

Sygn. akt: KIO 1331/19

**WYROK**  
**z dnia 30 lipca 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Urtica Sp. z o.o. we Wrocławiu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: usunięcie § 2 ust. 4 oraz § 10 ust. 2 lit. a tiret drugie Załącznika nr 4 do SIWZ (Istotne postanowienia umowy) oraz usunięcie z punktu V SIWZ fragmentów: *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 oraz Zamawiający wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była mniejsza niż koszt wskazany w aktualnym Załączniku „Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych” uprawniający Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w ww. Załączniku.*
2. Kosztami postępowania obciąża Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Samodzielny Publiczny 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 Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 156 zł 09 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto pięćdziesiąt sześć złotych dziewięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), opłat skarbowych od pełnomocnictw (51,00) oraz dojazdu na rozprawę (505,09 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. 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**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 128-312403.

W dniu 15 lipca 2019 r. wykonawca Urtica z o.o. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 538 Kc, art. 353 oraz w zw. z art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 58 Kc, a także art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w zw. z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie III SIWZ podał w postaci tabeli 19 pakietów zamawianych leków, które precyzuje Załącznik nr 2 (Specyfikacja asortymentowo-cenowa), zawierający 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 punkcie XIV SIWZ. Zamawiający wskazał w § 2 ust. 4 wzoru umowy: *Cena jednostkowa oferowanego przedmiotu zamówienia musi być mniejsza niż koszt wskazany w aktualnym Załączniku „Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych” uprawniający Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w ww. Załączniku do Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe*. Dodatkowo w punkcie V SIWZ Zamawiający podał, że 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 wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była mniejsza niż koszt wskazany w aktualnym Załączniku „Katalog współczynników

korygujących stosowanych w programach lekowych" uprawniający Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w ww. Załączniku.

Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia został określony w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert. 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.

Odwołujący podkreślił, że zarządzenia Prezesa NFZ wprowadzające lub zmieniające progi kosztowe uprawniające do zastosowania współczynnika korygującego mają charakter wewnętrzny i 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.

Zdaniem Odwołującego, powyższe świadczy nie tylko niezgodności postanowień z przepisami ustawy Pzp, ale również o sprzeczności z podstawową zasadą swobody umów z art. 353<sup>1</sup> Kc, 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.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawcy nie są w stanie uwzględnić w swoich ofertach i kalkulacji cen ryzyk kontraktowych. W konsekwencji przedstawione oferty będą miały charakter nierzeczywisty, co w szerszej perspektywie będzie oznaczało szkodę dla interesu publicznego. Niższe ceny są jedynie pozorną korzyścią, gdyż na etapie wykonywania umowy zaniżone ceny i inne nierealne warunki umowne zwykle skutkują problemami z realizacją zobowiązań wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że postanowienie § 2 ust. 4 wzoru umowy jest sprzeczne z przepisem dotyczącym ceny maksymalnej, tj. z art. 538 Kc. Zamawiający w ww. postanowieniu wskazuje maksymalną wysokość, jaką może mieć cena sprzedaży ustalana przez wykonawców. Tym samym Zamawiający ustanawia cenę maksymalną, o której mowa w art. 538 Kc. W ocenie Odwołującego Zamawiający zastrzeżenie ceny maksymalnej czyni bez podstawy prawnej. Zgodnie z poglądami doktryny w zakresie dyspozycji przepisu art. 538 KC, podstawą obowiązywania ceny maksymalnej jest "zarządzenie", które

w obowiązującym porządku prawnym oznacza przepis ustawy (C. Żuławska, w: Bieniek, Komentarz 2009, II, s. 29-30; J. Jezioro, w: Gniewek, Komentarz KC 2014, s. 1085). Co więcej, w doktrynie podnosi się, że „zarządzenie” oznacza aktualnie wyłącznie akt wydany na podstawie i w granicach zakreślonych przez ustawy, co oznacza, że nie jest możliwe stosowanie art. 538 Kc do cen wprowadzonych aktami rangi poza ustawowej (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 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 zobowiązać wykonawców do dostosowania cen do zarządzeń Prezesa NFZ ustalającym lub zmieniającym katalog współczynników korygujących.

Zdaniem Odwołującego, 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. Ww. 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 do wydawania zarządzeń w zakresie realizacji wskazanych programów lekowych. Z przepisu tego nie wynika ani ustawodawca nie wprowadza żadnego innego przepisu dotyczącego 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. Wewnętrzny charakter zarządzeń Prezesa NFZ potwierdza także Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z 23 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt II GSK 1913/15, wskazał, 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 określone jako zarządzenia w ramach pragmatyki wykonywania ustawowych zadań przez Prezesa NFZ. Niezależnie od przyjętej nazwy brak jest argumentów prawnych dla przyjęcia tezy, że postanowienia tych decyzji, dokumentów czy zarządzeń to akty prawne. Linię tę potwierdza wyrok Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 marca 2018 r. wydany w sprawie o sygn. akt IV SA/GI 1151/17: Zarządzenie Prezesa NFZ nr 18/2017/DSOZ z 14 marca 2017 r. w sprawie warunków postępowania dotyczącego zawierania umów o udzielanie 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. Odwołujący stwierdził, że zarządzenia rodzajowe Prezesa NFZ, jakim niewątpliwie są zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji w zakresie programów lekowych 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 m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 30 marca 2012 r., III CSK 217/11, z 29 stycznia 2016 r., II CSK 91/15, z 19 maja 2016 r., IV CSK 550/15, OSNC 2017, Nr 3, poz. 36, z 15 listopada 2016 r., III CSK 414/15). 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. Wykonawcy nie są adresatem ani stroną zarządzeń Prezesa NFZ, które dotyczą wyłącznie relacji na linii Zamawiający – właściwy oddział NFZ.*

Dalej Odwołujący podniósł, że ani ustawa 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. 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.

Zaskarżone postanowienia SIWZ są – zdaniem Odwoływającego – sprzeczne jest art. 353 w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 58 Kc. Odwoływający wskazał, że zgodnie z art. 353 Kc zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. W sytuacji niewiedzy wykonawcy co do ostatecznej ceny sprzedaży zostaje ta podstawowa cecha zachwiana. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że każdorazowe dostosowanie ceny sprzedaży produktów leczniczych objętych zamówieniem częściowym Zamawiającego (taka możliwość wynika z § 3 ust. 2 wzorca umowy) powoduje brak możliwości obliczenia ceny według reguł wskazanych w punkcie XIV SIWZ, bowiem zarządzenia Prezesa NFZ ukazują się cyklicznie, a wartości progów kosztowych, jak i samych współczynników korygujących, są zmieniane dynamicznie. Wykonawcy nie mają realnej możliwości oszacowania prawidłowej ceny sprzedaży, nie wiedzą bowiem jaka będzie wartość progów kosztowych na dzień zakupu produktów leczniczych.

Niezależnie od tego, § 2 ust. 4 wzoru umowy narusza – zdaniem Odwoływającego – art. 7 ust. 1 i 2 ustawy 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.

Następnie Odwoływający podniósł, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, 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, że wskutek narzucenia automatyzmu zmiany ceny w oparciu o zarządzenia niewiążące wykonawców Zamawiający ogranicza dostęp do rynku i zaburza tym samym konkurencję na rynku właściwym.

W ocenie Odwoływającego Zamawiający poprzez postanowienia jak § 2 ust. 4 wzoru umowy ograniczył możliwość przystąpienia większej ilości wykonawców do postępowania przetargowego. Odwoływający stwierdził, że 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 SIWZ stawiają w uprzywilejowanej pozycji producentów/wytwórców danych produktów leczniczych, którzy

bezpośrednio mogą przystąpić do przetargu, w stosunku do hurtowni farmaceutycznych. 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.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest „przedsiębiorcą” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. 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 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. Postanowienie obligujące 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. 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.

Następnie Odwołujący podniósł, że zaskarżone postanowienia SIWZ naruszają zasady współżycia społecznego, co wykracza poza granice swobody umów (art. 353<sup>1</sup> Kc) oraz jest jednym z elementów wymienianych bezpośrednio w art. 58 § 2 Kc. Stwierdził, że są one sprzeczne z zasadami kontraktowej uczciwości kupieckiej. Sprzeczność ta powoduje nieważność czynności prawnej (art. 58 Kc). Wzór umowy, w którym 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.

Uzależnienie wyboru oferty od tego, czy cena nie jest 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 prawem 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. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok NSA z dnia 28 maja br., w którym Naczelny Sąd Administracyjny wyjaśnił, że uzależnienie zakupu produktów leczniczych wyłącznie od czynnika ekonomicznego narusza konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia pacjentów, ustawę o zawodach lekarza i ustawę o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, 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 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. 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). 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 jego wnioski o usunięcie kwestionowanych postanowień SIWZ pozostają w zgodzie z nowym projektem ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 21 stycznia 2019 r., 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez usunięcie § 2 ust. 4 oraz § 10 ust. 2 lit. a tiret drugie wzoru umowy oraz usunięcie z punktu V SIWZ następującego fragmentu: *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 programu lekowe” oraz fragmentu Zamawiający wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była mniejsza niż koszt wskazany w aktualnym Załączniku „Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych” uprawniający Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w ww. Załączniku.*

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Powołał się m.in. na okoliczność, że jest jednostką sektora finansów publicznych zobowiązaną do dokonywania wydatków zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, w związku z czym – mając możliwość uzyskania zwiększonej wyceny za wykonane procedury – jest zobowiązany do tego, by czynić wszelkie starania o to, żeby taką zwiększoną wycenę uzyskać. Dodał, że jeżeli 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. Podniósł, że zastosowanie współczynników korygujących służy interesowi publicznemu, pozwalając na zwiększenie dostępu pacjentów do terapii.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych, z podziałem na 19 pakietów.

W punkcie V SIWZ (Termin i warunki płatności) Zamawiający zamieścił m.in. następujące postanowienie: *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 wymaga również, aby cena oferowanego przedmiotu zamówienia była mniejsza niż koszt wskazany w aktualnym Załączniku „Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych” uprawniający Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w ww. Załączniku.*

Zgodnie z § 2 ust. 4 Załącznika nr 4 do SIWZ (Istotne postanowienia umowy): *Cena jednostkowa oferowanego przedmiotu zamówienia musi być mniejsza niż koszt wskazany w aktualnym Załączniku „Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych” uprawniający Zamawiającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w ww. Załączniku do Zarządzenia Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe.*

W § 10 ust. 2 lit. a Istotnych postanowień umowy Zamawiający podał, że na podstawie art. 144 ustawy Pzp dopuszcza zmianę zawartej umowy w trakcie jej trwania m.in. w przypadku obniżenia ceny jednostkowej przez wykonawcę, w tym, w szczególności, 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.

Katalog współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych stanowiący załącznik Nr 4 do Zarządzenia nr 66/2019/DGL Prezesa NFZ w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe określa dla poszczególnych substancji czynnych próg kosztowy rozliczenia uprawniający do zastosowania współczynnika korygującego. Oznacza to, że podmiot leczniczy, który dokona zakupu leków za kwoty niższe od ww. progu kosztowego otrzyma dodatkowe środki finansowe. Mechanizm ten został określony w § 25 Zarządzenia nr 75/2018/DGL Prezesa z dnia 31 lipca 2018 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe:

ust. 1: 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. 2: Zakres oraz warunki stosowania, a także wartość współczynnika korygującego, o którym mowa w ust. 1, określa katalog współczynników.

Z kwestionowanych postanowień SIWZ wynika, że oferta, w której cena leków nie będzie mniejsza niż koszt określony w „Katalogu współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych”, zostanie oceniona jako niespełniająca wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Salus International Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, stwierdzając, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby po upływie 3-dniowego terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (tj. termin upłynął 15 lipca 2019 r., przystąpienie wpłynęło 16 lipca 2019 r.) oraz zostało dokonane w nieprawidłowej formie (przystąpienie w wersji elektronicznej nie zostało przekazane na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby, stosownie do § 5 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp były nieprawidłowe pod względem formalnym z uwagi na to, że ww. przepisy dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, podczas gdy zarzuty odwołania są skierowane przeciwko postanowieniom określającym sposób obliczenia ceny. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że 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.

W ocenie Izby zaskarżone postanowienia SIWZ są sprzecznie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przywołany przepis służy realizacji naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych, jaką jest zasada niedyskryminacji określona w art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

W świetle przywołanych wyżej przepisów niedopuszczalne jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuzasadniony zawęży krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, stwarzając innym wykonawcom zwiększone szanse na uzyskanie tego zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że ustalenie ceny ofertowej należy do uprawnień wykonawcy, który dokonuje kalkulacji stosownie do okoliczności rynkowych i okoliczności dotyczących jego indywidualnej sytuacji oraz z uwzględnieniem własnej polityki biznesowej. 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. Zauważyć bowiem należy, że wykonawca niemający możliwości wycenienia przedmiotu zamówienia poniżej poziomu narzucanego przez Zamawiającego (co zależy od wielu okoliczności dotyczących konkretnego wykonawcy, w tym od tego, czy wykonawca jest producentem oferowanych leków czy np. hurtownikiem) nie może złożyć oferty, a jeśli się na to zdecyduje, jego oferta będzie podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Zdaniem Izby, wprowadzenie przez Prezesa NFZ mechanizmu stosowania współczynników korygujących, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Po pierwsze zauważyć należy, że zastosowanie przez podmiot leczniczy tego mechanizmu nie jest obowiązkowe.

Jak wynika z uzasadnienia zarządzenia Nr 75/2018/DGL Prezesa NFZ, określenie współczynników korygujących stanowi zachętę dla podmiotów leczniczych do kupowania tańszych odpowiedników leków (powyższe potwierdza także złożone do akt sprawy pismo Zastępcy Prezesa NFZ). Podmiot, który nie skorzysta z takiej możliwości, nie naruszy ciążących na nim obowiązków, a jedynie nie będzie mógł skorzystać z dodatkowych profitów przy rozliczaniu zakupu leków. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że skorzystanie z tej możliwości nie jest całkowicie zależne od woli podmiotu leczniczego, skoro jest on podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp. Oczywiście jest zatem, że cena, jaką płaci za leki kupowane w procedurach przetargowych, nie jest zależna od jego woli, ale jest wynikiem konkurowania przedsiębiorców. Zamawiający ma możliwość określenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia warunków sprzyjających uzyskaniu jak najlepszej ceny, ale może to zrobić w granicach pozwalających zapewnić uczciwą konkurencję. Możliwe jest więc np. zastosowanie kryterium cenowego jako jedynego kryterium oceny ofert. Abstrahując od kwestii zasadności dokonywania zakupów produktów najtańszych, stwierdzić należy, że w świetle ustawy Pzp przy takim przedmiocie zamówienia jak zakup leków jest to możliwe, i – nie ograniczając konkurencji – pozwala w wyniku konkurowania wykonawców uzyskać jak najniższą cenę, w tym cenę mieszczącą się w kwotach kosztów określonych w zarządzeniu Prezesa NFZ. Taką możliwość zastosowano w rozpoznawanej sprawie, dodatkowo jednak Zamawiający odgórnie określił próg cenowy, powyżej którego nie można wycenić przedmiotu zamówienia, co należy uznać za nadmiarowe i godzące w zasadę niedyskryminacji. Trzeba bowiem odróżnić sytuację, w której wykonawca składa ofertę wycenioną powyżej określonego poziomu i oferta ta nie zostaje wybrana z uwagi na złożenie tańszych ofert przez innych wykonawców, od sytuacji, w której wykonawca niemogący wycenić oferty poniżej określonego, narzuconego przez Zamawiającego progu, nie może w ogóle tej oferty złożyć. W pierwszym przypadku wykonawca nie ma odgórnie ograniczonej możliwości ubiegania się o zamówienie, może bowiem złożyć ważną ofertę, która w zależności od cen innych ofert zostanie wybrana lub zajmie dalsze miejsca w rankingu ofert. W drugim przypadku – jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu – wykonawca zostaje z góry pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Usprawiedliwieniem takiej sytuacji nie jest podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że zaniechanie skorzystania z możliwości związanych ze stosowaniem współczynników korygujących może skutkować postawieniem zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. nr 1458 z późn. zm.), naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach

publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Abstrahując od kwestii tego, czy nieskorzystanie ze współczynników korygujących może faktycznie prowadzić do skutecznego postawienia zarzutów (Zamawiający nie wykazał, na czym miałyby ono polegać), stwierdzić należy, że konieczność uniknięcia jednego czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie może usprawiedliwiać popełnienia innego czynu stanowiącego takie naruszenie.

Wprowadzenie do SIWZ zaskarżonych postanowień nie jest również usprawiedliwione koniecznością stosowania przepisów o cenie maksymalnej.

Przepis art. 538 Kc, stanowi, że 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.

W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z obowiązywaniem ceny maksymalnej w rozumieniu przywołanego wyżej przepisu w odniesieniu do produktów leczniczych w ramach programów lekowych. Po pierwsze załącznik do zarządzenia Prezesa NFZ nie określa cen, ale progi kosztowe uprawniające do zastosowania współczynnika korygującego. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 roku, poz. 178), przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Progi kosztowe uprawniające do skorzystania ze współczynników korygujących nie odpowiadają tej definicji. Po drugie, sama możliwość wprowadzenia ceny maksymalnej w drodze zarządzenia Prezesa NFZ jest dalece wątpliwa, biorąc pod uwagę charakter takiego aktu prawnego, który nie jest realizacją delegacji ustawowej, a tylko akt wydany na podstawie i w granicach zakreślonych przez ustawy może być uznany za zarządzenie w rozumieniu art. 538 Kc.

Niezależnie jednak od powyższej kwestii zauważyć należy, że zarządzenie to nie określa ceny maksymalnej, tj. nie stanowi, że za określone leki nie może być zapłacona cena wyższa od ceny nim określonej. Zarządzenie to, jak wynika z uzasadnienia jego wydania oraz ze złożonego do akt pisma Zastępcy Prezesa NFZ, ma jedynie stanowić motywację do zakupu tańszych produktów. Ustalenie w załączniku do tego zarządzenia określonych poziomów kosztów za poszczególne substancje czynne nie oznacza zakazu zakupienia produktów droższych. Jest więc stosowane na zasadzie dobrowolności, a za nieprzekroczenie określonego poziomu kosztów szpital otrzyma dodatkowe środki finansowe. Nie jest więc tak, że zarządzenie Prezesa NFZ określa cenę maksymalną

w rozumieniu art. 538 Kc. W związku z tym Zamawiający nie był zobowiązany aktem prawnym do wprowadzenia zakazu zaoferowania ceny wyższej. Zrobił to więc nie mając ku temu podstawy prawnej, a jedynie kierując się chęcią skorzystania z mechanizmu zapewniającego mu dodatkowe środki. Nie kwestionując stanowiska, że dodatkowe środki mają służyć pacjentom, podkreślić należy, że osiągnięcie niższej ceny uprawniającej do skorzystania z uprawnień nie może być realizowane przez ograniczenie konkurencji, a powinno zostać osiągnięte w ramach konkurowania cenami przez wykonawców.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że zgodnie z art. 536 § 1 K.c. cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia, stwierdzić należy, że określona tym przepisem możliwość dotyczy określenia ceny w umowie sprzedaży przez wskazanie wartości czy odnośników, przy użyciu których należy ustalić cenę, zamiast – jak to mam miejsce co do zasady – przez wskazanie konkretnej wartości pieniężnej. Narzucenie wykonawcom zakazu ustalenia ceny powyżej określonego poziomu nie wpisuje się w możliwość określoną przywołanym wyżej przepisem.

W odniesieniu do wskazywanych przez Zamawiającego korzyści dla interesu publicznego, które mają płynąć z przyjętego mechanizmu obliczania ceny, Izba zauważa, że korzyści takie są wątpliwe, biorąc pod uwagę ryzyko niewykonania umowy, z powodu chociażby jej wcześniejszego rozwiązania w związku z brakiem zgody wykonawcy na zawarcie aneksu do umowy, w przypadku zmiany wartości kosztów uprawniających do skorzystania ze współczynników korygujących. Rozwiązanie takie może nie tylko nie służyć realizacji zasad celowości i oszczędności wydatkowania środków publicznych, na które powoływał się Zamawiający, ale wręcz może w nie godzić, zwłaszcza że Zamawiający nie przewidział konkretnych działań w razie nieuzyskania zgody wykonawcy na aneksowanie umowy. Stwarza to ryzyko zakupu leków po cenach wyższych niż kwoty wynikające z załącznika do zarządzenia Prezesa NFZ (mimo że na etapie postępowania przetargowego uniemożliwiono zaoferowanie takich cen) bądź ryzyko konieczności 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.

Oceniając przedstawione przez Zamawiającego dowody stwierdzić należy, że nie wykazują one słuszności prezentowanego stanowiska. Dowód w postaci umowy z konsorcjum, w skład którego wchodził Odwołujący, zawartej w wyniku przeprowadzenia innego postępowania nie oznacza ani że w tamtym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, ani że takiego naruszenia nie ma w obecnie prowadzonym postępowaniu. Wynika z niego tylko tyle, że między określonymi podmiotami została zawarta umowa o określonej treści. Natomiast dowód w postaci pisma Zastępcy Prezesa NFZ nie



wykazuje zgodności przyjętych rozwiązań z przepisami ustawy Pzp. W piśmie tym stwierdzono, że świadczeniodawcy realizujący umowy w zakresie programów lekowych i chemioterapii upoważnieni zostali do możliwości stosowania współczynników korygujących premiujących stosowanie tańszych odpowiedników leków refundowanych dla substancji czynnych określonych w katalogach współczynników korygujących stosowanych w programach lekowych i chemioterapii, stanowiących załączniki do zarządzeń Prezesa NFZ. Autor pisma stwierdza, że zastosowanie współczynników korygujących pozwala świadczeniodawcy na zwiększenie dostępu pacjentów do terapii poprzez obniżenie jej kosztów oraz że wymaganie sporządzenia przez wykonawcę oferty cenowej uwzględniającej wartości progowe uprawniające do zastosowania współczynników korygujących jest zasadne. Pismo potwierdza jedynie, że zastosowanie ww. mechanizmów nie jest obowiązkowe oraz że przynosi dodatkowe korzyści. Nie wypowiada się natomiast o ocenie ryzyk związanych z takim ukształtowaniem postępowania przetargowego.

W związku z tym należy stwierdzić, że nałożenie na wykonawców obowiązku wyceny przedmiotu zamówienia poniżej określonego poziomu stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji również postanowienia przyszłej umowy dopuszczające jej zmianę w przypadku zmiany kwot uprawniających do zastosowania współczynników korygujących należy uznać za naruszające ww. przepis. Wobec tego, że wszystkie zaskarżone postanowienia naruszają art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości, a Izba nakazała usunięcie § 2 ust. 4 oraz § 10 ust. 2 lit. a tiret drugie Załącznika nr 4 do SIWZ oraz objętych zarzutami fragmentów punktu V SIWZ.

Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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. Odwołujący nie wykazał braku precyzji lub nieuwzględnienia wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia. Wymagania Zamawiającego – jakkolwiek naruszają art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – są jednak precyzyjne i kompletne, dające wykonawcom pełną wiedzę, jakie są oczekiwania co do sposobu obliczenia ceny. To samo dotyczy postanowienia § 10 ust. 2 lit. a tiret drugie Istotnych postanowień umowy. Zamawiający wskazał w nim, na czym dopuszczona przez niego zmiana umowy może polegać, a ponieważ zmiana kwot uprawniających do skorzystania ze współczynników korygujących jest zdarzeniem przyszłym, Zamawiający nie mógł tych kwot podać.

W ocenie Izby pozostałe kwalifikacje prawne podniesionych zarzutów nie były zasadne.

Odwołujący wskazał, że zaskarżone postanowienia SIWZ są niezgodne z następującymi przepisami:

- art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (pkt 6), uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (pkt 7);
- art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców i określa, na czym nadużywanie takiej pozycji w szczególności polega;
- art. 353<sup>1</sup> Kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego;
- art. 353 Kc, który stanowi, że zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić (§ 1), świadczenie może polegać na działaniu albo na zaniechaniu (§ 2);
- art. 58 Kc, zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy (§ 1), nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (§ 2); jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana (§ 3).

W ocenie Izby przywołanie w odwołaniu ww. przepisów stanowi niezasadne mnożenie podstaw prawnych zarzutów, w sytuacji, gdy bezpośrednia podstawa prawna, dotycząca całości elementów stanu faktycznego, znajduje się w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro ustawa Pzp zakazuje zamawiającym opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, to złamanie tego zakazu stanowi przede wszystkim naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp i nawet jeśli mieszczą się w takim działaniu elementy mogące wypełniać znamiona naruszenia również innych przepisów (takich jak art. 353<sup>1</sup> Kc czy art. 58 Kc), wskazywanie ich wszystkich jako podstawy zarzutów jest niecelowe. Co

więcej, formułowanie takich zarzutów jest nieprawidłowe przy braku wykazania, że wypełnione zostały wszystkie przesłanki określone w tych przepisach. Przykładowo, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego o popełnieniu czynów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec niewykazania, że Zamawiający uczestniczył w zawarciu jakiegokolwiek porozumienia, które zakłóca konkurencję czy że uzgodnił z niektórymi przedsiębiorcami warunki cenowe składanych ofert.

Niezależnie od powyższego – jak już wyżej wskazano – odwołanie w całości należało uznać za zasadne, wszystkie zaskarżone postanowienia naruszały bowiem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....