6

Kraków, dn. 06.05.2021 r.

SZP-271/3-2/2021

**Do wszystkich zainteresowanych**

**dot. sprawy: SZP/2/2021 - wyjaśnienie treści SWZ**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: **Dostawę leków w tym leku biologicznego.**

**I. WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ**

Działając na podstawieart. 284 ust. 2ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; zwana dalej: PZP), Zamawiający przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z wyjaśnieniami:

**Pytanie 1**

Czy Zamawiający w par. 1.2 wskaże konkretną minimalną wartość zamówienia, np. 70% wartości umowy? Obecny zapis, który podaje, że będzie to „około 70% wartości” jest sprzeczny z art. 433 pkt. 4 ustawy PZP.

**ODPOWIEDŹ:**

**Zamawiający § 1 ust. 2 wzoru umowy nadaje następujące brzmienie:**

***„2. Zamawiający będzie składał w okresie obowiązywania umowy zamówienia według jego rzeczywistych potrzeb. Wartość towaru zamówiona przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania umowy będzie wynosić nie mniej niż 70% maksymalnej wartości brutto umowy”.***

**Pytanie 2**

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 7.2? wszelkie reklamacje winny być rozpatrywane przy udziale Wykonawcy, zatem zgodnie z procedurą określoną w par. 8.3 i nast. Wprowadzenie możliwości ‘odmowy przyjęcia towaru” oznacza w istocie specjalną, jednostronną procedurę reklamacyjną, w wyniku której Wykonawca pozostaje z nieodebranym towarem i bez możliwości wyjaśnienia kwestii reklamacyjnych, co narusza zasady określone w KC odnośnie do reklamacji.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę we wzorze umowy. Sytuacja określona w § 7 ust. 2 umowy dotyczy sytuacji, w których wady są na tyle istotne, że dostrzegalne są od razu. Przetrzymywanie takiego wadliwego asortymentu przez zamawiającego by go później zwrócić jest nieuzasadnione.**

**Pytanie 3**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kar umownych w par. 8.1.1 z 20 % do wartości max. 0,2%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie uważa przyjętego poziomu kar umownych za wygórowany. Zapewnienie ciągłości i terminowości dostaw leków ma dla Szpitala kluczowe znaczenie, a uchybienia w terminowości dostaw mogą nieść za sobą problemy związane z zapewnieniem ciągłości terapii pacjentów, co grozi poważnymi konsekwencjami. Sama wysokość kary umownej nie przesądza sama w sobie, że jest ona rażąco wygórowana.**

**Pytanie 4**

Czy Zamawiający w par. 8.1.2. zmieni sposób naliczania kary umownej zamówień „na cito” z obecnego „0,5% wartości zamówionej dostawy za każdą godzinę opóźnienia na naliczanie jej za „każdy dzień opóźnienia liczony jako 24 godziny od terminu pierwotnej dostawy”? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie uważa przyjętego poziomu kar umownych za wygórowany. Zapewnienie ciągłości i terminowości dostaw leków ma dla Szpitala kluczowe znaczenie, a uchybienia w terminowości dostaw mogą nieść za sobą problemy związane z zapewnieniem ciągłości terapii pacjentów, co grozi poważnymi konsekwencjami. Dotyczy to w szczególności dostaw „na cito”. Zamówienia te mają jednak charakter sporadyczny.**

**Pytanie 5**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kar umownych w par. 8.1.3.a z 20 % do wartości max. 5%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

**ODPOWIEDŹ: ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie uważa przyjętego poziomu kar umownych za wygórowany. Zapewnienie ciągłości i terminowości dostaw leków ma dla Szpitala kluczowe znaczenie, a uchybienia w terminowości dostaw mogą nieść za sobą problemy związane z zapewnieniem ciągłości terapii pacjentów, co grozi poważnymi konsekwencjami.**

**Pytanie 6**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kar umownych w par. 8.1.3.b z 10 % do wartości max. 5%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

**ODPOWIEDŹ: ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie uważa przyjętego poziomu kar umownych za wygórowany. Zapewnienie ciągłości i terminowości dostaw leków ma dla Szpitala kluczowe znaczenie, a uchybienia w terminowości dostaw mogą nieść za sobą problemy związane z zapewnieniem ciągłości terapii pacjentów, co grozi poważnymi konsekwencjami.**

**Pytanie 7**

Czy Zamawiający w par. 9.2 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.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody. Zdanie drugie w ust. 2 w § 9 wzoru umowy przewiduje sytuacje, iż obiektywnie nie będzie możliwym dostarczenie zamiennika danego wyrobu.**

**Pytanie 8**

Czy Zamawiający wymaga, aby zaoferowany lek w Pakiecie 2 nie był objęty obowiązkiem dodatkowego, szczególnego monitorowania bezpieczeństwa terapii, co może spowodować dodatkowe obowiązki
i odpowiedzialność dla personelu szpitala?

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wymaga, aby zaoferowany lek nie był objęty obowiązkiem dodatkowym, szczególnego monitorowania bezpieczeństwa terapii.**

**Pytanie 9**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podanie ceny jednostkowej netto i brutto za mg do 4 miejsc po przecinku w związku z faktem, iż Wykonawca nie jest w stanie dokładnie oszacować możliwej do zaoferowania ceny?

**ODPOWIEDŹ: Tak, Zamawiający wyrazi zgodę na podanie ceny jednostkowej netto i brutto za mg w zaokrągleniu do 4 miejsc po przecinku – zmiana SWZ.**

**Pytanie 10**

Do treści §1 ust. 3 wzoru umowy:

Biorąc pod uwagę dyspozycję normy wyrażonej w art. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2019 z późn. zm.) prosimy o określenie minimalnych ilości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, które Zamawiający zamierza zrealizować.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający wyraża zgodę. Odpowiedź jak pytaniu nr 1.**

**Pytanie 11**

Do §3 ust. 5 wzoru umowy:

Prosimy o wyjaśnienie co Zamawiający rozumie przez określenie „Katalog Substancji Czynnych NFZ” przywołane w §3 ust. 4 wzoru umowy?

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający przez określenie „Katalog Substancji Czynnych NFZ” rozumie Katalog leków refundowanych stosowanych w programach lekowych.**

**Pytanie 12**

Do §8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy do wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 13**

Do §8 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę w sposobie naliczania kary umownej za opóźnienie lub dostawę niezgodną z zamówieniem do wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonej/niezgodnej części zamówienia dziennie, a dla dostaw cito 0,05% wartości brutto niedostarczonej/niezgodnej części zamówienia za godzinę?

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 14**

Do §8 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ewentualne naliczanie kary umownej za niedostarczenia zamówionej dostawy w wysokości 10% niedostarczonej części zamówienia?

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 15**

Do §8 ust. 2 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.".

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody. Projekt umowy wyraźnie wskazuje w § 13 ust. 1, iż w sprawach nieuregulowanych stosuje się odpowiednio zapisy Kodeksu Cywilnego.**

**Pytanie 16**

Do §9 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy:

Prosimy o wykreślenie zapisu §9 ust.1 pkt 14) wzoru umowy, ponieważ Wykonawca nie może złożyć oferty i przeprowadzić kalkulacji cenowej w wyniku zmiany cen wprowadzonych komunikatem NFZ, co do których nie ma wiedzy.

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie tego zapisu. Realizacja tego zapisu w dotychczasowej praktyce funkcjonowania tut. podmiotu leczniczego nie był przedmiotem sporu. Zamawiający dodaje jednak w § 9 ust. 5 o następującej treści:**

***„5. W przypadku braku porozumienia pomiędzy Stronami umowy w sytuacji wskazanej w ust. 1 pkt 14 Strony możliwe jest odstąpienie od umowy. Przepisu § 8 nie stosuje się.”***

**Pytanie 17**

Do §9 ust. 1 pkt 15) wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §9 ust. 1 pkt 14) wzoru Umowy zgodnie z którym Zamawiający przewiduję 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 przypadku określenia przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej będącej przedmiotem niniejszej umowy w danym miesiącu poniżej ceny określonej w niniejszej umowie?

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.

Gdyby Zamawiający nie wyraził zgody na usunięcie z wzoru umowy §9 ust. pkt 15) w całości, prosimy o dodanie w jego treści, po ostatnim zdaniu słów: „Zmiana treści umowy w tym zakresie dokonywana będzie w drodze aneksu, za obopólną zgodą stron, a w przypadku braku możliwości obniżenia ceny produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania substancji czynnej, strony dopuszczają wyłączenie przedmiotowego preparatu z zakresu umowy, przy czym dokonane w ten sposób częściowe wypowiedzenie umowy nie będzie wiązało się dla Wykonawcy z żadnymi negatywnymi konsekwencjami finansowymi, w szczególności Zamawiający nie naliczy z tego tytułu kar umownych przewidzianych w §8 umowy.”.

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Odpowiedź jak w pytaniu 16.**

**Pytanie 18**

Do §9 ust. 1 pkt 19) wzoru umowy prosimy o dodanie słów: „…jednak na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy.”.

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający jednocześnie informuje, iż jak pokazuje doświadczenie przedłużenie terminu obowiązywania umowy nie trwa dłużej niż dwa miesiące. Z uwagi na treść zdania wprowadzającego w § 10 ust. 1 zmiana wskazana w pkt 19 ma charakter potencjalny i zależy od zgodnej woli stron umowy.**

**II. ZMIANA TREŚCI SWZ**

Działając w oparciu o art. 286 ust. 1PZP, Zamawiający informuje, że zmianie uległy następujące zapisy SWZ:

**Zmiana nr 1 (w związku z odpowiedzią na pytanie nr 9):**

W SWZ w rozdz. XXVIII ust. 5, o treści:

*„5. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb (zgodnie z art. 106e ust. 11 ustawy o podatku od towarów i usług)”*

Zastępuje się następującym:

*„5. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb (zgodnie z art. 106e ust. 11 ustawy o podatku od towarów i usług), z zastrzeżeniem, iż dla pakietu 2 zamawiający dopuszcza podanie ceny jednostkowej netto i brutto za mg z dokładnością do czterech miejsc po przecinku”*

**Zmiana nr 2 (w związku z odpowiedzią na pytanie nr 1):**

We wzorze umowy stanowiącym zał. 7 do SWZ w § 1ust. 2, o treści:

*„2. Zamawiający będzie składał w okresie obowiązywania umowy zamówienia według jego rzeczywistych potrzeb. Wartość towaru zamówiona przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania umowy będzie na poziomie ok. 70% maksymalnej wartości brutto umowy.”*

Zastępuje się następującym:

*„2. Zamawiający będzie składał w okresie obowiązywania umowy zamówienia według jego rzeczywistych potrzeb. Wartość towaru zamówiona przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania umowy będzie wynosić nie mniej niż 70% maksymalnej wartości brutto umowy”.*

**Zmiana nr 3 (w związku z odpowiedzią na pytanie nr 1):**

We wzorze umowy stanowiącym zał. 7 do SWZ w § 9 dodaje kolejny ustęp o treści:

*„5. W przypadku braku porozumienia pomiędzy Stronami umowy w sytuacji wskazanej w ust. 1 pkt 14 Strony możliwe jest odstąpienie od umowy. Przepisu § 8 nie stosuje się.”*

Zamawiający informuje, że:

* zmianie ulega termin składania i otwarcia ofert. Nowy termin składania ofert to: **11.05.2021 r., godz. 11:00,** termin otwarcia ofert to: **11.05.2021 r., godz. 11:15.**
* zmianie ulega termin związania ofertą. Nowy termin związania ofertą to: **09.06.2021 r.**

Zmiana ogłoszenia w zakresie terminu została zamieszczona w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.05.2021 r. pod numerem 2021/BZP 00047695/01

Starszy Specjalista

ds. Zamówień Publicznych

mgr Marlena Czyżycka-Poździoch