



Słupsk, dnia 02.02.2022 r.

**Dotyczy: udzielenia zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.:
„Dostawa immunoglobuliny ludzkiej” – postępowanie nr 05/TP/2022**

Na podstawie **art. 284 ust. 6** ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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:

„Czy zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie do umowy zapisu ustalającego harmonogram dostaw dotyczący części nr 1, określający miesięczne dostawy w ilości nie większej niż 433 gramy immunoglobuliny dożylniej, zaczynając od 02.2022 ?”

Odp. Zamawiającego:

Zamawiający dokona zmiany treści SWZ w powyższym zakresie zgodnie z wnioskiem Wykonawcy.

Pytanie nr 2:

„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 podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 3:

„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 podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 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 programu 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 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 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 w zakresie stosowania klauzul jednostronnych, które przekazujemy w załączeniu.”

Odp. Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień umowy nie na podstawie jednostronnych zmian cen leków dokonywanych przez Zamawiającego, ale na podstawie aneksu, czyli wymagana jest zgoda obu stron. W tym przypadku nie można mówić o abuzywności takiej klauzuli.

Pytanie nr 5:

„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 wyjaśnia, że w/w przesłanki nie mają zastosowania.

Pytanie nr 6:

„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 podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 7:

Dotyczy część nr 2: Czy zamawiający będzie wykorzystywał preparat w programie: B.17, B.62, B.67?

Odp. Zamawiającego:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ, zgodnie z którymi w **części nr 2 nie wymaga** się aby immunoglobulina ludzka była dostępna w ramach programu lekowego.

Pytanie nr 8:

Czy Zamawiający dopuści Immunoglobulina ludzka normalna w dawce 50 g/l roztworu do infuzji, w tym co najmniej 95% Immunoglobuliny G, maksymalna zawartość Immunoglobuliny A wynosi 50 mcg/ml, 5% flakon o wielkości opakowań: 2,5g/50ml, 5g/100 ml i 10g/200 ml do wyboru zamawiającego, stabilizowany maltozą?

Odp. Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza opakowanie 5g/100ml i 10g/200ml. W części 1 – do stosowania w programach lekowych, w części 2 – do stosowania poza programem lekowym.

Pytanie nr 8:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wycenę preparatu z dokładnością do 4 miejsc po przecinku?

Odp. Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza.

Ponadto:

Zamawiający działając na podstawie **art. 286 ust. 1 Ustawy** dokonuje zmiany w treści SWZ:

W § 3 Wzoru Umowy Zamawiający dodaje ustęp 2 w brzmieniu:

W zakresie Części nr 1 przedmiotowego zamówienia Wykonawca zobowiązuje się do realizacji dostaw w ilości nie większej niż 433 gramy immunoglobuliny dożylniej każdego miesiąca w okresie obowiązywania Umowy.

Zgodnie z **art. 286 ust. 7 Ustawy** Zamawiający udostępnia dokonaną zmianę treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Prosimy o uwzględnienie w składanych ofertach wprowadzonych zmian.

Jednocześnie informujemy, iż termin składania ofert ulega zmianie.

W związku z powyższym, zgodnie z **art. 286 ust. 3 Ustawy** Zamawiający przedłuża termin składania ofert na dzień **07.02.2022 roku** do godz. **09:00**, a termin otwarcia ofert na dzień **07.02.2022 roku** o godz. **11:00**. Zmianie ulega **pkt 17 i 18** Instrukcji dla Wykonawców.

Zmianie ulega **pkt 13.1** Instrukcji dla Wykonawców, tj. termin związania ofertą. **Było** 05.03.2022 r., **jest** 08.03.2022 r.

Powyższa informacja została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 02.02.2022 r.

KIEROWNIK
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych

Piotr Feszak