



Słupsk, dnia 20.02.2023 r.

**dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa produktów leczniczych - nr postępowania 06/PN/2023**

Na podstawie art. 135 ust. 6 – przetarg nieograniczony ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „Ustawa”) Zamawiający udostępnia treść zapytań dotyczących zapisów specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) wraz z wyjaśnieniami. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

**Pytanie nr 1:**

Dotyczy zadania 37

Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie produktu leczniczego Melphalan w dawce 200 mg (proszek oraz rozpuszczalnik do rozpuszczania leku o pojemności 40 ml), z jednoczesnym przeliczeniem zamawianych ilości, tj. 75 fiolek.

Pragniemy zauważyć, że dopuszczenie leku w większej dawce jest korzystne dla Zamawiającego - pozwala zaoszczędzić czas personelu na przygotowanie leku oraz zwiększy konkurencyjność cenową złożonych ofert.

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza wycenę produktu leczniczego w dawce 200 mg w ilości 50 fiolek oraz w dawce 50 mg w ilości 100 fiolek zgodnie z modyfikacją w części nr 37 udostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania.***

**Pytanie nr 2:**

Dot. części nr 27 poz. 1 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaferowanie produktu w obecnie dostępnym op. a' 20 amp.-strzyk. i przeliczenie ilości na 13 op.

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.***

**Pytanie nr 3:**

Dot. części nr 27 poz. 2 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaferowanie produktu w obecnie dostępnym op. a' 20 amp.-strzyk. I przeliczenie ilości na 1 op.

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.***

**Pytanie nr 4:**

Dot. części nr 27 poz. 1 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaferowanie produktu w obecnie dostępnym op. a' 25 fl. i przeliczenie ilości na 2 op.?

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.***

**Pytanie nr 5:**

Oferujący ma pytanie do pakietu nr 38 poz. 1.

Czy zamawiający wymaga aby jałowa liofilizowana mieszanina witamin rozpuszczalnych w wodzie i tłuszczach do przygotowania roztworu do wlewów dożylnych nie wymagająca rozpuszczalnika w postaci emulsji tłuszczowej nie posiadała wit.K?

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.***

**Pytanie nr 6:**

Oferujący ma pytanie do pakietu nr 38 poz. 2.

Czy zamawiający wymaga aby zbilansowany roztwór dziewięciu pierwiastków śladowych przeznaczony do żywienia pozajelitowego dla osób dorosłych w postaci soli organicznych posiadał w swoim składzie: ( umol/amp.) żelazo 18 umol; miedź 4,7 umol; mangan 1,0 umol; cynk 153 umol; fluor 50 umol; jod 1,0 umol; selen 0,9 umol; chrom 0,19 umol i molibden 0,21 umol?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie nr 7:**

Czy Zamawiający w pakiecie 1 poz. 1 i 2 wyrazi zgodę na preparat Cefuroxim pakowany po 10 szt., z przeliczeniem oferowanej ilości?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie nr 8:**

Czy Zamawiający w pakiecie 21 poz.1 ma na myśli produkt 6% hydroksyetyloskrobię zawieszoną w roztworze elektrolitów nie zawierającą jonów wapnia na bazie skrobi kukurydzianej w opakowaniu po 20 szt.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający potwierdza.**

**Pytanie nr 9:**

Czy Zamawiający w pakiecie 21 poz. 2 wyrazi zgodę na 6 % Hydroksyetyloskrobię 130/04+ 0,9% NaCl na bazie skrobi kukurydzianej pH 4,0-5,5 500ml pakowaną po 10 szt.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający potwierdza.**

**Pytanie nr 10:**

Czy Zamawiający w pakiecie 34 poz. 1 wyrazi zgodę na preparat Benelyte pakowany po 20 szt.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie nr 11:**

Czy Zamawiający w pakiecie 36 poz. 1 i 2 wyrazi zgodę na preparat Meropenem pakowany po 10 szt.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie nr 12:**

Dotyczy § 3 ustęp 1 podpunkt 2 umowy - Wnosimy o zmodyfikowanie i wyrażenie zgody na wydłużenie terminu dostawy „w trybie na ratunek- cito” – do 24 godzin.

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę, z wyłączeniem części nr 2 i 53 zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 17.**

**Pytanie nr 13:**

Dot. części nr 36 poz. 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu w op. a' 10 fiol. i przeliczenie ilości na 930 op.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 14:**

Dot. części nr 36 poz. 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu w op. a' 10 fiol. i przeliczenie ilości na 55 op.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 15:**

Dot. części nr 41 poz. 1



Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu w op. a' 10 fioł. i przeliczenie ilości na 6 op.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 16:**

Dot. części nr 41 poz. 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu w op. a' 10 fioł. i przeliczenie ilości na 6 op.?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 17:**

Zamawiający w § 3 ust. 1 pkt. 2) projektu umowy zastrzegł, iż:

„1. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia towaru pod wskazany adres Apteki Szpitalnej Zamawiającego, cyklicznie wg rzeczywistych potrzeb Zamawiającego w następujących terminach:

2) do 12 godzin od daty złożenia zamówienia w każdym dniu tygodnia, nie wyłączając niedziel i świąt, o każdej porze dnia i nocy w przypadku dostaw „w trybie na ratunek- cito.”

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, minimalny czas dostawy „na cito” wynosi 12 godzin od poniedziałku do piątku, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawę „cito” do 12 godzin od poniedziałku do piątku od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w części nr 2,53?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę dla części nr 2 i 53.**

**Pytanie nr 18:**

Dotyczy par.3 ust.2 projektowanego postanowienia umowy.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę par. 3 ust.2 projektowanych postanowień umowy i przyjęcie następującego brzmienia przedmiotowego postanowienia:

„Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 70% wartości zamówienia”.

Przedmiotowe postanowienie narusza art. 433 pkt 4 w zw. z art.8 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC oraz 58 par.1 i 2 KC, art.353(1) KC- zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych- nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko, umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania czy zagwarantowania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub całkowitą rezygnację z zamówienia - co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, który czyni ze swojego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Przedmiotowe postanowienie i bardzo niski poziom zakupów zagwarantowanych umową, tj. 50% wartości umowy, uniemożliwia praktycznie złożenie oferty – różnica 50% zamówienia powoduje, że wykonawca chcący złożyć ofertę w postępowaniu nie może odpowiednio skalkulować ceny.

Działając zgodnie z praktyką rynkową, zaproponowano postanowienie gwarantujące wykonanie co najmniej 70 % wartości umowy, a nie tylko 50 % umowy.

Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotowe postanowienie jest abuzywne, tj. sprzeczne z art. 433 pkt 4 Pzp – zamawiający dzięki temu postanowieniu ma możliwość ograniczenia zakresu zamówienia wskazując minimalną wartość / wielkość świadczenia stron, co oznacza praktycznie odstąpienie od realizacji zamówienia przez szpital. Wskazanie minimalnej wielkości/ilości na takim poziomie wsazuje jedynie na próbę obejścia przez zamawiającego przepisów Pzp, a de facto nie zmienia sytuacji ekonomicznej wykonawcy/oferenta. W sytuacji niezrealizowania tak dużej części zamówienia, wykonawca pozostaje z partią produktów nabytych na potrzeby zamówienia, alokowanych do tego

zamówienia, z wszelkimi tego konsekwencjami – finansowymi (strata, której nie można skalkulować składając ofertę), a także marnując produkt (produkt niesprzedany niekoniecznie zostanie sprzedany w Polsce, a tym samym będzie konieczna jego utylizacja – niedopuszczalne przy produktach niezbędnych dla życia pacjentów lub których brakuje na świecie).

Jest to tym bardziej istotne, że umowa dot. zamówienia publicznego (par. 7), dyscyplinuje wykonawcę poprzez wprowadzenie do umowy kar w przypadku niedotrzymania uzgodnionego terminu dostawy, a także umownego prawa odstąpienia.

Postanowienie to będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać zmodyfikowane w przedmiotowy sposób.

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

#### **Pytanie nr 19:**

Dotyczy par. 8 ust.3 pkt. 9 projektowanego postanowienia umowy.

a/ Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie w projektowanych postanowieniach umowy par 8 ust. 3 pkt. 9?

Uzasadnienie:

Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy, w świetle art. 5 k.c. w zw. z art 58 par. 2 k.c., będąc sprzecznym z zasadami współżycia społecznego, jest nieważne z mocy prawa, gdyż przewiduje możliwość dowolnego, nieprzewidywalnego dla wykonawcy kształtowania ceny, nie zaś zakupu produktów w cenie oferowanej przez wykonawcę.

Powyższe projektowane postanowienie umowy narusza także art. 431 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 354 k.c. i art. 353 par. 1 k.c., art.58 par.1 i 2 k.c. w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Postanowienie sprzeczne jest także z art. 433 pkt 4 Pzp stanowiąc klauzulę abuzywną – zamawiający dzięki temu postanowieniu ma możliwość nie tylko ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, ale wręcz rezygnacji z realizacji zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 431 ustawy Pzp: „Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.”

Przedmiotowe postanowienie umowne powoduje de facto, iż cena w której w wykonaniu zamówienia wykonawca będzie dostarczał produkty lecznicze, nie będzie zgodna z ceną ze złożonej oferty, a będzie musiała być zgodna ze wskazanym kosztem średnim wskazanym w Komunikacie dotyczącym średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii.

Postanowienie narusza tym samym art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

Tym samym wykonawca/oferent de facto składa ofertę na produkt, którego ceny finalnej nie zna, a zmiana ceny może spowodować:

- obiektywną niemożność dostarczenia produktu zamawiającemu – średni koszt może być poniżej ceny nabycia produktu przez wykonawcę na poczet zamówienia

- stratę finansową po stronie Zamawiającego, której nie przewidział zamawiając/kupując produkt na potrzeby zamówienia

Prowadzi to niezaprzeczalnie do naruszenia zasad przejrzystości i proporcjonalności postępowania.

Taki sposób określenia ceny, powoduje tym samym niemożność jej skalkulowania na potrzeby złożenia oferty.

Taki sposób ustalania ceny narzucony ogólnie przez Zamawiającego jest więc niezgodny z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji. Jak zaś wynika z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej za realizację zamówienia. Wobec powyższego treść projektowanego postanowienia umownego z par. 8 ust. 3 pkt. 9 projektu umowy, poprzez którą Zamawiający narzuca maksymalną cenę zgodnie z rozporządzeniem NFZ i narzuca obniżenie ceny ofertowej w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 ustawy Pzp i art. 354 § 1 k.c. Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, ażeby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, poprzez nieustanne zmiany ceny w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.

W zakresie średniego kosztu rozliczania substancji czynnych- koszt ten jest nietransparentny w zakresie obliczenia i nieprzewidywalny dla wykonawcy. Nieznana jest częstotliwość jego publikacji, sposób jego obliczenia, a także powodowałby możliwość nieustannych żądań ze strony Zamawiającego zmiany umowy. W takiej sytuacji utrudnione jest, o ile nie niemożliwe, wykonanie w sposób należyty umowy przez wykonawcę. Wykonywanie umowy polegałoby na nieustannych zmianach umowy, utrudniając organizację dostaw leków, co jest głównym celem umowy, nie wspominając o dobru pacjenta, które z przyczyn administracyjnych, może zostać co najmniej zaniedbane.

Należy zacytować wyroki KIO, które potwierdzają niniejsze stanowisko:

Wyrok KIO z 5 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1382/19) : „ W ocenie Izby wymóg zaoferowania ceny, której maksymalny limit ma być ustalony na podstawie zarządzenia Prezesa NFZ jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369) oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019, poz.1010).(…). Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w wyroku KIO (sygn. akt KIO/UZP 586/09 i 600/09) charakter postępowania o udzielenie zamówienia nie pozwala zamawiającemu na określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia.(...)”

Ponadto należy rozważyć sytuację wykonawcy w przypadku braku zgody na obniżenie ceny, co będzie uprawniać zamawiającego do rozwiązania umowy w świetle art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, tj. czy odmowa nie zostanie potraktowana jako podstawa do wykluczenia wykonawcy z przyszłych postępowań- świadczy to o ewidentnej abuzywności projektowanego postanowienia umownego umieszczonego w projekcie umowy.

Na koniec należy wskazać, że postanowienie to jest sprzeczne z ustawą refundacyjną, która umożliwia wykonawcom oferowanie produktów w cenach określonych w decyzjach refundacyjnych i regulami Ustawy refundacyjnej (zgodnie z art. 9 to właśnie te ceny stanowią ceny maksymalne). Wykonawcy natomiast mają prawo zgodnie z tymi regulami je nabywać.

Postanowienie to będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać usunięte z projektowanych postanowień umowy.

b/ W przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par. 8 ust. 3 pkt. 9, proszę o wyjaśnienie zapisu.

Przepis §8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy daje stronom możliwość jej zmiany, ale nie precyzuje procedury takiej zmiany. Proszę o potwierdzenie, że zmiana umowy może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy taką wolę wyrazi Wykonawca, tj. podpisze aneks do umowy. W przypadku braku zgody na zmianę umowy, Wykonawca z tego tytułu nie poniesie żadnych konsekwencji, tj. odmowa nie stanowić będzie przesłanki naliczenia kar umownych (wzór umowy przewiduje jedynie naliczanie kar umownych w razie odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca) ani w rozumieniu Wykonawcy nie będzie stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z przyszłych postępowań.

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie zapisu par. 8 ust. 3 pkt 9. Na gruncie projektu umowy Zamawiający jedynie przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty. Zmiany te dotyczą m.in. obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ. Każdorazowa zmiana w tym zakresie będzie miała charakter porozumienia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, a nie jednostronnego oświadczenia woli Zamawiającego. Zamawiający przewiduje zatem na gruncie umowy, jedynie przyszłe okoliczności, które mogą wystąpić i skutkować ewentualną zmianą umowy na mocy porozumienia stron (aneksu).***

#### **Pytanie nr 20:**

Dotyczy par. 8 ust.3 pkt 10 projektowanego postanowienia umowy.

a/ Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie w projektowanych postanowieniach umowy par. 8 ust. 3 pkt.10 ?

Uzasadnienie

Przedmiotowe postanowienie jest abuzywne, tj. sprzeczne z art. 433 pkt 4 Pzp – zamawiający dzięki temu postanowieniu ma możliwość nie tylko ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, ale wręcz rezygnacji z realizacji zamówienia.

W takiej sytuacji wykonawca pozostaje z partią produktów nabytych na potrzeby zamówienia, alokowanych do tego zamówienia, z wszelkimi tego konsekwencjami – finansowymi (strata, której nie można skalkulować składając ofertę), a także marnując produkt (produkt niesprzedany niekoniecznie zostanie sprzedany w Polsce, a tym samym będzie konieczna jego utylizacja – niedopuszczalne przy produktach niezbędnych dla życia pacjentów lub których brakuje na świecie).

Jest to tym bardziej istotne, że umowa dot. zamówienia publicznego, dyscyplinuje wykonawcę poprzez wprowadzenie do umowy kar w przypadku niedotrzymania uzgodnionego terminu dostawy, a także umownego prawa odstąpienia.

b/ W przypadku niewyrażenia zgody na wykreślenie par. 8 ust. 3 pkt. 10, proszę o wyjaśnienie zapisu.

Czy zapis ten pozwala Zamawiającemu na ograniczenie przedmiotu umowy jedynie po uzyskaniu zgody Wykonawcy na niezrealizowanie dostaw w części dotyczącej tych leków, których dotyczyć będzie ogłoszona procedura wspólnego postępowania? Czy prawidłowe jest rozumienie tego zapisu, że w przypadku braku zgody wykonawcy na zmianę umowy, Wykonawca z tego tytułu nie poniesie żadnych konsekwencji?

Takie rozumienie oznaczałoby, że zmiana umowy może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy taką wolę wyrazi Wykonawca, tj. podpisze aneks do umowy.

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie zapisu par. 8 ust. 3 pkt 10.**

**Pytanie nr 21:**

Do §7 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 2, w taki sposób, aby wynosiła ona 0,2% wartości brutto niedostarczonego towaru, za każdy dzień zwłoki w realizacji dostawy zwykłej oraz 0,02% wartości brutto niedostarczonego w terminie towaru za każdą godzinę późnienia w przypadku dostawy pilnej?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 22:**

Do §7 ust. 3 i 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej §7 ust. 3 i 4, w taki sposób, aby wynosiła ona 0,2% wartości brutto towaru, z którego dostawą Wykonawca pozostaje w zwłoce, obliczaną za każdy dzień zwłoki?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 23:**

Do §8 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy zgodnie z którym Zamawiający przewiduje 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 obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ?

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 weryfikację średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych, na które to zasady Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną. Zgodnie z par. 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 (i odpowiednio par. 28 Zarządzenia nr 180/2019/DGL – to dyrektor oddziału NFZ monitoruje i weryfikuje średni koszt rozliczeń wybranych substancji czynnych i uwzględnia ww. weryfikację w stosunku do danego 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 są bowiem aktami prawa wewnętrznego, na co wprost wskazał 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 komunikaty NFZ ustalające lub zmieniające średnie koszty wybranych substancji czynnych 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 pozostaje zgodne z nową ustawą - 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.

Podobnie, w najświeższym orzeczeniu KIO z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) Izba krytycznie odniosła się do możliwości zastrzeżenia we wzorcu umowy zmian wynagrodzenia w oparciu o zmiany określanego przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej, wyrażając pogląd, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem Wykonawcy, a Zamawiający nie jest uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli Wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny za realizację zamówienia, wobec czego treść tak zaprojektowanego postanowienia umownego jest co najmniej abuzywna, godząca w zasady wynikające z art. 431 ustawy PZP i art. 354 §1 KC oraz naruszająca interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia i ryzyka związanego z jego realizacją.



Dodatkowo wskazujemy, że treść §8 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy jest niezgodna z aktualnymi wytycznymi Ministra Zdrowia, które przekazujemy w załączeniu.

**Odp. Zamawiającego: Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 19.**

**Pytanie nr 24:**

*Do §8 ust. 3 pkt 10) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać jako 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 §8 ust. 3 pkt 10 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 2021, poz. 1129) - 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 niewykonywania 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 2.01.2017 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.*

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie zapisu par. 8 ust. 3 pkt 10.**

**Pytanie nr 25:**

Do §8 ust. 3 pkt 14) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 30% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 umowy? Wyjaśniamy, że możliwość taka została przewidziana w art. 48 ust. 1 zdanie wspólne in fine ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185). Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §8 ust. 3 pkt 14) 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.

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.***

**Pytanie nr 26:**

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

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuję, że w/w przesłanki nie mają zastosowania.***

**Pytanie nr 27:**

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. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.***

**Pytanie nr 28:**

pytanie do umowy dzierżawy dla pakietu nr 16:

1. Do §3 ust.15 wzoru umowy. W związku z tym, że my jako wykonawca jesteśmy dysponentem urządzeń, a ich właścicielem pozostaje producent prosimy o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: "Urządzeniami o których mowa w §2 umowy Wykonawca może swobodnie dysponować i sprzęt ten jest wolny od roszczeń osób trzecich".

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.***

**Pytanie nr 29:**

Czy z uwagi na fakt, iż na rynku są zarejestrowane różne postaci leku, pod tą samą nazwą międzynarodową, Zamawiający wyrazi zgodę na zamianę w przedmiocie zamówienia występującej postaci doustnej leku w obrębie tej samej drogi podania np.: tabl. powł.-tabl.;

tabl.-kaps. tabl.-drażetki, kaps.-kaps.twarda, tabletki o przedłużonym uwalnianiu-tabletki o zmodyfikowanym uwalnianiu, tabl.-tabl.dojel, kaps.-kaps.doj. i odwrotnie)?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 30:**

Czy z uwagi na fakt, iż na rynku są zarejestrowane różne postaci leku, pod tą samą nazwą międzynarodową, Zamawiający wyrazi zgodę na zamianę w przedmiocie zamówienia występującej postaci iniekcyjnej leku w obrębie tej samej drogi podania np.: amp.-fiol.; fiol.-amp-strz , amp.-amp.strzyk., ampułki-pojemniki, flakony-butelki, i odwrotnie?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 31:**

Dotyczy pakietu nr 6 poz. 1, 2. Czy Zamawiający wymaga, aby leki pochodziły od jednego producenta?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie nr 32:**

Dotyczy pakietu nr 36 poz. 1, 2. 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?

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie nr 33:**

Czy Zamawiający zezwala na wycenę leków w opakowaniu zawierającym inną ilość sztuk (np. tabletek, kapsulek, ampułek, fiolek) niż podana przez Zamawiającego, a ilość opakowań odpowiednio przeliczyć tak, aby liczba sztuk była zgodna z SWZ? Umożliwi to złożenie oferty atrakcyjniejszej pod względem ekonomicznym

**Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza z wyłączeniem części nr 41 poz. 2.**

**Pytanie nr 34:**

Prosimy o podanie, w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, kilogramów itp.), niż umieszczone w SIWZ:

- podawać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy też
- ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku (zaokrąglenie zgodne z regułą matematyczną)?

**Odp. Zamawiającego: Należy podawać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę.**

**Ponadto:**

Zamawiający działając na podstawie **art. 137 ust. 1 Ustawy** dokonuje zmiany w treści SWZ w Części nr II Wzór umowy i Wzór umowy dzierżawy. Zgodnie z **art. 137 ust. 2 Ustawy** Zamawiający udostępnia dokonaną zmianę treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Załączniki:

**Wzór umowy**

**Wzór umowy dzierżawy**

**KIEROWNIK**  
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych  
  
**Piotr Feszak**