Znak: ZOZ.V.010/DZP/94/23 Sucha Beskidzka dnia 16.01.2024 r.

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na dostawę leków w ramach programów lekowych.

Dyrekcja Zespołu Opieki Zdrowotnej w Suchej Beskidzkiej odpowiada na poniższe pytania:

Pytania do wzoru umowy (po modyfikacji):
1. Do §2 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §2 ust. 3 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 §2 ust. 3 jest na tyle 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 17.11.2023 r. (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO stwierdziła, że Zamawiający ma obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały i jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia, co wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP. W dodatku, z treści art. 31 ust. 2 PZP wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Ponadto, Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia na podstawie art. 99 ust. 1 PZP. Zalicza się do tego określenie ilości produktu, którego zakres Zamawiający zamierza zwiększyć, ponieważ w przypadku zamówienia na dostawy, opis przedmiotu zamówienia to nie tylko określenie rodzaju rzeczy, ale także jej liczby, wykonawca zaś musi wiedzieć, jaką ilość rzeczy ma zbyć lub być gotowy zbyć Zamawiającemu. Wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z art. 99 ust. 1 PZP. Chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj oraz ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.**

2. Do §3 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie §3 ust. 4 z wzoru umowy stanowiącego świadomie narusza przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego tj. ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 403), co literalnie wynika z art. 13 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym "Postanowienia umowy wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5, art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 4 i 4a, art. 10, art. 11 i art. 12, lub mające na celu obejście tych przepisów, są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy ustawy.". Przepis ten jasno stanowi, że strony umowy nie są upoważnione do ważnego w świetle prawa wyłączenia uprawnienia wierzyciela przewidzianego w art. 8 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy, co nadaje temu ostatniemu przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący).

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu. Zamawiający wyjaśnia, iż zapis ten nie ogranicza ani nie wyłącza uprawnień wierzyciela wynikających z ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych** [**(Dz.U. z 2023 r. poz. 1790)**](https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mfrxilrtg4ytsmzvgy2te)**. Zapis ma na celu zmotywowanie Dostawcy do sprawnego udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na propozycje w zakresie ustalenia zasad płatności za dostarczane produkty lecznicze w przypadku gdy zaistnieje wysokie prawdopodobieństwo przekroczenia przez Zamawiającego limitu finansowania świadczeń zdrowotnych w ramach programów lekowych, które powoduje znaczne wydłużenie terminu rozliczenia tych świadczeń zdrowotnych przez NFZ. W takim przypadku Zamawiający musi podjąć decyzję o udzielaniu świadczeń zdrowotnych ponad limitowych co wiąże się z dolegliwymi konsekwencjami finansowymi bądź rezygnuje z udzielania tych świadczeń. Jednocześnie Zamawiający pragnie podkreślić, iż zgodnie z przedmiotowym zapisem, w przypadku gdy Dostawca nie zaakceptuje propozycji przesłanej przez Zamawiającego, wówczas warunki płatności pozostaną bez zmian.**

3. Do §3 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie §3 ust. 6 z wzoru umowy, który wg naszej opinii jest niezgodny ze społeczno-gospodarczym celem udzielanego zamówienia publicznego. Powyższy zapis przenosi w całości odpowiedzialność na wykonawcę za leki zakupione i niewykorzystane, refundowane przez NFZ, a których to cena może ulec zmianie w wyniku decyzji Ministerstwa Zdrowia. Należy podkreślić, że wykonawca nie ma wpływu na poziom zamówień, wykorzystanie produktów leczniczych przez Zamawiającego jak również na decyzje refundacyjne Ministra Zdrowia.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu.**

4. Do §6 wzoru umowy: Prosimy o rezygnację z opisanego w §6 wzoru umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia opartego na wyliczeniach wykonawcy oraz zastąpienie go automatyczną indeksacją wynagrodzenia opartą o konkretną obiektywną wartość, taką jak skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS (potocznie inflacja) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji (tabela: Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku, poprzedni miesiąc = 100). Wyjaśniamy, że zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem „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 związku z realizacją robót budowlanych lub usług 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).

W związku z tym wnosimy o określenie:
a. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: w oparciu o skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS (potocznie inflacja) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji;
b. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy wyżej opisane obliczenie (suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS) wyniesie 5% lub więcej;
c. okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach;
d. maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 15% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę w/w paragrafu.**

5. Do §7 ust. 1 lit. a) wzoru umowy: Prosimy o obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w realizacji dostawy do wysokości 0,5% wartości niedostarczonego w terminie asortymentu za każdy dzień zwłoki.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.**

6. Do §7 ust. 1 lit. b) wzoru umowy: Prosimy o obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w realizacji dostawy cito do wysokości 0,5% wartości niedostarczonego w terminie asortymentu za każde 12 godzin zwłoki.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu. Wysokość kary umownej określonej w § 7 ust. 1 lit. b) została zmodyfikowana w odpowiedzi na zestaw pytań nr 5.**

7. Do treści §10 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z projektu umowy zapisu §10 ust. 3 jako niezgodnego z normami współżycia społecznego i będącego nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługującego na ochronę prawną. Wyjaśniamy, że rolą kar w zamówieniach publicznych jest ochrona interesów Zamawiającego w zakresie prawidłowych i terminowych dostaw przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zastrzegać kar umownych za realizację uprawnień podmiotowych wykonawcy jak również nie związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawiają ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu.**

Z poważaniem