



Słupsk, dnia 02.09.2022 r.

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa produktów farmaceutycznych”- nr postępowania 69/PN/2022.

Na podstawie **art. 135 ust. 6** – przetarg nieograniczony 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:

1. Czy w trosce o uzyskanie najkorzystniejszych warunków zakupu Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w Części 28 pozycji nr 1,2 preparatu Mannitol o stężeniu 15% w opakowaniu typu worek Viaflo o pojemności odpowiednio 100ml i 250ml ponieważ:
 - Mannitol 15% posiada w Polsce dokładnie tą samą rejestrację i dawkowanie co Mannitol 20%
 - Roztwory mannitolu 15% są korzystniejsze (w odniesieniu do właściwości fizykochemicznych) od roztworów 20%, gdyż nie krystalizują podczas przechowywania w temperaturze pokojowej, (brak potrzeby ogrzewania przez personel !) Mannitol 15% jest gotowy do podania.
 - Mannitol 15% pakowany jest w worek Viaflo co zapobiega przypadkowemu stłuczeniu szkła i w konsekwencji jest wygodniejszy dla personelu pielęgniarskiego oraz bezpieczniejszy dla pacjentów.
 - Worek ViaFlo z Mannitolem 15% posiada możliwość swobodnego zawieszenia na stojaku !
 - Mannitol 15% zwiększa bezpieczeństwo pacjentów, ponieważ zmniejsza ryzyko krystalizacji, pozwala na stosowanie Mannitolu w każdej chwili, bez konieczności wcześniejszego ogrzewania, zmniejsza koszty związane z podgrzewaniem 20% Mannitolu
 - Mannitol 15% w worku Viaflo, to lżejsze opakowanie, czyli mniejsze koszty utylizacji !
 - Mannitol 15% w worku Viaflo to brak ryzyka stłuczenia opakowania
 - Mannitol 15% w worku to brak ryzyka odklejenia nalepki w czasie podgrzewania preparatu podczas kąpieli parowej, ponieważ opis nadrukowany jest na opakowaniu. Powyższa modyfikacja umożliwi przystąpienie do postępowania większej liczbie oferentów, co pozwoli Zamawiającemu na uzyskanie korzystniejszej oferty cenowej.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.
2. Czy Zamawiający wyrazi zgodę w na dostarczenie leku w ciągu 6 tygodniu dla zadanie nr 7? Lek sprowadzany jest w ramach importu docelowego.

Odp. Zamawiającego: Tak.
3. 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 34?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.

4. Czy Zamawiający w par. 1.6 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.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. Dotyczy części 4, czy zamawiający dopuści wycenę NovoSeven,1mg(50Kjm),prosz,rozp.ds.r.d/wst,1fiol+1amp-st+akc (zakończona dystrybucja NovoSeven,1,2mg(60Kjm),prosz,rozp.ds.r.d/wst,1fiol+1fiol+akc)?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

10. Dotyczy części 20 pozycja 1 i 2, czy zamawiający dopuści lek w postaci kapsułki o przedłużonym uwalnianiu?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

11. Dotyczy części 20 pozycja 3, czy zamawiający dopuści lek w postaci kapsułki dojelitowej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

12. Dotyczy części 20 pozycja 8, 10,11, czy Zamawiający dopuści lek w postaci tabletki powlekanej ?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

13. Dotyczy części 20 pozycja 9, czy Zamawiający dopuści lek w postaci tabletki ulegającej rozpadowi w jamie ustnej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

14. Dotyczy części 20 pozycja 15,16, czy Zamawiający dopuści lek w postaci tabletki ?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

15. Dotyczy części 22,23,, czy Zamawiający dopuści lek w postaci tabletki powlekanej ?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

16. Dotyczy części 25, czy Zamawiający dopuści wycenę leku pakowanego po 10 fiolek w ilości 1550 op.?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

dotyczy § 7 ust. 2 Wzoru umowy

17. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie kar umownych do 0,1% wartości zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w dostawie?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

dotyczy § 7 ust. 3 Wzoru umowy

18. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie kar umownych do 0,1% wartości zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

dotyczy § 7 ust. 4 Wzoru umowy

19. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie kar umownych do 0,1% 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?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

20. 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 podtrzymuje zapisy SWZ.

21. 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.

22. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na odstąpienie od wymogu obecności Wykonawcy lub jego przedstawiciela przy odbiorach dostarczanych partii przedmiotu zamówienia?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

23. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na odstąpienie od możliwości składania zamówień „na cito” dla wyrobów medycznych z Części nr 21 zważywszy na fakt, że wykorzystywane są one w planowanych zabiegach chirurgicznych i nie zachodzi potrzeba dostarczania ich w tak krótkim czasie?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.

24. Czy Zamawiający wyrazi zgodę zwiększenie minimalnego poziomu zamówienia do 80% wartości zamówienia, z zastrzeżeniem §8 ust. 3 pkt 10 umowy?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

25. Do §3 ust. 2 wzoru umowy: Wnosimy o zmianę zapisu w §3 ust. 2 umowy poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70%. Wskazujemy, że wskazany próg realizacji minimum 20%, 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 podtrzymuje zapisy SWZ.

26. Do §3 ust. 8 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

27. 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 (cito)?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

28. 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 zapisy SWZ.

29. 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?

Mechanizm narzucenia cen przez NFZ, w sposób wskazany powyżej, a przewidziany w niżej wskazanych zarządzeniach Prezesa NFZ jest bezprawny - narusza wiele przepisów powszechnie obowiązujących, stąd dla zachowania bezpieczeństwa obrotu i zawieranej umowy przetargowej, Wykonawca wnosi o jego usunięcie, uzasadniając szczegółowo, co następuje:

Po pierwsze, mechanizm rozliczania średnich kosztów wybranych substancji czynnych określony na gruncie §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 (oraz odpowiednio §28 Zarządzenia nr 180/2019/DGL z dnia 31 grudnia 2019 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapii) jest mechanizmem wewnętrznym służącym rozliczeniom świadczeń medycznych na linii Szpital – NFZ. Zgodnie z ww. przepisami dyrektor oddziału NFZ monitoruje i weryfikuje średni koszt rozliczeń wybranych substancji czynnych i uwzględnia tę weryfikację w stosunku do danego szpitala. Tym samym, przerzucenie obowiązku każdorazowego dostosowania ceny na Wykonawcę jest bezpodstawne, gdyż ww. zarządzenia NFZ wprowadzające mechanizm rozliczania średnich kosztów mają charakter wyłącznie wewnętrzny i nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego w rozumieniu art. 87 ust. 1 Konstytucji RP. Komunikaty ustalające lub zmieniające wysokość średnie koszty rozliczeń wybranych substancji czynnych nie mają zatem żadnego szczególnego charakteru prawnego, uprawniającego do przerzucania odpowiedzialności za realizację założeń komunikatów NFZ z Zamawiających na wykonawców. Co więcej ten mechanizm kształtowania ceny może wypaczać sens ustawy o refundacji, która ustala zasady kształtowania ceny.

Po drugie, wyrażenie zgody przez wykonawców na każdorazową zmianę ceny produktów z momentem pojawienia się nowego komunikatu NFZ dot. średnich kosztów ma charakter wyłącznie fikcyjny. Zwrócić bowiem należy uwagę, że brak wyrażenia zgody przez wykonawców, w myśl §2 ust. 16 wzorca umowy może skutkować jednostronnym wypowiedzeniem umowy przez Zamawiającego. W praktyce zatem istnieje uzasadnione ryzyko, że szpital kierując się własnym stanem finansowym będzie odstępował od umowy i rozpisywał przetarg na nowo w celu uzyskania wykonawcy, który każdorazowo będzie w stanie dostosować cenę do tej wynikającej z komunikatów NFZ. Taka praktyka z kolei ma charakter pozorny – gdyż zawarcie umowy na dostawę leków, która może być w każdym czasie rozwiązana (w drodze jednostronnego wypowiedzenia przez Zamawiającego) odbywa się z uszkodzeniem wykonawcy (który nie jest w stanie – na dzień sporządzania oferty przewidzieć jak będą się w ciągu roku kształtowały średnie koszty, które pojawiają się w wydawanych cyklicznie przez NFZ komunikatach, a tym samym wygranie przetargu wiąże się ze świadomością realizacji go z nieprzewidywalną stratą)- jak i uderza w samego pacjenta, który zgodnie z ustawą z dnia 6 listopada 2008r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta) ma zagwarantowane prawa do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnego dorobku wiedzy medycznej czy prawa pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych czy też wreszcie – obowiązku lekarza do wykonywania zawodu, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej. Szpital kierując się wyłącznie kryterium cenowym przy zakupie jak najtańszych leków ogranicza tym samym ustawowe gwarancje prawa swoich pacjentów.

Po trzecie, akceptacja obowiązku dostosowania cen do komunikatów NFZ dot. średnich kosztów wybranych substancji czynnych w istocie będzie stanowiło obejście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanej w art. 16 ust. 1 Prawo Zamówień Publicznych. Oszacowanie ryzyka i ewentualnej straty związanej z koniecznością obniżenia ceny dla wykonawców na dzień złożenia oferty, w momencie gdy umowa jest zawierana na okres 24 miesięcy, przy świadomości cyklicznego ukazywania się komunikatów jest w zasadzie bardzo utrudnione, a nawet niemożliwe. Wyrażenie zgody przez wykonawców na to postanowienie wiąże się w zasadzie z wyrażeniem zgody na szkodę w postaci utraty zysku, na który wykonawca mógłby liczyć uzyskując zamówienie publiczne do realizacji. Tym samym, postępowanie przetargowe

będą mogły zrealizować wyłącznie największe podmioty z dużym kapitałem, które będą w stanie wkalkulować w stratę duże zasoby finansowe swoich przedsiębiorstw. Zachwiana jest tym samym ww. zasada z art. 16 PZP, gdyż nie można w takim wypadku mówić o uczciwej konkurencji, zwłaszcza w okresie trwającej pandemii wywołanej wirusem SARS_CoV-2.

Po czwarte, tak sformułowane postanowienie stanowi klauzulę niedozwoloną w rozumieniu art. 6 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem jest eliminacja, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegającym na ograniczeniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Mając na uwadze, że działania Zamawiającego polegające na pozornie dobrowolnym wyrażeniu zgody na każdorazową zmianę ceny w oparciu o komunikaty NFZ jak i mając na uwadze charakter wewnętrzny zarządzeń regulujący mechanizm rozliczania średnich kosztów substancji czynnych – powoduje, że zachodzi podstawa do uznania takiego postanowienia za porozumienie nieważne w rozumieniu art. 6 ust. 2 ww. ustawy. 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 piąte, nie sposób nie zauważyć, że akceptacja kwestionowanego postanowienia stanowi defacto przerzucenie odpowiedzialności na wykonawców za przekraczanie przez Szpital dopuszczalnego % średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej. Wskazać bowiem należy, że w myśl §30 ust 1 pkt 3 Zarządzenia Prezesa NFZ Nr 162/2020/DGL oraz §28 ust 1 pkt 3 Zarządzenia Prezesa NFZ nr 180/2019/DGL Dyrektor Oddziału NFZ przy określaniu wysokości kwoty zobowiązania NFZ w stosunku do Szpitala na kolejny okres uwzględnia czy świadczeniodawca nie przekracza dopuszczalnych 10%, a jeśli tak to ewentualnie wyciąga konsekwencje dla tego świadczeniodawcy w następnym okresie określając kwotę zobowiązania NFZ w stosunku do tego świadczeniodawcę. Tym samym przerzucenie każdorazowego dostosowywania ceny na wykonawców sprawia, że to w istocie wykonawcy są odpowiedzialni za utrzymywanie % rozliczenia wybranych substancji czynnych na odpowiednim poziomie. Tak skonstruowana klauzula ma zatem charakter abuzywny w rozumieniu art. 433 pkt 3 PZP, bowiem przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (to świadczeniodawca winien czuwać pieczę nad nieprzekraczaniem %, zamawiając produkty w ilościach gwarantujących nieprzekraczanie tego wskaźnika i uwzględniając ilości niezbędne do kontynuacji programów lekowych/chemioterapii). Odpowiedzialność wykonawcy w tym zakresie za niedostosowanie się do tego wymogu jest w zasadzie możliwość jednostronnego wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego na gruncie §2 ust. 16 wzorca umowy.

Podobnie, w najświeższym orzeczeniu KIO z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) Izba krytycznie odniosła się do możliwości odstąpienia od umowy w przypadku gdy Wykonawca nie wyrazi zgody na obniżenie cen w odpowiedzi na odpowiednie obniżki dokonywane przez NFZ zakazując stosowania tego typu postanowień i oceniając je jako nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. Ponadto wprost odnosząc się do kwestii zastrzeżenia we wzorcu umowy zmian wynagrodzenia w oparciu o zmiany określane przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej, wyraziła

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 ryzyk związanych 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: 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).

30. 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 obowiązują 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 niewykonywania 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 2.1.2017 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 następujący postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

31. 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 w/w przesłanki nie mają zastosowania.

32. 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 niemożności 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 zapisy SWZ.

33. Czy zamawiający w zadaniu 27 poz 1 wymaga aby płyn wieloelektrolitowy był pozbawiony cytrynianów ponieważ wlew 1 litra płynu infuzyjnego zawierającego 3mmol/l antykoagulantu cytrynianowego zwiąże 4,5 mmol zjonizowanego wapnia- czyli praktycznie cały wapń zjonizowanego osocza, co finalnie może prowadzić do wystąpienia zaburzeń krzepnięcia.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

34. Czy Zamawiający w Zadaniu 27 pozycji 1 wymaga zaoferowania preparatu wieloelektrolitowego bez jonów wapnia i mleczanów który wykazuje zgodność z krwią ? (wpis w CHPL)

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

35. Czy Zamawiający w Zadaniu 27 pozycji 1 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 dopuszcza.

36. Czy Zamawiający w Zadaniu 27 pozycji 1 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 dopuszcza.

37. Czy w trosce o uzyskanie najkorzystniejszych warunków zakupu oraz najwyższej jakości produktów Zamawiający w Zadaniu 27 w pozycji 1 wymaga, aby płyn infuzyjny podawany był w systemie zamkniętym, bez otwierania odpowietrznika do całkowitego opróżnienia?

Wymóg produktów w opakowaniach z podażą płynów w systemie zamkniętym, zmniejsza ryzyko wystąpienia zakażeń odcewnikowych o ponad 65%. Worek Viaflo umożliwia podawanie wlewu kroplowego w systemie zamkniętym, co w sytuacji zagrożenia sanitarno-epidemiologicznego znacząco zwiększa bezpieczeństwo personelu medycznego oraz pacjentów. Należy mieć na uwadze, że podstawowym elementem zamkniętej linii infuzyjnej jest opakowanie z płynem infuzyjnym, które zgodnie z definicją Rosenthal'a ma spełniać kilka wymogów:

- Samozapadające się ściany
- Brak konieczności napowietrzania
- Dwa niezależne porty
- Objętość rezydualna nie przekraczająca 5% objętości.

W związku z tym, że worki „Viaflo” podają płyny w systemie zamkniętym, spełniają wszystkie powyższe wymogi i charakteryzują się niską objętością resztkową - poniżej 5% objętości potwierdzoną odpowiednim dokumentem, a co za tym idzie dostarczają ponad 98% objętości leku. Obniża to koszty i pozwala na efektywne wykorzystanie produktu i ewentualnie dostrzykniętego leku znajdującego się w worku.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

38. Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczące dostaw na „cito” w zakresie części 6 (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 dopuszcza.

39. Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie paragraf 3 pkt 1 ppkt 2 dla części nr 6. 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 6

zawsze poprzedzone jest diagnostyką i nie ma konieczności zamawiania go w trybie „na cito”

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje że dla części nr 6 paragraf 3 pkt 1 ppkt 2 wzoru umowy nie będzie miał zastosowania.

40. 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 współzycia społecznego.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.

41. Czy Zamawiający ma na myśli zaoferowania w Pakiecie 27 pozycji 1 płynu wieloelektrolitowego, spełniającego najnowsze Polskie Wytyczne Okołooperacyjnego Leczenia Płynami opracowane w ramach prac Sekcji Płynoterapii i Hemostazy Polskiego Towarzystwa Anestezjologii i Intensywnej Terapii, według których należy: stosować zbilansowane krystaloidy zawierające w swoim składzie wszystkie jony w stosunku zbliżonym do zawartości w osoczu (zawartość jonu chloru poniżej 110mEq/l) oraz osmolarności w granicach 280-295mosm/l?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

42. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wycenę leków za opakowanie a nie sztukę/fiolkę/ampułkę itp.?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.

43. Dotyczy części nr 10: Informujemy, że użyte przez Zamawianego w opisie przedmiotu zamówienia prezentacje leku (4mg x 3 kaps.; 3mg x 3 kaps.; 2,3mg x 3 kaps.) posiadają różne ceny jednostkowe, co skutecznie uniemożliwia oszacowanie wartości przedmiotowej części i złożenie oferty. Wnoskujemy o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie w opisie jednej z trzech dostępnych prezentacji leku, bądź modyfikację opisu części nr 10 poprzez podzielenie na 3 pozycje (prezentacje leku) z jednoczesnym ustaleniem ilości opakowań dla poszczególnych prezentacji.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wymaga wyceny prezentacji leku w dawce 4 mg x 3 kaps – 9 opakowań zgodnie z modyfikacją.

44. Dotyczy części nr 21 Prosimy o potwierdzenie, że zamawiający nie będzie wymagał dostarczenia przedmiotu umowy do 12 godzin w trybie na ratunek cito w przypadku części nr 2 1, gdzie oferowany jest wyrób medyczny.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę.

Ponadto:

Zamawiający działając na podstawie **art. 137 ust. 1 ustawy** dokonuje zmiany w treści SWZ – Zamawiający modyfikuje opis przedmiotu zamówienia IXAZOMIB – część 10 w zakresie dawki leku zgodnie z załączoną modyfikacją. Ponadto zamawiający poprawia numerację w części nr 33. Zgodnie z **art. 137 ust. 2 Ustawy** oraz mając na uwadze **art. 137 ust. 5 Ustawy** Zamawiający udostępnia dokonaną zmianę treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Prosimy o uwzględnienie w składanych ofertach wprowadzonych zmian.

Zamawiający na podstawie **art. 137 ust. 6 ustawy** przedłuża termin składania ofert na dzień **14.09.2022 r. do godz. 09:00**, a termin otwarcia ofert na dzień **14.09.2022 r. o godz. 11:00**.

Zmianie ulega pkt 16 i 17 Instrukcji dla Wykonawców.

Zmianie ulega pkt 12.1 Instrukcji dla Wykonawców, tj. termin związania ofertą **jest 12.12.2022 r.**

Powyzsza informacja została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 02.09.2022r.

KIEROWNIK
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych

Piotr Feszak

FORMULARZ ASORTYMENTOWO-ILOŚCIOWY - CZĘŚĆ NR 10 modyfikacja z dnia 02.09.2022r.

Lp.	Przedmiot Zamówienia Nazwa Międzynarodowa	Nazwa handlowa (podać)*	Postać / dawka	Rodzaj opakowania	Liczba opakowań	Wartość netto za op.	Wartość netto razem	VAT w %	Cena brutto (wartość brutto) razem
1.	IXAZOMIB		kapsułki twarde 4mg	op.a'3 kapsułki	9				
Razem									
								X	

*W kolumnie „Nazwa handlowa (podać)” proszę podać nazwę oferowanego leku.

*Zamawiający wymaga, aby lek był dostępny w ramach programu lekowego zgodnego z obowiązującym obwieszczeniem Ministra Zdrowia

**Zaferowana cena produktów leczniczych nie może przekraczać wysokości obowiązujących limitów finansowania określonych przez NFZ