



Dotyczy: zmiany SWZ, odpowiedzi na pytania do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktów leczniczych do programów lekowych (sygnatura sprawy: **EZ/007/201/22**).

Dyrekcja Dolnośląskiego Szpitala Specjalistycznego im. T. Marciniaka – Centrum Medycyny Ratunkowej, informuje, że do ww. postępowania zostały złożone pytania. W związku z powyższym zgodnie z art. 135 i 137 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami treści SWZ:

Pytanie 1

„1. Do §4 ust. 4 wzoru umowy: Wskazujemy, że zapis §4 ust. 4 wzoru umowy jest ogólny i nieprecyzyjny. Na jego podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, ponieważ nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia. W związku z tym wnosimy o doprecyzowanie zapisu §4 ust. 4 wzoru umowy, w taki sposób, aby był zgodny z zasadami określonymi w ustawie z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. 2019 r., poz.2019 ze zm.), a w szczególności przepisami art. 99 ust. 1 (nakazującym precyzyjne opisywanie przedmiotu zamówienia), art. 433 pkt 4 (nakazującym wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia), art. 454 ust. 2 pkt 3 (zakazującym istotnych zmian umowy, jeśli zmiana w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy) oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 (dopuszczającym zmiany umowy wyłącznie po spełnieniu warunków wskazanych w ustawie PZP).”

Odpowiedź: Zamawiający prawidłowo sporządził zapisy dotyczące „prawa opcji” w Specyfikacji Warunków zamówienia. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że podał dokładne ilości objęte prawem opcji w kolumnie nr 20 „Ilość op. j. objęta prawem opcji” „Formularza cenowego”, stanowiącego integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia na podstawie którego, zgodnie z pkt.1 lit. b) Rozdziału XV OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY SWZ, sporządzony będzie następnie załącznik nr 1 do umowy. Zamawiający przypomina, że dokonał modyfikacji wzoru umowy, zgodnie z pismem znak EZ/200/22 z dnia 30.03.2022r., dot. m. in. §4 Zobowiązania Wykonawcy.

Pytanie 2

„2. Do §13 ust. 3 wzoru umowy. W związku z tym, że w trakcie realizacji umowy, mogą wystąpić niemożliwe do przewidzenia oraz niezależne od Wykonawcy czasowe braki na rynku poszczególnych produktów, a także z uwagi na konieczność zapewnienia na rzecz Zamawiającego stałych i nieprzerwanych dostaw odpowiedniego asortymentu, czyniąc jednocześnie zadość dążeniu stron do jak najpełniejszej realizacji umowy w sprawie udzielonego zamówienia publicznego, prosimy o dodanie do katalogu ujętego w §13 ust. 3, kolejnego pkt 4 w brzmieniu: „4) obiektywnej niemożności dostarczenia Zamawiającemu produktu będącego przedmiotem niniejszej umowy, spowodowanej tymczasową niedostępnością oferowanego produktu w obrocie, w szczególności w wyniku przerwy w produkcji lub braku dostępności na rynku.” Naszą prośbę o rozszerzenie katalogu przesłanek umożliwiających zmianę umowy w zakresie przedmiotowym, uzasadniamy następującymi argumentami: Po pierwsze, brak uwzględnienia w obecnym projekcie umowy czwartej przesłanki, mówiącej o możliwości dostarczenia zamienników dla produktów stanowiących przedmiot umowy w razie ich czasowej niedostępności w obrocie, prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający dokonuje zakupu produktu zamiennego u innych dostawców, uniemożliwiając Wykonawcy, z którym zawarł umowę o zamówienie publiczne, możliwość sprzedaży zamiennika, którym sam także dysponuje w swojej hurtowni. Wskazana praktyka stanowi bowiem naruszenie jednej z podstawowych zasad, jaka obowiązuje w całym procesie udzielania zamówień publicznych, a mianowicie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, o której mowa w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 poz. 1129 ze zm.), dalej: PZP. Niezrozumiałe jest zatem zachowanie Zamawiającego, polegające na ograniczaniu konkurencji, stwarzające sytuację, w której Zamawiający wyklucza Wykonawcę, z którym zawarł umowę o zamówienie publiczne, z procedury dostawy zamiennika. Zamawiający powinien traktować wszystkich dostawców na jednakowych zasadach na każdym etapie postępowania, a także w trakcie realizacji umowy, kiedy zachodzi potrzeba dokonania zamówienia zastępczego oraz zapewnić im równe szanse w otrzymaniu zamówienia, bez stosowania wobec nich

Sporządziła: Ewa Kupis

Sprawiła: Zofia Dombrowska

Dolnośląski Szpital Specjalistyczny

im. T. Marciniaka –

Centrum Medycyny Ratunkowej

ul. Gen. Augusta Emila Fieldorfa 2, 54-049 Wrocław

e-mail: szpital_marciniaka@pro.onet.pl

www.szpital-marciniak.wroclaw.pl





Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej

dyskryminacji. Po drugie, postępowanie Zamawiającego, który uniemożliwia Wykonawcy wybranemu do realizacji umowy, dostarczenie zamiennika produktu dotkniętego czasową niedostępnością w obrocie, może być potraktowane jako przejaw nadużywania pozycji dominującej przez Zamawiającego, który w oparciu o art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2021 poz. 275), przeciwdziała w ten sposób ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. Tego typu czynności prawne, będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne na podstawie art. 9 ust. 3 wspomnianej ustawy. Co więcej, zachowanie Zamawiającego można uznać za manifestację przewagi kontraktowej, w której to dostawca znajduje się w niekorzystnym położeniu względem nabywcy, nie mając możliwości zbycia produktów będących na stanie magazynowym w jego hurtowni, chociaż gwarantuje dokonanie dostawy zamienników w cenie nie wyższej niż przetargowa, zgodnie z zawartą umową. W dodatku, Wykonawca ten zostaje obciążony karą umowną w postaci obowiązku pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną produktu zamiennego, nabywanego u innego dostawcy, a ceną przedmiotu umowy, który jest tymczasowo niedostępny w obrocie, co godzi w jego interes gospodarczy, do czego Zamawiający umyślnie się przyczynia.

Po trzecie, na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający udziela zamówienia w sposób gwarantujący najlepszą jakość dostaw, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, a także w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Ze względu na to, że misją społeczną Zamawiającego jest ratowanie ludzkiego życia i zdrowia, to dostawy produktów leczniczych powinny skutecznie realizować cele publiczne, do których osiągnięcia dąży Zamawiający, tak aby odniesione efekty były jak najkorzystniejsze w stosunku do poniesionych nakładów środków publicznych. Tymczasem, praktyka pokazuje, że Zamawiający woli zakupić w innej hurtowni, produkty zamienne wobec czasowo niedostępnego przedmiotu umowy, w cenie przewyższającej tę, za którą mógłby nabyć zamienniki u Wykonawcy, z którym już zawarł umowę o zamówienie publiczne. W rzeczywistości, wysokość kwoty, jaką Zamawiający przeznacza na zamówienie zastępcze zamienników, nie ma dla niego znaczenia, gdyż to właśnie ten Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia różnicy w cenie. Ponadto, angażowanie się Zamawiającego w realizację zamówienia zastępczego zamienników u innych dostawców, jest niezrozumiałe, z uwagi na konieczność przeznaczenia dodatkowego czasu i kosztów na przeprowadzenie takiej procedury, na którą składają się: konieczność znalezienia produktu zamiennego w innej hurtowni, przygotowanie i złożenie zamówienia, opis i wyliczenie różnicy pomiędzy ceną produktu zamiennego, a ceną przedmiotu umowy, który jest czasowo niedostępny w obrocie, oraz wystawienie noty obciążeniowej. Po czwarte, zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, zamówienie jest udzielane Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dlatego też, zamówienie zastępcze nie może pozbawić procedury dostawy produktu zamiennego charakteru zamówienia publicznego. Wykonanie zastępcze nie powinno zatem sprowadzać się do tego, co jest częstą praktyką, że pewna część przedmiotu umowy zostanie zamówiona w trybie z wolnej ręki, który może być zastosowany tylko w wyjątkowych przypadkach, określonych w art. 214 ust. 1 PZP. Stanowi to także zaprzeczenie zasady prymatu trybów przetargowych, o której mowa w art. 129 ust. 2 ustawy PZP. W naszej ocenie, nie jest usprawiedliwieniem wykorzystanie trybu zamówienia z wolnej ręki dla dostawy zamienników w ramach zamówienia zastępczego, z powodu, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5, kiedy to ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Nie dotyczy to bowiem sytuacji, kiedy produkt zamienny znajduje się w hurtowni Wykonawcy, z którym zawarta została umowa w sprawie zamówienia publicznego, oraz jest on w pełni przygotowany na to, aby dostarczyć ten zamiennik, wywiązując się ze swoich obowiązków zawartych w umowie. Na koniec, pragniemy nadmienić, że to Zamawiający ma decydujący wpływ na treść umowy o zamówienie publiczne, w której uzależnia sposób realizacji zamówienia od swoich potrzeb, co czyni, nie tylko na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, ale także z uwzględnieniem zasady swobody umów, wyrażonej w art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U.2020 poz. 1740 ze zm.). Chociaż Zamawiający może ułożyć stosunek prawny według swego uznania, to jednak, w dużej mierze właśnie przestrzeganie zasad współzycia społecznego oraz dobrych obyczajów, które kształtują się w czasie współpracy gospodarczej między stronami, znacząco oddziałuje na prawidłowe realizowanie umowy o zamówienie publiczne, która powinna obu stronom przynosić korzyści oraz nie przyczyniać się do powstawania niepotrzebnych szkód.”

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji wzoru umowy stanowiącego integralną część SWZ, poprzez dopisanie pkt. 4) ust. 3 w §13 Warunki dostaw w brzmieniu „obiektywnej niemożności dostarczenia Zamawiającemu produktu będącego przedmiotem niniejszej umowy, spowodowanej tymczasową niedostępnością oferowanego produktu w obrocie, w szczególności w wyniku przerwy w produkcji lub braku dostępności na rynku.”. W załączeniu zmieniony wzór umowy - ZMIANA 2.

Sporządziła: Ewa Kupis

Sprawdziła: Zofia Dombrowska

Dolnośląski Szpital Specjalistyczny

im. T. Marciniaka –

Centrum Medycyny Ratunkowej

ul. Gen. Augusta Emila Fieldorfa 2, 54-049 Wrocław

e-mail: szpital_marciniaka@pro.onet.pl

www.szpital-marciniak.wroclaw.pl



**DOLNY
ŚLĄSK**



Dolnośląski Szpital Specjalistyczny
im. T. Marciniaka
Centrum Medycyny Ratunkowej

Pytanie 3

3. „Do §15 ust. 1 lit. d) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?”

Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji wzoru umowy, zgodnie z pismem znak EZ/200a/22 z dnia 30.03.2022r.

W załączeniu zmieniony wzór umowy-ZMIANA 2, uwzględniający powyższą modyfikację.

Sporządziła: Ewa Kupis
Sprawdziła: Zofia Dombrowska

Dolnośląski Szpital Specjalistyczny
im. T. Marciniaka –

Centrum Medycyny Ratunkowej
ul. Gen. Augusta Emila Fieldorfa 2, 54-049 Wrocław
e-mail: szpital_marciniaka@pro.onet.pl
www.szpital-marciniak.wroclaw.pl



**DOLNY
ŚLĄSK**