



Warszawa, dnia 10 marca 2021 roku

## **ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW**

Dotyczy: postępowania pn. „**Dostawa leku biologicznego**” – sprawa nr 2/PN/2021/ES

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie działając na podstawie art. 135 ust. 2 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 §1 pkt 10 wzoru 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 24-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 §1 pkt 10 wzoru 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 dopuszcza, termin nie krótszy niż 6 miesięcy.**

### **Pytanie nr 2 – dotyczy §7 ust. 1 wzoru 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 3 – dotyczy §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wartości brutto niezrealizowanej części dostawy dziennie?

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację zapisów umowy.**

**W związku z powyższym zamawiający dokonuje modyfikacji istotnych dla stron postanowień treści umowy, dotyczy zapisów §8 ust. 1 pkt 1)**

BYŁO:

1)opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 1% wartości brutto niezrealizowanej dostawy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,

**JEST PO MODYFIKACJI:**

2)braku dotrzymania terminu w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wartości brutto niezrealizowanej dostawy za każdy rozpoczęty dzień niedotrzymania terminu,

**Pytanie nr 4 – dotyczy §8 ust. 1 pkt 2) oraz 3) wzoru umowy**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10% niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację zapisów umowy.**

**W związku z powyższym zamawiający dokonuje modyfikacji istotnych dla stron postanowień treści umowy, dotyczy zapisów §8 ust. 1 pkt 2) i 3)**

BYŁO:

2) odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% całkowitej kwoty wynagrodzenia,

3) odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% całkowitej kwoty wynagrodzenia.

**JEST PO MODYFIKACJI:**

**2) odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% niezrealizowanej części umowy,**

**3) odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% niezrealizowanej części umowy.**

**Pytanie nr 5 – dotyczy §8 ust. 7 wzoru 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 6 – dotyczy §10 ust. 2 pkt 7) wzoru 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 7 – dotyczy §10 ust. 12 wzoru 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 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/GI 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 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 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.

Na marginesie Wykonawca wskazuje, że współczynnik korygujący jest stosowany do leków nieobjętych refundacją, co wynika z uzasadnienia do Zarządzenia Prezesa NFZ nr 75/2018/DGL w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowe (wprowadzającego współczynniki).

Wykonawca wskazuje, że powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie we wciąż aktualnym 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. KIO wskazała wyraźnie, że zamawiający nie może opisywać przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (...). 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.

**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) „Niezgody bowiem z regułami uczciwości jest przerzucanie na Wykonawcę kosztów prowadzenia swojej własnej działalności niezwiązanej bezpośrednio ze świadczeniem Wykonawcy.” - jest to twierdzenie nietrafne, ponieważ koszty działalności świadczeniodawcy zależą 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) „Na marginesie Wykonawca wskazuje, że współczynnik korygujący jest stosowany do leków nieobjętych refundacją, co wynika z uzasadnienia do Zarządzenia Prezesa NFZ nr 75/2018/DGL w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programu lekowego (wprowadzającego współczynniki).” -twierdzenie to jest niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym, ponieważ współczynniki dotyczą wyłącznie leków refundowanych;**

**7) orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 1331/19 nie ma zastosowania do sprawy, ani nie jest uprawnione wywodzenie analogii na nim opartych, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu cena wynikająca z kosztów średniego rozliczenia nie stanowi ceny progowej uprawniającej do udziału w postępowaniu.**

**Pytanie nr 8 - dotyczy zapisów SWZ Rozdziału IV pkt 4.9 oraz §1 ust. 10) wzoru umowy**

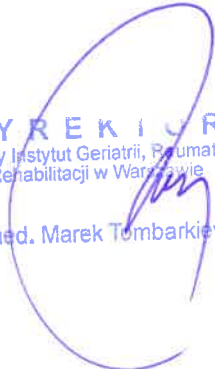
**czy można prosić o doprecyzowanie terminu przydatności produktu do użycia:**

**w SWZ w rozdz. IV jest: "4.9 Dostarczany asortyment musi być nowy i posiadać co najmniej 6 miesięczny okres zdadności do użycia liczony od dnia jego dostarczenia Zamawiającemu.";**

natomiast we wzorze umowy jest: " §1. 10) Wykonawca oświadcza, iż każdy dostarczony element przedmiotu zamówienia będzie posiadał termin użycia/ważności/gwarancji nie krótszy niż 24 miesiące."

**Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza, termin nie krótszy niż 6 miesięcy. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1.**

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

  
**DYREKTOR**  
Narodowy Instytut Geriatrii, Pneumatologii  
i Rehabilitacji w Warszawie  
Dr n. med. Marek Tombariewicz

Sporządził: Emilia Stadnik

