



Słupsk, dnia 11.04.2025 r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa produktów leczniczych – postępowanie nr 26/PN/2025

Na podstawie **art. 135 ust. 6** – przetarg nieograniczony ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), [zwanej dalej także „PZP”] Zamawiający udostępnia treść zapytań dotyczących zapisów specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) wraz z wyjaśnieniami. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

Pytanie nr 1:

Zwracamy się z prośbą o określenie w jaki sposób postąpić w przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podanie ostatniej ceny i informacji pod pakietem?

Odp.: W takiej sytuacji Zamawiający dopuszcza wycenę leku poprzez podanie ostatniej ceny sprzedaży wraz z odpowiednią informacją na temat braku pod Formularzem asortymentowo-ilościowym.

Pytanie nr 2:

Czy zamawiający wyraża zgodę na zmianę wielkości opakowań ? Proszę podać sposób przeliczenia – do 2 miejsc po przecinku czy do pełnego opakowania w górę ?

Odp.: Zamawiający dopuszcza i należy przeliczyć do pełnego opakowania w górę.

Pytanie nr 3:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – tabletki na tabletki powlekane lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 4:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – fiołki na ampułki lub ampułko-strzykawki i odwrotnie?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 5:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wielkości opakowań płynów, syropów, maści, kremów itp. celem zaproponowania oferty korzystniejszej cenowo (przeliczenie ilości opakowań miałyby miejsce w oparciu o mg, ml itp.)

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 6:

Prosimy o podanie, w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, kilogramów itp.), niż umieszczone w SIWZ; a także w przypadku, gdy wycena innych opakowań leków spełniających właściwości terapeutyczne jest korzystniejsza pod względem ekonomicznym (czy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku)?

Odp.: Należy przeliczyć do pełnych opakowań w górę.

Pytanie nr 7:

Czy Zamawiający dopuści wycenę produktów dostępnych na jednorazowe zezwolenie MZ ? W sytuacji jeśli aktualnie tylko takie produkty są dostępne na rynku.

Odp.: Zamawiający dopuszcza wraz z odpowiednią informacją pod formularzem asortymentowo-ilościowym.

Pytanie nr 8:

Czy można wycenić lek równoważny pod względem składu chemicznego i dawki lecz różniący się postacią (tabletki na tabletki powlekane lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie fiolki na ampułki i odwrotnie) przy zachowaniu tej samej drogi podania?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 9:

Prosimy o podanie, w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, kilogramów itp.), niż zamieszczona w SWZ; a także w przypadku, gdy wycena innych opakowań leków spełniających właściwości terapeutyczne jest korzystniejsza pod względem ekonomicznym (czy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku)?

Odp.: Należy przeliczyć do pełnych opakowań w górę.

Pytanie nr 10:

część 26

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przedstawienie oferty na leki w innych niż przedstawiono w SWZ wielkościach opakowań, z zachowaniem odpowiedniego przeliczenia wycenianej ilości: Pozycja 14 – proponujemy opakowanie 90 tabl. zamiast 30 tabl.

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

Odp.: Zamawiający dopuszcza, jednocześnie informuje że należy dokonać przeliczenia zaokrąglając w górę do pełnego opakowania.

Pytanie nr 11:

Czy dla Części 21 Zamawiający wyrazi zgodę na podanie w specyfikacji asortymentowo-ilościowej w kolumnie wartość netto za j.m. (za PCC)- ceny z dokładnością do czterech miejsc po przecinku, natomiast w pozostałych kolumnach cena będzie wyrażona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Pozwoli to na dokładne szacowanie wartości oferty.

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 12:

Czy Zamawiający w części 4 wyrazi zgodę na zaoferowanie preparatu Ceftazidime Kabi 1g x 10 fiolek z odpowiednim przeliczeniem ilości?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 13:

Czy Zamawiający w części 7 poz.3 wyrazi zgodę na zaoferowanie 0,9 % Natrium chloratum worek 250 ml posiadający dwa niezależne porty dostępu bezigłowego x 30 szt.? Jak należy przeliczyć ilości: zaokrąglając do pełnego opakowania w górę, czy do 2 miejsc po przecinku?

Odp.: Zamawiający dopuszcza, jednocześnie informuje, że należy przeliczyć zaokrąglając do pełnego opakowania w górę.

Pytanie nr 14:

Dotyczy §3 ustęp 2 Umowy - Wnosimy o zmianę zapisu tak aby ilość przedmiotu umowy była zrealizowana minimum na poziomie 60 %. Zamawiający przed ogłoszeniem postępowania

ma obowiązek prawidłowo oszacować wartość oraz ilość przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający zastrzega sobie możliwość wykorzystania przedmiotu umowy na poziomie minimum 30 %, oznacza to że nie dochowano należytej staranności podczas przygotowywania postępowania, a wymagane ilości poszczególnych produktów leczniczych/wyrobów medycznych są mocno zawyżone

Odp.: Zamawiający zmodyfikował §3 ust. 2 Wzoru umowy.

Pytanie nr 15:

Dotyczy §5 ust. 6 Umowy - Czy Zamawiający w przypadku reklamacji jakościowej, która wymaga przeprowadzenia badań laboratoryjnych, wyrazi zgodę na wydłużenie terminu rozpatrzenia ww. reklamacji do 10 dni?

Odp.: Zamawiający wyraża zgodę. Modyfikacja w w/w zakresie została wprowadzona do wzoru umowy.

Pytanie nr 16:

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

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości brutto zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień (§ 3 ust 1 pkt 1) zwłoki w dostawie,

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości brutto wadliwej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości,.

4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości brutto wadliwej 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.: Zamawiający podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 17:

Czy Zamawiający w par. 1.9 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 rażącą stratą po stronie Wykonawcy.

Odp.: Zamawiający podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 18:

Czy Zamawiający w par. 3.6 zniesie obowiązek dostarczenia zamiennika lub umożliwienia 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 rażącą stratą po stronie Wykonawcy.

Odp.: Zamawiający podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 19:

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 8.3.10? Wskazana w tym punkcie cena nie jest ceną maksymalną leku ani ceną urzędową i nie istnieje prawny obowiązek dostosowywania się do niej przez dostawców leków. Wykonawca nie może zobowiązać się do obniżki ceny leku w oparciu o zewnętrzne, niezależne od niego wskaźniki, które mogą być dowolnie kształtowane przez osoby trzecie.

Odp.: Zamawiający podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 20:

Czy Zamawiający w par. 8.3.13 i nast. dopisze, że wskutek zastosowania tych wskaźników cena towaru nie może spaść poniżej ceny ofertowej lub innej, proponowanej w danym momencie zgodnie z umową? Praktyka wykazuje, że Zamawiający w przypadku obniżenia 'wskaźnika inflacji' żądają obniżenia cen dostarczanych produktów. Rozumowanie takie jest jednak całkowicie błędne, gdyż w Polsce nie mamy – i długo nie będziemy mieć do czynienia – z deflacją. Niższy wskaźnik w kolejnym okresie oznacza w istocie, w obecnym okresie, że wyhamowało tempo inflacji, ale nie, że ceny spadły do niższego poziomu. Jeśli cena ofertowa wynosi 100, to wskutek 'ujemnego wskaźnika inflacji' nie może ona spaść np. do poziomu 95, gdyż oznaczałoby to, że ceny w Polsce spadają, a tak nie jest. Ujemny wskaźnik w stosunku do poprzedniego okresu oznacza jedynie mniejsze tempo inflacji, ale nie deflację.

Odp.: Zamawiający informuje, że zmiana wynagrodzenia może nastąpić na zasadach określonych w §8 ust. 3 pkt 13-17 Wzoru mowy, tj. w oparciu o wzrost lub spadek wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (w ujęciu miesiąc do miesiąca).

Pytanie nr 21:

Dotyczy par. 8 pkt. 3.10 projektowanego postanowienia umowy.

a/ Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie w projektowanych postanowieniach umowy par 8 pkt. 3.10 (w całości)?

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 spreczne 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/oferent 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 ogólnie 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 pkt. 3.10 umowy, poprzez którą Zamawiający narzuca maksymalną cenę zgodnie z rozporządzeniem NFZ i narzuca obniżenie ceny ofertowej w trakcie wykonywania umowy jest co najmniej abuzywna, godząca 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.

b/ W przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par. 8 pkt. 3.10 (w całości), proszę o odpowiedź czy Zamawiający doprecyzuje przedmiotowy zapis projektu umowy poprzez dookreślenie co oznacza, 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?

Uzasadnienie

Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy umożliwia ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego praktycznie bez ograniczeń biorąc pod uwagę częstotliwość publikacji przez NFZ średniego kosztu rozliczania substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (w ostatnim czasie częściej niż co miesiąc).

Przedmiotowe projektowane postanowienie umowy wskazuje na wypełnienie przesłanki klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt 4 Pzp. Pozostawienie klauzuli w takim kształcie będzie skutkowało bezprawnością czynności w rozumieniu art. 58 ust 1 i 2 k.c.

d/ W przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par 8 pkt. 3,9 (w całości), proszę o odpowiedź czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę brzmienia ww. paragrafu w sposób, który jednoznacznie określi, iż zmiana umowy w sytuacji gdy średni koszt rozliczania substancji czynnych, po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w umowie zawartej w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, nastąpi w trybie porozumienia stron. Tym samym sytuacja taka uprawniać będzie zamawiającego do zaproponowania zawarcia porozumienia w zakresie zmiany umowy i obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej niższemu, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych.

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 zasadę swobody umów (art. 353 par.1 k.c.) oraz art. 354 par. 2 k.c. i art. 355 k.c., bowiem Zamawiający nie dołożył należytej staranności formułując postanowienia umowy, które mają w sposób równomierny obciążać obie strony umowy.

Postanowienie to będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać albo usunięte z projektowanych postanowień umowy albo choć w części zmodyfikowane przywracając, choć częściowo, możliwość kreowania stosunku umownego przez obie strony umowy.

e/ W przypadku niewyrażenia zgody na usunięcie par. 8 pkt. 3.10 (w całości), proszę o odpowiedź czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę jego brzmienia w sposób, który uwzględni nie tylko sytuację gdy średni koszt rozliczania substancji czynnych, po przeliczeniu na wielkość opakowania produktu leczniczego, będzie niższy od ceny jednostkowej tego produktu określonej w umowie zawartej w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, ale także gdy średni koszt będzie (w kolejnym okresie) wyższy. Ponadto taka sytuacja uprawniać będzie zamawiającego lub wykonawcę do zaproponowania zawarcia porozumienia w zakresie zmiany umowy i podwyższenia lub odpowiednio obniżenia ceny jednostkowej do wysokości odpowiadającej wyższemu lub niższemu, średniemu kosztowi rozliczania substancji czynnych.

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 zasadę swobody umów (art. 353 par.1 k.c.) oraz art. 354 par. 2 k.c. i art. 355 k.c., bowiem Zamawiający nie dołożył należytej staranności formułując postanowienia umowy, które mają w sposób równomierny obciążać obie strony umowy.

Postanowienie to będąc sprzeczne z prawem, powinno zostać albo usunięte z projektowanych postanowień umowy albo choć w części zmodyfikowane przywracając, choć częściowo, równowagę stron umowy.

Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. 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 22:

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.: Zamawiający zmodyfikował §3 ust. 2 Wzoru umowy.

Pytanie nr 23:

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 i 0,02% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdą godzinę zwłoki w realizacji dostawy pilnej?

Odp.: Zamawiający podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 24:

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.: Zamawiający podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 25:

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 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 zgodna 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 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 określonego 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.

Odp.: Zamawiający podtrzymuje treść SWZ.

Pytanie nr 26:

Do §8 ust. 3 pkt 15) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w taki sposób, aby wynosiła ona łącznie 10% wynagrodzenia brutto za pozostałą do wykonania część umowy.

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 27:

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze 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.: Nie.

Pytanie nr 28:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia,
- poręczenia dokonanego przez inną Spółkę/Organ, do kwoty wynikającej z faktur VAT wraz z odsetkami na czas określony, tj. do dnia spłaty zobowiązań wynikających z niniejszej umowy i innych należności pieniężnych.

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 dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 29:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w pakiecie nr 6 Clarithromycin 0,5 g fiołka w opakowaniu 10 fiolek? W przypadku zgody, w jaki sposób Wykonawca powinien przeliczyć ilość opakowań?

Odp.: Zamawiający wyraża zgodę, należy przeliczyć do pełnego opakowania w górę.

Ponadto:

Zamawiający działając na podstawie **art. 137 ust. 1 PZP** dokonuje zmiany w treści SWZ – w Części II SWZ - Wzór umowy. Zgodnie z **art. 137 ust. 2 PZP** Zamawiający udostępnia dokonaną zmianę treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Część II SWZ – wzór umowy

§3 ust. 2

1. Zamawiający zastrzega, że minimalny poziom zamówienia wyniesie:

- 1) 30% wartości zamówienia w częściach nr 12, 20, 23, 24, 27, 28, 31, 32, 33, 34;
- 2) 50% wartości zamówienia w częściach nr 1-11, 13-19, 21, 22, 25, 26, 29, 30, 35, 36, 37.

§5 ust. 6

Jeżeli **Wykonawca** w ciągu 5 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wadach nie powiadomi **Zamawiającego** o sposobie załatwienia reklamacji, uznaje się, że reklamacja została uwzględniona. W przypadku reklamacji jakościowej, która wymaga przeprowadzenia badań laboratoryjnych, termin na udzielenie odpowiedzi wynosi 10 dni od dnia otrzymania zawiadomienia.

Z-CA KIEROWNIKA
Działu Zakupów
i Zamówień Publicznych
Agnieszka Kuklińska - Znamirska

Załączniki:

1. Część II SWZ – Wzór umowy modyfikacja dnia 11.04.25 r.