

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów
Opieki Zdrowotnej Szpital w Iłży
ul. Bodzentyńska 17
27-100 Iłża

Wykonawcy
wg rozdzielnika

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019r Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej Ustawą pn:

„Sukcesywny zakup i dostawa leków dla potrzeb Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpital w Iłży”

Numer referencyjny: **DZP-06-2024**

Zamawiający na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) odpowiada na następujące pytania Wykonawców:

Pytanie 1: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – tabletki na tabletki powlekane i odwrotnie

- tabletki lub kapsułki odwrotnie

- tabletki na drażetki i odwrotnie

- tabletki na tabletki dojelitowe i odwrotnie

-kapsułki na kapsułki miękkie lub twarde i odwrotnie ?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 2: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę fiołki na ampułki?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 3: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę fiołki lub ampułki na ampułko-strzykawkę?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 4: 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?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 5: Czy Zamawiający wyrazi zgodę w przypadku braku leku oryginalnego na wycenę preparatów z dopuszczenia Ministra Zdrowia.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 6: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wielkości opakowań (tabletek, ampułek, kilogramów itp.)? Jeśli tak to prosimy o podanie w jaki sposób przeliczyć ilość opakowań handlowych

(czy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku)?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wielkości opakowań. Zamawiający dopuszcza sposób przeliczania - pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę.

Pytanie 7: Czy Zamawiający w pakiecie 13 pozycja 90, dopuści do postępowania produkt Citra-Lock™ (cytrynian sodu) w stężeniu 4% w postaci fiołki x 5ml z systemem Luer Slip, Luer Lock skuteczność potwierdzona wieloma badaniami klinicznymi do Heparyny, stosowany w celu utrzymania prawidłowej drożności cewnika i/lub portu dożylnego ograniczając krwawienia (pacjenci z HIT), stosowany jako skuteczne i bezpieczne rozwiązanie przeciwzakrzepowe i przeciwbakteryjne?

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza takiego preparatu.

Pytanie 8: Czy Zamawiający dopuści produkt o pojemności 5 ml pakowany po 20 szt. w kartonie z przeliczeniem zamawianej ilości?

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza takiego rozwiązania.

Pytanie 9: Czy Zamawiający wydzieli z pakietu 13 pozycję 90 i stworzy osobny pakiet dla tej pozycji?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wydzielenie pozycji z pakietu.

Pytanie 10: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na odstąpienie od wymogu dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych (karty, ulotki lub CHPL) i zastąpi je oświadczeniem o posiadaniu i udostępnieniu na każde żądanie Zamawiającego? Dokumentacja, której Zamawiający żąda dla takiej ilości pozycji, może objąć łącznie ponad 12 tys. stron. Istnieje obawa, iż hurtownie farmaceutyczne, które zamierzają złożyć ofertę kompleksową na większość asortymentu będą miały techniczne problemy ze złożeniem tak obszernej dokumentacji wraz z ofertą na wskazanej przez Zamawiającego platformie ezamowienia. Jednocześnie pragniemy nadmienić, iż wszystkie oferowane przez nas produkty lecznicze posiadają aktualne charakterystyki, które są dostępne w bezpłatnych i ogólnodostępnych bazach danych, znajdujących się pod następującymi adresami: 1. <http://pub.rejstrymedyczne.csioz.gov.pl/> 2. <http://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/alfregister.htm> 3. <https://baza-lekow.com.pl/>

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie.

Pytanie 11: Czy w trosce o uzyskanie najkorzystniejszych warunków zakupu oraz wysokiej jakości produktów, Zamawiający (pakiet 9, pozycja 72) Metylprednisolonum pr.+rozp.d.sp.roztw.d.inj. 500mg x 1fiol. wyrazi zgodę na zaoferowanie Metylprednisolonum - Meprelon 250mg x 1fiol. i przeliczenie ilości zgodnie z SIWZ?

Produkt generyczny o nazwie Meprelon dostępny jest w 4 dawkach iniekcyjnych: 16mg, 32mg, 250mg, 1000mg (dawka 1000mg jest refundowana od 2012 roku i stanowi podstawę limitu w grupie) oraz w trzech formach tabletkowych: 4mg, 8mg i 16mg (wszystkie tabletki są refundowane od 2012 roku i stanowią podstawę limitu w grupie). Meprelon, we wszystkich dawkach nie zawiera alkoholu benzylowego.

Wyrażenie zgody przez Zamawiającego na wycenę produktu o innej wielkości dawki doprowadzi do zwiększenia konkurencyjności cenowej i pozytywnie przełoży się na wydatki lekowe Zamawiającego nie naruszając dyscypliny finansów publicznych i w zgodzie do orzecznictwa.

Meprelon stosowany jest w wielu szpitalach, m.in. Wojskowym Instytucie Medycznym w Warszawie, Wojskowym Instytucie Medycyny Lotniczej w Warszawie, Centrum Zdrowia Dziecka w Warszawie,

Wojewódzkim Szpitalu Zakaźnym w Warszawie czy wielu Szpitalach Klinicznych np. Warszawa, Białystok, Gdańsk, Wrocław.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Poniższe pytania dotyczą opisu przedmiotu zamówienia w Pakiecie 1 poz. 52 w przedmiotowym postępowaniu:

Pytanie 12: Czy w Pakiecie 1 poz. 52 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu ProbioDr, zawierającego 2 mld CFU pałeczek Lactobacillus rhamnosus GG ATCC53103 i Lactobacillus helveticus? Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 60 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Pytanie 13: Czy w Pakiecie 1 poz. 52 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu LactoDr, zawierającego 6 mld CFU pałeczek Lactobacillus rhamnosus GG ATCC53103 w stężeniu 6 mld CFU/kaps? Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 20 lub x 30 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Poniższe pytania dotyczą opisu przedmiotu zamówienia w Pakiecie 13 poz. 100 w przedmiotowym postępowaniu:

Pytanie 14: Czy w Pakiecie 13 poz. 100 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu LactoDr, zawierającego 6 mld CFU pałeczek Lactobacillus rhamnosus GG ATCC53103 w stężeniu 6 mld CFU/kaps? Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 20 lub x 30 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Poniższe pytania dotyczą opisu przedmiotu zamówienia w Pakiecie 1 poz. 87 w przedmiotowym postępowaniu:

Pytanie 15: Prosimy o dopuszczenie pasków z jednostką pomiarową mg/dl, bez możliwości zmiany na mmol/l. Zmiana jednostek pomiarowych przez użytkownika, jako źródło potencjalnych błędów odczytu wyniku, mogących doprowadzić do niewłaściwej interpretacji i wdrożenia nieadekwatnej terapii (włącznie z zagrożeniem życia i zdrowia pacjenta) jest niezgodna przez obowiązującą normę EN ISO 15197:2015, (traktuje o tym m. in. załącznik C2 normy).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Pytanie 16: Wnosimy o dopuszczenie pasków testowych z enzymem dehydrogenaza glukozy GDH-FAD, który, w przeciwieństwie do GOD, nie interferuje z tlenem i może być stosowany u pacjentów poddanych tlenoterapii oraz u pacjentów z niedotlenieniem. Paski testowe z enzymem dehydrogenaza glukozy są z tej przyczyny flagowymi produktami wszystkich największych firm międzynarodowych wytwarzających paski testowe do glukometrów.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Pytanie 17: Wnosimy o dopuszczenie pasków testowych z zakresem temperatury przechowywania wynoszącym min. 4-30°C. Zamawiający musi posiadać w swojej strukturze pomieszczenia magazynowe umożliwiające przechowywanie produktów leczniczych w temperaturze co najwyżej pokojowej (zgodnie z wytycznymi Farmakopei Polskiej). Z kolei, utrzymywanie stałej temperatury

przekraczającej 30°C w pomieszczeniach, w których przebywają pacjenci, zagrażałoby ich zdrowiu i życiu. Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Poniższe pytania dotyczą opisu przedmiotu zamówienia w Pakiecie nr 9 poz. 46 w przedmiotowym postępowaniu:

Pytanie 18: Czy w Pakiecie nr 9 poz. 46 Zamawiający dopuści zaoferowanie glukozy 75 g - będącej dietetycznym środkiem spożywczym specjalnego przeznaczenia medycznego do postępowania dietetycznego w celu wykonania krzywej cukrowej? Surowiec stosowany do produkcji jest surowcem farmaceutycznym. Nie zawiera substancji barwiących ani innych dodatków, które wpływają na wchłanianie i metabolizm glukozy.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza taką możliwość.

Pytanie 19: Czy w Pakiecie nr 9 poz. 46 Zamawiający dopuści zaoferowanie glukozy 75 g o smaku cytrynowym - będącej dietetycznym środkiem spożywczym specjalnego przeznaczenia medycznego do postępowania dietetycznego w celu wykonania krzywej cukrowej? Surowiec stosowany do produkcji jest surowcem farmaceutycznym. Nie zawiera substancji barwiących ani innych dodatków, które wpływają na wchłanianie i metabolizm glukozy. Oferowany preparat, ze względu na walory smakowe zmniejsza uczucie nudności, znacznie ułatwiając wykonanie testu.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza taką możliwość.

Pytania do wzoru umowy:

Pytanie 20: Do §2 ust.5 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust.5, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo - cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §2 ust.5 jest na tyle ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605). KIO w wyżej przywołanym wyroku stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, a także uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

KIO uznała, że chociaż Zamawiający rzeczywiście dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj i ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowy, które naruszają art. 99 ust. 1

PZP, art. 433 pkt 4 PZP i art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła, że norma wynikająca z art. 433 pkt 4 PZP, która zakazuje wprowadzania postanowień przewidujących możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz norma wynikająca z art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Ponadto, żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączają zastosowania tych norm w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. KIO stwierdziła też, że wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia, w tym przypadku poprzez podanie liczby asortymentu, do której zamierza zmniejszyć lub zwiększyć zakres zamówienia w zakresie każdego produktu.

KIO wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. W związku z tym, opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnację z niektórych pozycji asortymentu, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zauważyła, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. KIO wywnioskowała także, że gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, opcja stanowi instrument, który pozwala Zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zmian w zakresie jego potrzeb, występujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ma więc możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy też powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z treści art. 433 pkt 4 PZP, natomiast w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź: Zamawiający obecny zapis §2 ust.5 wzoru umowy:

„5. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmian ilościowych w poszczególnych pozycjach określonej części jak i w poszczególnych częściach, jednak ogólna wartość umowy, o której mowa w § 4 ust. 3 Umowy, nie może być wyższa.”

zastępuje zapisem o treści:

„5. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmian ilościowych w poszczególnych pozycjach określonej części jak i w poszczególnych częściach przy czym zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – cenowym mogą ulec odpowiednio zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach o 50% mniejszych lub o 50% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów, jednak ogólna wartość umowy, o której mowa w § 4 ust. 3 Umowy, nie może być wyższa.”

Pytanie 21: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę § 3 ust. 4 w zdaniu pierwszym: „W przypadku niedostarczenia Towaru wolnego od wad lub brakującego w terminie określonym w ust. 2 lub w ust. 3 powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo powierzenia realizacji Dostawy podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy, po wcześniejszym telefonicznym i mailowym wezwaniu do należytej realizacji umowy. Wykonawca nie może kwestionować kosztów realizacji Dostaw przez podmiot trzeci” na zdanie następujące: „ W przypadku niedostarczenia Towaru wolnego od wad lub

brakującego w terminie określonym w ust. 2 lub w ust. 3 powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo powierzenia realizacji Dostawy podmiotowi trzeciemu. Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciąża Sprzedawcę”

Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłby do niesłusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondek, red. K. Osajda, 2021 r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19).

Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

Odpowiedź: Zamawiający obecny zapis §3 ust.4 wzoru umowy:

„4. W przypadku niedostarczenia Towaru wolnego od wad lub brakującego w terminie określonym w ust. 2 lub w ust. 3 powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo powierzenia realizacji Dostawy podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy, po wcześniejszym telefonicznym i mailowym wezwaniu do należytej realizacji umowy. Wykonawca nie może kwestionować kosztów realizacji Dostaw przez podmiot trzeci. Uprawnienie powyższe nie pozbawia Zamawiającego prawa odstąpienia od umowy w odpowiedniej części (w terminie 30 dni od dnia zaistnienia okoliczności stanowiących podstawę do odstąpienia do umowy) z zachowaniem roszczenia o naprawie szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania i naliczenia kar umownych.”

zastępuje zapisem o treści:

„4. W przypadku niedostarczenia Towaru wolnego od wad lub brakującego w terminie określonym w ust. 2 lub w ust. 3 powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo powierzenia realizacji Dostawy podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy, po wcześniejszym telefonicznym i mailowym wezwaniu do należytej realizacji umowy. Wykonawca nie może kwestionować kosztów realizacji Dostaw przez podmiot trzeci. Po zleceniu wykonania dostawy przez podmiot trzeci Zamawiający wezwie Wykonawcę do pokrycia różnicy pomiędzy ceną zakupu u podmiotu trzeciego a ceną wynikającą z Umowy.”

Pytanie 22: Do §5 ust. 9 pkt 2) Adekwatnie do brzmienia art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021, poz. 1129 z późn. zm.) prosimy również o zmianę terminu uprawniającego Wykonawcę do dokonania pierwszej i każdej kolejnej zmiany wynagrodzenia z 12 na 6 miesięcy.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 23: Do §5 ust.9 projektu umowy prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §5 ust.9 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 24: Do §6 ust.2 pkt 2) i §6 ust.2 pkt 5) wzoru umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź: Zamawiający w opisanych przypadkach wyrazi zgodę na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę.

Pytanie 25: Do §6 ust. 5 pkt 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie §6 ust. 5 pkt 5 wzorca umowy, który stanowi, że”... strony dopuszczają zmiany umowy w przypadku zmiany cen zgodnie z zaleceniami Narodowego Funduszu Zdrowia w przypadku przekroczenia u Zamawiającego jako świadczeniodawcy średniego kosztu rozliczenia danej substancji czynnej na terenie kraju w zakresie cen leków refundowanych i objętych niniejszą umową stosowanych do programów lekowych lub leków onkologicznych”. 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, 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 175/2023/DGL Prezesa NFZ z dnia 30 listopada 2023 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe (i odpowiednio par. 28 Zarządzenia nr 10/2024/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 wymaganiu zmiany ceny w oparciu o czynniki niezależne od Wykonawcy i wskazując na mechanizm, który jest wewnętrzną regulacją między Zamawiającym a NFZ wskazać należy, że zachodzi podstawa do uznania takich porozumień za nieważne, zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto działania Zamawiającego „przerzucającego” na Wykonawcę koszty prowadzenia swojej działalności można kwalifikować także jako nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, które, zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polega w szczególności na „bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów”.

Po czwarte, zmiana, o którą wnosi Wykonawca pozostaje zgodne z nową ustawą - Prawo Zamówień Publicznych, której naczelną zasadą jest zrównoważenie pozycji stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez zakaz kształtowania praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyka związanego z jego realizacją.

Podobnie, w aktualnym 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 §6 ust. 5 pkt 5) wzoru umowy jest niezgodna z aktualnymi wytycznymi Ministra Zdrowia, które przekazujemy w załączeniu.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie zapisu.

Pytanie 26: Do §7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy do wysokości 0,05% wartości brutto niedostarczonego w terminie asortymentu za każdą godzinę zwłoki?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 27: Do §7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy do wysokości 1% wartości brutto reklamowanego towaru za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 28: Do §7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy: Prosimy o usunięcie z wzoru umowy postanowienia §7 ust. 1 pkt 3 nakładającego na Wykonawcę dodatkową karę umowną z tytułu dokonania zakupu interwencyjnego spowodowanego niedostarczeniem towaru lub jego zamiennika w terminie. Nadmieniamy, że Zamawiający zastrzegł w umowie środki dyscyplinujące oraz kompensacyjne, możliwe do wykorzystania w okoliczności opóźnienia dostawy bądź jej braku. Wśród nich wymienić należy wynikający z §2 ust. 10 oraz §3 ust. 4 obowiązek pokrycia ewentualnej różnicy w cenie pomiędzy ceną zakupu u podmiotu trzeciego, a ceną wynikającą z umowy, zastrzeżone w §7 ust. 1 pkt 1 i 2 kary umowną za opóźnienia w dostawie czy wynikającą z treści §8 ust. 4 możliwość rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym w przypadku niewywiązania się z terminu dostawy. W związku z powyższym uważamy dodanie, do i tak już obszernego katalogu, kolejnego rodzaju kary za rażąco wygórowane oraz przekraczające granice motywacji Wykonawcy do realizacji zamówienia, a zatem mogące stanowić przyczynek dla Zamawiającego do wzbogacenia się.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 29: Do §7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 1 pkt 4 w taki sposób aby wynosiła ona 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie.