



**Centrum Zdrowia  
Dziecka i Rodziny**

im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o.

Sosnowiec, dnia 05.01.2024r.

**WYJAŚNIENIA DO TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

*Dotyczy:* postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (podstawa prawna: art. 132 ustawy Pzp) na:  
*„Dostawa leków w ramach Terapeutycznych Programów Lekowych.”*  
Nr postępowania: (PZ/35/2023)  
Platforma zakupowa: ID 863648

Działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

**SWZ**

**Pytanie nr 1 dot. Pakiet nr 5**

Czy Zamawiający w pakiecie nr 5 dopuści produkt Etanercept w postaci: proszek i rozpuszczalnik do sporządzenia roztworu do wstrzykiwań, 25 mg/ml.

Na liście leków refundowanych znajduje się produkt Etanercept w wyżej wymienionej postaci.

Prosimy w związku z powyższym w myśl „zasady uczciwej konkurencji” o możliwość wyceny leku w tej postaci.

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuszcza w/w postać proszek i rozpuszczalnik do sporządzenia roztworu do wstrzykiwań, 25 mg/ml do stosowania u dzieci w leczeniu wskazań wymienionych w Pakiecie nr 5.

**Projekt umowy**

**Pytanie nr 1**

Do §2 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie §2 ust. 6 wzoru umowy, ponieważ Wykonawca zamówienia publicznego nie zawsze może zagwarantować ciągłość dostaw, np. w przypadku wstrzymania czy wycofania produktu z obrotu.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany w projekcie umowy.

**Pytanie nr 2**

Do §2 ust. 10 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §2 ust. 10 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 wyraża zgodę na dopisanie proponowanego zapisu.

**Pytanie nr 3**

Do §2 ust. 15 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 3 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany w projekcie umowy.

#### Pytanie nr 4

Do §2 ust. 21 oraz §8 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz 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 nie wyraża zgody na zmiany w projekcie umowy.

#### Pytanie nr 5

Do §6 ust. 1 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §6 ust. 1, poprzez skonkretyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (40%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, co oznaczało będzie, że każdy z określonych w formularzu asortymentowo – cenowym produktów może zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 40% większej niż pierwotnie zakładano.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyjaśnia, że zapis o którym mowa odnosi się do łącznej wartości podstawowej umowy, a nie do poszczególnych pozycji asortymentowych.

#### Pytanie nr 6

Do §8 ust. 3 pkt 3.4 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §8 ust.3 pkt 3.4 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 20% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §8 ust. 3 pkt 3.4 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 20%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 19% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia – w ślad za uprzednio złożonym zapytaniem - że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §8 ust. 3 pkt 3.4 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy, za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany w projekcie umowy.

#### Pytanie nr 7

Do §9 ust. 1 pkt 1.1) oraz pkt 1.2) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji w taki sposób, aby wynosiła ona 1% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdy dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 14,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 1 825% w skali roku (5% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany w projekcie umowy.

#### Pytanie nr 8

Do §9 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §9 ust. 2 wzoru umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ CZĘŚCI umowy?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę w projekcie umowy.

#### Pytanie nr 9

Do §12 ust. 3 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §12 ust. 3 lit. c) wzoru umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, które nie może być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nadto stanowi zakazaną praktykę na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w konsekwencji obarcza czynność prawną sankcją nieważności

Zastrzeżenie §12 ust. 3 lit. c) wzoru umowy skutkuje przyjęciem niedopuszczalnej praktyki, iż Wykonawca nie będzie w stanie ustalić minimalnej wielkości przyszłego swojego świadczenia oraz wysokości odpowiadającego mu świadczenia Zamawiającego. Próba jednostronnego kształtowania przez Zamawiającego zasad realizacji zamówienia naraża Wykonawcę na realne straty finansowe w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie na etapie składania oferty, podczas gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy może okazać się znikomy albo w ogóle nierealizowany. Powyższe działanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022, poz. 1710) - dalej zwane jako PZP, w sposób rażąco naruszając równowagę stron i 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 dowolne ograniczenia wielkości zamówienia.

Praktyka ta jest również niezgodna z brzmieniem art. 99 ust. 1 PZP, ponieważ Zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość niewykonania zamówienia już na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy zostało zakwestionowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyr. z 02.01.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.). KIO uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Podobnie w orzeczeniu z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. 3107/21 KIO stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w przypadku braku zgody wykonawcy na odpowiednie obniżenie ceny, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Takie jednostronne narzucanie warunków realizacji umowy należy kwalifikować jako bezwzględnie zakazane na gruncie z art. 9 ust.2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 poz. 275).

Wreszcie podnieść należy, iż kwestionowane postanowienie umowne wpisuje się w katalog niedozwolonych praktyk Zamawiających, które są publikowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Organ ten w ramach realizacji swoich obowiązków ustawowych przewidzianych w art. 469 pkt 8 PZP jako jedną z przykładowych klauzul umownych, którą należy uznać za niezgodną z art. 433 PZP wskazuje następujące postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie niniejszego zapisu z projektu umowy.

#### Pytanie nr 10

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się

aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odpowiedź: Zadane przez Wykonawcę pytanie nie odnosi się do treści SWZ.

#### Pytanie nr 11

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia.

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany w projekcie umowy.

DYREKTOR  
ds. Ekonomicznych i Administracyjnych  
PROKURANT  
  
Dorota Sarma Kuś