



Kup, dn. 3 grudnia 2024 r.

Nr sprawy ZP/19/2024

## Do wiadomości

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: **Dostawa produktów leczniczych oraz produktów leczniczych do programów lekowych.**

Działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 z późn. zm.), poniżej Zamawiający przedstawia treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

1. Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 8 ust. 1:
  1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne:
    - 1) z tytułu rozwiązania umowy, w tym odstąpienia od niej, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w wysokości 5% **niezrealizowanej części** wartości przedmiotu umowy brutto;
    - 2) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji i/lub gwarancji, w wysokości **0,5%** wartości tej dostawy brutto;

**Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.**

2. Dotyczy przedmiotu zamówienia – Formularz cenowy - Zestaw nr 1 poz. 3 - Proszę o potwierdzenie czy Zamawiający w Formularzu cenowym w zestawie nr 1 poz. 3 (GUSELKUMABUM 100 MG/ ML AMP.STRZYK. x 1 SZT.) omyłkowo podał ampułko-strzykawkę jako wymaganą postać przedmiotu zamówienia zamiast wstrzykiwacza?

Zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2024 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na 1 października 2024 r. substancja czynna GUSELKUMABUM w jednym z wymaganych przez Zamawiającego dla Zestawu nr 1 programów lekowych t.j. B.35. występuje jedynie w postaci wstrzykiwacza.

**Odp.: Wymagana postać leku to wstrzykiwacz.**

3. Dotyczy § 3 ust. 2 wzoru umowy oraz Rozdz. V pkt. 8 SWZ - dostawy „na cito” - Z uwagi na fakt, że wymieniony produkty lecznicze w zestawie nr 1 poz. 1 i 3 nie są lekami ratującymi życie i nie wymagają dostaw na cito w ciągu 12 godzin od chwili złożenia zamówienia, ze względu na specyfikę i konieczność planowania podania z wyprzedzeniem, proszę o potwierdzenie, iż zapis § 3 ust. 2 wzoru umowy oraz Rozdz. V pkt. 8 SWZ nie będzie miał zastosowania w stosunku do zestawu nr 1 poz. 1 i 3.

Zapis umowy w obecnym brzmieniu dla wyżej wymienionych leków wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

**Odp.: Zamawiający potwierdza, że zapis § 3 ust. 2 wzoru umowy oraz Rozdz. V pkt. 8 SWZ nie będzie miał zastosowania w stosunku do zestawu nr 1 poz. 1 i 3.**



4. Dotyczy § 8 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy – kary umowne - Czy Zamawiający zgodzi się w § 8 ust. 1 pkt. 1 wzoru umowy na zmianę kary umownej wynoszącej 5,00% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy brutto określonego w postanowieniu § 6 ust. 1 na karę wynoszącą 5,00% wartość brutto niezrealizowanej części umowy?

Mając na uwadze wytyczne UZP i wypracowane stanowisko KIO w którym określając wysokość kar umownych, Zamawiający powinien kierować się zdrowym rozsądkiem.

Zbyt restrykcyjne kary umowne w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia. Powyższy zapis w brzmieniu przewidującym karę umowną zamówienia również prawidłowo zrealizowanego pozostaje w sprzeczności funkcją kary umownej określonej przez przepisy kodeksu cywilnego.

**Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.**

5. Dotyczy § 3 ust. 1 wzoru umowy oraz Rozdz. V pkt. 7 SWZ – godziny dostaw - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie maksymalnej godziny dostawy przedmiotu zamówienia z 12.00 do godziny 14.00?

Zapewnienie terminu dostawy do godziny 12.00 nie zawsze możliwe jest do zrealizowania i może generować dodatkowe koszty dla wykonawcy.

**Odp.: Zamawiający dopuszcza. W związku z powyższym zmianie ulegają zapisy SWZ oraz projektowanych postanowień umowy, które otrzymują brzemienne:**

- **Rozdz. V pkt. 7 SWZ, zdanie pierwsze:**  
*„Dostawy planowe winny odbywać się w dni robocze, w godzinach od 8:00 do 14:00. Czas realizacji zamówienia nie może przekraczać:”*
- **§ 3 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, myślник pierwszy:**  
*„- od momentu złożenia zamówienia w godzinach od 8:00 do 14:00, loco Apteka Szpitalna/Dział Farmacji a zamówienia złożone przed dniem wolnym od pracy dostarczane będą w najbliższy dzień roboczy do godziny 10:00.”*

6. Dotyczy § 3 ust. 9 wzoru umowy oraz Rozdz. V pkt. 13 SWZ – kontrola warunków transportu - W związku z obowiązkiem wykonawcy dostarczenia produktu leczniczego zgodnie z wymaganiami prawidłowego transportu produktu leczniczego czy Zamawiający dopuści możliwość potwierdzenia spełnienia warunków transportu w stosunku do produktów określonych w Zakresie nr 1 poz. 1 i 3 poprzez przesłanie dokumentów w możliwie szybkim terminie (bez zbędnej zwłoki) po dokonaniu dostawy?

Wymóg udostępnienia przez kierowcę dokumentacji potwierdzającej kontrolę warunków transportu zaraz po dostawie jest niemożliwy do spełnienia dla wykonawcy z uwagi na posiadany system dostaw. Obecny wymóg stawia na wykonawcę konieczność zastosowania odrębnego systemu i zakupu specjalistycznego oprogramowania i sprzętu co wiąże się z dodatkowymi nadmiernymi kosztami, które następnie będą musiały zostać uwzględnione w cenie całkowitej oferty.

Ponadto rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz. U. z 2017, poz. 509) nie nakłada na wykonawcę obowiązku dostarczenia dokumentacji potwierdzającej warunki transportu razem z dostawą. Zgodnie z zapisem pkt 9.4 w/w Rozporządzenia, dokumentacja potwierdzająca zachowanie prawidłowej temperatury przechowywania produktów leczniczych podczas transportu udostępniana jest na żądanie odbiorcy.

Podkreślenia wymaga, że potwierdzenie „zimnego łańcucha” możliwe jest również w późniejszym terminie bez uszczerbku dla Zamawiającego.

**Odp.: Zamawiający dopuszcza możliwość potwierdzenia spełnienia warunków transportu produktów wskazanych w Zestawie nr 1 poz. 1 i 3 poprzez przesłanie przedmiotowych dokumentów do 48 godzin po dokonaniu dostawy lub pierwszym dniu roboczym po wyznaczonym terminie dla dostaw dostarczonych w czwartek i piątek.**

7. Do §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za rozwiązanie umowy, w ten sposób, aby wynosiła ona 5% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

**Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.**

8. Do §8 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub podlegającego reklamacji/gwarancji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

**Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.**

9. Do §9 ust. 2 pkt 1 lit. f) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §9 ust. 2 pkt 1 lit. e) poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §9 ust. 2 pkt 1 lit. f) jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605). Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej przywołanym wyroku stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, a także uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

KIO wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. W związku z tym, opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnację z niektórych pozycji asortymentu, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zauważyła, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. KIO wywnioskowała także, że gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, opcja stanowi instrument, który pozwala Zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zmian w zakresie jego potrzeb, występujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ma więc możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy też powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z treści art. 433 pkt 4 PZP, natomiast w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.



Dlatego też, zapisy umowy dotyczące zmian ilościowych asortymentu będą skonstruowane zgodnie z wymienionymi przepisami ustawy PZP jedynie w przypadku, kiedy w jej postanowieniach zostaną dokładnie określone granice zmian ilościowych „w dół” oraz „w górę” w odniesieniu do poszczególnych pozycji asortymentowych.

**Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian. Dla zastosowania tego postanowienia wymagana jest zgoda obydwu stron umowy. Oznacza to, że zmiana w tym zakresie nie może zostać dokonana jednostronnie (poprzez jednostronne oświadczenie woli). Kwestia wskazania w treści umowy potencjalnych, umownych podstaw do jej przyszłej zmiany jest instytucją zupełnie inną od chociażby prawa opcji, które jest prawem jednostronnym i faktycznie musi określać wskazane przez Państwa parametry.**

10. Do §10 ust. 5 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację szczegółowej kalkulacji kosztów, mających wpływ na przedmiotową zmianę, gdyż uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę ww. dokumentów uznać należy za nieuprawnione w świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się, że zmiana wynagrodzenia winna być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem obiektywnym, jednoznacznym, łatwo dostępnym, niezależnym od stron umowy, jak najbliższym związanym z przedmiotem zamówienia (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439), np. wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanych w komunikacie Prezesa GUS. Tym samym, podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie może wymagać przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją zamówienia w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika (tak: E. Wiatrowska... op. cit.). Poprzez wprowadzenie do PZP obligatoryjnego wymogu zawarcia w umowie postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ustawodawcy należy przypisać zamiar zastosowania automatyzmu właściwego dla instytucji waloryzacji. Ponadto, wymóg ten może stanowić naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zgodnie ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie KIO, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów), stosowane rozwiązania organizacyjne.

**Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian. Zgodnie z powszechnym poglądem, wykonawca powinien wykazać, że dana grupa kosztów ma istotny wpływ na cenę zamówienia. Jak wskazuje KIO argumentacja przemawiająca za koniecznością i wartością waloryzacji „[...] powinna być poparta dowodami nie tylko na wysokość zmian wskazanych kosztów, ale także powinna zmierzać do wykazania, że udział tych kosztów w przedmiocie usługi jest tak istotny, że ich zmiana oddziałuje na rentowność świadczenia wykonawcy” (wyrok KIO z 6.05.2022 r., KIO 1048/22).**

11. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze 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.: Nie zachodzą.**

12. 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 niemożności 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 dnia 15 maja 2015r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

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