskazanych wyżej.

Określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których zaliczyć można ponoszone koszty, warunki rynkowe, oferty konkurentów i inne. Na gruncie ustawy P.z.p. poprawność kalkulacji wykonawcy może być rozpatrywana wyłącznie przez pryzmat trzech instytucji tj.:

1) badania rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy P.z.p.,

2) zgodności sposobu obliczenia ceny z wymogami określonymi w s.i.w.z. na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., oraz

3) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. Z uwagi na to, że zamawiający nie ma kompetencji w zakresie kształtowania cen ofert, które zostaną złożone przez wykonawców, czynność polegająca na narzuceniu maksymalnej ceny może być zakwalifikowana jako utrudniająca uczciwą konkurencję.

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w wyroku KIO (sygn. akt KIO/UZP 586/09; KIO/UZP 600/09), charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala zamawiającemu na określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym należy uznać, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest czynnością wykonawcy, a poprawność jego kalkulacji może być rozpatrywana wyłącznie przez pryzmat opisanych powyżej instytucji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż — zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych - zobowiązany jest do dokonywania wydatków publicznych:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

W ocenie Izby zakwestionowane postanowienia umowne oraz s.i.w.z. zdają się wskazywać na zupełnie odmienny skutek niż zakłada zamawiający. Podkreślić należy, że

celem przedmiotowego zamówienia jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, przy czym umowa ma być realizowana przez okres 12 miesięcy od dnia jej zawarcia. Jednocześnie zamawiający przyznaje, iż próg kosztowy, mający być podstawą ustalania ceny ofertowej, ustalany jest co miesiąc, co w efekcie oznacza, iż po upływie pierwszego miesiąca obowiązywania umowy ceny ofertowe stracą swą aktualność i możliwość ich zastosowania w kolejnych miesiącach. Zamawiający przewidział w tym zakresie rozwiązanie polegające na zmianie umowy z wykonawcą poprzez zawarcie stosownego aneksu.

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. Zamawiający podczas rozprawy w dniu 29 lipca 2019 roku nie przedstawił przekonującego rozwiązania takiej sytuacji. Podniósł, że będzie szukał innych rozwiązań, w tym również dopuszcza możliwość rozwiązania umowy.

Rozwiązanie umowy z wykonawcą jest równoznaczne z niezachowaniem wskazanych wyżej zasad, w tym w szczególności z zasadą optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, terminowej realizacji zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zamawiający będzie bowiem zmuszony do przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami, w tym koniecznością ponoszenia kosztów i ryzyka związanego z przedłużającym się postępowaniem.

Odnosząc się do podnoszonej na rozprawie argumentacji zamawiającego, iż w sytuacji, gdyby zrezygnował z zastosowania zakwestionowanych postanowień, naraziłby się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, Izba wskazuje, że zamawiający nie wykazał, na czym miałoby polegać owo naruszenie. Podkreślić należy, że wskazywane przez zamawiającego zarządzenie Prezesa NFZ nie statuuje dla zamawiającego obowiązku

stosowania w udzielanych zamówieniach progów kosztowych uprawniających do korekty wartości świadczeń. Z § 25 zarządzenia wynika jedynie możliwość zastosowania korekty w sytuacji, gdy zajdą przesłanki uprawniające do jej zastosowania. Ponadto Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez zamawiającego pisma Prezesa NFZ z dnia 24 lipca 2019 roku skierowanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i stwierdziła, iż z jego treści również nie wynika, iż zamawiający naraża się na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Prezes NFZ wskazuje jedynie na możliwość stosowania współczynników korygujących premiujących stosowanie tańszych odpowiedników leków refundowanych.

Podkreślić przy tym należy, że w pkt. V do s.i.w.z. pt. TERMIN I WARUNKI PŁATNOŚCI, zamawiający wymagał, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia nie była wyższa niż „wysokość limitu finansowania" podana w obwieszczeniu Ministra Zdrowia. Wydaje się, że tego rodzaju wymóg świadczy o dbałości zamawiającego o oszczędność w wydatkowaniu środków finansowych.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż wprowadzony przez niego mechanizm ma na celu realizację interesu publicznego w postaci zapewnienia dostępu do terapii pacjentów poprzez obniżenie jej kosztów, Izba podkreśla, że w sytuacji, gdy celem zamawiającego jest zrealizowanie zamówienia za możliwie najniższą cenę, może skorzystać z instrumentu przewidzianego ustawą P.z.p., polegającego na ustaleniu ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Zamawiający zresztą w niniejszym postępowaniu z takiego rozwiązania skorzystał, uznać zatem należy, że założony przez niego cel w postaci wydatkowania środków w sposób oszczędny zostanie osiągnięty.

Podkreślić przy tym należy, iż ochrona interesu publicznego kosztem interesu prywatnego wymaga zawsze wnikliwego rozważenia. W wyroku z dnia 21 czerwca 2001 roku Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: „Należy przypomnieć, że w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznej i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym". Z kolei Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, wskazał, że prawo zamówień publicznych chroni z jednej strony interes zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując s.i.w.z., zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy.

W następnej kolejności Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie określenia warunków

zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia, są

zarządzeniami, o których mowa w art. 538 K.c., ustalającymi ceny maksymalne za rzeczy danego rodzaju lub gatunku.

Zgodnie z art. 538 K.c., jeżeli w miejscu i czasie zawarcia umowy sprzedaży obowiązuje zarządzenie, według którego za rzeczy danego rodzaju lub gatunku nie może być zapłacona cena wyższa od ceny określonej (cena maksymalna), kupujący nie jest obowiązany do zapłaty ceny wyższej, a sprzedawca, który otrzymał cenę wyższą, obowiązany jest zwrócić kupującemu pobraną różnicę.

Jak zasadnie podnosi odwołujący, powołując się na stanowisko doktryny, zarządzenie, o którym mowa w art. 538 K.c., oznacza akt wydany na podstawie i w granicach zakreślonych przez ustawy, co oznacza, że nie jest możliwe stosowanie art. 538 K.c. do cen wprowadzonych aktami rangi pozaustawowej.

Podkreślenia wymaga, iż ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. 2019 poz. 1373) w art. 146 ust. 1 przewiduje uprawnienie dla Prezesa NFZ do określenia:

1) przedmiotu postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej;

2) szczegółowych warunki umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, obejmujące w szczególności obszar terytorialny, dla którego jest przeprowadzane postępowanie w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami, z uwzględnieniem taryfy świadczeń w przypadku jej ustalenia w danym zakresie;

3) w przypadku organizacji wspólnych postępowań, o których mowa w art. 97 ust. 3 pkt 2d - zakresu tych postępowań.

Ponadto-zgodnie z art. 102 ust. 5 pkt 21 i 25 wskazanej ustawy-do zakresu działania Prezesa NFZ należy nadzór nad realizacją zadań oddziałów wojewódzkich Funduszu oraz ustalanie jednolitych sposobów realizacji ustawowych zadań realizowanych przez oddziały wojewódzkie Funduszu.

Jednocześnie wskazana wyżej ustawa nie zawiera delegacji ustawowej dla Prezesa NFZ upoważniającej do uregulowania powyższych kwestii w drodze wydania konkretnego aktu normatywnego - w tym przypadku zarządzenia.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 maja 2011 r. sygn. akt II GSK519/10 wyraził pogląd, że "upoważniając Prezesa Funduszu do określenia, m.in. warunków wymaganych od świadczeniodawców ustawodawca nie przesądził nazwy dokumentu zawierającego elementy wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy. Przepis art. 102 ust. 5 ustawy o świadczeniach, zawierający otwarty katalog zakresu działań Prezesa Funduszu, w pkt 24 stanowi o podejmowaniu decyzji w sprawach określonych w ustawie. W przepisach ustawy o świadczeniach wymienione są zarówno decyzje (art. 163 ust. 2, art. 102 ust. 5 pkt 24), jak i decyzje administracyjne (art. 154 ust. 6 i art. 181 ust. 2), co pozwala na przyjęcie, iż pojęcie decyzji użyte w art. 102 ust. 5 pkt 24 obejmuje zarówno decyzje administracyjne jak i decyzje (niebędące decyzjami w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego) z zakresu kierowania ustawową i statutową działalnością Funduszu, podlegające kontroli ministra w ramach określonego ustawą nadzoru, 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 Funduszu. Nie są to jednak zarządzenia, o których mowa w art. 93 Konstytucji RP.

Kolejnym argumentem przemawiającym za uznaniem, że zarządzenie Prezesa NFZ nie jest zarządzeniem, o którym mowa w art. 538 K.c., jest fakt, iż zarządzenie to nie ustala żadnych cen, lecz jedynie wskaźniki korygujące, mające zastosowanie przy korygowaniu wartości świadczeń z katalogu świadczeń podstawowych.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z2019 roku, poz. 178), przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Definicji tej nie odpowiada opisana w § 25 zarządzenia Nr 56/2018/DGL procedura korygowania wartości świadczeń z katalogu świadczeń podstawowych. Zgodnie z § 25 ust. 1 zarządzenia, w przypadku, gdy u danego świadczeniodawcy w trakcie terapii określonego świadczeniobiorcy, w danym okresie koszt każdej rozliczonej jednostki danej substancji

czynnej jest co najmniej o 10% niższy niż średni koszt rozliczenia jednostki tej substancji czynnej w miesiącu poprzedzającym o trzy miesiące dany miesiąc, u wszystkich świadczeniodawców posiadających umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia, wartość świadczeń z katalogu świadczeń podstawowych jest korygowana z zastosowaniem współczynnika korygującego.

Z powyższego wynika, że w § 25 ust. 1 zarządzenia zawarte są jedynie przesłanki umożliwiające korektę wartości świadczenia w rozliczeniach pomiędzy świadczeniodawcą a właściwym oddziałem NFZ. Nie ma tu mowy o cenie rozumianej jako wartość należna od świadczeniodawcy na rzecz podmiotu trzeciego - w tym przypadku - dostawcy produktów leczniczych. Niej jest nią również próg kosztowy, o którym mowa w § 25 ust. 3 zarządzenia, uprawniający do zastosowania współczynnika korygującego. Próg kosztowy jest bowiem jedynie wynikiem wyliczenia średniego kosztu substancji czynnych, a ponadto jest on

określany każdorazowo w komunikacie Prezesa NFZ na dany miesiąc, nie zaś w drodze zarządzenia wydanego na mocy delegacji ustawowej.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż zgodnie z art. 536 § 1 K.c. cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia, Izba wskazuje, że nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego taki mechanizm ustalania ceny może mieć miejsce, niemniej jednak zawsze musi się to odbywać z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zamawiający, narzucając wykonawcom wymóg zaoferowania ceny nieprzekraczającej limitów ustalonych dla potrzeb zastosowania wskaźników korygujących, dopuścił się naruszenia wskazanej zasady.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby przedmiot zamówienia opisany jest w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wszystkich uczestników postępowania. Fakt naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. nie musi być równoznaczny z naruszeniem innych przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługują również zarzuty dotyczące pozostałych przepisów wskazanych przez odwołującego w odwołaniu. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. stanowi samoistną podstawę do sformułowania zarzutu, zaś przepisy wskazane przez odwołującego mogą służyć co najwyżej wyjaśnieniu i doprecyzowaniu zawartego w art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. pojęcia uczciwej konkurencji oraz okoliczności jego naruszenia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.