



EZ.272.010.2021

Wrocław, dnia 14.12.2021r.

EZ/652/21

**Dotyczy:** odpowiedzi na pytania do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy produktów leczniczych p/bakteryjnych, p/wirusowych, p/grzybiczych i środków kontrastowych (sygnatura sprawy: **EZ/792/101/21**)

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

*Dotyczy: §9 ust. 3 wzoru umowy*

*„ Do §9 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 §9 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 produktów stanowiących przedmiot umowy, w razie ich czasowej niedostępności w obrocie, prowadzi do niekorzystnej sytuacji dla Wykonawcy, z punktu widzenia jego interesów gospodarczych, 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 w wyniku wybrania jego najkorzystniejszej oferty, z procedury dostawy zamiennika. Należy zwrócić uwagę, że 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 dyskryminacji wobec żadnego z nich.*

*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, a zamiast tego, zostaje obciążony karą umowną w postaci obowiązku pokrycia różnicy w cenie, 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,*

Sporządziła: Elżbieta Borowik

Sprawdziła: Ewa Kupis

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

a także w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Ze względu na to, że misją społeczną Zamawiającego jest ratowanie życia i zdrowia społeczeństwa, tym bardziej, że Zamawiający przewiduje w projekcie umowy także dostawy w trybie pilnym, to dostawy produktów leczniczych powinny skutecznie realizować cele publiczne, do których osiągnięcia dąży Zamawiający, tak aby odniesione efekty były jak najkorzystniejsze w stosunku do nakładów środków publicznych. Tymczasem, praktyka pokazuje, że Zamawiający woli zakupić produkty zamiennie 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 zamówienia zastępcze zamienników, nie ma dla niego znaczenia pod względem opłacalności, 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 dla nas 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 nabywanego u innego dostawcy, a ceną przedmiotu umowy, który jest czasowo niedostępny w obrocie, oraz czynności związane z wystawieniem 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 charakteru zamówienia publicznego procedury dostawy produktu zamiennego. 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, gdyż 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 kształtowanie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, 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.). Zatem, chociaż Zamawiający może ułożyć stosunek prawny według swego uznania, to jednak w dużej mierze właśnie przestrzeganie zasad współżycia społecznego oraz dobrych obyczajów, które kształtują się w czasie współpracy gospodarczej między stronami, znacząco oddziałują na prawidłowe realizowanie umowy o zamówienie publiczne, która powinna obu stronom przynosić korzyści i nie przyczyniać się do powstawania niepotrzebnych szkód.”

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

### Pytanie 2

Dotyczy §10 ust. 1 lit. e) wzoru umowy

„Do §10 ust. 1 lit. e) 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 nie wyraża zgody.**

### Pytanie 3

Dotyczy §3 ust. 2 wzoru umowy

„Zwracamy się z prośbą o wydłużenie terminu dostawy do 3 dni”

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

### Pytanie 4

Dotyczy §3 ust. 3 wzoru umowy

„Zwracamy się z prośbą o wydłużenie terminu dostawy na „cito” do 48 godzin.”

Sporządziła: Elżbieta Borowik

Sprawiła: Ewa Kupis

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**



**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 5**

Dotyczy §4 ust. 2 wzoru umowy

„Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą, o wyrażenie zgody na możliwość dostarczenia produktów o terminie ważności nie krótszym niż 6 miesięcy licząc od dnia dokonania odbioru przez Zamawiającego.”

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

Zamawiający wskazuje iż w §4 ust. 2 wzoru umowy znajduje się następujący zapis:

**”W sytuacjach wyjątkowych dostawa produktów z krótszym terminem ważności może być dopuszczona, ale wyłącznie po każdorazowym wyrażeniu zgody przez wyznaczonego pracownika Zamawiającego.”**

**Pytanie 6**

Dotyczy §10 ust. 1e) wzoru umowy

„Zwracamy się z prośbą o naliczenia kar umownych od niezrealizowanej wartości umowy brutto.”

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 7**

Dotyczy Zadania 33

„Czy w związku z faktem, że Indocyanine green posiada aktualnie czasowe dopuszczenie do obrotu i nie ma konieczności starania się przez Zamawiającego o jednorazowe wnioski na import docelowego leku, a dzięki temu dostępność produktu leczniczego dla pacjenta "z dnia na dzień" bez konieczności oczekiwania na przywóz leku z zagranicy, Zamawiający zgodzi się wydzielić pozycje pakietu nr 33 do osobnych pakietów? Wydzielenie ponadto korzystnie wpłynie na zwiększenie konkurencyjności ofert, tym bardziej, że padło już pytanie o wydzielenie drugiego produktu z pakietu nr 33”

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 8**

Dotyczy Zadania 16

„Czy Zamawiający wymaga, aby zgodnie z treścią Charakterystyki Produktu Leczniczego, preparat Meropenem posiadał stabilność gotowego roztworu do infuzji rozpuszczonego w NaCl 0,9%: 3 godziny w temperaturze 15-25°C i 24 godziny w temperaturze 2-8°C, a w przypadku rozpuszczenia produktu w glukozie 5%: 1 godz w temp. 25°C i 8 godzin w temp. 2-8°C, co pozwoli na bezpieczne przeprowadzenie infuzji dożylniej?”

**Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza lecz nie czyni wymogu.**

**Pytanie 9**

Dotyczy Zadania 17

„Czy Zamawiający wymaga opakowania ze szczelnymi membranami i różnej wielkości niezależnymi portami, zapewniającego szczelne połączenie ze wszystkimi rodzajami zestawów do infuzji tzn. jedno- i dwukanałowych?”

**Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza lecz nie czyni wymogu.**

**Pytanie 10**

Dotyczy §3 ust. 2 wzoru umowy

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na uzupełnienie umowy w § 3 ustęp 2 o zwrot "Jeżeli dostawa wypada w dniu wolnym od pracy, w sobotę, bądź poza godzinami pracy apteki dostawa nastąpi w pierwszym dniu roboczym po wyznaczonym terminie”?

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Zapis dotyczący dnia wolnego znajduje się w §3 pkt 4 wzoru umowy tj.: „Jeżeli dostawa produktów wypada w dniu wolnym od pracy lub w sobotę, dostawa nastąpi w pierwszym dniu roboczym po wyznaczonym terminie”.**

Sporządziła: Elżbieta Borowik

Sprawdziła: Ewa Kupis

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**

**Pytanie 11**

*Dotyczy §3 ust. 3 wzoru umowy*

*„Wnosimy o zmodyfikowanie i wyrażenie zgody na wydłużenie terminu dostawy „Na ratunek” - tak, by termin ten liczony był zgodnie z art. 111 k.c. i wynosił min. 1 dzień roboczy. Utrzymanie w mocy terminu dostawy na poziomie 12 godzin wskazuje, że Zamawiający skierował publiczne ogłoszenie o zamówieniu tylko do podmiotów mających siedzibę najbliżej siedziby Zamawiającego. Takie działanie może być uznane za sprzeczne z ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i z zasadami współżycia społecznego.”*

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**W §3 ust. 3 wzoru umowy znajduje się następująca treść:**

**„Wykonawca zobowiązuje się dostarczać produkty do Zamawiającego na „cito” – do 24 godzin od momentu otrzymania od Zamawiającego zamówienia na adres e-mail Wykonawcy .....**”

**Pytanie 12**

*Dotyczy §4 ust. 5 wzoru umowy*

*„Czy Zamawiający w §4 ust. 5 umowy wydłuży termin do rozpatrzenia reklamacji przez Wykonawcę do 14 dni roboczych? Zgłoszona reklamacja wymaga rozpatrzenia z uwzględnieniem i tu np. wyjaśnień firmy kurierskiej dostarczającej leki bądź zbadania jakościowo wadliwego towaru, a następnie (przy uwzględnieniu reklamacji) dostarczenia towaru. Wykonanie tego w krótszym czasie jest niemożliwe”*

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

Jeśli Zamawiający zmieni opis przedmiotu zamówienia zawarty w „Formularzu cenowym” bądź „Ofercie Wykonawcy” ofertę należy złożyć z naniesioną poprawką. Niedopuszczalne jest, by opis oferowanego przedmiotu zamówienia był inny niż miałby być realizowany.

Sporządziła: Elżbieta Borowik

Sprawdziła: Ewa Kupis



**DOLNY  
ŚLĄSK**

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