

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku Sp. z o.o.

ul. Hubalczyków 1, 76-200 Słupsk tel. 59 8460 600, faks 59 8460 605

e-mail: sekretariat@szpital.slupsk.pl www.szpital.slupsk.pl



JEDNOSTKA
SAMORZĄDU
WOJEWÓDZTWA
POMORSKIEGO



Słupsk, dnia 05.08.2021 r.

Dotyczy: trybu podstawowego bez negocjacji pn.: Dostawa leków cytostatycznych stosowanych w ramach chemioterapii - sprawa nr 67/TP/2021

Na podstawie **art. 284 ust. 6** ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zmianami, 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:

Pytanie dotyczy pak. 1.

Czy w związku z zaprzestaniem produkcji Infudrop Air P-P - zestaw do infuzji, zamawiający zgodzi się na wyłączenie z pakietu nr 1 pozycji nr 2?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 2:

1. Dotyczy § 3 ust. 1 punkt 2 umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostaw "na cito" z 12 na 24 godziny. Wydłużenie terminu dostaw pozwoli na udział Wykonawców z różnych regionów, a tym samym zwiększy konkurencyjność?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 3:

2. Dotyczy § 8 ust. 3 punkt 9 umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie zapisu z uwagi, iż dotyczą one wewnętrznych zasad rozliczeń między świadczeniodawcami a NFZ, na które Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną, co jest nadużyciem i narusza zasady współzycia społecznego.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 4:

1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie w projektowanych postanowieniach umowy paragraf 8 pkt.3.9 w całości ?

Uzasadnienie:

Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy, w świetle art. 5 kc. w zw. z art 58 par. 2 kc., będący 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 zasadę swobody umów (art. 3531 kc) oraz art. 354 par. 2 kc i art. 355 kc, bowiem Zamawiający nie dołożył należytej staranności formułując postanowienia umowy, które mają w sposób równomierny obciążać obie strony umowy.

Stanowiąc nadużycie prawa, powinno zostać usunięte z projektowanych postanowień umowy.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 5:

2. W przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par. 8 pkt.3.9 (w całości), proszę o odpowiedź: Czy Zamawiający doprecyzuje przedmiotowy zapis projektu umowy poprzez dookreślenie co oznacza aktualny (z jakiego okresu), wyliczony przez NFZ, średni koszt rozliczania substancji czynnych, do wysokości którego Zamawiający będzie żądał obniżenia ceny jednostkowej w sytuacji opisanej w tym postanowieniu projektu umowy, a także czy doprecyzuje maksymalną częstotliwość wystąpienia z

żądaniem zmiany ceny i umowy. Średni koszt rozliczania substancji czynnych wyliczony przez NFZ jest bowiem publikowany co miesiąc, jest liczbą z dziewięcioma miejscami po przecinku. Czy Zamawiający przewiduje zaokrąglenie i jaką metodą?

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.*

Pytanie nr 6:

3. W przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par. 8 pkt.3.9 (w całości), proszę o odpowiedź czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę jego brzmienia w następujący sposób:

W przypadku jeśli średni koszt rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (opublikowany w komunikatach NFZ dostępnych pod adresem <http://nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/>), po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego objętego niniejszą umową, będzie niższy lub wyższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia albo zaproponować podwyższenie ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej aktualnemu, wyliczonego przez NFZ, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia bez zachowania okresu wypowiedzenia.

Uzasadnienie

Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy, w świetle art. 5 kc. w zw. z art 58 par. 2 kc., będące 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 zasadę swobody umów (art. 3531 kc) oraz art. 354 par. 2 kc i art. 355 kc, bowiem Zamawiający nie dołożył należytej staranności formułując postanowienia umowy, które mają w sposób równomierny obciążać obie strony umowy.

Stanowiąc nadużycie prawa, powinno zostać albo usunięte z projektowanych postanowień umowy albo choć w części zmodyfikowane przywracając, choć częściowo, równowagę stron umowy.

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.*

Pytanie nr 7:

Dotyczy części nr 3

Czy Zamawiający w w pozycji 1 i 2 wymaga produktu leczniczego Docetaxel zawierającą substancję Makrogol 300, która ogranicza do minimum ilość działań niepożądanych u pacjentów ? Z uwagi na zgłaszane w latach wcześniejszych działania niepożądane leku Docetaxel, który w substancjach pomocniczych zawierał jedynie Polisorbat 80. W efekcie działań niepożądanych konieczne było w wielu przypadkach przerwanie leczenia albo jego zmiana. Mając na względzie bezpieczeństwo Pacjentów oraz maksymalną skuteczność terapii czy Zamawiający będzie wymagał preparatu z Makrogol 300

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że dopuszcza.*

Pytanie nr 8:

Dotyczy umowy: § 8 ust. 3 pkt. 9

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie zapisu: „obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ”, z uwagi, iż dotyczy on wewnętrznych zasad rozliczeń między świadczeniodawcami a NFZ, na które Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną, co jest nadużyciem i narusza zasady współzycia społecznego.

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.*

Pytanie nr 9:

1. 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 opóźnienia w przypadku dostawy pilnej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 10:

2.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 informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 11:

3.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 współzycia 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 wymaganii 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.

Gdyby jednak Zamawiający nie wyraził zgody na usunięcie niniejszego postanowienia z wzoru umowy, prosimy o dodanie na końcu zdania słów: „...W przypadku braku porozumienia stron w kwestii tak dokonanej zmiany umowy, dopuszcza się wyłączenie preparatu zawierającego przedmiotową substancję czynną z zakresu umowy co nie będzie wiązało się z żadnymi negatywnymi konsekwencjami finansowymi dla Wykonawcy, w szczególności Zamawiający nie naliczy mu żadnej kary umownej przewidzianej w §7 umowy.”.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 12:

4.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 wyjaśnia, że ww. przesłanki nie mają zastosowania.

Pytanie nr 13:

5.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 informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Powyższa informacja została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 05.08.2021 r.

Z-CIA KIEROWNIKA
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych
Izabela Gierszyńska