



**Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy**

ul. Narutowicza 80, 05-400 Otwock, tel. (22) 344 64 00, 344 64 71, FAX (22) 344-64-74, centr. (22) 344 62 00

<http://www.otwock-szpital.pl>

e-mail: [sekretariat.otw@otwock-szpital.pl](mailto:sekretariat.otw@otwock-szpital.pl)

A.ZP.26.8/TP.1.2021

Otwock, dn. 08.07.2021

Dotyczy : postępowania w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawy produktów hematologicznych, nr spr 8/TP/2021

Od Wykonawców wpłynęły następujące zapytania :

1. Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 7.1.a z 2% do wartości max. 0,2%? Obecna kara jest rażąco wygórowana.  
Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy.
2. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści par. 9.5 w kontekście stawowego zakazu wskazanego w art. 433 pkt. 4 Ustawy, to jest możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zapis par. 2.6 mówi o tym, że minimalny wolumen zamówienia wynosić będzie 60% wartości umowy. Tymczasem par. 9.5 zdaje się wprowadzać odmienną zasadę, to jest mówi, że Zamawiający może zakupić dowolnie małe ilości leków w przypadku pojawienia się na rynku tańszego zamiennika. Jeśli zapis par. 9.5 ma być zgodny z przepisami, to powinien zastrzegać, że stosowany jest w granicach wskazanych w par. 2.6 – to jest pod warunkiem zakupu minimum 60% wolumenu. Poniżej tej wartości Wykonawcy zgodnie z art. 433 pkt. 4 PZP przysługuje odszkodowanie za zbyt niską wartość zakupów.  
Odpowiedź Zamawiającego :
3. Zamawiający odajaje w par. 9 pkt 10 o brzmieniu: "Procedury opisane w par.9 ust.5,6,7,8 mają zastosowanie w granicach określonych w par. 2 ust.6."
4. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści par. 9.8 w kontekście stawowego zakazu wskazanego w art. 433 pkt. 4 Ustawy, to jest możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zapis par. 2.6 mówi o tym, że minimalny wolumen zamówienia wynosić będzie 60% wartości umowy. Tymczasem par. 9.6 zdaje się wprowadzać odmienną zasadę, to jest mówi, że Zamawiający może zakupić dowolnie małe ilości leków w przypadku rozpisania wspólnego postępowania na zakup leków. Jeśli zapis par. 9.6 ma być zgodny z przepisami, to powinien zastrzegać, że stosowany jest w granicach wskazanych w par. 2.6 – to jest pod warunkiem zakupu minimum 60% wolumenu. Poniżej tej wartości Wykonawcy zgodnie z art. 433 pkt. 4 PZP przysługuje odszkodowanie za zbyt niską wartość zakupów.  
Odpowiedź Zamawiającego :  
Zamawiający dodaje w par. 9 pkt 10 o brzmieniu: "Procedury opisane w par. 9 ust.5,6,7,8 mają zastosowanie w granicach określonych w par. 2 ust.6."
5. Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 10.4? Procedurę reklamacyjną regulują zapisy par. 10.1 – 10.3 i zakładają one, zgodnie z wymogami prawa udział Wykonawcy w rozpatrzeniu reklamacji. Tymczasem par 10.4 wprowadza jednostronny tryb 'odmowy przyjęcia towaru', który w istocie tożsamy jest z postępowaniem reklamacyjnym, jednak przebiega jednostronnie, w momencie odbioru towaru, bez udziału Wykonawcy i możliwości rozpatrzenia reklamacji. Jednostronna 'odmowa przyjęcia' może przy tym dotyczyć także wad jakościowych. Zgodnie z KC Wykonawca powinien mieć możliwość ustosunkowania się do reklamacji.  
Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy.

6. Czy w par. 11.7 Zamawiający wprowadzi automatyzm zmiany stawki podatku VAT? Zmiana stawki podatku VAT powinna wchodzić automatycznie, z dniem wprowadzenia stosownych przepisów; inaczej grozi to Wykonawcy rażąca stratą. Wykonawca musi oczekiwać na akceptację propozycji zmian, w tym czasie przecież jednak będzie wystawiać faktury za bieżące dostawy.  
Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .

1. Do §7 ust.1 pkt a) projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .

3. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów wzoru umowy w §7 ust.1 pkt b) i c) poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .

4. Do §8 projektu umowy prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 kodeksu cywilnego: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .

5. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie §9 ust.7 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 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 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 oraz jako konsekwencji na usunięcie §9 ust. 7 wzorca umowy? 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 §9 ust. 7 wzorca umowy może skutkować jednostronnym wypowiedzeniem umowy przez Zamawiającego lub – na gruncie ust. 5 odstąpieniem od umowy (gdy NFZ obniży Zamawiającemu kwoty refundacji na leki objęte niniejszą umową poniżej cen wynikających z niniejszej umowy, chyba że Wykonawca obniży ceny leków do wysokości kwot określonych nr 27 NFZ / 1 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 rozwiązana (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 12 miesięcy czy dłużej, 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 §11 ust.4 wzorca umowy lub na gruncie ust.5 – odstąpienia na zasadach ogólnych. 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 przeliczenia 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 zaferowania 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 Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .

6. Do treści §10 ust.4 pkt a) 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 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 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 Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .

Poprawiony projekt umowy w załączeniu .

DYREKTOR NAJZELNY  
MAZOWIECKIEGO CENTRUM  
LECZENIA CHOROBY DRUG. PSYCHIATRY

lek. med. Antoni Blachniś

które ciąży na niej na mocy Traktatów, dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2014/25/UE i dyrektywy 2009/81/WE, z uwagi na to, że zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem prawa Unii Europejskiej.

5. W przypadku pojawienia się na rynku tańszego zamiennika produktu leczniczego, który będzie umożliwiał refundację kosztów leczenia z zastosowaniem zaproponowanego zamiennika, Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania niniejszej umowy w tym zakresie na co wykonawca wyraża zgodę .
6. W przypadku obniżenia limitu finansowania lub ceny hurtowej brutto leku, określonych w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, po złożeniu ofert lub w trakcie trwania umowy, cena hurtowa brutto dla Zamawiającego musi zostać obniżona w tym samym stopniu i nie może przekraczać nowych wartości limitu finansowania ani ceny hurtowej brutto określonych w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia.  
Podwyższenie limitu finansowania lub ceny hurtowej brutto leku, określonych w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, nie stanowi podstawy do zmiany ceny hurtowej brutto, po jakiej zamawiający nabywa ten lek.

W przypadku usunięcia leku z obwieszczenia refundacyjnego Ministra Zdrowia w trakcie trwania umowy, zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania umowy, o ile podmiot uprawniony do obrotu hurtowego nie zaproponuje odpowiednika znajdującego się w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, którego cena hurtowa brutto nie będzie wyższa niż cena hurtowa brutto leku, którego dostawy są przedmiotem umowy oraz nie wyższa niż aktualny na dzień zmiany limit finansowania.

W przypadku, gdy w odniesieniu do oferowanego leku lub środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego obowiązuje instrument dzielenia ryzyka zawarty w decyzji o objęciu refundacją i o ustaleniu ceny urzędowej Wykonawca zobowiązany jest do dostarczania produktu w cenie nie wyższej niż wynikająca z tego instrumentu.

Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania postanowień instrumentu dzielenia ryzyka przez cały okres obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem, że podwyższenie ceny leku określonej w tym instrumencie, nie stanowi podstawy do podwyższenia ceny leku dla Zamawiającego.

7. 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 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.
8. W sytuacji wszczęcia przez Prezesa NFZ procedury wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na produkt leczniczy, który jest przedmiotem zawartej w toku niniejszego postępowania umowy przetargowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykonania w całości umowy zawartej na ten produkt leczniczy w pierwotnie określonym terminie
9. W przypadku rozwiązania umowy na zasadach wskazanych w ust. 4 wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.
10. **Procedury opisane w par. 9 ust.5,6,7,8 zastosowano w granicach określonych określonych w pa. 2 ust.6 .**