

Łódź, dnia 30 czerwca 2025 r.

Prof. dr hab. Maria Królikowska-Olczak

R E C E N Z J A

Rozprawy doktorskiej Pani mgr Melanii Lech

p.t. „Uczciwa konkurencja” w zamówieniach publicznych na dostawy leków, przygotowanej w Instytucie Prawa Uniwersytetu SWPS w Warszawie pod kierunkiem naukowym Pana dr hab. Piotra Bogdanowicza, prof. UW.

1.Ocena wyboru tematyki, koncepcji i hipotezy badawczej

Stworzenie rynku wewnętrznego Unii Europejskiej oraz zapewnienie przestrzegania na nim reguł konkurencji wymagają, aby państwa członkowskie przestrzegały zasad, które groziłyby naruszeniem konkurencji oraz wymiany handlowej między państwami członkowskimi również w zamówieniach publicznych. Zamówienia publiczne stanowią bowiem istotny aspekt systemu prawa i gospodarki zarówno UE, jak i państw członkowskich. Należy je wymienić jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Regulacja prawna zamówień publicznych jest wielopłaszczyznowa. Składają się na nią normy prawne zawarte w prawie pierwotnym Unii Europejskiej, normy prawa wtórnego, głównie zawarte w tzw. dyrektywach zamówieniowych, normy prawa krajowego implementujące prawo unijne w obszarze zamówień publicznych oraz normy wynikające z umów międzynarodowych, których stroną jest UE. W praktyce oznacza to, że poprzez normy prawa zamówień publicznych mogą być realizowane cele, ustalone przez prawodawcę unijnego, międzynarodowego, jak również krajowego.

W unijnej regulacji prawa zamówień publicznych podkreślono, że system prawa zamówień publicznych ma służyć wykonaniu strategicznych założeń UE w zakresie inteligentnego i zrównoważonego rozwoju. Niemniej podstawowym celem prawa zamówień publicznych jest ustanowienie reguł, jakimi powinien kierować się zamawiający, aby dokonać wyboru

najkorzystniejszej oferty wykonania zamówienia. Wybór najkorzystniejszej oferty następuje w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, charakteryzującym się specyfiką w szczególności z uwagi na wymóg zgodności z zasadami, w tym zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Warto zauważyć, że dyrektywy unijne zostały uchwalone nie tylko w pierwotnym celu jakim jest efektywne gospodarowanie środkami publicznymi, lecz także do realizacji celów pośrednich - rozwoju społecznego, wsparcia innowacyjności czy w celu nabywania produktów leczniczych przez podmioty lecznicze, które wykonują działalność leczniczą. Sposób ukształtowania celów prawa zamówień publicznych, wynikających z inkorporowania do niego pewnych wartości, niewątpliwie jest determinowany przez określenie charakteru prawnego instytucji zamówień publicznych i zaliczeniem regulacji prawa zamówień publicznych do prawa publicznego lub prawa prywatnego. Kwestia podziału prawa na publiczne i prywatne była od czasów rzymskich i jest nadal przedmiotem ożywionej dyskusji.

Doktorantka nie tylko dostrzega i analizuje tę skomplikowaną teoretycznie problematykę jaką jest „uczciwa konkurencja” w zamówieniach publicznych na dostawy leków, eksponując istotę zasady uczciwej konkurencji, występowanie konkurencji w przetargach na dostawy produktów leczniczych, problemy zamówień centralnych na dostawy leków czy organizowanie przetargów na leki a wykonywanie zawodu lekarza, ale zasadnie podnosi rozbudowane unormowania, które wprowadzają liczne ograniczenia swobody kontraktowania w oparciu o zasadniczy zakaz bezpośredniego udzielania zamówień z pominięciem obowiązkowych procedur przetargowych.

Znaczenie tego tematu ma zarówno wymiar teoretyczny, jak i - co szczególnie warto podkreślić - praktyczny. Analiza przedstawiona przez Autorkę odnosi się bowiem do niemal codziennych problemów spotykanych w działaniach lekarzy, podmiotów leczniczych, które posiadają kompetencje do wyboru refundowanych terapii leczniczych zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji w realizacji prawa zamówień publicznych, czy organizowaniu wspólnych postępowań na zakup leków przez Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ). Zamówienia publiczne na dostawy produktów leczniczych w Polsce stanowią fundamentalny mechanizm leczenia szpitalnego pacjentów i alokowania dóbr w postaci leków na rynku (s. 222).

Wybór tematu rozprawy uważam za trafny. Autorka podjęła interesujące zadanie polegające na zbadaniu występowania konkurencji w zamówieniach publicznych na dostawy produktów leczniczych. Problematyka ta cechuje się znacznym stopniem złożoności normatywnej i teoretycznej, a objęte nią zagadnienia mają duże znaczenie praktyczne. Wybrany przez Doktorantkę temat zasługiwał więc na opracowanie, tym bardziej że zakresem rozprawy objęte zostały aspekty prawa zamówień publicznych, jak również aspekty prawa konkurencji oraz aspekty prawa farmaceutycznego .

Zastrzeżenia budzi jednak sposób ujęcia tematu i zakres przedmiotowy rozprawy, a w związku z tym zgłaszam uwagi krytyczne pod adresem jej tytułu. Autorka we wszystkich rozdziałach pracy odnosi się, i słusznie, do zasady uczciwej konkurencji i prawa zamówień publicznych dlatego w tytule wskazana w cudzysłowie „uczciwa konkurencja” w odniesieniu do zamówień publicznych wprowadza czytelnika w błąd i sugeruje szersze ujęcie tematu uwzględniające również m.in. elementy techniczne, ekonomiczne, a nie tylko prawnicze rozważania jak ma to miejsce w rozprawie. Jak wskazuje Autorka rozprawy doktorskiej celem pracy było „odnalezienie sensu i znaczenia dla zasady uczciwej konkurencji oraz jej słusznego i obowiązkowego wprowadzenia do systemu prawnego w obszarze zamówień publicznych na dostawy leków, ukazania istoty samych zasad oraz znalezienia odpowiedzi na pytanie czy postępowania o udzielenie zamówień publicznych na dostawy leków, ze względu na swoją złożoność nie powinny mieć, w minimalnym, chociaż stopniu osobnych regulacji lub być jeszcze mocniej doprecyzowane, czy chociaż odpowiednio zinterpretowane przez samego ustawodawcę” (s.15). W ślad za tym mgr Melania Lech formułuje hipotezę badawczą „czy zasada uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych na dostawy leków ma wymiar absolutny w polskim systemie prawnym oraz odszukania odpowiednich rozwiązań, które doprowadziłyby do osiągnięcia spójności owych systemów” (s.15). Twierdzenie powyższe Autorka dysertacji odpowiednio rozwija i precyzuje, a następnie wspiera odpowiednimi argumentami co w konsekwencji spowodowało odrzucenie postawionej hipotezy i stwierdzenie, że zasada uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych na dostawy leków nie ma wymiaru absolutnego w polskim systemie prawnym. „Dla ustawodawcy nie ma ona priorytetowego znaczenia przy konstruowaniu i wprowadzaniu kolejnych przepisów prawa, co sprawia w ustawie prawo zamówień publicznych wiele luk prawnych, które powodują nieprzestrzeganie i ograniczanie zasady uczciwej konkurencji” (s. 223). Wskazaną hipotezę badawczą oceniam jako trafną i dobrze postawioną. Prezentuje określone wartości badawcze, jest weryfikowana w poszczególnych rozdziałach pracy. Można

zatem uznać, że cel recenzowanej rozprawy doktorskiej został sformułowany prawidłowo i w rezultacie zrealizowany.

2. Metoda badawcza

W rozprawie doktorskiej właściwie zostały dobrane i zastosowane metody badawcze. Podstawową metodą badawczą jest metoda dogmatyczna. Analiza prawa unijnego i prawa polskiego tak w zakresie zamówień publicznych, jak i stanowiącej przedmiot szczegółowego badania zasady uczciwej konkurencji, a także ustaw: o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, pozwoliła na wykorzystanie tej metody do przeprowadzenia badania aktów prawnych, poglądów doktryny i orzecznictwa TSUE, Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Krajowej Izby Odwoławczej. Zastosowanie tej metody pozwoliło na określenie związków pomiędzy funkcjonowaniem zasady uczciwej konkurencji a dystrybucją leków dla pacjentów w polskim systemie prawnym (s. 16). Badając kontekst historyczny pomocniczo została zastosowana metoda historyczna, dzięki której przedstawiono ewolucję rozwoju zasad prawnych, w tym zasadę uczciwej konkurencji oraz niektórych rozwiązań prawnych zamówień publicznych. W związku z analizą przepisów prawnych w przedmiocie organizacji systemów prawnych dotyczących leków w wybranych państwach Unii Europejskiej została użyta metoda prawnoporównawcza. Spojrzenie prawnoporównawcze poszerzyło perspektywę analizy w odniesieniu do zasady uczciwej konkurencji oraz zapewnienia swobodnego dostępu do świadczeń gwarantowanych z pełnym doborem produktów leczniczych (s. 214). Sięgnięcie do metody aksjologicznej pozwoliło na zbadanie wartości pomiędzy zasadą uczciwej konkurencji a klauzulą sumienia lekarza i jego niezależnej wiedzy medycznej podczas leczenia pacjentów (s. 16). Wydaje się, że zastosowanie w niezbędnym zakresie ekonomicznej analizy przepisów prawnych w celu określenia efektywnego wydatkowania środków publicznych na dostawy produktów leczniczych pogłębiłoby analizę rozwiązań prawnych przyjętych w Polsce.

3. Ocena konstrukcji i treści rozprawy

Pani mgr Melania Lech podjęła się tematu o dużej doniosłości praktycznej, odpowiadającej na ważne wyzwania prawne przez pryzmat regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych. Układ rozprawy oceniam pozytywnie, ponieważ tworzy on w zasadzie spójną i logiczną całość, którą łączy wyznaczony we Wstępie cel badawczy. Rozprawa licząca 242 strony

składa się ze Wstępu, pięciu rozdziałów, Zakończenia oraz bibliografii, w tym publikacji, wykazu aktów prawnych, orzeczeń sądów i źródeł internetowych. Prezentowane rozdziały nie kończą się jednak podsumowaniem ani wnioskami w ramach każdego rozdziału co uczyniłoby pracę bardziej czytelną w zakresie realizacji hipotezy badawczej. Jedynie rozdział piąty (5.4. Wnioski) zawiera wnioski częściowe.

W pierwszym rozdziale zatytułowanym *Zasada uczciwej konkurencji – uwagi ogólne* o charakterze wprowadzającym, Autorka interesująco omawia zasady prawa przez pryzmat poglądów przedstawicieli doktryny anglosaskiej, niemieckiej, hiszpańskiej akcentując różnice pomiędzy zasadami i regułami, ich współzależności i wpływ na rozwój prawa (s. 20-26). Przytacza poglądy przedstawicieli polskiej nauki, w szczególności J. Wróblewskiego, który wskazuje, że postulaty nie mogą znajdować się w systemie prawa, ponieważ nie mają żadnego uzasadnienia etycznego, nie mają cech zasad, a jedynie prawo natury wpływa na ich obowiązywanie i funkcjonowanie w świecie. Trudno nie podzielić koncepcji, że zasady prawa to tak naprawdę normy obowiązujące w danym systemie prawnym, w którym muszą mieć swoje odzwierciedlenie w przepisach prawnych i stanowić ich logiczną konsekwencję (s. 28). Autorka podkreśla, że zasady prawa stanowią element logiczny dla uzasadnienia norm oraz wyznaczania prawidłowych wartości (s. 32). Podnosi następnie, że podstawowym zadaniem regulacji w zakresie zamówień publicznych jest dążenie i zagwarantowanie osiągnięcia pełnej konkurencji, która będzie miała szeroki dostęp do ogólnoeuropejskich zamówień (s.42). W tym kontekście omawia zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równości w prawie unijnym i w prawie krajowym, konkludując, że zarówno prawo konkurencji, jak i prawo zamówień publicznych są przedmiotem określonych celów i polityk UE (s. 45).

Na tym tle problemy zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nadużywania pozycji dominującej na rynku, czy pomocy państwa, mające podstawę prawną w art. 101, art.102 i 107 TFUE budzą niedosyt, ponieważ są jedynie zasygnalizowane. Wprawdzie rozdział II, zatytułowany *Istota zasady uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych*, uwzględnia regulacje prawne konkurencji w Polsce, to moim zdaniem, należało odnieść się znacznie szerzej do porozumień, przede wszystkim porozumień przetargowych zawieranych między wykonawcami zamówienia publicznego, które na gruncie Prawa zamówień publicznych są kwalifikowane jako czyny nieuczciwej konkurencji. Pomimo tego, że zamawiający (a także KIO, sąd) stosują przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to w zakresie pojęcia porozumienia przetargowego odwołują się do treści tego pojęcia w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która stanowi, że

zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Przyjmuje się, że sformułowanie to konstytuuje zasadę zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Porozumienia te ograniczające konkurencję stanowią zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, a w szczególności dla urzeczywistnienia konkurencji. Autorka wprawdzie podkreśla, że najczęstszą formą ograniczenia konkurencji są zmony kartelowe, wśród których istotne znaczenie gospodarcze mają zmony przetargowe (ss. 80-85), ale nie dostrzega ich oddziaływania ich na dostawy produktów leczniczych. Zmony przetargowe są bowiem działaniami wymierzonymi w cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty a porozumienia pomiędzy wykonawcami wyłączają uczestnictwo w postępowaniu oparte na współzawodnictwie w warunkach uczciwej konkurencji. Są zatem zachowaniem wymierzonym w zasadę uczciwej konkurencji. Sugerowałabym również szersze wykorzystanie literatury z zakresu prawa konkurencji oraz prawa zamówień publicznych, co zaowocowałoby dostrzeżeniem większego zakresu problemów w tej materii.

W rozdziale III Autorka skoncentrowała się na występowaniu konkurencji w przetargach na dostawy produktów leczniczych. Pozytywnie należy ocenić wywody dotyczące charakterystyki trybów postępowań jak również zagadnienia umowy o zamówienie publiczne. Niepotrzebny jest podział podrozdziału kryteria oceny (3.4) na jeden punkt (3.4.1).

Trafne i ciekawe są wywody i oceny Doktorantki na temat zamówień centralnych na dostawy leków (rozdział IV). Podzielam konstatację, że mechanizm wspólnych postępowań niewątpliwie prowadzi do nadużywania pozycji dominującej Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, ponieważ organizuje on centralne zamówienia publiczne na konkretne substancje lecznicze, zgodnie z jego wiedzą i wolą, czasem wbrew woli świadczeniobiorcy. Obecne regulacje nie wymagają wskazania uzasadnienia i celowości przeprowadzenia postępowania, czy wyboru kryterium oceny ofert na daną substancję leczniczą - są to autonomiczne decyzje Prezesa NFZ (s. 155 in.) Przepisy nie wskazują, jak akcentuje Doktorantka, czy odpowiedzialność za przygotowanie postępowania spoczywa na Prezesie NFZ, czy szpitalu jako zamawiającym. Cenne są uwagi, świadczące o dobrej znajomości problematyki w zakresie nadania uprawnienia Narodowemu Funduszowi Zdrowia (NFZ) monitorowania ogłaszanych i prowadzonych w danym szpitalu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na leki refundowane i ich zakup ze środków publicznych w celu oceny zasadności stosowania środków ochrony prawnej (s. 156). Nie sposób nie zgodzić się z

poglądem Doktorantki, że obecnie Ministerstwo Zdrowia i NFZ ograniczyły pacjentom dostęp do leczenia, który jest zagwarantowany w Konstytucji, kierując się jedynie oszczędnościami finansowymi. Rozwiązania prawne powinny rozgraniczać i umożliwiać przeprowadzenie odrębnego zamówienia publicznego na dany lek dla szpitala, który jest gwarantem odpowiednich terapii dla pacjentów, a NFZ powinien wykazać się większym zaufaniem do rozsądnego wydatkowania i rzeczywistych potrzeb dla świadczeniobiorców (s.163).

Ostatni rozdział przybliży relacje pomiędzy niezależną wiedzą medyczną lekarza a regulacjami prawnymi dotyczącymi zamówień publicznych. Zmianę przepisów w zakresie organizowania postępowań wspólnych, w których decydem jest Prezes NFZ, który nie przeprowadza konsultacji ze szpitalami, pozbawiając tym samym pacjentów dostępu do możliwych świadczeń gwarantowanych, które im przysługują i znajdują się na listach refundacyjnych (s. 189-190), nie można ocenić pozytywnie, dzieląc tę ocenę z Doktorantką.

Oceniając efekt pracy mgr Melanii Lech w zakresie wytyczenia przez Nią zakresu a zarazem obszaru badań zauważyłam brak rozważań w rozprawie w przedmiocie specyfiki produktu leczniczego oraz handlu równoległego. Dla dyskusji jaka toczy się pomiędzy producentami produktów leczniczych a importerami równoległymi, kluczową kwestią jest postrzeganie specyfiki produktu leczniczego jako towaru. Za importem równoległym przemawiają przede wszystkim oszczędności generowane dla systemu opieki zdrowotnej państw członkowskich oraz bezpośrednio dla pacjentów, zwiększenie dostępności produktów leczniczych oraz pobudzenie konkurencji w sektorze farmaceutycznym. Zauważyć należy, że cena produktu na rynku wewnętrznym UE nie zależy od procesów ekonomicznych, ale od szeregu czynników pozaekonomicznych, takich jak: przyjęty w danym państwie system refundacji leków, regulowany system ustalania leków, model systemu opieki zdrowotnej czy przyjęte w danym państwie rozwiązania prawne, regulujące kwestię produktów leczniczych importowanych równolegle. Wydaje się, że przybliżenie organizacji systemów prawnych dotyczących leków w wybranych państwach (a nie krajach) UE (pkt.5.3) powinno być również rozważone przez pryzmat handlu równoległego.

W Zakończeniu widać potencjał doradczy pracy doktorskiej, która mogłaby dostarczać wielu argumentów w dyskursie dotyczącym zamówień publicznych na dostawy produktów leczniczych w polskim systemie prawnym.

4. Ocena formalnej strony pracy

Rozprawa doktorska została oparta na wielu tekstach źródłowych. Szczególnie imponujący jest Wykaz orzecznictwa sądów oraz źródeł internetowych. Opracowanie zawiera stosunkowo ubogie piśmiennictwo. Należy żałować, że Autorka nie uwzględniła szeregu pozycji polskiej literatury dotyczących zamówień publicznych, a przede wszystkim prawa farmaceutycznego, w tym komentarzy i monografii. Niewątpliwie argumentacja Autorki została wzbogacona poprzez właściwą analizę licznych aktów normatywnych i orzeczeń. Język pracy zawiera jednak wiele kolokwializmów.

5. Wnioski końcowe

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzam, że mgr Melania Lech prezentuje ogólną wiedzę teoretyczną w swojej dyscyplinie oraz posiada umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej w zakresie przedstawienia oryginalnego rozwiązania problemu naukowego – praca stanowi znaczący wkład Autorki w rozwój wiedzy w danej dziedzinie.

Recenzowana rozprawa doktorska mgr Melanii Lech pt. *„Uczciwa konkurencja” w zamówieniach publicznych na dostawy leków* zasługuje na pozytywną ocenę, czyniąc zadość wymaganiom stawianym w ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce oraz może stanowić podstawę do dalszego prowadzenia przewodu doktorskiego.

Prof. dr hab. Maria Królikowska-Olczak