



Szpital Kliniczny im. ks. Anny Mazowieckiej  
Ul. KAROWA 2,00-315 WARSZAWA

L.dz.SK /240z/DPUB/05/2022

Warszawa, dnia 31.03.2022 r.

### **Wyjaśnienia i Modyfikacja Specyfikacji Warunków Zamówienia**

**Dotyczy postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup produktów leczniczych” nr 02/03/22 opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 15.03.2022 r pod nr 2022/S 052-134715.**

W związku z prośbami o wyjaśnienie treści SWZ w przedmiotowym postępowaniu, działając na podstawie **art. 135 ust. 6** oraz **art. 137 ust. 1 i 2** ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r, poz. 1129 ze zm.), Zamawiający wyjaśnia, co następuje

#### **PAKIET 1**

##### **Pytanie nr 1 poz. 5 (Bisacodyl czopki)**

Z uwagi na brak rejestru i brak produkcji uprzejmie proszę o możliwość zaoferowania leku Dulcobis 10 mg x 6 czopków w ilości 9 op.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

##### **Pytanie nr 2 pozycja 14 (Phospholipidum)**

Czy Zamawiający dopuści możliwość zaoferowania leku Esseliv Forte kaps. twarde 300 mg x 50 kaps.?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

##### **Pytanie nr 3 poz. 34 (Ranitidinum)**

Uprzejmie proszę o wykreślenie produktu z uwagi na zakończenie produkcji i brak zamiennika.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

##### **Pytanie nr 4 poz. 43 (Verapamili)**

Proszę o możliwość zaoferowania leku Staveran 40 mg x 20 tabletek w ilości 220 op.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

##### **Pytanie nr 5 poz. 5.**

Czy Zamawiający dopuści preparat: Bisacodylum,10 mg, czopki, 6 szt - 9 op.? Tylko taki jest aktualnie dostępny.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**Pytanie nr 6 poz. 6.**

Czy Zamawiający dopuści preparat: Bisacodylum 5mg, tabl. dojel, 30szt? Tylko taki jest aktualnie dostępny.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**Pytanie nr 7 poz. 14.**

Czy Zamawiający dopuści preparat: Phospholipidum essentiale 300 mg, kaps. twarde, 50 szt,bl (5x10)- 130 op.?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**Pytanie nr 8 poz. 20.**

Czy Zamawiający dopuści preparat: Nifuroksazyd,100 mg, tabl. pow., 24szt - 12 op.?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**Pytanie nr 9 poz. 23.**

Czy Zamawiający dopuści preparat: Phytomenadionum 10 mg, tabl. draż., 30 szt, bl - 5 op.?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**Pytanie nr 10 poz. 34.**

Czy Zamawiający dopuści preparat: Ranitidinum 150 mg, tabl.powl.,30 szt,bl(3x10) - 30 op.? Aktualnie tylko taki jest dostępny

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**Pytanie nr 11 poz. 49.**

Czy Zamawiający dopuści preparat: Calcium Teva, tabl.musuj.,12 szt + 2 szt -70 op.? Aktualnie tylko takie jest dostępne.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**W przypadku Wykonawców oferujących dopuszczony produkt, powinni oni dokonać odpowiedniej modyfikacji załącznika asortymentowo-cenowego w odpowiedniej kolumnie(ach) formularza, z którego będzie jednoznacznie wynikać zaoferowany produkt**

**PAKIET 6**

**Pytanie nr 12 poz. 1.**

W związku z tym, że Zamawiający wymaga zaoferowania produktu Metronidazole 0,5% 100 ml RTU, czy tym samym oczekuje zaoferowania produktu leczniczego w postaci farmaceutycznej „roztwór do infuzji”, do podania w postaci powolnej infuzji dożylniej, które jest jedynym bezpiecznym sposobem podania metronidazolu dożylnego zarówno u dorosłych i dzieci zgodnie z wytycznymi podawania tego antybiotyku, oraz która jako jedyna jest zgodna z innymi zarejestrowanymi w procedurach unijnych postaciami farmaceutycznymi metronidazolu do podania dożylnego?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**W przypadku Wykonawców oferujących dopuszczony produkt, powinni oni dokonać odpowiedniej modyfikacji załącznika asortymentowo-cenowego w odpowiedniej kolumnie(ach) formularza, z którego będzie jednoznacznie wynikać zaoferowany produkt**

## PAKIET 7

### Pytanie nr 13 poz. 1.

Czy Zamawiający dopuści preparat: Budesonidum, (0,125 mg/ml); 2 ml, zaw.do nebul., 20 amp - 70 op.?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza pod warunkiem, że zawartość pojemnika po otwarciu można przechowywać do 12 godzin zgodnie z wymaganiem określonym w SWZ.

**W przypadku Wykonawców oferujących dopuszczony produkt, powinni oni dokonać odpowiedniej modyfikacji załącznika asortymentowo-cenowego w odpowiedniej kolumnie(ach) formularza, z którego będzie jednoznacznie wynikać zaoferowany produkt**

## PAKIET 11

### Pytanie nr 14 poz. 13.

Czy Zamawiający dopuści preparat: Ibuprofen, 200 mg, kaps.miękkie, 60 szt - 40 op.? Aktualnie tylko taki jest dostępny.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

**W przypadku Wykonawców oferujących dopuszczony produkt, powinni oni dokonać odpowiedniej modyfikacji załącznika asortymentowo-cenowego w odpowiedniej kolumnie(ach) formularza, z którego będzie jednoznacznie wynikać zaoferowany produkt**

## PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY

### Pytanie nr 15

#### **Do § 3 ust. 7 oraz § 7 ust. 7 pkt 4) wzoru umowy:**

Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy obowiązku ustanowionego treścią § 3 ust. 7 polegającego na rozładunku asortymentu w miejsca wskazane przez Zamawiającego oraz w konsekwencji wykreślenie również § 7 ust. 7 pkt 4).

Mając na uwadze treść art. 86 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, zgodnie z którym to przepisem, apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a zatem należałoby wywodzić, że do przebywania i wykonywania czynności w pomieszczeniu apteki uprawniony jest wyłącznie ograniczony krąg osób, tj. przede wszystkim ograniczony do farmaceutów oraz techników farmaceutycznych, zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie postanowienia § 3 ust. 7 wzoru umowy. Ponadto mając na uwadze zastrzeżony w art. 99 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przepis, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, natomiast zaproponowany przez zamawiającego zapis umowy wyklucza po stronie wykonawcy możliwość przeprowadzenia dokładnej kalkulacji i oszacowania kosztów, skoro:

- to od zamawiającego, a właściwie od wolumenu składanych przez niego zamówień, na który przecież wykonawca nie ma wpływu, wynikać będzie zakres wymaganych po stronie wykonawcy czynności;

- na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania odległości punktu wyładunku zamówienia ze środka transportu do pomieszczenia apteki szpitalnej;

- w konsekwencji zaś, na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania czasu, który konieczny będzie na dokonanie danej dostawy, a zatem oszacowania usługi,

zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie postanowienia § 3 ust. 7 wzoru umowy, ewentualnie zaś jego dookreślenia poprzez uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie usługi polegającej na rozmieszczeniu przedmiotu dostawy na półkach w aptece szpitalnej Zamawiającego, w tym poprzez wskazanie odległości pomiędzy miejscem rozładunku a miejscem

usytuowania apteki szpitalnej, metrażu apteki szpitalnej, wysokości półek w aptece szpitalnej itp., tak aby możliwa była wycena kosztów omawianej usługi.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

#### **Pytanie nr 16**

##### **Do treści § 5 istotnych postanowień umowy:**

Skoro Zamawiający przewiduje dostawy sukcesywne, zgodne z bieżącym zapotrzebowaniem, czyli nie przewiduje konieczności dłuższego przechowywania zamówionych produktów w magazynie apteki szpitalnej, to dlaczego wyznacza warunek 12-miesięcznego okresu ważności zamówionych towarów? Wskazujemy przy tym, że zgodnie z Prawem farmaceutycznym produkty lecznicze do ostatniego dnia terminu ważności są pełnowartościowe i dopuszczone do obrotu. W związku z powyższym prosimy o dopisanie do § 5 istotnych postanowień umowy następującej treści: "Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego."

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

#### **Pytanie nr 17**

##### **Do treści § 8 ust. 2 istotnych postanowień umowy:**

Biorąc pod uwagę, że realizacja umowy odbywała się będzie podczas ogólnokrajowego stanu epidemii wywołanej zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, Wykonawca będąc zobowiązany do zapewnienia pracownikom bezpiecznych warunków pracy, wprowadził system szczególnych środków ostrożności, między innymi w zakresie postępowania z towarami zwracanym z podmiotów leczniczych będących miejscami zwiększonego ryzyka epidemiologicznego. W związku z powyższym, procedura rozpatrzenia reklamacji uległa stosownemu wydłużeniu, co należałoby uwzględnić w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego w §8 ust. 2 wzoru umowy, dlatego też prosimy o wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 4 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

#### **Pytanie nr 18**

##### **Do treści § 10 ust. 1 pkt 1 lit. f) istotnych postanowień umowy:**

Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco startą 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 nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

#### **Pytanie nr 19**

##### **Do § 10 ust. 1 pkt 1 lit. g) wzoru umowy:**

Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy § 10 ust. 1 pkt 1 lit. g). W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązują w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając

Zamawiającemu do dowolnego ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

**Pytanie nr 20**

**Do § 10 ust. 1 pkt 1 lit h) wzoru umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie § 10 ust. 1 pkt 1 lit h) wzorca umowy, który stanowi, że w przypadku jeżeli średni koszt rozliczania substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii, zawartej w leku nabywanym na podstawie niniejszej umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego niniejszą umową Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego jej wypowiedzenia.

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 § 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 programy lekowe (oraz odpowiednio §28 Zarządzenia nr 180/2019/DGL z dnia 31 grudnia 2019 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, wyrażenie zgody przez wykonawców na każdorazową zmianę ceny produktów z momentem pojawienia się nowego komunikatu NFZ dot. średnich kosztów ma charakter wyłącznie fikcyjny. Zwrócić bowiem należy uwagę, że brak wyrażenia zgody przez wykonawców, w myśl §10 ust. 1 pkt 1 lit h) wzorca umowy może skutkować jednostronnym wypowiedzeniem umowy przez Zamawiającego. W praktyce zatem istnieje

uzasadnione ryzyko, że szpital kierując się własnym stanem finansowym będzie odstępował od umowy i rozpisywał przetarg na nowo w celu uzyskania wykonawcy, który każdorazowo będzie w stanie dostosować cenę do tej wynikającej z komunikatów NFZ. Taka praktyka z kolei ma charakter pozorny – gdyż zawarcie umowy na dostawę leków, która może być w każdym czasie rozwiązania (w drodze jednostronnego wypowiedzenia przez Zamawiającego) odbywa się z poszkodowaniem wykonawcy (który nie jest w stanie – na dzień sporządzania oferty przewidzieć jak będą się w ciągu roku kształtowały średnie koszty, które pojawiają się w wydawanych cyklicznie przez NFZ komunikatach, a tym samym wygranie przetargu wiąże się ze świadomością realizacji go z nieprzewidywalną stratą)- jak i uderza w samego pacjenta, który zgodnie z ustawą z dnia 6 listopada 2008r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta) ma zagwarantowane prawa do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnego dorobku wiedzy medycznej czy prawa pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych czy też wreszcie – obowiązku lekarza do wykonywania zawodu, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej. Szpital kierując się wyłącznie kryterium cenowym przy zakupie jak najtańszych leków ogranicza tym samym ustawowe gwarancje prawa swoich pacjentów.

Po trzecie, 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 24 miesiące, 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, zwłaszcza w okresie trwającej pandemii wywołanej wirusem SARS\_CoV-2.

Po czwarte, 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”.

Po piąte, nie sposób nie zauważyć, że akceptacja kwestionowanego postanowienia stanowi defacto przerzucenie odpowiedzialności na wykonawców za przekraczanie przez Szpital dopuszczalnego % średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej. Wskazać bowiem należy, że w myśl §30 ust 1 pkt 3 Zarządzenia Prezesa NFZ Nr 162/2020/DGL oraz §28 ust 1 pkt 3 Zarządzenia Prezesa NFZ nr 180/2019/DGL Dyrektor Oddziału NFZ przy określaniu wysokości kwoty zobowiązania NFZ w stosunku do Szpitala na kolejny okres uwzględnia czy świadczeniodawca nie przekracza dopuszczalnych 10%, a jeśli tak to ewentualnie wyciąga konsekwencje dla tego świadczeniodawcy w następnym okresie określając kwotę zobowiązania NFZ w stosunku do tego świadczeniodawcy. Tym

samym przerzucenie każdorazowego dostosowywania ceny na wykonawców sprawia, że to w istocie wykonawcy są odpowiedzialni za utrzymywanie % rozliczenia wybranych substancji czynnych na odpowiednim poziomie. Tak skonstruowana klauzula ma zatem charakter abuzywny w rozumieniu art. 433 pkt 3 PZP, bowiem przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (to świadczeniodawca winien czuwać pieczę nad nieprzekraczaniem %, zamawiając produkty w ilościach gwarantujących nieprzekraczanie tego wskaźnika i uwzględniając ilości niezbędne do kontynuacji programów lekowych/chemioterapii). Odpowiedzialność wykonawcy w tym zakresie za niedostosowanie się do tego wymogu jest w zasadzie możliwość jednostronnego wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego na gruncie §10 ust. 1 pkt 1 lit h) wzorca umowy.

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 przerzucania 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 najświeższym orzeczeniu KIO z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) Izba krytycznie odniosła się do możliwości odstąpienia od umowy w przypadku gdy Wykonawca nie wyrazi zgody na obniżenie cen w odpowiedzi na odpowiednie obniżki dokonywane przez NFZ zakazując stosowania tego typu postanowień i oceniając je jako nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. Ponadto wprost odnosząc się do kwestii zastrzeżenia we wzorcu umowy zmian wynagrodzenia w oparciu o zmiany określanego przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej, wyraziła 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 ryzyk związanych z jego realizacją.

Dodatkowo wskazujemy, że treść §10 ust. 1 pkt 1 lit h) wzoru umowy jest niezgodna z aktualnymi wytycznymi Ministra Zdrowia w zakresie stosowania klauzul jednostronnych, które przekazujemy w załączeniu.

#### Odpowiedź:

Zgodnie z pismem MZ z dnia 15.11.2021 Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie zapisu § 10 ust. 1 pkt 1 lit h).

#### **Pytanie nr 21**

##### **Do §1 0 ust. 1 pkt 2 lit. a) wzoru umowy**

Prosimy o dodanie słów: „przy czym zgodę na przedłużanie umowy musi wyrazić Wykonawca.”.

#### Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

## **Pytanie nr 22**

### **Do § 11 ust. 1 pkt 1 istotnych postanowień umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za zwłokę w terminie dostawy zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości np. 0,2% liczonej od wartości brutto niedostarczonego w terminie zamówienia za każdy dzień zwłoki?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

## **Pytanie nr 23**

### **Do § 11 ust. 1 pkt 2 istotnych postanowień umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za niedostarczenie w terminie zareklamowanej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości np. 0,2% liczonej od wartości brutto niedostarczonego w terminie zamówienia podlegającego reklamacji za każdy dzień zwłoki?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

## **Pytanie nr 24**

### **Do § 11 ust. 1 pkt 3 istotnych postanowień umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu umowy w § 11 ust. 1 pkt 3 poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

## **Pytanie nr 25**

### **do § 8 ust. 2 projektu umowy**

W celu zapewnienia równego traktowania stron umowy i umożliwienia Wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o wprowadzenie w § 8 ust. 2 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji oraz zmianę słów: „...od daty powiadomienia go przez Zamawiającego” na „...od dnia uznania reklamacji”.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

## **Pytanie nr 26**

### **do § 11 ust. 1 projektu umowy**

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przysłej umowy w zakresie zapisów § 11 ust 1:

1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w następujących przypadkach:

- 1) za zwłokę w dostarczeniu przedmiotu umowy do Zamawiającego poza terminy określone w części dotyczącej warunków dostawy, w wysokości 0,1% wartości brutto **opóźnionego w realizacji zamówienia** za każdy dzień zwłoki, **lecz nie więcej niż 10% wartości brutto zamówienia, którego dotyczyła zwłoka w realizacji,**
- 2) za zwłokę w dokonaniu wymiany towaru wadliwego na wolny od wad w terminie określonym w § 8 ust. 2 w wysokości 0,1% wartości brutto **wadliwej części zamówienia** za każdy dzień zwłoki, **lecz nie więcej niż 10% wartości brutto wadliwej części zamówienia,**



- 3) w przypadku odstąpienia Wykonawcy od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bądź odstąpienia Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% wartości **niezrealizowanej części** umowy brutto.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zmian, o których mowa w treści zapytania.

**Pytanie nr 27**

Czy Zamawiający uzupełni projekt umowy o zapis, że na podstawie art. 106n ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług udziela Wykonawcy zgody na wystawianie i przysyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formacie pliku elektronicznego PDF na wskazany przez siebie adres poczty e-mail, ze wskazanych w umowie adresów poczty e-mail Wykonawcy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający wyraża zgodę na otrzymywanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formacie pliku elektronicznego PDF na adres email [sekretariat@szpitalkarowa.pl](mailto:sekretariat@szpitalkarowa.pl)

Jednocześnie Zamawiający dokonuje modyfikacji projektowanych postanowień umowy w następujący sposób:

**§ 7 ust. 8 otrzymuje brzmienie:**

Zamawiający dopuszcza w ekstremalnych, pojedynczych sytuacjach w przypadku braku czasowej dostępności na rynku któregośkolwiek z produktów określonych w załączniku Nr .... do umowy z uwagi na wstrzymanie produkcji, czasowa niedostępność lub inną trwałą przeszkodę uniemożliwiającą dostępność, dostawę leku zamiennego zastrzegając jednocześnie, że Zamawiający przyjmuje jedynie takie leki zamienne, których wskazania, skład i postać jest taka sama, natomiast inna jest nazwa handlowa o ile Wykonawca przekaże Zamawiającemu pisemną informację o w/w przeszkodach oraz przedstawi do akceptacji Zamawiającego zamiennik produktu. W przypadku sytuacji opisanej w zdaniu pierwszym Wykonawca dostarcza produkt zamienny w cenie nie wyższej niż ta, która została określona w umowie za brakujący produkt

**§ 10 ust. 1 pkt. f) otrzymuje brzmienie:**

w przypadku braku dostępności na rynku któregośkolwiek z produktów określonych w załączniku Nr ..... do umowy z uwagi na jego wycofanie z produkcji (wykreślenie z rejestru produktów leczniczych) lub inną trwałą przeszkodę uniemożliwiającą dostępność lub w przypadku wprowadzenia nowych leków do obrotu i stosowania odpowiednimi decyzjami administracyjnymi, Strony zastrzegają możliwość zmiany umowy, o ile Wykonawca przekaże Zamawiającemu pisemną informację o w/w przeszkodach oraz przedstawi do akceptacji Zamawiającego zamiennik produktu w cenie nie wyższej niż ta, która została określona w umowie za brakujący produkt. W przypadkach opisanych w zdaniu pierwszym Zamawiający dopuszcza:

- a) w przypadku wycofania – zmianę na produkt zamienny (ten sam skład, wskazania i postać dawkowania) lub zmianę na produkt równoważny (inny skład lub postać dawkowania),
- b) w przypadku trwałej przeszkody - zmianę na produkt równoważny (inny skład lub postać dawkowania),
- c) w przypadku wprowadzenia nowych leków do obrotu i stosowania odpowiednimi decyzjami administracyjnymi - zmianę na produkt zamienny (ten sam skład, wskazania i postać dawkowania) lub zmianę na produkt równoważny (inny skład lub postać dawkowania),

ZATWIERDZIŁ  
DYREKTOR SZPITALA  
mgr Ewa Piotrowska