



Warszawa, dnia 7 lipca 2021 roku

## **ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW**

Dotyczy: postępowania pn. „Dostawa leku biologicznego Adalimumab” – sprawa nr 18/PN/2021/ES

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie działając na podstawie art. 135 ust. 2 oraz ust. 3 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zwanej dalej Ustawą, informuje, iż wpłynęły pytania od Wykonawców, na które Zamawiający udziela następujących wyjaśnień i dokonuje zmian zapisów SWZ:

### **Pytanie nr 1 – dotyczy § 7 ust. 1 umowy projektu umowy**

Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: „... z wyłączeniem powołania się przez Dostawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru.”

**Odpowiedź: Zamawiający utrzymuje zapisy SWZ.**

### **Pytanie nr 2 – dotyczy § 8 ust. 7 umowy projektu umowy**

Prosimy o zmianę treści §8 ust. 7 wzoru umowy w taki sposób, aby kary z tyt. opóźnienia naliczane były do momentu skorzystania z prawa do dokonania zamówienia zastępczego, zamiast do momentu poinformowania o tym fakcie Wykonawcy.

**Odpowiedź: Zamawiający utrzymuje zapisy SWZ.**

### **Pytanie nr 3 – dotyczy § 10 ust. 2 pkt 7) umowy projektu umowy**

Prosimy o informację czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odpowiedź: Zamawiający utrzymuje zapisy SWZ.**

### **Pytanie nr 4 – dotyczy § 10 ust. 12 umowy projektu umowy**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §10 ust. 12 wzoru umowy zgodnie z którym Zamawiający przewidują zmianę umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy w sytuacji gdy średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ) będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego niniejszą umową?

Po pierwsze, wskazać należy, że postanowienie to dotyczy wewnętrznych zasad rozliczeń między świadczeniodawcami a NFZ, w tym w szczególności zasad korygowania wartości

produktu rozliczeniowego lub świadczenia w weryfikację średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych, na które to zasady Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną. Zgodnie z par. 30 Zarządzenia nr 162/2020/DGL Prezesa NFZ z dnia 16 października 2020 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe (i odpowiednio par. 28 Zarządzenia nr 180/2019/DGL – to dyrektor oddziału NFZ monitoruje i weryfikuje średni koszt rozliczeń wybranych substancji czynnych i uwzględnia ww. weryfikację w stosunku do danego świadczeniodawcy. Ustalenia te są zatem wewnętrznymi uzgodnieniami Zamawiającego z NFZ, a Wykonawca nie jest ich adresatem i nie mogą one kształtować obowiązków wykonawców. W konsekwencji nieuzasadnione jest oczekiwanie od Wykonawcy, aby cena każdorazowo ulegała zmianie wskutek zmian ww. Zarządzeń czyli była warunkowana przepisami o charakterze wewnętrznym, których Wykonawca nie jest Stroną. Zasadniczym jest bowiem, iż zarządzenia te nie są źródłem prawa powszechnie obowiązującego Rzeczypospolitej Polskiej i wprowadzanie takich postanowień w umowie przetargowej i czynienie z nich zobowiązania Wykonawcy jest nieuprawnione i bezpodstawne. Zarządzenia Prezesa NFZ, które wprowadzają nowe zasady rozliczeń Świadczeniodawców z NFZ są bowiem aktami prawa wewnętrznego, na co wprost wskazał Sąd Apelacyjny w Gliwicach w wyroku z dnia IV SA/GI 1151/17. Bezpodstawnym jest zatem wskazywanie jako wiążącego bezwzględnie wszystkich uczestników mechanizmu zmiany cen w oparciu o komunikaty NFZ ustalające lub zmieniające średnie koszty wybranych substancji czynnych w sytuacji gdy brak jest podstawy prawnej uprawniającej do tego (Wykonawców nie wiążą bowiem ani Rozporządzenie Ministra Zdrowia ani Zarządzenia Prezesa NFZ).

Po drugie, podkreślić należy, że tak określona klauzula jest także nadużyciem w rozumieniu art. 353(1) KC. – zarówno, iż nie tylko nie ma przepisu uprawniającego do stosowania cen maksymalnych, w dodatku o charakterze ruchomym, ale też narusza zasady współżycia społecznego. Niezgodnym bowiem z regułami uczciwości jest przerzucanie na Wykonawcę kosztów prowadzenia swojej własnej działalności niezwiązanej bezpośrednio ze świadczeniem Wykonawcy.

Po trzecie, nieuprawnione działania Zamawiającego wskazane powyżej wyczerpują także znamiona niedozwolonej klauzuli, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny” – mając zaś na uwadze działania Zamawiającego polegające na wymaganii zmiany ceny w oparciu o czynniki niezależne od Wykonawcy i wskazując na mechanizm, który jest wewnętrzną regulacją między Zamawiającym a NFZ wskazać należy, że zachodzi podstawa do uznania takich porozumień za nieważne, zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. 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”.

Po czwarte, zmiana, o którą wnosi Wykonawca pozostaje zgodne z nową ustawą - Prawo Zamówień Publicznych, 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.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie §10 ust. 12 wzoru umowy.

Odnosząc się do przedstawionych zastrzeżeń należy podkreślić, że:

- 1) współczynniki korygujące stanowią co prawda element rozliczeń między świadczeniodawcą a NFZ, ale ich użycie determinowane jest ceną leku i jako takie pozostają w bezpośredniej zależności od ceny produktu oferowanego przez Wykonawcę;
- 2) zarządzenia Prezesa NFZ nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego, jednakże świadczeniodawca jest zobowiązany do ich stosowania poprzez umowę zawartą z NFZ i w ten sposób, ze względu na istnienie tylko jednego powszechnego ubezpieczyciela w Polsce, zarządzenia Prezesa NFZ stają się aktami regulującymi zasady udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowych ze środków publicznych;
- 3) kwestionowana klauzula nie wprowadza mechanizmu bezwzględnie wiążącego, ponieważ jej zastosowanie jest ewentualne, a nie automatyczne, jak również przewidziany został proces konsultacji między Zamawiającym a Wykonawcą;
- 4) „Niezgodnym bowiem z regułami uczciwości jest przerzucanie na Wykonawcę kosztów prowadzenia swojej własnej działalności niezwiązanej bezpośrednio ze świadczeniem Wykonawcy.” - jest to twierdzenie nietrafne, ponieważ bilans kosztów działalności świadczeniodawcy zależy w tym przypadku w sposób bezpośredni od wyceny świadczenia (leku) przez Wykonawcę;
- 5) na etapie przetargu Zamawiający w żaden sposób nie wskazuje ceny wynikającej ze średniego kosztu rozliczenia jako progowej warunkującej przystąpienie do przetargu, ani w żaden sposób jej nie uzgadnia z potencjalnymi Wykonawcami;
- 6) Średnie koszty rozliczenia wybranych substancji czynnych wynikają z cen sprzedaży leków realizowanych na terenie kraju w określonym czasie. Zarządzenia Prezesa NFZ nie narzucają Wykonawcy ani Zamawiającemu cen progowych oraz nie wprowadzają zobowiązania Wykonawcy do ich przestrzegania. Jak wskazano wcześniej w umowie został wprowadzony jedynie możliwy do wykorzystania mechanizm dostosowania ceny w związku ze zmianą czynników zewnętrznych (średniego kosztu rozliczenia). Taki mechanizm jest powszechnie wykorzystywany w umowach na dostawy w związku np. ze zmianami podatkowymi, prawnymi czy dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia.

**Pytanie nr 5 – dotyczy § 10 ust. 12 umowy projektu umowy**

Jeśli Zamawiający nie zrezygnuje z zapisu o konieczności zastosowania ceny zgodnie ze współczynnikami korygującymi, to prosimy o wprowadzenie dodatkowego zapisu do §10 ust.12 projektu umowy o treści:” W przypadku jeśli wykonawca nie będzie mógł zmieścić ceny i dojdzie do jednostronnego wypowiedzenia umowy to wykonawcy nie zostanie naliczona kara przez Zamawiającego.

**Odpowiedź:** Nie. Zamawiający utrzymuje zapisy SWZ.

W związku z dokonaniem odpowiedzi Zamawiający zmienia **termin składania ofert** z dnia 12 lipca 2021 roku godz. 11:30 na **dzień 12 sierpnia 2021 roku na godz. 11:30.**

**Otwarcie ofert nastąpi w dniu 12 sierpnia 2021 roku o godz. 12:00.**

Zamawiający w związku ze zmianą terminu składania ofert dokonuje modyfikacji w SWZ, w Rozdziale XVII (Termin związania z ofertą)

BYŁO:

**17.1** Wykonawca będzie związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert, przez okres 90 dni, tj. do dnia **9 października 2021 r.**

JEST:

**17.1** Wykonawca będzie związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert, przez okres 90 dni, tj. do dnia **9 listopada 2021 r.**

Zamawiający informuje, że udzielone odpowiedzi są integralną częścią SWZ dla przedmiotowego postępowania i są wiążące dla wszystkich Wykonawców od dnia przekazania.

PEŁNOMOCCNIK DYREKTORA  
ds. ADMINISTRACYJNO-TECHNICZNYCH  
Narodowy Instytut Geriatrii,  
Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie  
mgr Damian Wrona

Sporządził: Emilia Stadnik

SPECJALISTA ds. ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii  
i Rehabilitacji w Warszawie  
mgr Emilia Stadnik