WCPiT/EA/381-34/2022 Poznań, 21.07.2022 r.

Uczestnicy postępowania

**Dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę** **leków ogólnych, wyrobów medycznych.**

# Zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. **(Dz.U. z 2021 r. poz. 1129** ze zm.) Wielkopolskie Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii SP ZOZ udziela wyjaśnień dotyczących Specyfikacji Warunków Zamówienia, a na podstawia art. 137 ust 1 tejże ustawy, zmienia treść SWZ.

**Pytania cz.1 do wzoru umowy:**

1. Do §1 ust. 3 wzoru umowy. Prosimy o dopisanie do §1 ust. 3 wzoru umowy treści: "Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.".

2. Do §2 ust. 6 wzoru umowy. Wnosimy o zmianę zapisu §2 ust. 6 poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70%, gdyż próg realizacji na poziomie minimum 30%, 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.

3. Do §2 ust. 7 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z treści §2 ust. 7 wzoru umowy fragmentu „Przedłużenie dokonywane jest na podstawie jednostronnego oświadczenia Zamawiającego.” oraz zapewnienie, że ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania umowy, następowało będzie po obopólnym wyrażeniu zgody przez strony, w formie aneksu. Z aktualnego brzmienia wynika, że na skutek złożonego przez Zamawiającego oświadczenia nastąpi automatyczna zmiana terminu zakończenia umowy, z pominięciem wyrażonej w art. 431 ustawy PZP zasady współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy podczas wykonywania zamówienia publicznego, polegającej w tym przypadku na dokonaniu wspólnych ustaleń co do możliwości i zasad zmiany pierwotnych postanowień. Tymczasem, treścią udzielonego zamówienia publicznego, jest zawarcie umowy poprzez zaakceptowanie przez Wykonawcę określonych w niej, konkretnych treści, a zatem wszelkie ewentualne odstępstwa od tej podstawowej zasady, wymagają uzasadnienia w szczególnych okolicznościach oraz zachowania trybu zmiany umowy, dokonanej w drodze dwustronnie uzgodnionego aneksu.

4. Do §3 ust. 8 wzoru umowy. Czy Zamawiający ma na myśli potencjalne obniżenie cen przez Wykonawcę jedynie w oparciu o źródła prawa powszechnie obowiązującego, to znaczy, przy uwzględnieniu ewentualnego obniżenia limitu finansowania na podstawie Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych?

5. Do §3 ust. 10 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz 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?

6. Do §3 ust. 12 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.".

7. Do §4 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości brutto niedostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

8. Do §4 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za opóźnienie w wymianie reklamowanego przedmiotu umowy poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości brutto przedmiotu zamówienia podlegającego reklamacji za każdy dzień opóźnienia?

9. Do §4 ust. 6 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §4 ust. 6 wzoru umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, które nie może być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nadto stanowi zakazaną praktykę na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w konsekwencji obarcza czynność prawną sankcją nieważności

Zastrzeżenie §4 ust. 6 wzoru umowy skutkuje przyjęciem niedopuszczalnej praktyki, iż Wykonawca nie będzie w stanie ustalić minimalnej wielkości przyszłego swojego świadczenia oraz wysokości odpowiadającego mu świadczenia Zamawiającego. Próba jednostronnego kształtowania przez Zamawiającego zasad realizacji zamówienia naraża Wykonawcę na realne straty finansowe w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie na etapie składania oferty, podczas gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy może okazać się znikomy albo w ogóle nierealizowany. Powyższe działanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129) - dalej zwane jako PZP, w sposób rażący naruszając równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu oraz umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia.

Praktyka ta jest również niezgodna z brzmieniem art. 99 ust. 1 PZP, ponieważ Zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość niewykonywania zamówienia już na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy zostało zakwestionowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyr. z 2.01.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.). KIO uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Podobnie w orzeczeniu z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. 3107/21 KIO stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w przypadku braku zgody wykonawcy na odpowiednie obniżenie ceny, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Takie jednostronne narzucanie warunków realizacji umowy należy kwalifikować jako bezwzględnie zakazane na gruncie z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 poz. 275).

Wreszcie podnieść należy, iż kwestionowane postanowienie umowne wpisuje się w katalog niedozwolonych praktyk Zamawiających, które są publikowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Organ ten w ramach realizacji swoich obowiązków ustawowych przewidzianych w art. 469 pkt 8 PZP jako jedną z przykładowych klauzul umownych, którą należy uznać za niezgodną z art. 433 PZP wskazuje następujące postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

**Odpowiedź:**

**Pkt. 1-9: Zamawiający pozostawia brzmienie projektowanych postanowień umowy bez zmian.**

**Pytania cz.2:**

1. Dotyczy pakiet 5 pozycja 1, czy Zamawiający miał na myśli Thiogamma, 600 mg, tabl.powl., 30 szt ?
2. Dotyvzy pakiet 5 pozycja 2, czy Zamawiający miał na myśl Exacyl, 500 mg, tabl.powl., 20 szt?
3. Dotyczy pakiet 5 pozycja 3, czy Zamawiający na myśli Ursopol, 150 mg, kaps.twarde, 50 szt ?
4. Dotyczy pakiet 5 pozycja 4, czy Zamawiający na myśliVigalex Forte, 2000 IU, tabl., 60 szt ?
5. Dotyczy pakiet 5 pozycja 5, prosimy o doprezyzowanie dawki mamy do wyboru 10,20 i 40 mg?
6. Dotyczy pakiet 5 pozycja 6, prosimy o doprezyzowanie dawki 30 i 60 mgoraz postaci kapsułki dojelitowej?
7. Dotyczy pakiet 5 pozycja 7, prosimy o doprezyzowanie dawki 5,10 i 15 w postaci tabletki powlekanej oraz tabletki ulegającej rozpadowi w jamie ustnej?
8. Dotyczy pakiet 5 pozycja nr 8, czy Zamawiający miał na myśli Ferrum Lek,100 mg żelaza (III), tabl.dorozgr,żucia, 30 szt ?
9. Dotyczy pakiet 5 pozycja nr 8, czy Zamawiający miał na myśli MIG dla dzieci Forte, 40 mg/ml, zaw.doustna, 100 ml ?
10. Dotyczy pakiet 5 pozycja 11, prosimy o doprezyzowanie dawki mamy do wyboru 250,500,750,1000 mg?
11. Dotyczy pakiet 5 pozycja 12, czy Zamawiający dopuści wycenę Magne B6, tabl.powl., 60 szt w ilości 12 op?
12. Dotyczy pakiet 5 pozycja 13, prosimy o doprezyzowanie dawki mamy do wyboru 250,500,mg w postaci tabletki dojelitowej ?
13. Dotyczy pakiet 5 pozycja 14, prosimy o doprezyzowanie dawki mamy do wyboru,500,750,1000 mg ?
14. Dotyczy pakiet 5 pozycja 15, prosimy o doprezyzowanie dawki mamy do wyboru 25,50,100 mg w postaci ?
15. Dotyczy pakiet 5 pozycja 16, czy zamawiający ma na myśli Zabłocka mgiełka solankowa, jodowo-bromowa,950ml?

**Odpowiedzi:**

Ad 1:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Acidum thiocticum w dawce 600 mg.

Ad 2: Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Acidum tranexamicum w dawce 500 mg.

Ad 3:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Acidum urosodeoxycholicum w dawce 250 mg.

Ad 4:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Cholecalciferolum w dawce 4000 j.m. będący produktem leczniczym.

Ad 5:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Citalopramum w w dawce 20 mg.

Ad 6:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Duloxetinum w dawce 60 mg kapsułki dojelitowe.

Ad 7:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Escitalopramum w dawce 10 mg tabletki powlekane.

Ad 8:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Ferric oxide polymaltose complex w dawce 100mg tabletki do rozgryzania i żucia.

Ad 9:Ad. pakiet 5 poz. 9 (błędnie podano poz. 8) Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Ibuprofenum w dawce 400mg/100ml roztwór do infuzji.

Ad 10:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Levetiracetamum w dawce 500 mg.

Ad 11:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Magnesii citras +Pyridoxini hydrochloridum w dawce 48mg+ 5mg będący produktem leczniczym, zgodnie z SWZ możliwe jest zaproponowanie preparatu zawierającego inną ilość sztuk z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań.

Ad 12:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Mesalasinum w dawce 500 mg.

Ad 13:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Metformini hydrochloridum w dawce 1000 mg.

Ad 14:Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Promazini hydrochloridum w dawce 50 mg.

Ad 15:Tak.

Uzupełnienie informacji do pakietu nr 5:

ad. poz. 10 Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Insulinum glarginum w dawce 300j/3ml.

ad. poz. 17 Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Thiamini + Pyridoxini hydrochloridum+Cyanocobalaminum w dawce 100mg+200mg+0,2mg.

ad. poz. 18 Zamawiający miał na myśli preparat zawierający substancje czynną Thiethylperazinum w dawce 6,5 mg.

**Pytania cz.3:**

1. Czy Zamawiający w par. 2.2. usunie możliwość składania zamówień w formie telefonicznej? Zgodnie z art. 36z ust. 4 Prawa farmaceutycznego (w brzmieniu obowiązującym od 12 lipca 2015 r.) zamówienia na leki muszą być składane w formie pisemnej albo w formie dokumentu elektronicznego doręczanego środkami komunikacji elektronicznej. Nie ma możliwości składania zamówień w formie telefonicznej.
2. Czy Zamawiający zmieni terminzałatwienia reklamacji ilościowej i błędów rodzajowych wskazany w par. 2.10.2 na 3 dni robocze? Zgłoszona reklamacja wymaga rozpatrzenia z uwzględnieniem analizy dokumentów magazynowo-spedycyjnych oraz wyjaśnień firmy kurierskiej dostarczającej leki, a następnie (przy jej uwzględnieniu) dostarczenia towaru. Wykonanie tego w ciągu 1 dnia roboczego nie jest możliwe.
3. Czy Zamawiający w par. 3.5 odstąpi od wymogu obniżenia ceny „w tym samym stopniu”? Oczywistym jest, że cena urzędowa jest ceną maksymalną, jednak możliwa jest sytuacja w której pomimo obniżenia ceny urzędowej cena ofertowa (umowna) jest nadal niższa od urzędowej. W takiej sytuacji wymóg proporcjonalnego obniżenia ceny grozi Wykonawcy rażącą strata – skalkulował on cenę na minimalnym poziomie, jest ona nadal niższa od urzędowej i nie może je obniżyć ‘w tym samym stopniu”. Cena ofertowa nie jest kalkulowana w stosunku do ceny urzędowej, lecz w odniesieniu do faktycznych kosztów i polityki cenowej Wykonawcy.
4. Czy Zamawiający w par. 3.5. dopisze na końcu frazę: „Zmiany ceny leku przewidziane w niniejszym przepisie nie będą miały zastosowania, jeżeli w ramach Umowy towar oferowany jest po cenie niższej niż zmienione ceny”?
5. Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej w par. 4.1.1. z 2 % do wartości max. 0,2 %? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.
6. Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej w par. 4.1.2. z 2 % do wartości max. 0,2 %? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.
7. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie zapisu par 4.5.2 umowy - „nakaz zajęcia majątku” -gdyż takie pojęcie nie występuje w polskim prawie. Gdyby Zamawiającemu chodziło o zajęcie komornicze ruchomości dokonane w toku egzekucji, to należy podkreślić, że co do zasady nie rodzi to żadnego ryzyka po stronie Zamawiającego i jest wewnętrzną sprawą Wykonawcy, niemającą wpływu na realizację zobowiązań i wykonywanie zawartych umów. Nieważność tego zapisu potwierdziła KIO w szeregu orzeczeń (**KIO 2304/14,** KIO 298/11).
8. Czy Zamawiający wyrazi zgodę w zadaniu nr 1 poz 1-5 na przeliczenie leku Enoxaparinum natricum z postaci amp.-strzyk. na postać wielodawkową tzn. Clexane 300mg (1 fiolka +zestaw) w ilości 7.647 sztuk?

**Odpowiedź:**

**Pkt. 1-7 Zamawiający pozostawia brzmienie projektowanych postanowień umowy bez zmian.**

**Ad 8 Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.**

*W związku z udzielonymi wyjaśnieniami Zamawiający zmienia zapisy SWZ oraz publikuje* ***zmodyfikowany załącznik pod nazwą:* *„21.07.2022 Zalacznik nr 2 FC OPZ”.***

Zgodnie z art.  137 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zmianie ulega termin składania

i otwarcia ofert oraz termin związania ofertą.

**Termin składania i otwarcia ofert to 05.08.2022r.**

Godziny składania i otwarcia ofert pozostają bez zmian.

**Termin związania ofertą to 02.11.2022 r.**