

Gdynia, dnia 29 grudnia 2023 r.

DZ.282.24.2023.PN  
UC/3305/2023

### WYJAŚNIENIA SWZ nr 1

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „SUKCESYWNE DOSTAWY PRODUKTÓW FARMACEUTYCZNYCH/LEKÓW, OBJĘTYCH PROGRAMEM LEKOWYM”**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 238-748918 z dnia 11.12.2023 r.

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania Wykonawców. Niniejsze odpowiedzi na pytania stanowią integralną część specyfikacji warunków zamówienia i stają się wiążące dla Wykonawców przy opracowaniu ofert.

#### PYTANIE 1

Dotyczy pak. 1; 2; 4; 5;

Czy Zamawiający dopuści do wyceny preparat w postaci: tabletki powlekanej?

#### ODPOWIEŹ 1

Tak, Zamawiający dopuszcza do wyceny preparat w postaci tabletki powlekanej pod warunkiem spełnienia pozostałych wymogów SWZ.

#### PYTANIE 2

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 ?

#### ODPOWIEŹ 2

Zamawiający dopuszcza zmianę postaci leku w formie doustnej tabletki na tabl powlekane, tabletki drażowane, kapsułki pod warunkiem spełnienia pozostałych wymagań SWZ.

Zamawiający nie dopuszcza zamiany tabletek dojelitowych na tabl, tabl drażowane ,kapsułki o innym miejscu wchłaniania substancji leczniczej niż opisane w SWZ.

Zamawiający nie dopuszcza również zamiany postaci tabl, kapsułki o zmodyfikowanym uwalnianiu na tabletki , kapsułki.

#### PYTANIE 3

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę fiołki na ampułki?

#### ODPOWIEŹ 3

Tak, Zamawiający dopuści zamianę leku w formie iniekcyjnej – ampułki na fiołki i odwrotnie pod warunkiem spełnienia pozostałych wymogów SWZ

#### **PYTANIE 4**

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

#### **ODPOWIEDŹ 4**

Tak, Zamawiający dopuszcza zamianę ampułki, fiołki na ampułkostrzykawkę pod warunkiem spełnienia pozostałych wymogów SWZ.

#### **PYTANIE 5**

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 5**

Tak, Zamawiający wyraża zgodę na podanie ostatniej ceny i informacji pod pakietem o braku dostępności leku.

#### **PYTANIE 6**

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

#### **ODPOWIEDŹ 6**

Tak, pod warunkiem braku leku oryginalnego zarejestrowanego w Polsce.

#### **PYTANIE 7**

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 7**

Tak. Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wielkości opakowań do pełnego opakowania w górę.

#### **PYTANIE 8**

Do §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy: Prosimy o potwierdzenie, że poprzez stwierdzenie „0,2% od wartości brutto za pakiet niedostarczonej lub wadliwej partii produktu” Zamawiający rozumie 0,2% wartości niedostarczonego w terminie asortymentu?

#### **ODPOWIEDŹ 8**

0,2% od wartości brutto za pakiet niedostarczonej lub wadliwej partii produktu” należy rozumieć 0,2% wartości niedostarczonego w terminie asortymentu.

#### **PYTANIE 9**

2. Do §6 ust. 1 lit. c), §7 ust.3 lit. a), i) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z umowy treści §6 ust. 1 lit. c) i §7 ust.3 lit. a), i). W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania umowy, a także umożliwiając dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Ponadto wskazujemy, że wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na decyzje dotyczące finansowania procedur medycznych przez NFZ i w związku z tym nie może być obarczany ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności rozwiązania umowy w związku ze zmniejszeniem lub odstąpieniem od finansowania procedury medycznej przez NFZ. Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie,

również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP

#### **ODPOWIEDŹ 9**

Zapisy SWZ pozostają bez zmian.

#### **PYTANIE 10**

Do §11 ust. 1 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §11 ust. 1 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 20% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §11 ust. 1 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 20%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 29% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

#### **ODPOWIEDŹ 10**

Zapisy SWZ pozostają bez zmian.

#### **PYTANIE 11**

Do §11 ust. 1 lit.b) wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie wymogów dotyczących dołączenia do wniosku o waloryzację wynagrodzenia szczegółowej kalkulacji wzrostu kosztów realizacji umowy. Jak bowiem wynika ze stanowiska doktryny: „(...) podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę (...) w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439). Obowiązek dołączenia do wniosku szczegółowej kalkulacji wzrostu kosztów składników wykonania przedmiotu zamówienia dubluje warunki waloryzacji oraz de facto nakazuje potwierdzać dokumentami obiektywny wskaźnik zmiany cen publikowany przez Prezesa GUS

#### **ODPOWIEDŹ 11**

Brak zgody na zmianę treści postanowienia. Zmiana wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego wykazania, że zmiana cen skutkowałą wzrostem kosztów realizacji zamówienia objętego daną umową oraz wykazania poziomu tego wzrostu.