Słupsk, dnia 13.10.2023 r.

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa produktów leczniczych – postępowanie nr 101/PN/2023**

Na podstawie **art. 135 ust. 6** ustawyz dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), [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:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – tabletki na tabletki powlekane lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie, fiolki na ampułki lub ampułko-strzykawki i odwrotnie?

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę w obrębie części nr 4.***

**Pytanie nr 2:**

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

***Odp. Zamawiającego:*** ***Zamawiający wyraża zgodę w obrębie części nr 4. Należy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę.***

**Pytanie nr 3:**

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. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę w obrębie części nr 4.*** ***Należy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę.***

**Pytanie nr 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?

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na podanie ostatniej ceny i informacji pod pakietem w przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu.***

**Pytanie nr 5:**

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

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.***

**Pytanie nr 6:**

Do §7 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 2, w taki sposób, aby wynosiła ona 0,2% wartości brutto niedostarczonego towaru, za każdy dzień zwłoki w realizacji dostawy zwykłej oraz 0,02% wartości brutto niedostarczonego w terminie towaru za każdą godzinę późnienia w przypadku dostawy pilnej?

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.***

**Pytanie nr 7:**

Do §7 ust. 3 i 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej §7 ust. 3 i 4, w taki sposób, aby wynosiła ona 0,2% wartości brutto towaru, z którego dostawą Wykonawca pozostaje w zwłoce, obliczaną za każdy dzień zwłoki?

***Odp. Zamawiającego:*** ***Zamawiający nie wyraża zgody.***

**Pytanie nr 8:**

Do §8 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §8 ust. 3 pkt 9 wzoru umowy zgodnie z którym Zamawiający przewiduje zmianę umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy w sytuacji obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ?

Po pierwsze, wskazać należy, że postanowienie to dotyczy wewnętrznych zasad rozliczeń między świadczeniodawcami a NFZ, w tym w szczególności zasad korygowania wartości produktu rozliczeniowego lub świadczenia w weryfikację średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych, na które to zasady Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną. Zgodnie z par. 30 Zarządzenia nr 162/2020/DGL Prezesa NFZ z dnia 16 października 2020 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe (i odpowiednio par. 28 Zarządzenia nr 180/2019/DGL – to dyrektor oddziału NFZ monitoruje i weryfikuje średni koszt rozliczeń wybranych substancji czynnych i uwzględnia ww. weryfikację w stosunku do danego świadczeniodawcy. Ustalenia te są zatem wewnętrznymi uzgodnieniami Zamawiającego z NFZ, a Wykonawca nie jest ich adresatem i nie mogą one kształtować obowiązków wykonawców. W konsekwencji, nieuzasadnione jest oczekiwanie od Wykonawcy, aby cena każdorazowo ulegała zmianie wskutek zmian ww. Zarządzeń, czyli była warunkowana przepisami o charakterze wewnętrznym, których Wykonawca nie jest Stroną. Zasadniczym jest bowiem, iż zarządzenia te nie są źródłem prawa powszechnie obowiązującego Rzeczypospolitej Polskiej i wprowadzanie takich postanowień w umowie przetargowej i czynienie z nich zobowiązania Wykonawcy jest nieuprawnione i bezpodstawne. Zarządzenia Prezesa NFZ, które wprowadzają nowe zasady rozliczeń Świadczeniodawców z NFZ są bowiem aktami prawa wewnętrznego, na co wprost wskazał Sąd Apelacyjny w Gliwicach w wyroku z dnia IV SA/Gl 1151/17. Bezpodstawnym jest zatem wskazywanie jako wiążącego bezwzględnie wszystkich uczestników mechanizmu zmiany cen w oparciu o komunikaty NFZ ustalające lub zmieniające średnie koszty wybranych substancji czynnych w sytuacji, gdy brak jest podstawy prawnej uprawniającej do tego (Wykonawców nie wiążą bowiem ani Rozporządzenie Ministra Zdrowia ani Zarządzenia Prezesa NFZ).

Po drugie, podkreślić należy, że tak określona klauzula jest także nadużyciem w rozumieniu art. 353(1) KC. – zarówno, iż nie tylko nie ma przepisu uprawniającego do stosowania cen maksymalnych, w dodatku o charakterze ruchomym, ale też narusza zasady współżycia społecznego. Niezgodnym bowiem z regułami uczciwości jest przerzucanie na Wykonawcę kosztów prowadzenia swojej własnej działalności niezwiązanej bezpośrednio ze świadczeniem Wykonawcy.

Po trzecie, nieuprawnione działania Zamawiającego wskazane powyżej wyczerpują także znamiona niedozwolonej klauzuli, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na” 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny” – mając zaś na uwadze działania Zamawiającego polegające na 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 ochrony konkurencji i konsumentów. Ponadto działania Zamawiającego „przerzucającego” na Wykonawcę koszty prowadzenia swojej działalności można kwalifikować także jako nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, które, zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polega w szczególności na „bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów”.

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

Podobnie, w najświeższym orzeczeniu KIO z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) Izba krytycznie odniosła się do możliwości zastrzegania we wzorcu umowy zmian wynagrodzenia w oparciu o zmiany określanego przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej, wyrażając pogląd, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem Wykonawcy, a Zamawiający nie jest uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli Wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny za realizację zamówienia, wobec czego treść tak zaprojektowanego postanowienia umownego jest co najmniej abuzywna, godząca w zasady wynikające z art. 431 ustawy PZP i art. 354 §1 KC oraz naruszająca interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia i ryzyka związanego z jego realizacją.

Dodatkowo wskazujemy, że treść §8 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy jest niezgodna z aktualnymi wytycznymi Ministra Zdrowia, które przekazujemy w załączeniu.

**Odp. Zamawiającego:** **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 9:**

Do §8 ust. 3 pkt 13) 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. Zamawiającego:*** ***Zamawiający nie wyraża zgody.***

**Pytanie nr 10:**

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003r. – 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 ma zastosowania.***

**Pytanie nr 11:**

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

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego

- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia;

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

***Odp. Zamawiającego:*** ***Zamawiający nie wyraża zgody.***

**Pytanie nr 12:**

Czy Zamawiający w par. 1.4 wpisze maksymalna wartość opcji dodatkowego zakupu - na przykład 20% wartości towaru? Wykonawca nie może być związany postanowieniami umowy w zakresie sprzedaży wolumenu większego o nieznany procent, dowolnie zwiększonego - przy niezmienionej cenie towaru; nie jest w takim wypadku możliwe skalkulowanie racjonalnej ceny produktów, a także nie można wykluczyć, ze produkt nie będzie dostępny w takiej ilości (np. wskutek zaprzestania produkcji).

***Odp. Zamawiającego:*** ***Maksymalna wielkość opcji wskazana jest w Formularzu asortymentowo-ilościowym w częściach nr 1, 2, 3, 5.***

**Pytanie nr 13:**

Czy Zamawiający w par. 1.10 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. Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.***

**Pytanie nr 14:**

Czy Zamawiający mając na uwadze treść par. 3.1.2 umowy oczekuje, że zamówienia „cito” mogą składane być całodobowo? Wykonawca oferuje dostawę w terminie 12 godzin od daty złożenia zamówienia, natomiast nie ma możliwości całodobowego zamawiania produktów. Dział zamówień czynny jest w standardowych godzinach pracy biurowej w dni robocze. Wykonawca nie jest w stanie utrzymywać całodobowo personelu w celu przyjmowania zamówień na leki, nie ma takiego obowiązku na podstawie przepisów dotyczących obrotu lekami, zaś ewentualne zamówienia całodobowe wymagałyby zmiany regulaminu pracy u Wykonawcy. W świetle powyższego Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, czy zamawiający oczekuje dostępności całodobowego telefonu/faksu w celu złożenia zamówienia, a jeśli tak – Wykonawca wnosi o zmianę zapisu na taki, gdzie zamówienia przyjmowane są w dni robocze w typowych godzinach pracy (np. w godzinach pracy Szpitala).

***Odp. Zamawiającego:*** ***Zamawiający dopuszcza dostawę w terminie 12 godzin od daty złożenia zamówienia w dni robocze w przypadku dostaw „w trybie na ratunek - cito”. Zmianie ulega treść § 3 ust.1 pkt 2 wzoru umowy, modyfikacja w załączeniu.***

**Pytanie nr 15:**

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. Zamawiającego:*** ***Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.***

**Pytanie nr 16:**

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.***

**Pytanie nr 17:**

Czy Zamawiający w par. 8.3.8 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.***

**Pytanie nr 18:**

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 8.3.9? Wykonawca nie może być zobowiązany do obniżania ceny swojego towaru w oparciu o zewnętrzne, całkowicie niezależne od niego wskaźniki, które nie muszą być stosowane w postępowaniu. Prawo nie nakazuje obniżania ceny dostawy w razie zmiany średniego kosztu rozliczenia substancji; jest to całkowicie niezależna od dostaw w tym postępowaniu kwestia. Wykonawca nie ma wpływu na ten koszt i nie jest on ceną maksymalną, określoną w przepisach. Przymusowe stosowanie tego średniego kosztu nie jest zatem wymagane prawem, a narzuca Wykonawcy rażąco trudne warunki realizacji umowy.

***Odp. Zamawiającego:*** ***Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 8.***

**Pytanie nr 19:**

Czy Zamawiający w par. 8.3.10 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 ten dłuższy okres dostarczać towar na podstawie niezmienionej oferty składanej w niniejszym postępowaniu.

***Odp. Zamawiającego:*** ***Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.***

**Pytanie nr 20:**

Czy Zamawiający w pakiecie nr 4 w poz. nr 8 i 9 miał na myśli lek w postaci tabletki powlekanej o przedłużonym uwalnianiu?

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza.***

**Pytanie nr 21:**

Prosimy o wyjaśnienie jak należy postąpić w przypadku stałego wycofania leku z oferty ? Dotyczy pakietu nr 4 poz. nr 3.

***Odp. Zamawiającego: W takiej sytuacji należy podać ostatnią cenę sprzedaży i informację o braku produkcji pod częścią.***

**Pytanie nr 22:**

Czy zamawiający zgodzi się na zmianę zapisu z:

§ 3 pkt 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.”*

na treść

§ 3 pkt 2.

do 48 godzin od daty złożenia zamówienia jednostkowego. Dostawy cito „na ratunek” realizowane będą wyłącznie w przypadku wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia wcześniej*.*

***Odp. Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.***

W załączeniu:

Wzór umowy po modyfikacji