Kraków, dn. 20.11.2020 r.

**SZP-271/22-2/2020**

**DO WSZYSTKICH, KOGO DOTYCZY**

***dot. sprawy: SZP/21/2020 – odpowiedzi na pytania***

Szanowni Państwo**!**

Uprzejmie informuję, że w sprawie ogłoszonego przez Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie przetargu na **„Dostawa produktów leczniczych, środków odkażających oraz leków do programów terapeutycznych na 1 rok do Apteki Szpitala Specjalistycznego im. J. Dietla w Krakowie.”,** znak sprawy: **SZP/21/2020** wpłynęły pytania dotyczące zapisów SIWZ**.** Treść pytań wraz z odpowiedziami na nie zgodnie z art. 38, ust. 2 przedstawiam poniżej:

**Pytanie 1** **do treści §2 ust. 3 projektu umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na realizację dostaw określonych jako zamówienia na cito” nie później niż w ciągu 48 godzin licząc od momentu otrzymania pisemnego zamówienia (faksem, e-mail) dla asortymentu zawartego w pakiecie Nr 21?

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 2 do treści §8 ust.4 projektu umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu rozpatrzenia reklamacji (ilościowych i jakościowych) do **5 dni roboczych** od daty jej otrzymania dla asortymentu zawartego w pakiecie Nr 21?

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

**Pytanie 3 do treści §9 ust. 1 projektu umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie wysokości kar umownych o połowę? i nadanie § 9 ust. 1 nowego brzmienia:

1. Strony ustalają, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Zamawiający może żądać od Dostawcy kar umownych z następujących tytułów i w wysokościach:
2. w razie zwłoki w dostarczeniu zamówionej dostawy lub dostarczeniu dostawy niezgodnie z zamówieniem – w wysokości 0,5 % ceny brutto opóźnionej dostawy za każdy dzień zwłoki, a w przypadku zamówień „na cito” – 0,25% wartości zamówionej dostawy za każdą godzinę opóźnienia oraz 0,5% ceny brutto dostawy niezgodnej z zamówieniem;
3. w przypadku niedostarczenia zamówionej dostawy przez okres dłuższy niż 48 godziny od wyznaczonej daty/godziny dostawy, Dostawca, oprócz kary umownej określonej w pkt 1), zobowiązany jest do pokrycia kosztów, które poniesie Zamawiający, aby dokonać zakupu u innego Dostawcy, podwyższonej o 5% z tytułu dodatkowych kosztów poniesionych przez Zamawiającego podczas realizacji tego zamówienia;
4. w razie całkowitego niedostarczenia zamówionej dostawy w terminie ustalonym z Zamawiającym (opóźnienie w dostawie powyżej 48 godzin ponad ustalony termin, lub 24 godziny ponad termin dostaw w przypadku dostaw „na cito”, Zamawiający będzie traktował, jako całkowite niedostarczenie towaru) – w takiej sytuacji Zamawiający może obciążyć Dostawcę karą umowną w wysokości 10 % umownej ceny brutto zamówionej i niedostarczonej dostawy, z zastrzeżeniem postanowienia zamieszczonego w pkt 2);
5. w razie zwłoki w dostarczeniu faktury i innych dokumentów wymaganych niniejszą umową – 12,50 zł za każde rozpoczęte 24 godziny zwłoki liczone za każdy dokument;
6. w razie odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Dostawcy w wysokości 5% całkowitego wynagrodzenia umownego określonego w § 3 ust. 1.”?

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

**Zwrócić należy uwagę na fakt, iż Zamawiający posługuje się w umowie w §9 ust. 1 słowem „zwłoka”, co oznacza zawinione działanie. Przypadki siły wyższej nie są wprost wyszczególnione w umowie, jednakże w §13 znajduje się odesłanie wskazujące, że w sprawach nieuregulowanych tą umową mają zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego.**

**Pytanie 4 do treści wzoru umowy: §5 projektu umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do § 5 umowy dodatkowego zapisu ust.7 o treści: ,,Przed rozwiązaniem umowy w całości lub części Odbiorca pisemnie wezwie Dostawcę do należytego wykonywania umowy.”?

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Wykonawca podpisując umowę zobowiązuje się do realizowania umowy zgodnie z jej postanowieniami. Postanowienia umowy jednoznacznie wskazują do czego strony są zobowiązane i w jakich okolicznościach strony mogą odstąpić od realizacji umowy. W praktyce odstąpienie od umowy nie następuje bez wyjaśnienia zaistniałych okoliczności uprawniających strony do odstąpienia od umowy.**

**Pytanie 5**

Formalności jakie powinny zostać dopełnione w celu zawarcia umowy:

Czy w sytuacji, gdy siedziba firmy/osoba uprawniona do podpisania umowy w imieniu Wykonawcy znajduje się w poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający wyrazi zgodę na odesłanie umowy do podpisu na adres Wykonawcy?

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie 6**

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 8.2? 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 § 8 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 7**

Czy Zamawiający w par. 9.1.1. 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.**

**Pytanie 8**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kar umownych w par. 9.1.2 z 10 % do wartości max. 5%? 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.**

**Pytanie 9**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kar umownych w par. 9.1.3 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.**

**Pytanie 10**

Czy Zamawiający w par. 10.2 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 § 10 wzoru umowy przewiduje sytuacje, iż obiektywnie nie będzie możliwym dostarczenie zamiennika danego wyrobu.**

**Pytanie 11**

Dotyczy pakietu nr 7

Czy Zamawiający wymaga, aby produkt leczniczy Rituximab był stosowany we wskazaniu leczenia reumatoidalnego zapalenia stawów zgodnie z programem lekowym B.33?

**ODPOWIEDŹ: Tak, Zamawiający wymaga.**

**Pytanie 12**

Dotyczy pakietu nr 23 poz. 4

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu Tocilizumab 400 mg z dwoma kodami EAN?

**ODPOWIEDŹ: Tak, Zamawiający wyraża zgodę pod warunkiem, że kody EAN zaoferowanych produktów będą wpisane w Katalogu leków refundowanych stosowanych w programach lekowych.**

**Pytanie 13 – pakiet nr 21**

Zwracam się do Zamawiającego z prośbą o możliwość złożenia oferty na realizację dostawy leku zamiennie na dwie dostępne, równoważne formy podania leku Fasenra.

Postępowanie dotyczy leku Fasenra (benralizumab) 30 mg roztwór do wstrzykiwań w ampułko-strzykawce, gdzie każda ampułko-strzykawka zawiera 30 mg benralizumabu\* w 1 ml, a druga forma podania to Fasenra 30 mg roztwór do wstrzykiwań we wstrzykiwaczu, gdzie każdy wstrzykiwacz zawiera 30 mg benralizumabu\* w 1 ml., która to może być stosowana zamiennie, zgodnie z decyzją lekarza prowadzącego, np. przez pacjenta lub jego opiekuna w warunkach domowych.

Obie formy leku mają tą samą dawkę i jednakową cenę. Zamawiający każdorazowo w treści zamówienia zobowiązany będzie wskazać, którą postać leku zamawia: „wstrzykiwacz” czy „ampułko-strzykawkę”.

Podmiotem odpowiedzialnym jest AstraZeneca AB, 151 85 Södertälje Szwecja.

Aby umożliwić złożenie oferty na obie formy podania leku Fasenra w ramach jednej umowy, prosimy o dodanie w treści umowy w § 10 następującego zapisu:

„Strony dopuszczają możliwość dostarczenia innej formy podania produktu leczniczego-BENRALIZUMAB, zawierającego tę samą substancję czynną. Zmiana taka nie może być niekorzystna dla Zamawiającego i powodować podwyższenia ceny jednostkowej produktu określonego w umowie”.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie leku w dwóch dostępnych równoważnych formach podania, pod warunkiem zaoferowania obu form w tej samej cenie. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest zamieścić informację na ten temat w formularzu cenowym, w 4 kolumnie, tj. *Nazwa handlowa, dawka oraz inne parametry np. wielkość op., uwzględnione przez Oferenta* z dopiskiem *forma* *do wyboru przez Zamawiającego oraz wskazać w ostatniej kolumnie odpowiednie* kody EAN występujące w Katalogu leków refundowanych stosowanych w programach lekowych.**

**Pytanie 14 – pakiet nr 1 poz. 1.**

Czy Zamawiający dopuści w w/w pozycji preparat konfekcjonowany x 10 sztuk w ilości 65 opakowań? Na rynku nie występuje produkt pakowany x 1 sztuka.

**ODPOWIEDŹ:** **Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie 15 – pakiet nr 1 poz. 3, 5, 9-14, 16, 17.**

Czy Zamawiający dopuści w w/w pozycji preparat w postaci tabletek powlekanych? Tylko taka postać jest dostępna na rynku.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie 16 – pakiet nr 1 poz. 6.**

Czy Zamawiający dopuści w w/w pozycji preparat w postaci butelek? Tylko taka postać jest dostępna na rynku.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie 17 – pakiet nr 13 poz. 1-2.**

Czy Zamawiający dopuści w w/w pozycji preparat w postaci kapsułek dojelitowych twardych? Tylko taka postać jest dostępna na rynku.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie 18 – pakiet nr 27 poz. 1**

Czy Zamawiający dopuści w w/w pozycji preparat w postaci wstrzykiwaczy? Na rynku mogą występować problemy   
z dostępnością ampułko-strzykawek.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający dopuszcza.**

**Pytanie 19 – pakiet nr 3 poz. 2**

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga zaoferowania: Preparatu do wstępnego mycia endoskopów na bazie 3 enzymów i tenzydów, koncentrat do otrzymywania roztworu roboczego - 0,5%, w opakowaniach po 5 l x 1 kanister (pompki do 5 pierwszych opakowań) - mogą być zaproponowane opakowania po 1 l z dozownikiem przelewowym z przeliczeniem ilości.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wymaga jednak dopuszcza opisany w pytaniu preparat.**

**Pytanie 20 – pakiet nr 3 poz. 3**

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga zaoferowania: Preparatu do mycia i dezynfekcji sprzętów kuchennych takich jak: deski, blaty robocze, lodówki nie zawierający biguanidów, koncentrat, w op. ā 5 l x 1 kanister. Spektrum – B,F,V,Tbc. Roztwór roboczy – 0,5%, czas działania 15 min. Pompka do 5 pierwszych opakowań.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wymaga jednak dopuszcza opisany w pytaniu preparat, z przeliczeniem ilości (70 op. jeśli r-r 0,5 %)**

**Pytanie 21 – pakiet nr 3 poz. 4**

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga zaoferowania: Preparat udo manualnej dezynfekcji endoskopów giętkich (które nie są poddawane dezynfekcji w myjni), na bazie kwasu nadoctowego z aktywatorem - możliwość stosowania do 28 dni od aktywacji. Opakowania ā 5 l x 1 kanister. Spektrum- B, F, V, Tbc, sporobójczy w czasie 5 minut.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wymaga jednak dopuszcza opisany w pytaniu preparat.**

**Pytanie 22 – pakiet nr 3 poz. 5**

Czy zamawiający wyrazi zgodę na opakowania po 14 szt. pasków z odpowiednim przeliczeniem ilości tj. 18 opakowań po 14 szt. pasków.

**ODPOWIEDŹ: Tak, Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie 23 – pakiet nr 3 poz. 7**

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga zaoferowania: Preparat do dezynfekcji endoskopów giętkich (które nie są poddawane dezynfekcji w myjni) zawierający buforowany i stabilizowany 2% roztwór aldehydu glutarowego – stosowany bez rozcieńczania. Spektrum: B, Tbc, F, V w czasie 10 minut, S w czasie 15 minut. Stabilność chemiczna do 28 dni. Opakowanie a 5 l x 1 kanister.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wymaga jednak dopuszcza opisany w pytaniu preparat.**

**Pytanie 24 – pakiet nr 3 poz. 8**

Czy zamawiający wyrazi zgodę na opakowania po 25 szt. pasków z odpowiednim przeliczeniem ilości tj. 12 opakowań po 25 szt. pasków.

**ODPOWIEDŹ: Tak, Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie 25 – §1 ust. 4 wzoru umowy**

Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmian ilościowych przedmiotu umowy, ale nie określił ich warunków, m.in. nie wskazał w jakich okolicznościach zmiana mogłaby mieć miejsce, nie wskazał w żaden sposób granic zmian ilościowych odnośnie poszczególnych pozycji itp. Zgodnie z art. 144 ust.2, w związku z art. 144 ust. 1-1b, 1d, 1e Ustawy PZP, brak określenia warunków zmiany umowy będzie przesądzać o nieważności zapisów z §1 ust.4 wzoru umowy. Czy z związku z tym, Zamawiający odstąpi od tych zapisów w umowie?

**ODPOWIEDŹ: Zastrzeżenie o możliwości zmian ilościowych przedmiotu umowy Zamawiający ujął w ust. 5,   
a nie w ust. 4.**

**Zamawiający nie odstąpi od zapisów wskazanych w pytaniu. Wartość dostaw wskazana w § 3 ust. 1 ma charakter maksymalny. Z kolei, intencją zapisu § 1 ust. 5 jest to, iż czasem w obrębie umowy zachodzi konieczność zakupu dodatkowej partii danego leku, który jest wykorzystywany częściej niż pierwotnie przewidziano, a z drugiej strony poziom zakupu innego leku jest mniejszy. Zapis ten umożliwia elastyczne realizowanie zapotrzebowania na leki, ale jak pokazuje praktyka nie jest to częste i zakres tych zmian nie jest duży. Pozostałe zmiany w zakresie umowy reguluje m.in. § 10. Wskazanie szacowanego poziomu zakupów na poziomie ok. 70% pozwoli Dostawcy na skalkulowanie ceny oferowanych produktów w relacji do skali zamówienia.**

**Pytanie 26 – §1 ust. 8 wzoru umowy**

Prosimy o usunięcie z wzoru umowy §1 ust. 8 stanowiącego zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia porozumienia stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru umowy w zakresie części nr 10, 15, 23 oraz 24, który wg naszej opinii jest niezgodny ze społeczno-gospodarczym celem udzielanego zamówienia publicznego. Treść przedmiotowego porozumienia przenosi w całości odpowiedzialność na wykonawcę za gospodarowanie produktami zakupionymi i nie wykorzystanymi przez Zamawiającego. Należy podkreślić, że wykonawca nie ma wpływu na poziom zamówień, wykorzystanie produktów przez Zamawiającego jak również na decyzje refundacyjne Ministra Zdrowia.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 27 – §3 ust. 4 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 28 – §8 ust. 5 wzoru umowy**

Biorąc pod uwagę, że realizacja umowy odbywała się będzie podczas ogólnokrajowego stanu epidemii wywołanej zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, Wykonawca będąc zobowiązanym do zapewnienia pracownikom bezpiecznych warunków pracy, wprowadził system szczególnych środków ostrożności, między innymi w zakresie postępowania z towarem zwracanym z podmiotów leczniczych będących miejscami zwiększonego ryzyka epidemiologicznego. W związku z powyższym, procedura rozpatrzenia reklamacji uległa stosownemu wydłużeniu, co należałoby uwzględnić w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego w §8 ust. 5 wzoru umowy, dlatego też prosimy o wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 4 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości.

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

**Pytanie 29 – §9 ust. 1 pkt 1) i 2) wzoru umowy**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ewentualne naliczanie jednolitej kary umownej za opóźnienie lub dostawę niezgodną z zamówieniem w 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. 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 30 – §9 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?

**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 31 – §9 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ewentualne naliczanie kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10% niezrealizowanej części umowy?

**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 32 – pakiet nr 21**

8. Do §9 ust. 3 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 § 14, iż w sprawach nieuregulowanych stosuje się odpowiednio zapisy Kodeksu Cywilnego.**

**Pytanie 33 – §10 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy**

Prosimy o wykreślenie zapisu §10 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.**

**Pytanie 34 – §10 ust. 1 pkt 15) wzoru umowy**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §10 ust. 1 pkt 15) wzoru umowy zgodnie z którym Zamawiający przewiduję zmianę umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w przypadku określenia przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej będącej przedmiotem niniejszej umowy w danym miesiącu poniżej ceny określonej w niniejszej umowie – w takiej sytuacji Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany ceny substancji czynnych określonych w niniejszej umowie dla których NFZ określił średni koszt rozliczenia substancji czynnej w danym miesiącu poniżej ceny określonej w umowie do wysokości nie wyższej niż określona 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 oparciu o zastosowanie współczynników korygujących, na które to zasady Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną. Zgodnie z definicją współczynników korygujących wprowadzoną Rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z dnia 8 września 2015 r. są to współczynniki, za pomocą których wyliczana jest wysokość zobowiązania Funduszu wobec 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 właśnie poprzez możliwość skorzystania ze współczynników korygujących 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 współczynniki korygujące 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 będzie pozostawała w zgodzie z nowym projektem ustawy 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.

Wykonawca wskazuje, że powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku z dnia 30 lipca 2019r. w sprawie   
o sygn. akt KIO 1331/19 oraz w wyroku z dnia 31 lipca 2019 r. o sygn. akt KIO 1382/19, w których to Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do zagadnienia przerzucania kosztów związanych z każdorazowym dostosowywaniem ceny do progów kosztowych uprawniających do zastosowania współczynnika korygującego, wskazującego na bezpodstawność takiej praktyki. KIO wskazała wyraźnie, że zamawiający nie może opisywać przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy PZP) (…) Wymóg zaoferowania ceny, której maksymalny limit ustalony ma być na podstawie zarządzenia Prezesa NFZ jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów wskazanych wyżej (tj. dot. ochrony konkurencji). Dalej KIO stwierdza, że Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. Z uwagi na to, że zamawiający nie ma kompetencji   
w zakresie kształtowania cen ofert, które zostaną złożone przez wykonawców, czynność polegająca na narzuceniu maksymalnej ceny może być zakwalifikowana jako utrudniająca uczciwą konkurencję.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 35 – §10 ust. 1 pkt 18) wzoru umowy**

Biorąc pod uwagę całokształt argumentacji przytoczonej w pytaniu poprzednim, prosimy o usunięcie z treści §10 ust. 1 pkt 18) możliwości dokonywania zmian w umowie na podstawie Zarządzeń Prezesa NFZ, które to nie stanową źródeł prawa powszechnie obowiązującego, a zatem Wykonawca nie ma obowiązku ich stosowania.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 36**

Do §10 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.**

**UWAGA:**

Zamawiający przesuwa termin składania i otwarcia ofert.

**Termin złożenia oferty upływa w dniu 8.12.2020 roku, godz. 11:00**

**Termin otwarcia ofert 8.12.2020 roku, godz. 11:05**