



IZBA GOSPODARCZA  
„FARMACJA POLSKA”

Warszawa, dnia 12 sierpnia 2021r.

Pan  
**HUBERT NOWAK**  
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

I.dz. 1193-2021

dotyczy: wspólne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

W imieniu Członków Izby Gospodarczej „FARMACJA POLSKA” zwracam się do Pana z prośbą o omówienie podczas posiedzenia Rady kwestii wspólnych postępowań prowadzonych przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia oraz Narodowy Fundusz Zdrowia w oparciu o zapisy art. 132 ust. 2a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Strony biorące udział w postępowaniach zgłaszają wiele wątpliwości i nieścisłości w związku z realizacją tychże postępowań w związku z tym rozważenie tej kwestii i wydanie stanowiska Rady pozwoliłoby rozwiązać wiele wątpliwości.

**I. Rola Świadczeniodawców (Bezpośrednich Odbiorców) w postępowaniu wspólnym o udzielenie zamówienia publicznego.**

Zarządzenie w art. 17a ust. 1 Prezesa NFZ Nr 180/2019/DGL z dnia 31 grudnia 2019r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia - NFZ z 2019r. poz. 180 z późn. zm. oraz w art. 12a ust 1 Zarządzenie Nr 136/2021/DGL zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe (dalej Zarządzenia) wskazują na generalną możliwość przeprowadzenia wspólnego postępowania:

*„Nabycie leków niezbędnych do realizacji świadczeń udzielanych w ramach chemioterapii (i odpowiednio – w ramach programów lekowych) może odbywać się po przeprowadzeniu wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Prezes NFZ w w.w. zarządzeniach przywołuje artykuł 38 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych jako podstawę do przeprowadzenia wspólnych zamówień. Przepisy nie wskazują jednak, poza upoważnieniem dla podmiotu przeprowadzającego postępowanie, jaką rolę w postępowaniu będą pełnić pozostali świadczeniodawcy w prowadzonym postępowaniu. Nie wiadomo, czy podmioty te również powinny być traktowane jako zamawiający. Czy umowa z wygranym wykonawcą powinna zostać zawarta pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym prowadzącym wspólne postępowanie, czy może osobno z każdym ze świadczeniodawców? Brak jakichkolwiek regulacji w tym zakresie, wprowadza sytuację niepewności, a zamawiający sami nie wiedzą, jak powinni się w tym wypadku zachować.

Tytułem przykładu można wskazać na jedno z postępowań wspólnych prowadzonych na podstawie upoważnienia, które dotyczyło leku rytuksymab. W SIWZ dotyczącej postępowania nie zostało w jakikolwiek sposób wskazane jakie relacje zachodzą pomiędzy poszczególnymi Bezpośrednimi Odbiorcami (zgodnie z SIWZ są to świadczeniodawcy, którzy otrzymają zakupiony lek), a zamawiającym. Zamawiający wskazywał także jednoznacznie na konieczność zawarcia osobnych umów ze wszystkimi Odbiorcami Bezpośrednimi:

*„Bezpośrednimi Odbiorcami dla obu części będzie nie więcej niż 105 wskazanych Podmiotów leczniczych realizujących umowy w rodzaju Leczenie szpitalne – chemioterapia (z którymi zostaną zawarte umowy).”*

*„Dostawy będą realizowane sukcesywnie. Liczba, wielkość, proporcje opakowań i szczegóły dostaw do uzgodnienia z Bezpośrednimi Odbiorcami.”*

*„Umowy z wybranym Wykonawcą zostaną podpisane z Bezpośrednimi Odbiorcami wskazanymi przez Instytut Matki i Dziecka.”*

Jak wskazuje się natomiast w przypadku postępowania wspólnego, umowa powinna zostać zawarta wyłącznie z zamawiającym prowadzącym wspólne postępowanie:

*„Obok nowej instytucji centralnego zamawiającego przepis art. 16 wprowadza instytucję tzw. zamówienia wspólnego. W ramach takiego zamówienia dwóch lub więcej odbiorców takich samych usług lub dostaw będzie mogło udzielić zamówienia po przeprowadzeniu jednego postępowania i podpisaniu jednej umowy.”<sup>1</sup>*

Sytuacja, w której umowy zawierane są odrębnie z wszystkimi świadczeniodawcami, nie tylko podważa sens przeprowadzenia jednego postępowania, ale również stanowi istotne utrudnienie dla wykonawców w prowadzonych postępowaniach wspólnych. Wybór wykonawcy może bowiem oznaczać konieczność zawarcia nawet ok. 70 odrębnych umów w krótkim czasie po rozstrzygnięciu postępowania. Świadczeniodawcy mają najczęściej swoje siedziby w różnych miastach na terenie całej Polski. Wykonawca może więc prawdopodobnie stanąć przed koniecznością przygotowania i zawarcia umowy z kilkoma podmiotami w jednym dniu i w dodatku w różnych częściach kraju, co może utrudniać, a nawet uniemożliwiać ich zawarcie.

## **II. Brak kryteriów wyboru zamawiającego prowadzącego postępowanie wspólne. Relacja postanowień Zarządzenia w stosunku do zasad wynikających z art. 38 PZP.**

Należy również zaznaczyć, że sytuacja, w której NFZ narzuca pozostałym świadczeniodawcom wybór podmiotu, który w ich imieniu przeprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stoi w istotnej sprzeczności z zasadami prowadzenia wspólnych postępowań, o których mowa w ustawie PZP.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy PZP:

*„Zamawiający **mogą wspólnie przygotować lub przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia** lub zorganizować konkurs, udzielić zamówienia, zawrzeć umowę ramową, ustanowić dynamiczny system zakupów lub udzielić zamówienia na podstawie umowy ramowej lub objętego dynamicznym systemem zakupów.”*

Podstawowym założeniem ustawodawcy w przypadku wspólnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest więc pełna swoboda zamawiających, co do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu postępowania w tej formule. To zamawiający jest wszakże podmiotem będącym gospodarzem postępowania. Zamawiający decyduje co zamierza kupić i jakie cechy powinien mieć przedmiot spełniający jego indywidualne wymagania. W ramach swobody ustawowej, zamawiający określa również zasady toczącego się postępowania. To zamawiający przecież wie najlepiej, jak w sposób kompleksowy osiągnąć swoje cele, na co zwraca uwagę również Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt KIO 358/19:

<sup>1</sup> J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, Warszawa 2017

***„Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymagań realizacji zadania w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć”***

Zgodnie z art. § 17a ust. 2 Zarządzenia w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapii oraz § 12a ust. 2 zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowej, decyzję o przeprowadzeniu wspólnego postępowania, podejmuje natomiast indywidualnie, sam Prezes NFZ. Zapis ten jest analogiczny w obydwu zarządzeniach:

*„Decyzję o przeprowadzeniu wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w ust. 1, podejmuje Prezes NFZ.”*

Zarządzenia przyjmują więc koncepcję całkowicie sprzeczną z tą, którą określa ustawa PZP. W przypadku wspólnych postępowań na zakup leków niezbędnych do realizacji świadczeń udzielanych w ramach chemioterapii/programów lekowych, Prezes NFZ, samodzielnie wymusza formułę zamówienia na zamawiających, którzy tracą swoje uprawnienie do swobodnego podjęcia decyzji w tym zakresie.

Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy PZP, organizacja oraz wszelkie ustalenia w zakresie przeprowadzenia postępowania wspólnego, odbywają się na zasadzie porozumienia zawieranego przez wszystkich zamawiających. Zamawiający mają więc olbrzymią dowolność w kształtowaniu wszelkich reguł przyszłego postępowania oraz wzajemnej współpracy. Jak wskazuje się w literaturze:

*„Porozumienia zawierane dla celów wspólnego przeprowadzenia postępowań albo konkursów powinny określać istotne elementy kształtujące i porządkujące współpracę takie jak np.: oznaczenie stron oraz zakres zawieranych porozumień; sposób sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia lub konkursu i szacowania ich wartości; zasady wspólnego przygotowania lub prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub organizacji konkursu, w tym wyznaczenie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania lub konkursu lub udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiających wspólnie przygotowujących lub przeprowadzających postępowanie albo organizujących konkurs, zakres upoważnienia wyznaczonego zamawiającego; podział praw i obowiązków między zamawiającymi; zasady wzajemnych rozliczeń między zamawiającymi, w tym pokrycia kosztów czynności postępowania; termin obowiązywania porozumienia; sposób rozstrzygania sporów między stronami i kwestie dotyczące możliwości zmiany porozumienia.”<sup>2</sup>*

Istotą zawieranego porozumienia jest więc również wyznaczenie zamawiającego, który będzie przeprowadzał postępowanie w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających. To wspólni zamawiający decydują, który z nich najlepiej wywiąże się z tego zadania. Swobodny wybór jest w tym przypadku niezwykle ważny, ponieważ jak wskazuje art. 38 ust. 3 ustawy PZP to wszyscy zamawiający biorą ostateczną odpowiedzialność za zgodność przeprowadzonego postępowania z ustawą, pomimo, że faktycznie tylko jeden podmiot będzie prowadził w ich imieniu postępowanie:

***„Zamawiający wspólnie przygotowujący lub przeprowadzający postępowanie o udzielenie zamówienia lub organizujący konkurs odpowiadają wspólnie za zgodność tego postępowania lub konkursu z ustawą, w tym również w przypadku gdy jeden zamawiający przygotowuje lub przeprowadza postępowanie w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających.”***

Zgodnie w.w Zarządzeniami, w tym przypadku również Prezes NFZ podejmuje autonomiczną decyzję w zakresie wyznaczenia zamawiającego, który przeprowadzi wspólne postępowanie:

*„Prezes NFZ dokonuje wyboru podmiotu przeprowadzającego wspólne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Co więcej w Zarządzeniach wskazuje się jednoznacznie na obowiązek udzielenia przez świadczeniodawców stosownego upoważnienia podmiotowi wybranemu przez Prezesa NFZ (zapisy analogiczne w obydwu zarządzeniach)

---

<sup>2</sup> P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2021

*„Świadczeniodawca realizujący świadczenia w ramach chemioterapii **zobowiązany jest do udzielenia upoważnienia do przeprowadzenia wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**, którego wzór jest określony w załączniku nr 9, podmiotowi, który będzie przeprowadzał to postępowanie. Upoważnienie składa się do właściwego dyrektora oddziału Funduszu w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej Funduszu informacji, o której mowa w ust. 4”*

W świetle powyższego zamawiający traci więc kontrolę nad postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, co jest podstawową zasadą na gruncie ustawy PZP. Świadczeniodawca nie tylko zostaje pozbawiony w ogóle decyzji o wszczęciu postępowania, ale nie ma także wpływu na to, jaki podmiot przeprowadzi wspólne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi to istotną sprzeczność i odwrócenie sytuacji względem pozycji zamawiającego uregulowanej zasadniczo w ustawie PZP. Co więcej świadczeniodawca nawet w takich warunkach zmuszony będzie do poniesienia negatywnych konsekwencji w przypadku błędów w prowadzonym wspólnym postępowaniu.

### III. **Relacja ceny ustalonej w przetargu wspólnym do ceny z poprzednich postępowań i "zmuszenie" wykonawców do jej obniżania, wobec braku takiej możliwości.**

Kolejną istotną wątpliwością, pojawiająca się w kontekście wspólnych postępowań, jest sytuacja, w której po rozstrzygnięciu wspólnego postępowania na zakup leków, świadczeniodawcy nadal pozostają z obowiązującymi, zawartymi wcześniej umowami na zakup tożsamyh produktów leczniczych. Jeżeli cena, którą udało się uzyskać w postępowaniu wspólnym jest korzystniejsza, niż ta, po której lek był dotychczas nabywany przez świadczeniodawców, wykonawcy, z którymi wcześniej zawarto umowy, są w takich sytuacjach „przymuszani” do zmiany obowiązujących umów i obniżenia zaoferowanej ceny. Podstawą w tym przypadku ma być rzekomy zakaz nabywania leków, po cenach wyższych niż uzyskane w postępowaniach wspólnych.

Przepisy Ustawy o Świadczeniach nie wprowadzają natomiast żadnych regulacji pozwalających na zmiany w dotychczas obowiązujących i zawartych umowach. Co więcej w Ustawie o Świadczeniach przewiduje się wystąpienie przypadków, gdy pomimo przeprowadzenia wspólnego zamówienia, tożsamy lek nadal nabywany jest poza wspólną procedurą. W takim przypadku, zgodnie z art. 132 ust. 2b Ustawy o Świadczeniach:

*„W przypadku gdy świadczeniodawca nabywa leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyroby medyczne przysługujące świadczeniobiorcom, poza wspólnym postępowaniem, o którym mowa w ust. 2a, **Fundusz finansuje te leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyroby medyczne po cenie nie wyższej niż wynikająca z umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia wspólnego postępowania.**”*

Należy zaznaczyć, że **powyższy przepis odnosi się wyłącznie do kwestii finansowania leków przez Narodowy Fundusz Zdrowia (dalej: „NFZ”)**. Przepis ten ma, więc zastosowanie do relacji NFZ – Świadczeniodawca i istniejących na tym polu wzajemnych rozliczeń finansowych pomiędzy tymi podmiotami. **Przepis ten nie może w żaden sposób uprawniać zarówno NFZ, jak i zamawiającego do ingerencji w warunki realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego, która obowiązuje poza wspólnym postępowaniem i wpływać na wzajemne prawa i obowiązki występujące pomiędzy zamawiającym i wykonawcą w takiej umowie, w szczególności na określoną w takiej umowie cenę nabywanego produktu.**

W przepisach Zarządzeń również nie przewiduje się żadnej samoistnej podstawy do wcześniejszego zmiany lub zakończenia obowiązywania dotychczas zawartych umów. W art. 17a ust. 8 oraz art. 12a ust. 8 w.w. Zarządzeń stwierdza się:

*„Udzielanie świadczeń z wykorzystaniem leku nabytego w ramach wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczyna się nie później niż od pierwszego dnia miesiąca następującego po upływie dwóch miesięcy od dnia zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w wyniku przeprowadzenia wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Zgodnie zaś z ust. 11 tych artykułów:

*„W przypadku, gdy umowa zawarta przez świadczeniodawcę przed zamieszczeniem przez Prezesa NFZ informacji, o której mowa w ust. 4, określa nie wyższą cenę leku niż cena tego samego leku nabytego w wyniku wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, **datą rozpoczęcia realizacji świadczeń** z wykorzystaniem leku nabytego w ramach wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest upływ terminu, na jaki zawarta została ta umowa.”*

Powyższe przepisy określają, więc wyłącznie początkową datę realizacji świadczeń z wykorzystaniem leku nabytego w ramach wspólnego postępowania. Przepisy te nie odnoszą się w żaden sposób do okresu trwania, czy ważności umów zawartych przez świadczeniodawcę przed zamieszczeniem przez Prezesa NFZ informacji, o przeprowadzeniu postępowania wspólnego oraz nie stanowią podstawy do rozwiązania lub zmiany tych umów. Taką interpretację potwierdza również sam Prezes NFZ w dotychczasowych ogłoszeniach odnoszących się do postępowań wspólnych, gdzie wskazuje się wyłącznie na „rozważenie” ingerencji w dotychczasowy stosunek prawny:

*„Dodatkowo nadmieniam, że zgodnie z treścią §17a ust. 11 zarządzenia nr 180/2019/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 grudnia 2019 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapii z późn. zm. w sytuacji, gdy dany świadczeniodawca zawarł umowę na dostawy leków zawierających substancję czynną pegfilgrastimum przed zamieszczeniem przez Prezesa NFZ informacji o ogłoszeniu wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dopuszczona jest jej dalsza realizacja jedynie w sytuacji, gdy cena jednostki leku nabywana w drodze omawianej umowy nie przekracza ceny jednostki leku nabywanego w wyniku przeprowadzonego wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

*Świadczeniodawcy, po podpisaniu umów z wykonawcą wskazanym przez Instytut Matki i Dziecka oraz ustaleniu daty rozpoczęcia dostaw, **winni rozważyć konieczność rozwiązania dotychczas zawartych umów na dostawy leków zawierających pegfilgrastim.**”*

Niezwykle istotne znaczenie ma w tym zakresie charakter umowy o zamówienie publiczne, która stanowi zwieńczenie całej procedury udzielenia zamówienia publicznego. Umowa zawierana przez jednostkę publiczną ze zwyciężskim wykonawcą jest podstawą wzajemnych roszczeń, reguluje zakres zamówienia oraz prawa i obowiązki stron. Do umowy w sprawie zamówienia publicznego zastosowanie mają odpowiednie przepisy Kodeksu Cywilnego o zobowiązaniach i ma ona charakter umowy wzajemnej, co oznacza, że obie strony zobowiązują się, że świadczenie jednej ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej (art. 487 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.). Co do zasady, umowa o zamówienie publiczne jest również w swoim istotnym zakresie niezmienna.

Co do zasady, zmiany warunków zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego muszą znaleźć podstawę prawną w świetle art. 455 ustawy PZP. W szczególności, jeżeli dotyczą one zaoferowanej ceny i tym samym wynagrodzenia należnego wykonawcy. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wszelkie zmiany w tym zakresie powinny być traktowane, jako zmiany istotne w rozumieniu ustawy PZP. Jak wskazuje w jednym ze swoich orzeczeń (wydanych, co prawda na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, ale zachowujących nadal aktualność), Sąd Okręgowy w Szczecinie - wyrok z dnia 8.10.2018 r., VIII GC 334/16, LEX nr 2575019:

*„**Zakaz zmian postanowień zawartej umowy, co do możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy na późniejszym etapie jej wykonywania niezależnie od zmian faktycznych (bez przewidzenia takich zmian) wynika także z regulacji zawartej w art. 144 p.z.p. (tak w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia umowy jak i w brzmieniu obecnym).**”*

Przesłanki ustawowe do zmiany umowy nie mogą natomiast znaleźć zastosowania. Przesłanka wskazana w pkt 2 artykułu 455 Ustawy PZP dotyczy sytuacji, w której nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę, co w oczywisty sposób nie może prowadzić do zmiany ceny.

Przesłanka wskazana w art. 455 pkt 3 również nie znajdzie zastosowania, gdyż dotyczy dodatkowych dostaw, nieobjętych zamówieniem podstawowym.

Przesłanka wskazana w pkt 4 tego artykułu wymaga zaś przede wszystkim zaistnienia sytuacji, której zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. W tym zakresie warto wskazać, na opinię przygotowaną przez Urząd Zamówień Publicznych, w której Urząd szczegółowo analizował

możliwość zmiany umowy na tej podstawie, a która nadal pozostaje aktualna na gruncie nowej ustawy PZP. W opinii tej wskazuje się, że:

*„Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga zatem ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny.”<sup>3</sup>*

Biorąc pod uwagę, że możliwość przeprowadzenia wspólnego postępowania zakupowego wynika również z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a Zamawiający, jako podmiot profesjonalny dobrze zna specyfikę obrotu środkami leczniczymi oraz organizowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w tym zakresie, nie można absolutnie uznać, że wszczęcie postępowania wspólnego było dla Zamawiającego okolicznością nieprzewidywalną. Wręcz przeciwnie, Zamawiający winien liczyć się z prawdopodobieństwem jego wszczęcia.

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 455 ust. 2, która stanowi w nowej ustawie PZP odpowiednik poprzednio funkcjonującej podstawy określonej w art. 144 ust. 1 pkt 6 wskazanej w starej ustawie, należy stwierdzić, że uregulowana w nim zmiana „de minimis” nie może prowadzić do zmiany wynagrodzenia bez jednoczesnej zmiany w obrębie zakresu zamówienia:

*„wskazać należy, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia.”<sup>4</sup>*

Wszelkie zmiany prowadzące do obniżenia ceny wymagałyby, więc równoczesnego zmniejszenia zakresu realizowanych dostaw. Odnosząc się do możliwości zmian cen zawartych w dotychczasowych umowach, należy również stanowczo podkreślić, że wprowadzenie jakiegokolwiek zmian w tym zakresie wiązałyby się z koniecznością zawierania przez świadczeniodawców odpowiednich aneksów. Decyzja o wprowadzeniu zmian, musiałaby się więc wiązać ze swobodną decyzją wykonawcy, gdyż to obie strony umowy, muszą wyrazić wolę modyfikacji łączącego je stosunku prawnego.

Jak wskazuje sam Prezes NFZ, w przypadku dotychczasowych umów sugeruje jedynie rozważenie konieczności ich rozwiązania, co tylko potwierdza fakt, że umowy te są ważne i obowiązują, a rozstrzygnięcie postępowania wspólnego nie ma bezpośredniego wpływu na dotychczasowe warunki umów. Konieczność „rozważenia”, na którą powołuje się Prezes NFZ wskazuje także na jeszcze jedną istotną okoliczność, a mianowicie fakt, że to na Zamawiającym ciążyć będzie ostatecznie odpowiedzialność za ewentualne nieuprawnione rozwiązanie lub zmianę dotychczasowej umowy. W tym zakresie wymaga zaznaczenia, że rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne wbrew przepisom Ustawy PZP może w konsekwencji prowadzić do naruszenia dyscypliny finansów publicznych i wszczęcia stosownego postępowania przez Regionalną Izbę Obrachunkową zmierzającego do nałożenia sankcji na osoby odpowiedzialne z ramienia Zamawiającego za przeprowadzenie postępowania. Nieuprawnione rozwiązanie umowy może także skutkować odpowiedzialnością

<sup>3</sup> Opinia UZP „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp”, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>

<sup>4</sup> E. Wiktorowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 144.

finansową w stosunku do wykonawcy, który może żądać zapłaty kar umownych, jak i stosownego odszkodowania z tytułu poniesionych szkód materialnych.

**Powyższe powinno więc prowadzić do konstatacji, że obowiązujące warunki dotychczasowych umów na dostawę leków, które zostały zawarte przez świadczeniodawców przed przeprowadzeniem postępowania wspólnego, są ważne i nadal obowiązują strony.** W przypadku umów zawieranych w systemie zamówień publicznych bardzo istotną i szczególną rolę pełni powszechna zasada *pacta sunt servanda* wynikająca z prawa cywilnego, zgodnie z którą zawartych umów należy dotrzymywać:

*„Ze względu na potrzebę ochrony powyższych wartości oraz specyficzny charakter umów w sprawach zamówień publicznych wśród innych kategorii umów cywilnoprawnych prawo zamówień publicznych przypisuje dość duże znaczenie zasadzie pacta sunt servanda (tj. umów należy dotrzymywać). Jednocześnie regulacja wyznacza ścisłe granice dopuszczalnej ingerencji stron w treść tego rodzaju kontraktów. Ingerencja ta odbywa się na mocy porozumienia stron przez renegocjację wybranych postanowień umownych (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2015 r., V CSK 589/14).”<sup>5</sup>*

Powyższe potwierdza także Urząd Zamówień Publicznych w jednej ze swoich opinii:

*„Należy jednak mieć na uwadze, iż przywołany przepis stanowi wyjątek od zasady pacta sunt servanda. Ta kwalifikacja determinuje konieczność ścisłej jego interpretacji zapewniającej utrzymanie pewności i bezpieczeństwa obrotu oraz stabilności systemu umów, w tym także w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.”<sup>6</sup>*

Na marginesie można wskazać także, że określając warunki umowy w ofercie przedstawionej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca kalkuluje cenę pozwalającą na wypracowanie zysku na jej realizacji, co należy uznać za normalne i pożądane zjawisko funkcjonujące w obrocie gospodarczym. Ingerencja w tym zakresie w umowę i znaczne obniżenie skalkulowanej ceny prowadziłoby z dużym prawdopodobieństwem do sytuacji, w której wykonawca byłby zmuszony ponosić wyłącznie koszty realizacji umowy i osiągać stratę, co również stoi w istotnej sprzeczności z podstawową definicją zamówienia publicznego, przez które należy rozumieć **umowy odpłatne** zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że o ile świadczeniodawca nie wskazał wyraźnie w umowie na zakup leku zawartej przed przeprowadzeniem i rozstrzygnięciem wspólnego postępowania, przesłanki pozwalającej mu na zmianę wynagrodzenia wykonawcy, z uwagi na cenę zaproponowaną we wspólnym postępowaniu, to nie będzie uprawniony do dokonania takiej zmiany, a „zmuszanie” wykonawców do podjęcia takich kroków, nie ma żadnego umocowania w przepisach ustawy PZP.

#### **IV. Regulacja postępowania wspólnego w zarządzeniu, które nie jest aktem prawa powszechnie obowiązującego**

Podkreślenia wymaga także, że wszelkie szczegółowe zasady organizacji wspólnych postępowań na zakup leków, zostały uregulowane w art. 17a i odpowiednio 12a Zarządzenia. To właśnie z tego aktu wynika generalny obowiązek podporządkowania się decyzji podejmowanej przez Prezesa NFZ przez wszystkich świadczeniodawców. Z tego też aktu wynika zasada, zgodnie z którą leki nie powinny być nabywane przez świadczeniodawców poza wspólnym postępowaniem, jeżeli takie zostało przeprowadzone. To wreszcie Zarządzenie skłania także w praktyce świadczeniodawców do wymuszania na wykonawcach obniżania cen w umowach realizowanych przed ogłoszeniem

---

<sup>5</sup> A. Walewska-Borsuk, Przetargi: Kiedy zamawiający może zmienić umowę z wykonawcą, <https://www.rp.pl/Zamowienia-publiczne/303159999-Przetargi-Kiedy-zamawiajacy-moze-zmienic-umowe-z-wykonawca.html>

<sup>6</sup> Opinia UZP „Dopuszczalność zmian umowy o zamówienie publiczne”, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/dopuszczalnosc-zmian-umowy-o-zamowienie-publiczne>

Należy zauważyć, że Zarządzenie jest natomiast jedynie aktem prawa wewnętrznego. Nie może więc ono wpływać bezpośrednio na prawa i obowiązki podmiotów trzecich, w tym kształtować relacji pomiędzy stronami ważnych i obowiązujących umów. wynika również jednoznacznie i bezpośrednio z art. 93 ust. 2 Konstytucji RP:

*„Zarządzenia są wydawane tylko na podstawie ustawy. Nie mogą one stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów.”*

Przedstawiciele praktyki prawa zamówień publicznych wyraźnie również wskazują, że interpretacja przepisów Zarządzenia, która pozwalałaby na ingerencję w stosunek prawny pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, stałaby w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 19 stycznia 2004 r. (dalej „Ustawa PZP”):

*„Zarządzenie zostało wydane m.in. na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy o świadczeniach, który stanowi, iż prezes NFZ określa „szczegółowe warunki umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej”. Umowy są zawierane między NFZ a szpitalami, więc w świetle powyższego przepisu te szczególne **warunki umów określone przez prezesa NFZ mogą określać jedynie dwustronną relację między tymi podmiotami, a nie relacje szpitali z osobami trzecimi, np. z dostawcami leków. Prezes NFZ ma zatem prawo określić szczegółowe warunki wykonywania usług przez szpitale, np. godziny otwarcia placówki, odpowiedzialność za nieprawidłowe wykonanie usług. Nie może zaś rozszerzać swojego uprawnienia wynikającego z ww. przepisu na obszary, które powinny pozostawać wyłącznie w gestii szpitali. O słuszności takiej interpretacji świadczy nie tylko sens przepisu, ale także relacja do przepisów PZP. **Gdyby zgodzić się z interpretacją prezesa NFZ, należałoby błędnie uznać, iż ma on prawo na drodze zarządzeń, niemających przecież statusu wiążącego prawa, wprowadzać rozwiązania sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami PZP.**”<sup>7</sup>***

W tym kontekście można również zwrócić uwagę na uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw, które wyraźnie wskazuje, że **rolą NFZ jest wyłącznie organizowanie wspólnych postępowań, a sam fundusz nie staje się uczestnikiem obrotu produktami leczniczymi:**

*„Ponadto zmiany zaproponowane w art. 4 w zakresie art. 97 ust. 3 (dodanie pkt 2d), w art. 132 (dodanie ust. 2a) oraz w art. 146 ust. 1 (dodanie pkt 3) ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych mają na celu wprowadzenie dodatkowego uprawnienia dla NFZ do organizacji wspólnych postępowań na zakup leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych przysługujących świadczeniobiorcom, w przypadku, o którym mowa w art. 132 ust. 2a. Należy jednocześnie wskazać, że uprawnienia NFZ do organizacji wspólnych postępowań, o których mowa w art. 97 ust. 3 pkt 2d ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, wynikają z przepisów o zamówieniach publicznych i NFZ **nie staje się uczestnikiem obrotu produktami leczniczymi** w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne.”*

Sytuacja, w której NFZ staje się więc w praktyce uczestnikiem obrotu (to NFZ decyduje o wszczęciu postępowania zakupowego, wybiera podmiot prowadzący wspólne postępowanie, organizuje procedurę udzielania upoważnień) i to na podstawie Zarządzenia, które nie jest aktem powszechnie obowiązującego prawa, stoi w wyraźnej sprzeczności z regulacjami przyjętymi w tym zakresie w ustawie PZP. W tym miejscu można także zauważyć, że sam tytuł ustawy PZP pozwala na stwierdzenie, że to właśnie ten akt prawny w połączeniu z wydanymi na jego podstawie aktami wykonawczymi, powinien kompleksowo regulować najważniejsze zasady postępowania, które w żaden sposób nie mogą być ograniczane dyspozycją aktów niższego rzędu.

---

<sup>7</sup> M. Kolasiński, Czy NFZ może narzucać szpitalom obowiązek zakupu konkretnych leków w przetargach centralnych, <http://grm-rpweb.newscyclecloud.com/Opinie/307319980-Czy-NFZ-moze-narzuca-cz-szpitalom-obowiazek-zakupu-konkretnych-lekow-w-przetargach-centralnych.html>



## V. Pojawiająca się w związku przyjętymi zasadami monopolizacja rynku oraz brak możliwości osiągnięcia rzeczywistego celu postępowań wspólnych.

Należy zauważyć, że przymusowe i narzucane przez Prezesa NFZ świadczeniodawcom wspólne postępowania zakupowe mogą przyczynić się do powstania wielu negatywnych skutków, w tym takich, które będą miały wpływ na zachwianie panujących na rynku zasad konkurencji pomiędzy producentami. Stosowanie reguł zapewniających uczciwą konkurencję między przedsiębiorstwami, pozwala natomiast na wzrost wydajność firm i rozwój przedsiębiorczości. To dzięki konkurencji między podmiotami gospodarczymi, konsumenci mają większy wybór, jakość towarów i usług rośnie, a ich ceny spadają.

W uzasadnieniu do zmiany Zarządzenia można przeczytać, że wspólne postępowania, mają w założeniu przyczynić się do oszczędności, które pozwolą na relokację zaoszczędzonych środków na inne wymagające wsparcia finansowego obszary terapeutyczne:

*"Planowane działania mają na celu relokację środków finansowych uzyskanych w wyniku przeprowadzonego postępowania na obszary terapeutyczne najbardziej tego wymagające. Należy w tym miejscu zauważyć, że znaczne zmiany, jakie zaszły w zakresie leków refundowanych w programach lekowych na przestrzeni ostatnich miesięcy, stąd sprostanie wyzwaniom jakie płyną z udostępnienia szeregu innowacyjnych technologii lekowych wymaga podjęcia konkretnych działań".*

Niestety, trzeba wskazać, że taki cel zakładany przez NFZ, może w rzeczywistości być trudny do osiągnięcia. Obniżenie ceny, może mieć tylko krótkofalowy efekt w pierwszym postępowaniu wspólnym. W dalszej perspektywie czasu, wspólne postępowania mogą w większym stopniu przyczynić się do monopolizacji rynku leków, na co zwracają uwagę specjaliści znający dobrze realia rynku farmaceutycznego:

*„Konsekwencje wspólnych przetargów mogą być groźne dla polskich pacjentów. Przetarg prowadzi do wyłonienia jednego dostawcy. W konsekwencji pozostali przestają taki lek wytwarzać. W przypadku jakiejś awarii w aptekach i szpitalach może zabraknąć leku – mówi Barbara Misiewicz-Jagielak, wiceprezes Polskiego Związku Pracodawców Przemysłu Farmaceutycznego (PZPPF)”<sup>8</sup>*

Pojedyncze firmy, mogą początkowo dostarczyć lek tanio, z uwzględnieniem niewielkiej marży i zarobku. Pozostali wykonawcy nie będą mieli motywacji, aby konkurować w kolejnych postępowaniach, co może mieć dalsze negatywne konsekwencje antykonkurencyjne, w przeciwieństwie do efektu, który można by osiągnąć poprzez naturalną konkurencję na rynku). Co więcej, gdy wykonawcy, proponujący najniższą cenę, stojącą na skraju opłacalności, pokonają już konkurencję, zaczną w rzeczywistości dyktować ceny, co nie tylko zniweczy jakiegokolwiek korzyści, które uda się uzyskać w pierwszych postępowaniach, ale może spowodować nawet brak możliwości powrotu do sytuacji sprzed wprowadzenia dyktatu wspólnych postępowań. Takie doświadczenia mamy także w Polsce w obszarze chemioterapeutyków, gdzie po krótkookresowej walce cenowej, firmy które zostały na rynku zaczęły powoli podnosić ceny.

## VI. Dyskryminacja pacjentów oraz zagrożenie bezpieczeństwa pacjentów

Monopolizacja rynku lekowego może mieć natomiast skrajnie negatywne przełożenie na bezpieczeństwo i sytuację samych świadczeniobiorców. Monopolizacja może prowadzić do sytuacji, w której, gdy zniknie dywersyfikacja dostawców, zaistnieć mogą również obawy dotyczące dostaw leków. Jak pokazuje chociażby obecna sytuacja związana z pandemią COVID-19, przerwanie łańcucha produkcji lub transportu może występować nawet w przypadkach dużych firm, co sprawia, że dywersyfikacja i zabezpieczenie dostaw od innych producentów, jest niezwykle istotne. Jak pozytywnie na dostępność środków leczniczych, może wpłynąć większa ilość wytwórców, może pokazywać

<sup>8</sup> K. Kowalska, Czy dojdzie do monopolizacji na rynku leków, <https://www.rp.pl/Zdrowie-/307249981-Czy-dojdzie-do-monopolizacji-na-ryнку-lekow.html>

choćby prowadzona globalnie akcja szczepień przeciwko COVID-19 – dopiero po pojawieniu się kolejnych preparatów od innych dostawców, akcja szczepień znacząco przyspieszyła, a problem z dostawami został w znacznym stopniu wyeliminowany. Należy podkreślić, że leczeni pacjenci, szczególnie w przypadkach terapii związanych z leczeniem chorób nowotworowych, wymagają stałego i niezakłóconego dostępu do leków. Pacjenci ci nie mogą pozwolić sobie na przerwanie terapii, gdyż może to prowadzić do pogorszenia się ich stanu zdrowia, a w skrajnych przypadkach prowadzić nawet do utraty życia.

Kolejnym istotnym problemem jest to, że postępowania zakupowe powinny uwzględniać przede wszystkim zapotrzebowanie zamawiających, czyli szpitali. Nie mogą one stanowić formy odgórnego narzucania tego, czym i jak szpitale mają leczyć pacjentów, skoro to szpitale i pracujący w nich lekarze odpowiadają za leczenie. W przepisach Zarządzenia pozostawiono Prezesowi NFZ określenie zakresu postępowania wspólnego, bez konieczności ustalenia jakichkolwiek kryteriów w tym zakresie. Podczas gdy ustawa o refundacji np. precyzyjnie określa, co i jak należy grupować, przepisy dotyczące zamówień wspólnych milczą na ten temat, a jest to kwestia zasadnicza dla dostępności terapii.

Po przeprowadzeniu postępowania wspólnego na zakup leków, każdy świadczeniodawca otrzyma ten sam zakupiony produkt, który będzie musiał wykorzystywać w dalszej terapii. Zastosowanie danego preparatu, będzie więc uzależnione od wyniku postępowania wspólnego, a nie od decyzji lekarza i stanu wiedzy medycznej. Taka sytuacja, z punktu widzenia bezpieczeństwa i interesów pacjenta jest natomiast nie do zaakceptowania. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że w dniu 11 czerwca 2018 r. Rzecznik Praw Pacjenta uznał praktykę stosowaną przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie - polegającą na uzależnieniu zastosowania u pacjentów leczonych w ramach programów lekowych produktu leczniczego zawierającego substancję czynną e. w dawce 50 mg o danej nazwie handlowej od wyników postępowania przetargowego, ogłoszonego przez szpital, bez zapewnienia zachowania wymagań aktualnej wiedzy medycznej przy zmianie tego produktu leczniczego - za naruszające zbiorowe prawa pacjentów do świadczeń zdrowotnych.

Powyższa decyzja Rzecznika Praw Pacjenta była przedmiotem zaskarżenia przez szpital, w wyniku czego Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w swoim wyroku z dnia 27 listopada 2018 r., VII SA/Wa 1940/18, utrzymał zaskarżoną decyzję:

*„W świetle przytoczonych wyżej regulacji prawnych, Szpital nie mógł zatem od uwarunkowań ekonomicznych uzależnić zastosowania u pacjentów konkretnej metody leczenia. W takim bowiem przypadku pacjent nie miał zagwarantowanych świadczeń zdrowotnych, opartych na aktualnej wiedzy medycznej, co stoi w ewidentnej sprzeczności z zasadą określoną w art. 6 ust. 1 u.p.p. i przytoczonymi wyżej przepisami.*

*W tej sytuacji nie sposób odmówić racji Rzecznikowi Praw Pacjenta, że zmiana opisanych leków biologicznych zastosowana przez Szpital w niniejszej sprawie nie była podyktowana aktualną wiedzą medyczną na podstawie stanu zdrowia pacjentów, ale racjami wyłącznie ekonomicznymi.*

*Zdaniem Sądu, w obowiązującym systemie prawa, uzależnienie ponownego wdrożenia uprzednio ordynowanego leku E. od wyniku przetargu - w przypadku stwierdzenia przez lekarza prowadzącego, po uzyskaniu uprzedniej zgody pacjenta działań niepożądanych - stanowi praktykę naruszającą zbiorowe prawa pacjentów, o której mowa w art. 59 ust. 1 pkt 1 u.p.p.”*

Podstaw do zmiany wyroku wydanego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny nie znalazł również Naczelny Sąd Administracyjny i w swoim wyroku z dnia 28 maja 2019 r., II OSK 1114/19, oddalił skargę kasacyjną od powyższego orzeczenia.

Wyjątkowy charakter postępowań przetargowych na zakup leków, które prowadzone są przez jednostki medyczne zauważa się także wprost w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych, gdzie wyraźnie zwraca się uwagę, na konieczność zagwarantowania pacjentom konkretnych produktów leczniczych, co może być niejednokrotnie uzasadnione działaniem terapeutycznym, potencjalnymi skutkami ubocznymi itp. Nie zawsze zakup jednego leku, który potencjalnie może być stosowany jako zamiennik innych produktów będzie miał uzasadnienie z terapeutycznego punktu widzenia, co podkreśla właśnie Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z dnia 5 marca 2012 r., KIO 341/12:

*„I tak zamawiający podkreślał konieczność zakupu preparatu KIOVIG jako uzasadnionego względami medycznymi, przede wszystkim niezbędnego dla kontynuacji leczenia danych pacjentów prowadzonego w jego klinikach, natomiast odwołujący wywodził pełną równowagę immunoglobulin obecnych na rynku i możliwość ich zamiennego stosowania bez żadnej szkody dla pacjentów.*

*Rozpatrując powyższe w pierwszej kolejności należy wskazać na specyfikę danego zamawiającego oraz jego przedmiotu zamówienia. Zamawiającym w tym przypadku jest wyspecjalizowana placówka medyczna, której potrzeby i ich zaspokojenie polegają na zapewnieniu realizacji jej statutowych celów, do których jak można przyjąć, należy obok prowadzenia badań naukowych i procesu dydaktycznego, przede wszystkim ratowanie życia i zdrowia ludzkiego. Środkiem do zapewnienia powyższego jest między innymi zakup leków - w tym przypadku immunoglobulin, a więc leków, których skład, zastosowanie i działanie jest daleko bardziej skomplikowane i zaawansowane niż np. przysłowiowego kwasu acetylosalicylowego. Inaczej więc oceniane i porównywane będą zakupy względnie prostych i powszechnie stosowanych leków (i ich wzajemna zastępowalność), którymi terapia nie jest szczególnie skomplikowana, a inaczej ocena możliwości wyboru (a więc i zakupu) leków bardziej zaawansowanych. Potrzeby zamawiającego sprowadzają się więc do konieczności zakupu leków optymalnych dla prowadzonego procesu leczenia, czyli właściwie zapewnienia maksimum bezpieczeństwa dla życia i zdrowia pacjentów.*

*Piśmiennictwo sugeruje, że poszczególne preparaty mogą się istotnie różnić między sobą pod względem całkowitej częstości występowania reakcji niepożądanych. Różnice te mogą wynikać ze zmienności parametrów farmakologicznych, takich jak stężenie, osmolarność, zawartość sodu, zawartość cukru, pH produktu końcowego, miano lizoaglutynin i zawartość IgA". Tym samym nie sposób uznać rozpoznania tolerancji pacjentów na dany preparat oraz jego skutków ubocznych za rzecz zupełnie irrelevantną dla procesu leczenia i możliwości dowolnego wyboru i stosowania różnych preparatów immunoglobulinowych zamiennie."*

Pomimo zapisów § 17a ust. 9 i odpowiednio § 12a ust. 9 Zarządzeń, które dają możliwość nabycia leku poza postępowaniem w określonych sytuacjach związanych z sytuacją pacjenta, m.in. działanie niepożądane, nieskuteczność leczenia, należy jednak stwierdzić, że i tak przy tak skonstruowanych zasadach dotyczących przeprowadzania wspólnych postępowań w Zarządzeniu, z góry pozbawia się pacjentów prawa do terapii lekami, które są świadczeniem gwarantowanym. Jak wskazuje się natomiast w aktualnych raportach związanych z funkcjonowaniem polityki lekowej w szpitalach:

*„Kluczowe jest, by system przetargowy nie niweczył efektu systemu refundacyjnego. A więc zamówienia nie powinny prowadzić do wykluczenia możliwości uzyskania leku refundowanego, który nie „wygrał” przetargu – bowiem:*

- pacjent ma uprawnienie do wszystkich świadczeń gwarantowanych,*
  - podmiot, który uzyskał decyzję refundacyjną, ma prawo do „funkcjonowania” produktu w systemie refundacji w ramach ustalonych w decyzji refundacyjnej warunków. Cena urzędowa, instrumenty dzielenia ryzyka, zobowiązanie do stałych dostaw w określonych ilościach są negocjowane przy założeniu, że produkt będzie objęty refundacją przez okres obowiązywania decyzji refundacyjnej.”<sup>9</sup>*
- Należy podkreślić, że system zamówień leków współistnieje obecnie również z systemem ich refundacji. Cały system refundacyjny został stworzony przede wszystkim dlatego, że obejmowanie leków refundacją i ustalanie ich cen jest procesem złożonym, który musi uwzględniać specyfikę produktów, jakimi są leki. Wśród wielu opinii wskazuje się, że ze względu chociażby na to, że negocjacje refundacyjne i ustalanie warunków cenowo-refundacyjnych jest prowadzone w konkretnym kontekście rynkowym, organizacja zamówień powinna stać w pewnej podrzędności w stosunku do uzyskiwania statusu leku refundowanego. Odwrócenie tych zależności, może zaś negatywnie wpływać na ostateczną sytuację pacjentów i ograniczać im w efekcie dostęp do leków refundowanych co będzie prowadzić do ich dyskryminacji.

---

<sup>9</sup> Raport "Leki w szpitalach - zamówienia publiczne, decyzje terapeutyczne, finansowanie, postulaty uczestników systemu", [https://www.politykazdrowotna.com/uploads/files/2020/03/03/LekiWSzpitalach\\_27022020.pdf](https://www.politykazdrowotna.com/uploads/files/2020/03/03/LekiWSzpitalach_27022020.pdf)

Sytuacja tak prowadzi również do konieczności zadania sobie pytania, po co w ogóle pozostałe leki znajdują się na obwieszczeniu refundacyjnym. Jak już wskazane to zostało w aspekcie monopolizacji, długofalowo, dostawcy, których leki znajdują się poza postępowaniem wspólnym, najprawdopodobniej skrócą swoją decyzję o objęciu swoich produktów refundacją i tym samym wycofają się z rynku polskiego. Koncepcja, zgodnie z którą „zwycięzca bierze wszystko”, może więc okazać się optakana w skutkach dla świadczeniobiorców.

W związku z powyższymi zebranymi wątpliwościami i analizami pokazującymi wpływ wspólnych postępowań na zakup leków na wszystkich interesariuszy systemu ochrony zdrowia zwracam się do Pana Przewodniczącego o zabranie stanowiska i wypracowanie dobrych praktyk dla administracji publicznej w zakresie postępowań na zakup leków. Jestem przekonana, że ich wdrożenie pozwoliłoby uniknąć wielu potencjalnych niebezpieczeństw w przyszłości.

Z poważaniem,

Irena Rej



Prezes Zarządu Izby Gospodarczej  
„FARMACJA POLSKA”

Do wiadomości:

MAREK KOWALSKI

Przewodniczący Rady Zamówień Publicznych  
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych