



## SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ W RADZIEJOWIE

ul. Szpitalna 3, 88-200 Radziejów  
REGON 910333036 NIP 889-12-69-126  
tel. 54/285-62-00; fax 54/285-37-01  
e-mail: [sekretariat@szpitalradziejow.pl](mailto:sekretariat@szpitalradziejow.pl)  
<https://www.szpitalradziejow.pl>

Radziejów, dnia 09.08.2024 r.

### Do wszystkich zainteresowanych

Dotyczy udzielenia zamówienia publicznego realizowanego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) w trybie podstawowym bez negocjacji na: **„Sukcesywne dostawy produktu leczniczego Eliglustat w ramach programu lekowego”** (oznaczenie sprawy TP-11/2024) – ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06 sierpnia 2024 r. pod numerem: **2024/BZP 00445800/01**

Niniejszym, na mocy przysługujących nam jako Zamawiającemu uprawnień i obowiązków wynikających z dyspozycji art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) poniżej przekazujemy treść zapytań i udzielonych wyjaśnień.

1. Do §6 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie §6 ust. 3 pkt 9) wzorca umowy, który stanowi o możliwości dokonania zmiany umowy w przypadku obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych, stosowanych w programach lekowych i chemioterapii, publikowanego przez NFZ. Mechanizm narzucenia cen przez NFZ, w sposób wskazany powyżej, a przewidziany w niżej wskazanych zarządzeniach Prezesa NFZ jest bezprawny - narusza wiele przepisów powszechnie obowiązujących, stąd dla zachowania bezpieczeństwa obrotu i zawieranej umowy przetargowej, Wykonawca wnosi o jego usunięcie, uzasadniając szczegółowo, co następuje: Po pierwsze, mechanizm rozliczania średnich kosztów wybranych substancji czynnych określony na gruncie §31 Zarządzenia nr 175/2023/DGL Prezesa NFZ z dnia 30 listopada 2023 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe (oraz odpowiednio §28 i §30 Zarządzenia nr 10/2024/DGL z dnia 26 stycznia 2024 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia) jest mechanizmem wewnętrznym służącym rozliczeniom świadczeń medycznych na linii Szpital – NFZ. Zgodnie z ww. przepisami dyrektor oddziału NFZ monitoruje i weryfikuje średni koszt rozliczeń wybranych substancji czynnych i uwzględnia tę weryfikację w

stosunku do danego szpitala. Tym samym, przerzucenie obowiązku każdorazowego dostosowania ceny na Wykonawcę jest bezpodstawne, gdyż ww. zarządzenia NFZ wprowadzające mechanizm rozliczania średnich kosztów mają charakter wyłącznie wewnętrzny i nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego w rozumieniu art. 87 ust. 1 Konstytucji RP. Komunikaty ustalające lub zmieniające wysokość średnie koszty rozliczeń wybranych substancji czynnych nie mają zatem żadnego szczególnego charakteru prawnego, uprawniającego do przerzucania odpowiedzialności za realizację założeń komunikatów NFZ z Zamawiających na wykonawców. Co więcej ten mechanizm kształtowania ceny może wypaczać sens ustawy o refundacji, która ustala zasady kształtowania ceny.

Po drugie, akceptacja obowiązku dostosowania cen do komunikatów NFZ dot. średnich kosztów wybranych substancji czynnych w istocie będzie stanowiło obejście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanej w art. 16 ust. 1 Prawo Zamówień Publicznych. Oszacowanie ryzyka i ewentualnej straty związanej z koniecznością obniżenia ceny dla wykonawców na dzień złożenia oferty, w momencie, gdy umowa jest zawierana na okres 12 miesięcy czy dłużej, przy świadomości cyklicznego ukazywania się komunikatów jest w zasadzie bardzo utrudnione, a nawet niemożliwe. Wyrażenie zgody przez wykonawców na to postanowienie wiąże się w zasadzie z wyrażeniem zgody na szkodę w postaci utraty zysku, na który wykonawca mógłby liczyć uzyskując zamówienie publiczne do realizacji. Tym samym, postępowanie przetargowe będą mogły zrealizować wyłącznie największe podmioty z dużym kapitałem, które będą w stanie w kalkulować w stratę duże zasoby finansowe swoich przedsiębiorstw. Zachwiana jest tym samym ww. zasada z art. 16 PZP, gdyż nie można w takim wypadku mówić o uczciwej konkurencji.

Po trzecie, tak sformułowane postanowienie stanowi klauzulę niedozwoloną w rozumieniu art. 6 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem jest eliminacja, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegającym na ograniczeniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Mając na uwadze, że działania Zamawiającego polegające na pozornie dobrowolnym wyrażeniu zgody na każdorazową zmianę ceny w oparciu o komunikaty NFZ jak i mając na uwadze charakter wewnętrzny zarządzeń regulujący mechanizm rozliczania średnich kosztów substancji czynnych – powoduje, że zachodzi podstawa do uznania takiego postanowienia za porozumienie nieważne w rozumieniu art. 6 ust. 2 ww. ustawy. Ponadto działania Zamawiającego „przerzucającego” na Wykonawcę koszty prowadzenia swojej działalności można kwalifikować także jako nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, które, zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polega w szczególności na „bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów”.

Wreszcie, Wykonawca wskazuje, że powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku z dnia 30 lipca 2019r. w sprawie o sygn. akt KIO 1331/19 oraz w wyroku z dnia 31 lipca 2019 r. o sygn. akt KIO 1382/19, w których to Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do zagadnienia przeliczania kosztów związanych z każdorazowym dostosowywaniem ceny do progów kosztowych uprawniających do zastosowania współczynnika korygującego, wskazującego na bezpodstawność takiej praktyki (a więc do mechanizmu w zasadzie tożsamego ze stosowanych do średnich kosztów rozliczeń). KIO wskazała wyraźnie, że zamawiający nie może opisywać przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy PZP) (...) 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 (tj. dot. ochrony konkurencji). Dalej KIO stwierdza, że 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.

Podobnie, w orzeczeniu KIO z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) Izba odniosła się do kwestii zastrzeżenia we wzorcu umowy zmian wynagrodzenia w oparciu o zmiany określanego przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej, wyrażając pogląd, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem Wykonawcy, a Zamawiający nie jest uprawniony do wpływania treść oświadczenia woli Wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny za realizację zamówienia, wobec czego treść tak zaprojektowanego postanowienia umownego jest co najmniej abuzywna, godząca w zasady wynikające z art. 431 ustawy PZP i art. 354 §1 KC oraz naruszająca interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia i ryzyka związanych z jego realizacją.

Dodatkowo nadmieniamy, że wyżej opisany zarzut, na postanowienie o identycznej treści został w dniu 27.05.2022 r. podniesiony przed Krajową Izbą Odwoławczą (w przetargu nr D-19/N/22 prowadzonym przez Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie) w postępowaniu KIO 1422/22. Co prawda nie doszło do rozprawy zakończonej prawomocnym orzeczeniem, gdyż Zamawiający w całości uznał zarzuty odwołującego, to jednak w toku wymiany pism procesowych Zamawiający skierował do Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ konkretne zapytanie o ustosunkowanie się do konieczności zwierania we wzorze umowy (której przedmiotem były leki stosowane w chemioterapii lub programach lekowych) cytowanej na wstępie klauzuli, w odpowiedzi na które przedstawiciel MOW NFZ jednoznacznie określił, „że rozstrzygające jest tu stanowisko Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia pana Macieja Miłkowskiego zawarte w piśmie MMI.454.13.2021, a stosowanie kwestionowanych klauzul pozostawia się do uznania zamawiającego.”. Z uwagi na powyższe stanowisko MOW NFZ oraz

przedstawiciela Ministerstwa Zdrowia (które załączamy) w tożsamym stanie faktycznym, zwracamy się z prośbą o wykreślenie podnoszonego zapisu.

**Odpowiedź: Zamawiający wykreśla pkt 9 z §6 ust. 3 wzoru umowy**

Powyższe wyjaśnienia stają się integralną częścią specyfikacji warunków zamówienia i są dla Wykonawców wiążące. Pozostała treść specyfikacji pozostaje bez zmian.

Radziejów, dnia 09 sierpnia 2024 r.

**Zastępca Dyrektora ds. Medycznych**

**lek. Łukasz Kanderski**

Wykonał: M. Kardasz tel. 54 285 63 31  
09.08.2024 r.  
Kopia: Dział Administracji i Zamówień Publicznych