

Znak sprawy: FDZP.226.15.2024

Ostrów Wielkopolski, dn. 19.04.2024r

Otrzymują:

- <https://platformazakupowa.pl/transakcja/913223>

**Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym na dostawę leków:
IMMUNOGLOBULINY LUDZKIEJ ORAZ FARYCYMABU w ramach programów lekowych**

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

W związku z otrzymanymi zapytaniami dotyczącymi treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający na podst. art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U z 2023r poz. 1605 ze zm.), udziela następujących wyjaśnień:

ZESTAW PYTAŃ NR 1

Dotyczy pak. 1

Czy Zamawiający dopuści podanie ceny za mg (zgodnie z jednostką miary w formularzu) .
Sprzedaż poszczególnych dawek będzie odbywać się z przeliczenia ceny za mg.

Odpowiedź: Zamawiający wymaga podania ceny jednostkowej za gram. Zamawiający modyfikuje załącznik 1A- Formularz asortymentowo-cenowy w zakresie pakietu nr 1 , zmieniając nazwę kolumn i nadaje im brzmienie:

BYŁO:

Cena netto op.

Cena brutto op.

JEST:

Cena jednostkowa netto

Cena jednostkowa brutto

Jednocześnie wymaga się , by Wykonawca złożył ofertę na ZMODYFIKOWANYM załączniku 1A do SWZ.

Pytania do wzoru umowy:

1. Do treści §7 ust.1 lit. d) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru w trybie na cito poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 0,05% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdą godzinę opóźnienia?

Odpowiedź: Zgodnie z projektem umowy.

2. Do §10 ust.4 projektu umowy prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §10 ust.4 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Odpowiedź: Zgodnie z projektem umowy.

ZESTAW PYTAŃ NR 2

Pytanie nr 1 dotyczące pakietu nr 2

Zamawiający w rozdziale III pkt 1.1 oraz w pkt 1 formularza ofertowego wskazał, iż produkt leczniczy w pakiecie nr 2 ma znajdować się w programie lekowym B.60.

Informujemy, iż produkt leczniczy Vabysmo (Farycymab) znajduje się w programie lekowym B. 70.

W związku z powyższym czy Zamawiający potwierdza, iż oczekuje produktu z pakietu nr 2 z programu lekowego B.70.?

Odpowiedź: W związku z omyłką pisarską Zamawiającego, modyfikacji ulega załącznik nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy w zakresie nazwy pakietu nr 2.

BYŁO:

PAKIET nr 2: FARYCYMAB – program lekowy B.60

JEST:

PAKIET nr 2: FARYCYMAB – program lekowy B.70

Jednocześnie Zamawiający oczekuje zaoferowania produktu z pakietu nr 2 z programu lekowego B.70 – zgodnie z załącznikiem nr 1A – Formularzem asortymentowo-cenowym oraz złożenia oferty na ZMODYFIKOWANYM Formularzu ofertowym.

Pytanie nr 2 dotyczące zapisów umowy

Zamawiający w paragrafie 2 ust. 2 projektu umowy oraz w rozdziale III pkt 3.1 SWZ zastrzegł, iż realizacja dostaw w trybie pilnym nastąpi w terminie nie dłuższym niż 24 godziny od momentu złożenia zamówienia.

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy odbywają się od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawy w trybie pilnym do 24 godzin od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy, od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w pakiecie nr 2 ?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę, jednocześnie **MODYFIKUJE wzór umowy** dodając zapis w §2 ust. 2 - „w zakresie pakietu nr 2 dostawy w trybie pilnym do 24 godzin odbywać się będą od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy, od momentu złożenia zamówienia”.

Pytanie nr 3 dotyczące pakietu nr 2

Zamawiający w rozdziale III pkt 3.2 SWZ oraz paragrafie 9 ust 4 pkt a) wzoru umowy zastrzegł, iż termin ważności zamawianych produktów nie może być krótszy niż 12 miesięcy, licząc od dnia dostawy.

Zaproponowany przez Zamawiającego termin ważności tj. nie krótszy niż 12 miesięcy, dla produktu leczniczego Vabysmo (Farycymab) jest trudny do spełnienia dla Wykonawcy, ze względu na fakt, iż Roche Polska otrzymuje produkty lecznicze od spółek z grupy kapitałowej według z góry ustalonego harmonogramu dostaw na który ma ograniczony wpływ. W związku z tym Wykonawca nie ma możliwości zmiany harmonogramu dostaw tak aby zagwarantować tak długi termin przydatności produktu.

W związku z powyższym czy Zamawiający wyrazi zgodę na skrócenie terminu ważności do 6 miesięcy od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w pakiecie nr 2?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza skrócenie terminu ważności produktu leczniczego o czym informuje we wzorze umowy w §9 ust. 4 lit a) „ W wyjątkowych sytuacjach Zamawiający dopuszcza możliwość dostawy produktów z krótszym terminem ważności, jednakże każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego”

Pytanie nr 4 dotyczy wzoru umowy

Zamawiający w paragrafie 5 ust. 4 wzoru umowy zastrzegł, iż:

„Opóźnienia w płatnościach przez Zamawiającego nie spowodują zaprzestania realizacji przedmiotu umowy przez Wykonawcę.”

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikacje powyższego zapisu na:

"Opóźnienia w płatnościach przez Zamawiającego nie przekraczające 90 dni po terminie płatności określonym na fakturach nie spowodują zaprzestania realizacji przedmiotu umowy przez Wykonawcę."

Uzasadnienie:

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie umowne skutkuje obowiązkiem wykonywania umowy przez Wykonawcę w przypadku niewykonywania obowiązku zapłaty przez Zamawiającego. Co więcej konstrukcja obecnego postanowienia z par 5 ust 4 nie wskazuje na żadne ograniczenia czasowe, co oznacza, iż przy opóźnieniu w płatnościach po stronie Zamawiającego, niezależnie od ich wysokości oraz terminu opóźnienia płatności, Wykonawca ma obowiązek nieprzerwanego wykonywania umowy.

Tak ukształtowane postanowienie należy uznać za sprzeczne z art. 552 Kodeksu Cywilnego poprzez ograniczenie prawa Wykonawcy do powstrzymania się z realizacją dostaw w przypadku, gdy Zamawiający dopuści się zwłoki z zapłatą ceny za dostarczoną część rzeczy sprzedanych.

Z powyższych powodów postanowienie zaproponowane przez Zamawiającego we wzorze umowy narusza przepisy Kodeksu Cywilnego oraz zasady współżycia społecznego i powinno ulec zmianie.

Odpowiedź: Zgodnie z projektem umowy.

Pytanie nr 5 dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji **par. 4 ust. 5 wzoru umowy** w ten sposób, że:

Par. 4 ust. 5 otrzyma brzmienie:

„W przypadku obniżenia limitu finansowania lub ceny hurtowej brutto leku, określonych w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, po złożeniu ofert lub w trakcie trwania umowy, cena hurtowa brutto dla Zamawiającego musi zostać obniżona w tym samym stopniu i nie może przekraczać nowych wartości limitu finansowania ani ceny hurtowej brutto określonych w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia.

Obniżenie ceny do wysokości limitu finansowania będzie wymagało podpisania aneksu do umowy.

Brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu może stanowić podstawę do rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę i nie będzie skutkowało konsekwencjami określonymi w § 7 ust 1 umowy.”

Uzasadnienie

Wykonawca nie ma realnego wpływu na finalną wysokość limitu finansowania, ponieważ decydem w tym zakresie jest Minister Zdrowia. Nieuzasadnione jest więc przerwianie przez Zamawiającego na Wykonawcę ryzyka związanego ze zmianą limitu finansowania, która nie jest od niego zależna. Dla porównania zmiana ceny hurtowej brutto lub ceny dla świadczeniodawców, wynikającej z zawartego instrumentu dzielenia ryzyka, jest elementem negocjacji pomiędzy wnioskodawcą refundacyjnym a Ministrem Zdrowia i tym samym może stanowić podstawę zmiany ceny określonej przez Wykonawcę w ofercie bez konieczności zawierania aneksu.

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie umowne zawarte w par. 4 ust. 5 pozwalają na zmianę wynagrodzenia wykonawcy poprzez jego obniżenie do limitu finansowania wskazanego przez NFZ. Co więcej konstrukcja postanowienia pozwala na zmianę wynagrodzenia wykonawcy w sposób „automatyczny” i bez konieczności wyrażenia zgody na taką zmianę przez drugą stronę umowy.

Tak ukształtowane postanowienie należy uznać za sprzeczne z zasadami określonymi w ustawie PZP i stanowiące zakazaną klauzulę abuzywną.

Jak wskazuje uzasadnienie do nowej ustawy PZP, jednym z podstawowych celów ustawodawcy przy tworzeniu nowego aktu prawnego było zagwarantowanie większej ochrony wykonawców, jako słabszej strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Znalazło to odzwierciedlenie m. in. w treści art. 433 ustawy PZP wskazującego na zakaz używania przez zamawiającego tzw. klauzul abuzywnych:

„W art. 433 projektu ustawy wyraźnie wskazuje się katalog abuzywnych klauzul. W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto jest narzucana jest przez zamawiającego, wymaga wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron.

Skutkiem przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO.”

Należy ponadto zauważyć, że do podobnych postanowień umowy, jak to, którego dotyczy przedmiotowe pytanie, odnosiła się także Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie. Zgodnie z wyrokiem z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. KIO 3107/21:

„Treść postanowienia umownego, przez którą Zamawiający narzuca maksymalną cenę, zgodnie z rozporządzeniem NFZ i narzuca obniżenie ceny w trakcie wykonywania umowy, jest co najmniej abuzywna, godząca w zasady wynikające z art. 431 Pzp i art. 354 § 1 KC. (...) określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy przez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. (...) Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, aby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, przez nieustanne zmiany ceny w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.”

Warto również zauważyć, że podobne stanowisko prezentuje w tym kontekście Narodowy Fundusz Zdrowia:

„W ocenie Narodowego Funduszu Zdrowia postanowienie umowne przytoczone w piśmie PZPPF oraz Związku Pracodawców Hurtowni Farmaceutycznych w brzmieniu: „W przypadku jeśli średni koszt rozliczenia substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii, zawartej w leku nabywanym na podstawie Umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego umową, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i

obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia.” stanowi klauzulę abuzywną i nie jest elementem, o którego uwzględnienie występował Narodowy Fundusz Zdrowia.”[1]

Z powyższych powodów postanowienie zaproponowane przez Zamawiającego we wzorze umowy, narusza przepisy ustawy PZP i powinno ulec zmianie, tak aby postanowienie dotyczące zmian wysokości limitów finansowania zawarte w par 4 ust 5 wzoru umowy wymagało każdorazowo formy pisemnej pod rygorem nieważności, gdzie brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu mogło stanowić podstawę do rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zmianę postanowień umowy zgodnie z projektem umowy w § 10 ust. 10 - „ W celu dokonania zmian zapisów umowy wnioskowanych przez Stronę, zobowiązana jest ona pisemnie wystąpić z propozycją zmiany warunków umowy wraz z ich uzasadnieniem, z co najmniej dwutygodniowym wyprzedzeniem “

Z poważaniem

Z-ca Dyrektora ds. Ekonomiczno- Finansowych