



Słupsk, dnia 10.03.2023 r.

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa produktów leczniczych”- nr postępowania 14/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:

Prosimy o dopuszczenie w pakiecie nr 11 płynów o składzie i pojemności jak niżej:

Ad. 1 kanister 4,7 L, o składzie po rozcieńczeniu: Na - 138,0 mmol/l, Ca - 1,50 mmol/l, Mg - 0,5 mmol/l, K - 0,0 mmol/l, GL 1,00g/l,

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 2:

Prosimy o dopuszczenie w pakiecie nr 11 płynów o składzie i pojemności jak niżej:

Ad. 2 kanister 4,7 L. Pozostałe zapisy bez zmian,

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 3:

Prosimy o dopuszczenie w pakiecie nr 11 płynów o składzie i pojemności jak niżej:

Ad. 4 kanister 4,7 L, o składzie po rozcieńczeniu: Na - 138,0 mmol/l, Ca - 1,25 mmol/l, Mg - 0,5 mmol/l, K - 2,0 mmol/l, GL 1,00g/l,

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 4:

Prosimy o dopuszczenie w pakiecie nr 11 płynów o składzie i pojemności jak niżej:

Ad. 5 kanister 4,7 L. Pozostałe zapisy bez zmian,

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 5:

Prosimy o dopuszczenie w pakiecie nr 11 płynów o składzie i pojemności jak niżej:

Ad. 6 kanister 4,7 L. Pozostałe zapisy bez zmian,

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 6:

Prosimy o dopuszczenie w pakiecie nr 11 płynów o składzie i pojemności jak niżej:

Ad. 7 kanister 10 L, o składzie po rozcieńczeniu: Na - 138,0 mmol/l, Ca - 1,75 mmol/l, Mg - 0,5 mmol/l, K - 1,0 mmol/l, GL 1,00g/l,

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 7:

Prosimy o dopuszczenie w pakiecie nr 11 płynów o składzie i pojemności jak niżej:

Ad. 8 do 12 - kanister 4,7 L. Pozostałe zapisy bez zmian.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 8:

Prosimy o odstąpienie od poniższych zapisów w zakresie pakietu nr 11:

W cenie oferty należy uwzględnić odbiór pustych pojemników po koncentratkach.

Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia drogi transportowej zgodnie z zaleceniami Odbiorcy. Droga transportowa zaczyna się od pojazdu Wykonawcy, kończy zaś w docelowym pomieszczeniu, w którym nastąpić ma magazynowanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do odbioru pustych kanistrów przy każdej dostawie.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 9:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sprawa numer 14/PN/2023) Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie następujących kwestii w SWZ (Część II SWZ – Projekt umowy):

1.Czy Zamawiający w par. 1.7 zamiast obowiązku wprowadzi prawo do dostarczenia zamiennika? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażąco stratą po stronie Wykonawcy.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 10:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sprawa numer 14/PN/2023) Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie następujących kwestii w SWZ (Część II SWZ – Projekt umowy):

2.Czy Zamawiający w par. 3.6 zniesie obowiązek dostarczenia zamiennika lub dokonania zakupu u innego dostawcy? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażąco stratą po stronie Wykonawcy.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 11:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sprawa numer 14/PN/2023) Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie następujących kwestii w SWZ (Część II SWZ – Projekt umowy):

3.Czy Zamawiający w par. 7.2 zamiast naliczania kar za godzinę, przyjmie naliczanie ich za dzień zwłoki? Obecna zasada prowadzi do naliczania kar w kwotach rażąco wygórowanych.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 12:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sprawa numer 14/PN/2023) Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie następujących kwestii w SWZ (Część II SWZ – Projekt umowy):

4.Czy Zamawiający w par. 8.3.8 oraz 8.3.9 na końcu doda frazę: „Korekta cen w przypadku obniżenia cen urzędowych nie ma zastosowania, jeśli w ramach Umowy towar oferowany jest po cenie niższej”?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 13:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sprawa numer 14/PN/2023) Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie następujących kwestii w SWZ (Część II SWZ – Projekt umowy):

5.Czy Zamawiający w par. 8.3.11 zamiast 12 miesięcy wpisze termin 3 miesiące? Wykonawca nie może być związany ofertą przez okres znacząco dłuższy, niż pierwotnie zakładany i nie może zagwarantować, że będzie przez ten dłuższy okres dostarczać towar na podstawie niezmienionej oferty składanej w niniejszym postępowaniu.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 14:

6.Czy Zamawiający w pakiecie nr 16 wykreśli pozycje nr 3 bądź wyrazi zgodę na podanie ostatniej ceny leku?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że nie wykreśli pozycji nr 3. Zamawiający wyraża zgodę na podanie ostatniej ceny leku.

Pytanie nr 15:

7.Czy Zamawiający w pakiecie nr 6 poz. nr 1 miał na myśli lek TERIFLUNOMIDUM 14 mg x 28 w postaci tabletek powlekanych?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie TERIFLUNOMIDUM 14 mg x 28 w postaci tabletek powlekanych.

Pytanie nr 16:

8.Czy Zamawiający w pakiecie nr 16 poz. 6, 8 i 9 miał na myśli leki w postaci tabletek powlekanych o przedłużonym uwalnianiu?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie w Części nr 16 poz. 6, 8, 9 tabletek powlekanych o przedłużonym uwalnianiu.

Pytanie nr 17:

1. 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 18:

2. 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 współzycia 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/offerent 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 odgórnie 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 regułami Ustawy refundacyjnej (zgodnie z art. 9 to właśnie te ceny stanowią ceny maksymalne). Wykonawcy natomiast mają prawo zgodnie z tymi regułami je nabywać.

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

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie zapisu § 8 ust. 3 pkt 9 Części II Wzoru umowy.

Pytanie nr 19:

2. Dotyczy par. 8 ust.3 pkt. 9 projektowanego postanowienia 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 przestanki 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: 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:

Pytanie do Część 34 pkt 2

Prosimy o podanie nazw wszystkich aparatów do znieczulenia oraz liczbę kompatybilnych z nimi parowników.

Odp. Zamawiającego: Nazwy aparatów do znieczulenia:

- **Aestiva MRI - 1 szt.**
- **Aespire 7100 - 10 szt.**
- **Aespire View - 9 szt.**
- **Carestation 620 Series - 3 szt.**
- **Carestation 650 Series - 7 szt.**

Obecnie dzierżawionych jest 29 szt. parowników.

Pytanie nr 21:

Pytanie do Część 34 pkt 2

Czy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca umowy był właścicielem dzierżawionych parowników gwarantującym autoryzowany serwis producenta zainstalowanych parowników?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 22:

1. Do §3 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie minimalnego gwarantowanego zakresu zrealizowania umowy do wartości 70%?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 23:

2. 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 oraz 0,1% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdą godzinę zwłoki w realizacji dostawy pilnej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 24:

3. 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 25:

4. 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

wewnętrzny, 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 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 zastrzegania 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 26:

5. 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 20%?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 27:

6. Do §8 ust. 3 pkt 10-15 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §8 ust. 3 pkt 10-15 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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 28:

7. 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?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że na chwilę obecną nie zachodzą przesłanki niewypłacalności oraz zagrożenia niewypłacalnością.

Pytanie nr 29:

8. 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.).

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

Pytanie nr 30:

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 2:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień (§ 3 ust 1 pkt 1) lub godzinę (w § 3 ust 1 pkt 2) zwłoki w dostawie, jednak nie więcej niż 10% wartości zamówionej partii towaru.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 31:

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 3:

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości, jednak nie więcej niż 10% wartości zamówionej partii towaru.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 32:

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 4:

4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu reklamacji uznanej jako zasadnej w przypadku o którym mowa w § 5 ust. 6 i 7 niniejszej umowy, jednak nie więcej niż 10% wartości zamówionej partii towaru.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 33:

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 5:

5. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% czynszu dzierżawnego za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w dostawie i zainstalowaniu przedmiotu dzierżawy, jednak nie więcej niż 10% wartości czynszu dzierżawnego.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 34:

W celu zapewnienia równego traktowania Stron i umożliwienia Wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o wprowadzenie w § 5 ust. 5 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający informuje, że w Części II Wzór Umowy w § 5 ust. 6 został przewidziany 5 dniowy termin na rozpatrzenie reklamacji.

Pytanie nr 35:

Czy Zamawiający uzupełni projekt umowy o zapis, że na podstawie art. 106n ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług udziela Wykonawcy zgody na wystawianie i przesyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formie pliku elektronicznego PDF na wskazany przez siebie adres poczty e-mail, ze wskazanych w umowie adresów poczty e-mail Wykonawcy?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że zgodnie z § 6 ust. 4 Części II Wzoru Umowy Zamawiający umożliwi Wykonawcy przesyłanie faktur w formie elektronicznej na wskazany adres e-mail. W związku z powyższym Zamawiający nie uzupełni projektu umowy o wspomniany zapis.

Pytanie nr 36:

1.Czy Zamawiający w pakiecie 3 dopuści preparat Fluconazole 200mg / 100ml pakowany po 10 butelek?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 37:

2.Czy Zamawiający w pakiecie 12 dopuści preparat Imipenemum + Cilastatin 500 mg/500 mg pakowany po 10 fiolek?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 38:

3.Czy Zamawiający w pakiecie 13 dopuści preparat Linezolid 2 mg/ml ,300 ml pakowany po 10 butelek?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.


KIEROWNIK
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych
Piotr Feszak