



Słupsk, dnia 05.04.2022 r.

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa leków” – postępowanie nr 20/PN/2022.

Na podstawie **art. 135 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:

1. jako Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu prosimy o modyfikację par. 3 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy na następujący: "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 pakietów, które nie zawierają leków”;

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.

2. jako Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu prosimy o modyfikację par. 7 ust. 2 wzoru umowy na następujący: "Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości niedostarczonego towaru za każdy rozpoczęty dzień (§ 3 ust 1 pkt 1) lub godzinę (w § 3 ust 1 pkt 2) zwłoki w dostawie”;

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

3. jako Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu prosimy o modyfikację par. 7 ust. 3 wzoru umowy na następujący: "Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości reklamowanego towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości”;

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

4. jako Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu prosimy o modyfikację par. 7 ust. 4 wzoru umowy na następujący: "Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości reklamowanej 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”

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Dotyczy pakiet 19:

5. Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza złożenie oferty preparatu dezynfekcyjnego na bazie alkoholu do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk o szerokim

spektrum działania bakteriobójczego grzybobójczego i wirusobójczego zarówno w formie płynu jak i żelu?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie dopuszcza preparatu w formie żelu.

6. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przedstawienie oferty na leki w innych niż przedstawiono w SIWZ wielkościach opakowań, z zachowaniem odpowiedniego przeliczenia wycenianej ilości: Pozycja 11 – proponujemy opakowanie 108 tabl. zamiast 90 tabl.

Jak należałoby dokonać przeliczenia: pozostawiając 2 miejsca po przecinku czy też zaokrąglając w górę/ dół do pełnego opakowania.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza, należy zaokrąglić w górę do pełnego opakowania.

7. Zwracamy się z uprzejmą prośbą o potwierdzenie, że w części 38 Zamawiający miał na myśli w pozycji: poz. 1 GLICLAZYD 60mgx90tbl. zamiast CLICLAZIDE 60mg x 90 tbl

Odp. Zamawiającego: Omyłka pisarska Zamawiającego.

Zamawiający w części nr 38 poz. 1 ma na myśli GLICLAZYD 60mg x90 tbl.

Formularz asortymentowo-ilościowy dla części nr 38 po poprawieniu omyłki stanowi załącznik do odpowiedzi.

8. Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczące dostaw na „cito” w zakresie części 33. (paragraf 3 pkt 1 ppkt 2)? Podanie leków opisanych w w/w częściach zawsze poprzedzone jest diagnostyką i nie ma konieczności zamawiania wskazanego leku w trybie „cito”.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę dla części nr 33.

9. Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie paragraf 3 pkt 1 ppkt 2 dla części nr 33.Z uwagi na to iż wykonawca pracuje tylko w dni od poniedziałku do piątku , prosimy o usunięcie zapisu dot. zamówień w weekendy i święta. Zamówienie leku w części nr 33 zawsze poprzedzone jest diagnostyką i nie ma konieczności zamawiania go w trybie „na cito”

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę dla części nr 33.

10. Zamawiający w § 3 ust. 1 pkt. 2) projektu umowy zastrzegł, iż:

„1. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia towaru pod wskazany adres Apteki Szpitalnej Zamawiającego, cyklicznie wg rzeczywistych potrzeb Zamawiającego w następujących terminach:

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.”

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, minimalny czas dostawy „na cito” wynosi 12 godzin od **poniedziałku do piątku**, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawę „cito” do 12 godzin od poniedziałku do piątku od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w części nr 36,43,44,47?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na dostawę „cito” do 12 godzin od poniedziałku do piątku od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w części nr 36,43,44,47.

11. Zamawiający w § 3 ust 7,8 projektu umowy wskazał, iż:

„ 7. W przypadku braku z jakichkolwiek przyczyn produktów stanowiących przedmiot zamówienia, Wykonawca niezwłocznie powiadomi o tym fakcie Zamawiającego, dostarczając za zgodą Zamawiającego ich pełny odpowiednik lub umożliwi zakup niezrealizowanej dostawy u innego wskazanego przez Wykonawcę podmiotu zobowiązując się do pokrycia ewentualnej różnicy ceny wynikającej z takiego zakupu.

8. W przypadku braku z jakichkolwiek przyczyn produktów stanowiących przedmiot zamówienia, Zamawiający ma prawo dokonać zakupu u innego dostawcy i obciążyć Wykonawcę kwotą odpowiadającą różnicy pomiędzy faktycznymi cenami zakupu a cenami ustalonym na podstawie niniejszej umowy, zachowując prawo do naliczania kar umownych.”

Tak sformułowane postanowienia w sposób nieuzasadniony zakłada, że każdy wykonawca posiada w swoim portfolio komplet leków referencyjnych i generycznych lub biopodobnych, podczas gdy dystrybuuje bezpośrednio produkty lecznicze, w odniesieniu do których jest przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego, a zatem w przypadku przerwania ciągłości dostaw Produktu nie jest w stanie dostarczyć jego odpowiednik na żądanie Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, czy Zamawiający dopuszcza możliwość niestosowania wskazanego powyżej zapisu dla części nr 36,43,44,47?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza niestosowania § 3 ust 7, 8 projektu umowy dla części nr 36,43,44,47.

12. Czy Zamawiający w zadaniu 10 w pozycjach 2 i 3 dopuści opakowania leków 250mg/50mlx10 oraz 500mg/100mlx10? Jeśli tak, to jakie przeliczenie zastosować?

Odp. Zamawiającego:

Omyłka pisarska zamawiającego w dawce leku – powinno być 0,25g/50ml – op.a'10 fiolek. Ilość opakowań b/z.

Formularz asortymentowo-ilościowy dla części nr 10 po poprawieniu omyłki stanowi załącznik do odpowiedzi.

13. Czy Zamawiający w zadaniu 28 -Anidulafungina dopuści lek pakowany x 1szt w opakowaniu z odpowiednim przeliczeniem?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

14. Dotyczy § 5 ustęp 7 umowy - Czy Zamawiający wydłuży termin do rozpatrzenia reklamacji przez Wykonawcę do 10 dni roboczych? Zgłoszona reklamacja wymaga rozpatrzenia z uwzględnieniem i tu np. wyjaśnień firmy kurierskiej dostarczającej leki bądź zbadania jakościowo wadliwego towaru, a następnie (przy uwzględnieniu reklamacji) dostarczenia towaru. Wykonanie tego w krótszym czasie jest niemożliwe

Odp. Zamawiającego: Nie.

15. Dotyczy § 3 ustęp 1 podpunkt 2 umowy - Wnosimy o zmodyfikowanie i wyrażenie zgody na wydłużenie terminu dostawy „w trybie na ratunek- cito” - tak, by termin ten liczony był zgodnie z art. 111 k.c. i wynosił min. 1dzień roboczy.

Utrzymanie w mocy terminu dostawy na poziomie 12 godzin wskazuje, że Zamawiający skierował publiczne ogłoszenie o zamówieniu tylko do podmiotów mających siedzibę najbliżej siedziby

Zamawiającego. Takie działanie może być uznane za sprzeczne z ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i z zasadami współżycia społecznego.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

16. Czy w trosce o uzyskanie najkorzystniejszych warunków zakupu oraz najwyższej jakości produktów *Zamawiający* wyrazi zgodę na zaoferowanie w pakiecie 9 preparatu PlasmaLyte, zbilansowanego podwójnie buforowanego płynu wieloelektrolitowego o pH 7,4, osmolarności 295 mOsm/l oraz o następującym składzie: Na⁺ 140 mmol/l, K⁺ 5 mmol/l, Mg⁺ 1,5 mmol/l, Chlorki 98 mmol/l, Octan 27 mmol/l, Glukonian 23 mmol/l. Produkt opakowany jest w worek Viaflo.

Odp. Zamawiającego: Nie.

17. Czy *Zamawiający* w Pakiecie 9 wymaga zaoferowania preparatu wieloelektrolitowego bez jonów wapnia i mleczanów który wykazuje zgodność z krwią ? (wpis w CHPL)

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

18. Czy *Zamawiający* w Pakiecie 9 wymaga zaoferowania preparatu wieloelektrolitowego bez jonów wapnia i mleczanów który ma udokumentowaną stabilność fizyczną z 87 różnymi lekami, w tym min. z: Amikacin, Ciprofloxacyn, Dobutamine, Dopamine, Fentanyl, Midazolam, co umożliwia bezpieczne podawanie równocześnie tych leków z owym preparatem wieloelektrolitowym do jednego wkłócia łącznikiem typu Y lub dwudrożnym aparatem do przetoczeń?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

19. Czy *Zamawiający* w Pakiecie 9 wymaga zaoferowania preparatu wieloelektrolitowego bez jonów wapnia i mleczanów z najniższą zawartością chlorków na rynku poniżej 100 mmol/l ? Obniżona zawartość jonów chlorkowych ma zabezpieczyć pacjenta przed wystąpieniem kwasicy hiperchloremicznej.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

20. **dotyczy części nr 1**

Czy *Zamawiający* wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu leczniczego w op. X 5 fiolek z jednoczesnym przeliczeniem ilości na 20 op.?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

21. **dotyczy części nr 15**

Czy *Zamawiający* wyrazi zgodę na zaoferowanie w poz. 2 i 3 produktu leczniczego w postaci ampułki? Producent zmienił postać leku.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

22. **dotyczy części nr 31**

Czy *Zamawiający* wyrazi zgodę na zaoferowanie w poz. 1-3 produktu leczniczego w postaci kapsułki?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

23. **dotyczy części nr 33**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaferowanie w poz. 1-2 produktu leczniczego w postaci tabletki powlekanej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

24. **Pytanie 5 – dotyczy części nr 50**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaferowanie w części nr 50 produktu leczniczego w postaci tabletki powlekanej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

25. Mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia: „Preparat dezynfekcyjny na bazie alkoholu do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk o szerokim spektrum działania bakteriobójczego grzybobójczego i wirusobójczego” oraz z uwagi na fakt nasycenia rynku preparatami wątpliwej jakości bez badań mikrobiologicznych wg standardów EN, prosimy o doprecyzowanie, czy Zamawiającemu chodzi o preparat na bazie alkoholu etylowego lub alkoholu etylowego z dodatkiem alkoholu izopropylowego o udowodnionym działaniu wobec spektrum mikrobiologicznego i czasu działania:

- chirurgiczna dezynfekcja rąk (PN-EN 12791) – min. 90 s
- higieniczna dezynfekcja rąk (PN-EN 1500) – min. 30 s
- EN13727 bakterie (w tym MRS i VRE) – min. 15 s
- EN13624 grzyby w tym grzyby drożdżopodobne – min. 15 s
- EN14348 prątki (w tym M. terrae i M. avium) – min. 30 s
- EN 14476 wirusy - pełne spektrum:
 - (ostonkowe: w tym HBV, HCV, HIV oraz bez ostonki: Adenovirus, Norovirus i Poliovirus) – min. 60 s

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza preparat o wskazanych parametrach.

26. Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 2, 3, 4:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości zamówionej partii towaru za każdy zwłoki w dostawie, **jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niezrealizowanej w terminie partii towaru.**
3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości **brutto** zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości, **jednak nie więcej niż 10% wartości brutto wadliwej partii towaru.**
4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości **brutto** zamówionej partii towaru za każdy 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 brutto reklamowanej partii towaru.**

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

27. 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 przysyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formacie pliku elektronicznego PDF na wskazany przez siebie adres poczty e-mail, ze wskazanych w umowie adresów poczty e-mail Wykonawcy?

Odp.: Zamawiający informuje iż odpowiednie zapisy regulujące powyższe znajdują się w paragrafie 6 ust 4 wzoru umowy – Część II SWZ.

28. W celu zapewnienia równego traktowania stron umowy i umożliwienia Wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o wprowadzenie w § 5 ust. 5-6 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

29. Czy Zamawiający w par. 1.5 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.

30. Czy Zamawiający w par. 3.7 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.

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

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

32. Czy Zamawiający w par. 8.3.4 oraz 8.3.5 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.

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

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

34. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przeliczenie ilości leku Enoxaparinum natrium w **Części 21 poz. 1-7** z postaci ampułkostrzykawkowej na wielodawkową postać Enoxaparinum natrium 300 mg/3 ml x 1 fiole. (+ zestaw do podawania: 1 MiniSpike + 10 strzykawek tuberkulinowych) w ilości po zaokrągleniu 10 370 fiole. + zestaw?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

35. Zwracamy się z zapytaniem, czy w Części nr 30 Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie równoważnego koncentratu ludzkich czynników zespołu protrombiny w opakowaniach zawierających 600 j.m. produktu typu Prothromplex Total NF?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

36. Dotyczy pakietu nr 31

Czy Zamawiający mając na względzie racjonalne dysponowanie środkami publicznymi a w związku z tym możliwość uzyskania znacznych oszczędności finansowych, wyraża zgodę na złożenie oferty na lek o nazwie międzynarodowej Sunitynib (nazwa handlowa Klertis), który będzie objęty refundacją w programie lekowym B3, B8, B10, B53 od dnia 1 maja 2022 roku, zgodnie z ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz.357, 945, 1493, 1875)?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

37. 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 0,1% wartości brutto niedostarczonego w terminie towaru za każdą godzinę opóźnienia w przypadku dostawy pilnej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

38. 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 nie wyraża zgody.

39. 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/Gl 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 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.

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 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.

40. Do §8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, które nie może być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nadto stanowi zakazaną praktykę na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w konsekwencji obarcza czynność prawną sankcją nieważności.

Zastrzeżenie §8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy skutkuje przyjęciem niedopuszczalnej praktyki, iż Wykonawca nie będzie w stanie ustalić minimalnej wielkości przyszłego swojego świadczenia oraz wysokości odpowiadającego mu świadczenia Zamawiającego. Próba jednostronnego kształtowania przez Zamawiającego zasad realizacji zamówienia naraża Wykonawcę na realne straty finansowe w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie na etapie składania oferty, podczas gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy może okazać się znikomy albo w ogóle nierealizowany. Powyższe działanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129) - dalej zwane jako PZP, w sposób rażąco naruszając równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia.

Praktyka ta jest również niezgodna z brzmieniem art. 99 ust. 1 PZP ponieważ Zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość niewykonania zamówienia już na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy zostało zakwestionowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyr. z 2.01.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.). KIO uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Podobnie w orzeczeniu z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. 3107/21 KIO stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w przypadku braku zgody wykonawcy na odpowiednie obniżenie ceny, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Takie jednostronne narzucanie warunków realizacji umowy należy kwalifikować jako bezwzględnie zakazane na gruncie z art. 9 ust.2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 poz. 275).

Wreszcie podnieść należy, iż kwestionowane postanowienie umowne wpisuje się w katalog niedozwolonych praktyk Zamawiających, które są publikowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Organ ten w ramach realizacji swoich obowiązków ustawowych przewidzianych w art. 469 pkt 8 PZP jako jedną z przykładowych klauzul umownych, którą należy uznać za niezgodną z art. 433 PZP wskazuje następujące postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

Mając na uwadze powyższe, zwracamy się o usunięcie kwestionowanego zapisu celem zapewnienia zgodności wzorca umowy z reżimem ustawy PZP.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.

41. 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 iż w/w przesłanki nie mają zastosowania.

42. 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 nie wyraża zgody.

Powyższa informacja została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 05.04.2022 r.

Załącznik

Formularz asortymentowo-ilościowy po poprawieniu omyłki dla części nr 10 oraz 38.

KIEROWNIK
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych
Riotr Feszak