



Słupsk, dnia 31.01.2024 r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa produktów leczniczych”- nr postępowania 06/PN/2024

Na podstawie art. 135 ust. 6 – przetarg nieograniczony ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), [zwanej dalej także „PZP”] Zamawiający udostępnia treść zapytań dotyczących zapisów specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) wraz z wyjaśnieniami. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

Pytanie nr 1:

Zwracamy się z prośbą o odstąpienie od wymogu realizacji dostaw „na cito ” w ramach zadania nr 2 –gdyż jest to wyrób medyczny, który wykorzystuje się w planowanych zabiegach.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę, w związku z tym zmianie ulegnie Część II SWZ - Wzór umowy §3 ust. 1 pkt 2.

Pytanie nr 2:

Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o odstąpienie od wymogu posiadania koncesji/zezwoleń na obrót oferowanymi produktami leczniczymi, gdyż produkt przez nas oferowany w zadaniu nr 2 jest wyrobem medycznym i nie jest wymagane posiadanie zezwolenia na obrót nim.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyjaśnia, że warunek posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej dotyczy tylko leków.

Pytanie nr 3:

Pakiet 1, Pozycja 1, PHENOBARBITALUM inj/0,04 x 1 fiołka: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dopuszczenie leku FENOBARBITALE SODICO S.A.L.F, 100MG/2 ML, ROZTWÓR DO WSTRZYKIWAŃ, 5 FIOLEK X 2 ML z odpowiednim przeliczeniem ilości?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 4:

Do §3 ust. 2 wzoru umowy:

Wnosimy o zmianę zapisu §3 ust. 2 poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości 70%, gdyż próg realizacji minimum 30%, wypacza ekonomiczny sens zawarcia umowy oraz jest niezgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) ponieważ może doprowadzić do istotnej zmiany umowy i jej charakteru, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 454 ust. 1, ust. 2 pkt 1) i 3) oraz art. 455 ust. 1 pkt 1) ww. ustawy.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody, jednocześnie informuje że zwiększa minimalny poziom zamówienia do 50% wartości zamówienia dla części nr 1, 2, 5, 7, 11, 13, 14,

w pozostałych częściach pozostaje bez zmian. W związku z tym zmianie ulegnie Część II SWZ – Wzór umowy §3 ust. 2.

Pytanie nr 5:

Do §7 ust. 2 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary 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 i 0,02% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdą godzinę zwłoki w realizacji dostawy pilnej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 6:

Do §7 ust. 3 i 4 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kar zastrzeżonych §7 ust. 3 i 4, w taki sposób, aby wynosiły one 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 7:

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/GI 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 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 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 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: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 8:

Do §8 ust. 3 pkt 13) wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w taki sposób, aby wynosiła ona łącznie 15%?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 9:

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze 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 informuje, że na chwilę obecną nie zachodzą przesłanki niewypłacalności oraz zagrożenia niewypłacalnością.

Pytanie nr 10:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z 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 dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że nie zastosuje ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych.

Pytanie nr 11:

Uprzejmie prosimy o odstąpienie od wymogu posiadania uprawnień do prowadzenia określonej przedmiotem Zamówienia działalności zawodowej lub czynności w szczególności koncesję, zezwolenie lub licencję w przypadku oferowania wyrobów medycznych, ponieważ zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych dystrybutorem lub importerem wyrobów medycznych może być osoba fizyczna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej albo osoba prawna i żaden przepis ustawy o wyrobach medycznych nie nakłada na te podmioty obowiązku posiadania w/w dokumentów? Jeśli tak, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dołączenie oświadczenia stanowiącego o tym, iż przepisy prawa nie nakładają na naszą firmę obowiązku posiadania Zezwolenia Głównego Inspektora Farmaceutycznego na prowadzenie Hurtowni Farmaceutycznej (tj. braku konieczności

posiadania takiego dokumentu) w przypadku składania oferty na wyroby medyczne zawarte w Części nr 2?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyjaśnia, że warunek posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej dotyczy tylko leków.

Pytanie nr 12:

Dotyczy Wzoru umowy § 3, ust. 1, pkt. 2:

Czy Zamawiający odstąpi od dostaw w „w trybie na ratunek- cito.” w przypadku składania ofert na wyroby medyczne z Części nr 2?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę, w związku z tym zmianie ulegnie Część II SWZ - Wzór umowy §3 ust. 1 pkt 2.

Pytanie nr 13:

Uprzejmie prosimy o wprowadzenie do Wzoru umowy § 3 następujących zapisów:

„Zmniejszenie ilości przedmiotu Umowy w toku jej realizacji nie może przekroczyć 20% ilości określonych w niniejszej Umowie”

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody, jednocześnie informuje że zwiększa minimalny poziom zamówienia do 50% wartości zamówienia dla części nr 1, 2, 5, 7, 11, 13, 14, w pozostałych częściach pozostaje bez zmian. W związku z tym zmianie ulegnie Część II SWZ – Wzór umowy §3 ust. 2.

Pytanie nr 14:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę aby termin płatności liczony był od daty sprzedaży, oraz żeby za termin zapłaty uznawana była data wpływu zapłaty na rachunek wykonawcy?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 15:

Czy Zamawiający wyrazi na cesję praw i obowiązków z wzoru umowy na bank kredytujący grupę kapitałową Wykonawcy? Wykonawca zobowiązuje się powiadomić Zamawiającego o dokonaniu takiej cesji. Jednocześnie Wykonawca potwierdza, iż mimo cesji jest uprawniony do wykonywania praw i obowiązków z Umowy przelanych na bank - do momentu odmiennego zarządzenia przez bank, które zostanie przesłane w formie pisemnej.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 16:

Dotyczy Wzoru umowy § 7 ust. 1:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie kar umownych zgodnie z poniższym zapisem: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 2,5% wartości niezrealizowanej części umowy, w razie odstąpienia przez Zamawiającego od niniejszej umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Ponadto:

Zamawiający działając na podstawie **art. 137 ust. 1 PZP** dokonuje zmiany w treści SWZ w następujący sposób:

CZĘŚĆ I SWZ - IDW

pkt 8.2.2:

2) **uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:**

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej lub zezwolenie na wytwarzanie (producenci), wydane przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego, zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 2301). **(dotyczy leków)**

CZĘŚĆ II SWZ – WZÓR UMOWY

§3 ust. 1 pkt 2

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” – **nie dotyczy części nr 2.**

§3 ust. 2

2. Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie 30% wartości zamówienia **dla części nr 3, 4, 6, 8, 9, 10, 12 oraz 50% wartości zamówienia dla części nr 1, 2, 5, 7, 11, 13, 14.**

Zamawiający przedłuża termin składania ofert na dzień **07.02.2024 roku do godz. 09:00**, a termin otwarcia ofert na dzień **07.02.2024 roku o godz. 10:00**, w związku z tym zmianie ulegnie termin związania ofertą na dzień **06.05.2024 r.**

Zmiany dotyczą pkt 8.2.2, 12.1, 17.1, 18.1 Części I SWZ – Instrukcja dla wykonawców oraz §3 ust. 1 pkt 2, §3 ust. 2 Części II SWZ – Wzoru umowy.

Prosimy o uwzględnienie w składanych ofertach wprowadzonych zmian.

KIEROWNIK
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych
Piotr Feszak