

Warszawa, dnia 3 listopada 2021 roku

ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW

Dotyczy: postępowania pn. „Dostawa leków biologicznych w podziale na zadania” – sprawa nr 34/PN/2021/BK

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatрії, 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 Załącznika nr 3 - wzoru umowy §7 ust. 1 oraz §8 ust. 5 oraz §10 ust. 2 pkt 9

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 Kupującemu."

Odpowiedź: Zamawiający utrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 2 dotyczy Załącznika nr 3 - wzoru umowy §8 ust. 7

Prosimy o zmianę treści §8 ust. 7 wzoru umowy w taki sposób, aby kary z tytułu 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 3 dotyczy Załącznika nr 3 - wzoru umowy §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 4 dotyczy Załącznika nr 3 - wzoru umowy §10 ust. 2 pkt 8 wzoru umowy:

Prosimy o zmianę postanowień §10 ust. 2 pkt 8 wzoru umowy w taki sposób, aby w razie zmiany cen leku określonej w tym instrumencie na wyższe, godzącej w interes gospodarczy Wykonawcy, strony zobowiązane były do podjęcia rokowań mających na celu sprawiedliwe rozłożenie ciężaru ekonomicznego wprowadzonej zmiany. Jednocześnie prosimy o wprowadzenie uprawnienia obu stron, do odstąpienia od umowy w części objętej przedmiotową podwyżką, w razie nieosiągnięcia wyżej opisanego porozumienia. Unormowania §10 ust. 2 pkt 8 wzoru umowy w obecnym brzmieniu stanowią manifestację przewagi kontraktowej Zamawiającego, naruszają prawo Wykonawcy do godziwego zysku i jako takie nie mogą się ostać.

Odpowiedź: Zamawiający utrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 4 dotyczy Załącznika nr 3 - wzoru umowy §10 ust. 12 wzoru umowy:
Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie §10 ust. 12 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 [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 [niniejszą] 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.

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 programu 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 przerwania 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 §10 ust. 12 wzorca umowy może skutkować jednostronnym wypowiedzeniem umowy przez Zamawiającego (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 przez NFZ (...)).** 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 wkalkulować 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 przerwienie 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 możliwością jednostronnego wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego na gruncie §10 ust. 12 wzorca umowy.

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 przerzucania 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 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) „Niezgodnym bowiem z regułami uczciwości jest przerzucanie na Wykonawcę kosztów prowadzenia swojej własnej działalności niezwiązanej bezpośrednio ze świadczeniem**

Wykonawcy.” – jest to twierdzenie nietrafne, ponieważ bilans kosztów działalności świadczeniodawcy zależy 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) Średnie koszty rozliczenia wybranych substancji czynnych wynikają z cen sprzedaży leków realizowanych na terenie kraju w określonym czasie. Zarządzenia Prezesa NFZ nie narzucają Wykonawcy ani Zamawiającemu cen progowych oraz nie wprowadzają zobowiązania Wykonawcy do ich przestrzegania. Jak wskazano wcześniej w umowie został wprowadzony jedynie możliwy do wykorzystania mechanizm dostosowania ceny w związku ze zmianą czynników zewnętrznych (średniego kosztu rozliczenia). Taki mechanizm jest powszechnie wykorzystywany w umowach na dostawy w związku np. ze zmianami podatkowymi, prawnymi czy dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia.

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

PELNOUPOWASZCZONY
ds. ADMINISTRACYJNO-TECHNICZNYCH
Narodowy Instytut Geriatry,
Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie

mgr. Damian Wrons

Sporządziła: Bogumiła Kalinowska

OLYMPIA
Bogumiła Kalinowska, ZAMÓWNIENIOWO-GOSPODARSTWA
Narodowy Instytut Geriatry, Reumatologii i Rehabilitacji
Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie

Bogumiła Kalinowska

