

## WYJAŚNIENIA I ZMIANY DO TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

**Dotyczy : postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę LEKÓW - 38. Nr sprawy : ZP-19-089UN**

W związku z pytaniem Wykonawcy, które cytuję poniżej a dot. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, działając zgodnie z art.38 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.), udzielam następującej odpowiedzi :

- 1) Do treści §1 ust.5 i §7 ust.4 projektu umowy: Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmian ilościowych przedmiotu umowy, ale nie określił ich warunków, m.in. nie wskazał w jakich okolicznościach zmiana mogłaby mieć miejsce, nie wskazał w żaden sposób granic zmian ilościowych odnośnie pozycji itp. Zgodnie z art. 144 ust. 2, w związku z art. 144 ust. 1-1b, 1d, 1e Ustawy PZP, brak określenia warunków zmiany umowy będzie przesądzać o nieważności zapisów z §1 ust.5 i §7 ust.4 projektu umowy. Czy w związku z tym, Zamawiający odstąpi od tych zapisów w umowie? **Odp.: Zamawiający jest Szpitalem i nie będzie zamawiał leków, które nie są potrzebne w leczeniu hospitalizowanych pacjentów, a tym samym nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy.**
- 2) Do §5 ust.1 projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub towaru podlegającego reklamacji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości niedostarczonego w terminie zamówienia za każdy dzień opóźnienia? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Zamawiającemu, za opóźnienie świadczenia pieniężnego, może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 9,5% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Wykonawcy zamówienia, za opóźnienie świadczenia, przewidziana jest kara w wysokości 1825% w skali roku (5% x 365 dni). **Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.**
- 3) Do §5 ust.2 projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za odstąpienie od umowy w wymiarze 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy/pakietu? **Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.**
- 4) Do treści §5 ust.4 projektu umowy prosimy o dodanie słów, zgodnych z przesłanką wynikającą z art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu." **Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.**
- 5) Do treści §5 ust. 5 prosimy o dopisanie:"...zgodnie z art.4 pkt 3 Ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych". **Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.**
- 6) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu wskazanego w Formularzu asortymentowo – cenowym dla pakietów nr 14, 15 i 16 zgodnie z którym Zamawiający wymaga zmiany ceny leku tak aby cena leku na fakturze nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w Zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia Nr 124/2018/DGL z dnia 28.11.2018 r. aktualnego w dniu otwarcia ofert?

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 oparciu o zastosowanie współczynników korygujących, na które to zasady Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną. Zgodnie z definicją współczynników korygujących wprowadzoną Rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z dnia 8 września 2015 r. są to współczynniki, za pomocą których wyliczana jest wysokość zobowiązania Funduszu wobec 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 właśnie poprzez możliwość skorzystania ze współczynników korygujących są bowiem aktami prawa wewnętrznego, na co wprost wskazał Sąd Apelacyjny w Gliwicach w wyroku z dnia IV SA/Gl 1151/17. Bezpodstawnym jest zatem wskazywanie jako wiążącego bezwzględnie wszystkich uczestników mechanizmu zmiany cen w oparciu o współczynniki korygujące w sytuacji gdy brak jest podstawy prawnej

## ZP-19-089N - LEKI 38

uprawniającej do tego (Wykonawców nie wiąże bowiem ani Rozporządzenie Ministra Zdrowia ani Zarządzenia Prezesa NFZ).

Po drugie, podkreślić należy, że klauzula wymagająca aby cena nie przekraczała progów kosztowych uprawniających Zamawiającego do stosowania współczynników korygujących 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 wymaganiu 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 będzie pozostawała w zgodzie z nowym projektem ustawy 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.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wskazuje, iż wprowadzenie postanowienia, o które wnosi Zamawiający (cyt: „Zamawiający wymaga zmiany ceny leku za miligram tak, aby cena leku na fakturze nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w Zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia Nr 124/2018/DGL z dnia 28.11.2018r aktualnego na dzień zakupu, bez konieczności sporządzania aneksu” jest także niezgodne pod kątem formalnym w związku z żądaniem zmiany ceny (i tak niedopuszczalnej zgodnie z wyjaśnieniem powyżej) „bez konieczności sporządzania aneksu” – jest to bowiem niezgodne z art. 144 ust. 1 PZP, który reguluje obowiązek i ścisłą reglamentację aneksowania umów w zamówieniach publicznych, które nie może być interpretować rozszerzająco.

**Odp.: Zamawiający usuwa zapisy dotyczące wymogu dostosowania przez wykonawcę ceny leków za miligram tak, aby nie przekraczała ona progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego z Zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia aktualnego w dniu otwarcia ofert**

Powyższe odpowiedzi są wiążące i należy je uwzględnić przy sporządzaniu oferty w ramach niniejszego postępowania.