

WYJAŚNIENIA I ZMIANY DO TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy : postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę LEKÓW - 8. Nr sprawy : ZP-19-023BN

W związku z pytaniem Wykonawcy, które cytuję poniżej a dot. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, działając zgodnie z art.38 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.), udzielam następującej odpowiedzi :

- 1) *Do §4 ust.1 projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub towaru podlegającego reklamacji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości niedostarczonego w terminie zamówienia za każdy dzień opóźnienia? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Zamawiającemu, za opóźnienie świadczenia pieniężnego, może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 9,5% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Wykonawcy zamówienia, za opóźnienie świadczenia, przewidziana jest kara w wysokości 1825% w skali roku (5% x 365 dni).*
Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

- 2) *Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §6 ust.4, zgodnie z którym Zamawiający wymaga zmiany ceny leku tak aby cena leku na fakturze nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w Zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia Nr 124/2018/DGL z dnia 28.11.2018 r. aktualnego na dzień zakupu, bez konieczności sporządzania aneksu?*

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 wskazuje Sąd Apelacyjny w Gliwicach w wyroku z dnia IV SA/Gl 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 klauzula wymagająca aby cena nie przekraczała progów kosztowych uprawniających Zamawiającego do stosowania współczynników korygujących jest także nadużyciem w rozumieniu art. 3531 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 przerwianie 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



ZP-19-023BN - LEKI 8

porozumień za nieważne, zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochrony 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.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wskazuje, iż wprowadzenie postanowienia, o które wnosi Zamawiający (cyt: „Zamawiający wymaga zmiany ceny leku za miligram tak, aby cena leku na fakturze nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w Zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia Nr 124/2018/DGL z dnia 28.11.2018r aktualnego na dzień zakupu, bez konieczności sporządzania aneksu” jest także niezgodne pod kątem formalnym w związku z żądaniem zmiany ceny (i tak niedopuszczalnej zgodnie z wyjaśnieniem powyżej) „bez konieczności sporządzania aneksu” – jest to bowiem niezgodne z art. 144 ust. 1 PZP, który reguluje ścisłą reglamentację aneksowania umów w zamówieniach publicznych, które nie może być interpretować rozszerzająco.

Odp. Wprowadzenie współczynników korygujących - jako mechanizmu zwiększającego dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej – jest usankcjonowane przepisami prawa.

Zamawiający nie ustala z NFZ wskaźników, które są publikowane i zgodnie z którymi jest rozliczany. Zmiany w przepisach wprowadzające współczynniki korygujące premiują stosowanie tańszych odpowiedników leków refundowanych. Zgodnie z wprowadzonymi zmianami współczynnik korygujący jest stosowany w przypadku, gdy każdy rozliczony miligram leku w danym okresie u danego pacjenta spełnia progowy warunek kosztowy.

Stosowanie współczynników korygujących jest uzasadnione w przypadku istnienia konkurencji pomiędzy poszczególnymi odpowiednikami – dlatego też za zasadne uznał Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych zobligowany do celowego i oszczędnego wydatkowania środków finansowych - wprowadzenie takiego wymogu w umowie. Współczynniki korygujące ustalane są przez NFZ na podstawie cen leków, które są monitorowane przez NFZ. Istnieją więc realne podstawy do zastosowania cen wskazywanych przez NFZ poprzez współczynniki korygujące.

Wobec powyższego Zamawiający nie może wyrazić zgody na wykreślenie wskazanego w pytaniu zapisu z projektu umowy i narażać się na ponoszenie strat.

- 3) Mając na uwadze pytanie powyżej do §6 ust.4 wzoru umowy, czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie z formularza asortymentowo-cenowego – Pakiet Nr 1, 2 i 3 fragmentu: „Zamawiający wymaga: aby ceny leków za miligram nie przekraczały progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia aktualnego w dniu otwarcia ofert.

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu.

- 4) Załącznik Nr 3 do SIWZ - Jakiej jednostki miary wymaga Zamawiający, kolumna nr 6 przedmiotowego załącznika została nieuzupełniona? /Oferowana ilość / **Odp.: Obowiązkiem Wykonawcy jest uzupełnić wolne miejsce i wpisać wycenianą jednostkę – sztukę lub opakowanie.**

- 5) Co Zamawiający rozumie poprzez „Zamawiana Ilość sztuk”? Czy sztuką jest opakowanie które zawiera 2 amp-strzykawki, czy sztuką jest 1 amp –strzykawka?

Odp.: Sztuką jest jedna ampułko-strzykawka.

- 6) Czy zamawiający wymaga aby oferowany produkt występował zamiennie w dawce 420 mg ze względu na ograniczenie strat przy podaniu oraz posiadał udowodnioną skuteczność oraz profil bezpieczeństwa przy zmianie terapii z produktu referencyjnego?

Odp.: Zamawiający koryguje Pakiet Nr 1 zgodnie z załączonym wzorem.

- 7) Czy Zamawiający ze względu na potencjalne korzyści finansowe oraz obowiązującą zasadę uczciwej konkurencji w prawie zamówień publicznych, wyrazi zgodę na dopuszczenie w pakiecie nr 3 Adalimumabu w postaci 40 mg x 2 amp.-strz. bez dodatkowych gazików?

Odp. Zamawiający wyraża zgodę.

Zamawiający działając zgodnie z art. 38 pkt. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), ponownie przedłuża terminu składania i otwarcia ofert. Przedłużenie terminu składania i otwarcia ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ.

Aktualny termin składania ofert zostaje wyznaczony na dzień

11.03.2019 r. godz.: 10:00

Otwarcie ofert nastąpi w dniu o godz.:

11.03.2019 r. godz.: 10:30

Powyższe odpowiedzi i zmiany są wiążące i należy je uwzględnić przy sporządzaniu oferty w ramach niniejszego postępowania.

Z upoważnienia DYREKTORA
Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego
im. Andrzeja Mieleckiego
Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach
Z-ca Dyr. ds. Ekonomicznych - Główny Księgowy
mgr Ewa WIOŁEK

Załącznik Nr 1A do SIWZ

FORMULARZ ASORTYMENTOWO - CENOWY - PAKIET Nr 1A

L.p.	Nazwa międzynarodowa	Postać	Dawka	Zamawiana ilość szt	Cena jednostk. netto	VAT%	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa handlowa i wielkość oferowanego opakowania dawka, postać, producent, kod EAN
1	Trastuzumabum	Proszek do sporządz konec do przygotow roztw infuz fiolka	150 mg	50					

Zamawiający wymaga :

- aby oferowany lek znajdował się na liście leków refundowanych w części B (programy lekowe) w dniu otwarcia ofert.
- aby cena brutto leku nie przekraczała najwyższej wysokości limitu finansowania tego leku, przedstawionej na liście leków refundowanych w dniu otwarcia ofert.
- aby cena leku za miligram nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia aktualnego w dniu otwarcia ofert
- oświadczenia producenta o ważności fiołki z lekiem po otwarciu i rozcieńczeniu leku w płynie infuzyjnym, jeśli obie czynności wykonano w zwalidowanych warunkach jałowych
- oświadczenia producenta o zawartości substancji suchej w fiołce;

 PODPIS WYKONAWCY

FORMULARZ ASORTYMENTOWO - CENOWY - PAKIET Nr 1B

L.p.	Nazwa międzynarodowa	Postać	Dawka	Zamawiana ilość szt	Cena jednostk. netto	VAT%	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa handlowa i wielkość oferowanego opakowania dawka, postać, producent, kod EAN
2	Trastuzumabum	Proszek do sporządz konic do przygotow roztw infuz fiołka	420 mg	30					

Zamawiający wymaga :

- aby oferowany lek znajdował się na liście leków refundowanych w części B (programy lekowe) w dniu otwarcia ofert.
- aby cena brutto leku nie przekraczała najniższej wysokości limitu finansowania tego leku, przedstawionej na liście leków refundowanych w dniu otwarcia ofert.
- aby cena leku za miligram nie przekraczała progu kosztowego uprawniającego do zastosowania współczynnika korygującego określonego w zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia aktualnego w dniu otwarcia ofert
- oświadczenia producenta o ważności fiołki z lekiem po otwarciu i rozcieńczeniu leku w płynie infuzyjnym, jeśli obie czynności wykonano w zwalidowanych warunkach jałowych
- oświadczenia producenta o zawartości substancji suchej w fiołce;

 PODPIS WYKONAWCY