



Wielospecjalistyczny Szpital - Samodzielny Publiczny
Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu
Dział Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia
ul. Lubańska 11-12, 59-900 Zgorzelec
NIP: 615-17-06-942, REGON: 231161448 BDO: 000150922
tel. 571 334 686
www.spzoz.zgorzelec.pl
Misja Szpitala: „Bezpieczeństwo przez rozwój”

Numer sprawy 6/ZP/2024
DZP/71/2024

Zgorzelec, dnia 29.02.2024r.

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu

Dotyczy postępowania przetargowego na: Sukcesywne dostawy leków do Apteki Szpitalnej (w tym również do realizacji programów leczenia nowotworów).

W związku z zapytaniami od Wykonawców w sprawie w/w postępowania – Zamawiający działając w myśl art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2009r. (Dz. U. z 2023r., poz. 1605 t.j. ze zm.) odpowiada na następujące pytania:

(ZAPYTANIE NR 1)

Pytanie 1 – dotyczy wzoru umowy

Proszę o potwierdzenie, iż w razie wystąpienia takich okoliczności jak brak statusu refundacyjnego leku, wstrzymanie lub wycofanie produktu leczniczego z obrotu decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego oraz zaprzestanie produkcji, skutkujących uniemożliwieniem realizacji umowy przez Wykonawcę, przy jednoczesnym udokumentowanym braku możliwości dostarczenia przez Wykonawcę towaru równoważnego/odpowiednika nastąpi rozwiązanie umowy za porozumieniem stron z uwagi na niemożność spełnienia świadczenia zgodnie z przepisami KC?

Zaoferowanie produktu zamiennego jest możliwe tylko w sytuacji posiadania przez wykonawcę produktu leczniczego zamiennego danego producenta, do którego obrotu jest upoważniony na podstawie koncesji, jako hurtownia farmaceutyczna. Niemożliwy i niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa jest obrót produktami leczniczymi, na które wykonawca nie posiada koncesji.

Odp. Zamawiający dokonuje modyfikacji § 8 ust. 5 i 6 zał. nr 6 do SWZ tj. projektu umowy uwzględniając w ten sposób propozycję Wykonawcy.

Pytanie 2 – dotyczy § 2 ust.11 pkt. a) wzoru umowy – termin dostawy

Czy z uwagi na fakt, że wymienione produkty lecznicze w ramach Pakietu nr 4 poz. nr 10 nie są lekami na tzw. „ratunek” i nie wymagają dostaw w ciągu 24 godzin od chwili złożenia zamówienia, ze względu na specyfikę i konieczność planowania podania z wyprzedzeniem, Zamawiający wydłuży termin dostawy do 48 godzin dla Pakietu nr 4 poz. nr 10?

Obecny zapis wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na wydłużenie terminu dostawy dot. Pakietu nr 4 poz. 10 do 48h.

Pytanie 3 – dotyczy § 6 ust. 3 wzoru umowy – kary umowne

Czy Zamawiający zgodzi się w § 6 ust. 3 wzoru umowy na zmianę kary umownej wynoszącej 5% wartości brutto umowy na karę wynoszącą 5% 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. Zamawiający nie wyraża zgody.

(ZAPYTANIE NR 2)

Pytanie 1 – dotyczy formularza cenowego

Prosimy o podanie w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, kilogramów itp.) niż umieszczone w SWZ (czy podawać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku).

Odp. Zgodnie z zał. nr 3 do SWZ cz. B tj. Opis przedmiotu zamówienia „Należy zaokrąglić opakowania do 1 szt. pełnego opakowania w górę”.

Pytanie 2 - dotyczy pakietu nr 3 poz. 2

Dotyczy pakietu nr 3, poz. 2, czy Zamawiający wykreśli pozycję z pakietu ze względu na ograniczoną dystrybucję przez oferentów?

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 3 – dotyczy pakietu nr 3

Dotyczy pakietu nr 3, czy Zamawiający zezwoli na wycenę w tym pakiecie na każdą pozycję osobno ?

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody.

(ZAPYTANIE NR 3)

Pytanie 1 – dotyczy wzoru umowy

Zamawiający w paragrafie 2 ust. 3 projektu umowy zastrzegł, iż:

„Dostawy odbywać się będą wyłącznie w dni robocze od godziny 8:00 do 14:00, wyjątek stanowią dostawy w trybie Cito.”

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 dostawę „cito” do 8 godzin od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy, od momentu złożenia zamówienia, w godz. 8-14, dla asortymentu znajdującego się w pakiecie nr 4 poz 1, 9, 15, 18, 19 ?

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na dostawę „cito” do 8 godzin od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy, od momentu złożenia zamówienia, w godz. 8-14, dla asortymentu znajdującego się w pakiecie nr 4 poz 1, 9, 15, 18, 19.

Pytanie nr 2 dotyczące pakietu nr 4 pozycj 9

Zamawiający w paragrafie 5 ust 1 wzoru umowy zastrzegł, iż termin ważności zamawianych produktów nie może być krótszy niż 12 miesięcy, licząc od dnia otrzymania towaru przez Zamawiającego. 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 4 pozycji nr 9?

Odp. Zgodnie z §5 ust. 1 wzoru umowy, dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego, co za tym idzie skrócenie terminu ważności do 6 miesięcy od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w pakiecie nr 4 pozycji nr 9 będzie możliwe jeśli Zamawiający każdorazowo wyrazi na to zgodę.

Pytanie nr 3 dotyczące pakietu nr 4 pozycj 1

Czy Zamawiający dopuści możliwość dostawy również innej dawki leków w ramach zawartej umowy, w związku z objęciem refundacją nowej dawki i pod warunkiem, że cena 1 mg nowej dawki jest tożsama z ceną 1 mg leku objętego umową? Dostępność wielu dawek pozwoli bowiem na optymalizację kosztów podczas leczenia oraz lepszą opiekę nad pacjentami.

Uzasadnienie

Zamawiający w pakiecie nr 4 pozycji 1 określił produkt leczniczy Atezolizumab 1200mg stosowany w B6 (Tecentriq 1200 mg).

Informujemy, iż produkt leczniczy Tecentriq 840 mg również znajduje się w wykazie refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych od dnia 1 stycznia 2023 r.

Produkt leczniczy Tecentriq 840 mg stosowany jest w programie lekowym B.6.

Wykonawca może zaferować powyższy produkt leczniczy z terminem ważności wynoszącym 9 miesięcy.

Odp. Zamawiający dopuszcza obydwie dawki tj. Tecentriq 1200 mg oraz Tecentriq 840 mg.

Pytanie nr 4 dotyczy par. 6 ust. 3 wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 6 ust. 3 wzoru umowy w ten sposób, że:

„Za odstąpienie lub wypowiedzenie od umowy z winy Strony przeciwnej – obie strony zastrzegają możliwość żądania kary umownej w wysokości 5% **wartości niezrealizowanej umowy brutto**”?

Uzasadnienie

Zdaniem Wykonawcy niewłaściwym są postanowienia Umowy, w których kara umowna naliczana jest od całkowitej kwoty zamówienia stanowiący przedmiot niniejszej umowy co może skutkować obciążeniem Wykonawcy nadmiernym i niewspółmiernie wysokim ryzykiem gospodarczym w stosunku do naruszonych postanowień Umowy. Kara umowna ma pełnić funkcję mobilizującą wykonawcę do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz funkcję odszkodowawczą, jeżeli wykonawca wykona przedmiot umowy nieterminowo lub w sposób nieprawidłowy.

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 5 dotyczy par 2 ust 13 wzoru umowy oraz OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Załącznik nr 3 do SWZ

Zamawiający w załączniku nr 3 dziale A) pkt 5 wskazał:

*„Jeżeli w czasie realizacji umowy: producent przedmiotu zamówienia wskazanego w umowie - w nazwie handlowej, zaprzestanie jego produkcji lub przedmiot zamówienia wskazany w umowie - w nazwie handlowej, będzie niedostępny na rynku polskim, **Zamawiający wymaga jego zastąpienia odpowiednikiem chemicznym** zgodnym z nazwą międzynarodową przedmiotu zamówienia i rejestracją leku, o ile Kierownik Apteki wyrazi na takie zastąpienie zgodę (po podpisaniu aneksu do umowy). W przypadku preparatów onkologicznych możliwe będzie jego zastąpienie innym odpowiednikiem chemicznym zgodnym z Katalogiem leków refundowanych w chemioterapii i programach lekowych. W powyższych przypadkach dopuszcza się zmianę w umowie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, producenta, zaoferowanej ilości opakowań stosownie do ilości wymaganej przez Zamawiającego, ceny jednostkowej opakowania na proporcjonalną do oferowanego opakowania przed zmianą i po zmianie wraz z dalszymi konsekwencjami rachunkowymi, przy czym zastrzega się, że całkowita wartość brutto zmienionej pozycji nie może ulec zwiększeniu.”*

w załączniku nr 3 dziale B pkt 8 wskazał:

*„8. Jeżeli nastąpi sytuacja braku przedmiotu zamówienia wymienionego w specyfikacji przetargowej **Wykonawca zobowiązuje się zapewnić zamiennik** po uprzednim wyrażeniu zgody przez zamawiającego w cenie przetargowej. ”*

oraz w paragrafie 2 ust 12 umowy, iż:

*„ W przypadku braku towaru opisanego w załączniku nr 1, **Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia odpowiednika**, po uprzednim uzgodnieniu zakupu odpowiednika z Zamawiającym, przy czym cena odpowiednika nie może przekroczyć ceny przetargowej. Wykonawca każdorazowo będzie informował Zamawiającego o zmianach w realizacji zamówienia (w szczególności: zmiany na odpowiednik, zmiany zamówionych ilości i ustalonych terminów) e-mailem na adres apteka@spzoz.zgorzelec.pl – niezwłocznie po złożeniu zamówienia, najpóźniej do godz. 15:00 tego samego dnia”*

Tak sformułowane postanowienie w sposób nieuzasadniony zakłada, że każdy wykonawca posiada w swoim portfolio komplet leków referencyjnych i generycznych lub biopodobnych, podczas gdy Roche Polska dystrybuuje bezpośrednio produkty lecznicze, w odniesieniu do których jest przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego, a zatem w przypadku braku towaru/ zaprzestania produkcji/ niedostępności na rynku polskim nie jest go w stanie dostarczyć na żądanie Zamawiającego.

W związku z powyższym czy Zamawiający wyraża zgodę na niestosowanie wymogu dostarczenia zamiennika/odpowiednika dla pakietu nr 4 poz 1, 9, 15, 18, 19?

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na niestosowanie wymogu dostarczenia zamiennika /odpowiednika dla pakietu nr 4 poz 1, 9, 15, 18, 19.

Pytanie nr 6 dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji **par. 8 ust. 3 pkt 6) i 11) wzoru umowy** w ten sposób, że:

Par. 8 ust. 3 pkt 11) otrzyma brzmienie:

„Strony dopuszczają możliwość zmiany cen w przypadku:

*11) obniżenie wysokości limitu finansowania dla grupy limitowej, do której należy nabywany wyrób, w przypadku nabywania od podmiotu będącego przedsiębiorcą prowadzącym obrót hurtowy w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001r. – Prawo Farmaceutyczne. Zmiana ceny obowiązuje od dnia obowiązywania nowej wysokości limitu finansowania i **będzie wymagała aneksu do umowy”***

do par. 8 ust. 3 pkt 6) i 11) zostanie dodane, iż:

*„ **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 § 6 ust 3 umowy.”***

Uzasadnienie

Wykonawca nie ma realnego wpływu na finalną wysokość limitu finansowania, ponieważ decydem w tym zakresie jest Minister Zdrowia. Nieuzasadnione jest więc przerzucanie 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. 8 ust. 3 pkt 11 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 8 ust 3 pkt 6 i 11 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.

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację zapisów jednocześnie nanosząc zmiany na par. 8 ust. 3 pkt 6) i 11) załącznika nr 6 do SWZ tj. projekt umowy.

(ZAPYTANIE NR 4)

Pytanie 1 – dotyczy wzoru umowy

Do §2 ust. 1, 4, 8, 10 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie obowiązku ustanowionego treścią §2 ust. 1, 4, 8, 10, ewentualnie zaś jego dookreślenie, poprzez uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie usługi polegającej na rozmieszczeniu przedmiotu dostawy na półkach w aptece szpitalnej Zamawiającego, w tym poprzez wskazanie odległości pomiędzy miejscem rozładunku a miejscem usytuowania apteki szpitalnej, metrażu apteki szpitalnej, wysokości półek w aptece szpitalnej itp., tak aby możliwa była wycena kosztów omawianej usługi?

Zwracamy uwagę na treść art. 86 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, zgodnie z którym, apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a zatem należałoby wywodzić, że do przebywania i wykonywania czynności w pomieszczeniu apteki uprawniony jest wyłącznie krąg osób ograniczony do farmaceutów oraz techników farmaceutycznych. Ponadto, mając na uwadze zastrzeżony w art. 99 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przepis, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, natomiast zaproponowany przez zamawiającego zapis umowny wyklucza po stronie wykonawcy możliwość przeprowadzenia dokładnej kalkulacji i oszacowania kosztów, skoro:

- to od zamawiającego, a właściwie od wolumenu składanych przez niego zamówień, na który przecież wykonawca nie ma wpływu, wynikać będzie zakres wymaganych po stronie wykonawcy czynności;
- na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania odległości punktu wyładunku zamówienia ze środka transportu do pomieszczenia apteki szpitalnej;
- w konsekwencji zaś, na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania czasu, który konieczny będzie na dokonanie danej dostawy, a zatem oszacowania usługi.

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację wzoru treści umowy w §2 ust. 1, 4, 8, 10. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że w/w obowiązek dotyczy jedynie dostaw o łącznym ciężarze powyżej 576 kg lub ciężarze pojedynczej paczki powyżej 12 kg. Apteka znajduje się na poziomie -1, odległość od windy do wejścia do szpitala oraz od windy do magazynu głównego apteki wynoszą około 10m.

Pytanie 2 – dotyczy wzoru umowy

Do §8 ust. 5, 6, 10 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie tych zapisów, ponieważ 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 kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu 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 2023 poz. 1605 z późn. zm.). 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 stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisów ale dokonuje ich modyfikacji zmieniając tym samym §8 ust. 5, 6, 10 załącznika nr 6 do SWZ tj. projekt umowy.

Pytanie 3 – dotyczy wzoru umowy

Do §4 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść tych zapisów jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie 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. oraz 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605). KIO 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 uznała, że chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj i ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowy, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP i art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła, że norma wynikająca z art. 433 pkt 4 PZP, która zakazuje wprowadzania postanowień przewidujących możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz norma wynikająca z art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Ponadto, żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączają zastosowania tych norm w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. KIO stwierdziła też, że wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje precyzyjnie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia, w tym przypadku poprzez podanie liczby asortymentu, do której zamierza zmniejszyć lub zwiększyć zakres zamówienia w zakresie każdego produktu.

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.

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody, na modyfikację wzoru treści umowy w § 4 ust. 3. Zamawiający ustala ilość przedmiotu zamówienia na podstawie zużycia za ostatnie 12 m-cy, jednak nie jest w stanie przewidzieć ilości pacjentów, zmiany wytycznych i rekomendacji w leczeniu chorób, a także zasad kontraktowania, o których to decyduje NFZ, a nie Zamawiający.

Pytanie 4 – dotyczy wzoru umowy

Do §4 ust. 5 wzoru umowy: Zamawiający daje sobie prawo odstąpienia od umowy: „Jeżeli Zamawiający nie uzyska kontraktu lub zostanie zmniejszony kontrakt z Narodowego Funduszu Zdrowia lub gdy brak będzie pacjentów, którzy mogliby poddać się określonym kuracjom lub lekarz prowadzący zdecyduje o zmianie wybranego [...]”. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu, a także przenosząc na wykonawcę odpowiedzialność za gospodarkę lekową Zamawiającego oraz za ewentualne straty wynikające z wykonywanej przez niego działalności. Należy podkreślić, że zarówno wszelkie konsekwencje podejmowanych przez personel Zamawiającego decyzji terapeutycznych jak i ewentualna utrata kontraktu z NFZ nie są okolicznościami znajdującymi się w zakresie decyzyjności Wykonawcy zajmującego się dostawą produktów farmaceutycznych i jako nie mające żadnego związku z realizowanym przez niego zamówieniem, w żadnym wypadku nie mogą go obciążać. Ponadto, pozostawienie w umowie przedmiotowej normy, daje Zamawiającemu w zasadzie możliwość dowolnego ograniczenia wielkości zamówienia, z naruszeniem 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.) nakazującej wskazanie jego minimalnej wartości. Nadmieniamy, że argumentacja niniejsza znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8.11.2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia udaremniające gwarancję wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody, na modyfikację wzoru treści umowy w § 4 ust. 5. Zapis umowny, nie przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za gospodarkę lekową Zamawiającego, ani za ewentualne straty wynikające z wykonywanej przez niego działalności, a ponieważ Wykonawca ma licznych odbiorców, i dla części leków jest wyłącznym dystrybutorem to ma duży rynek zbytu.

(ZAPYTANIE NR 5)

Pytanie 1 – dotyczy wzoru umowy

Do §5 ust. 1 oraz ust. 3 wzoru umowy: Biorąc pod uwagę fakt, że ewentualna dostawa towarów z krótszym niż 12-miesięczny termin ważności odbywała się będzie wyłącznie po wcześniejszym udzieleniu na nią zgody przez Zamawiającego, sytuacja taka będzie wyłączona spod obowiązku bezpłatnej wymiany na towar z dłuższym terminem przydatności (nie krótszym niż 12 miesięcy od daty dostawy) niezwłocznie po tym, kiedy taka partia pojawi się na rynku?

Odp. Zgodnie z §5 ust. 1 Zamawiający po wyrażeniu zgody na dostawę towaru z terminem ważności krótszym niż 12 miesięcy nie będzie wymagał od Wykonawcy wymiany towaru zgodnie z §5 ust. 3.

Pytanie 2 – dotyczy wzoru umowy

Do §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z projektu umowy zapisów §6 ust. 1 lit. d) jako niezgodnych z normami współżycia społecznego i będących nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługujących 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 odstępianie od zapisu w §6 ust. 1 lit. d) w projekcie umowy.

Pytanie 3 – dotyczy wzoru umowy

Do §8 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy. Prosimy o dodanie następującego wyrażenia: „(...)”, przy czym, przedłużenie terminu obowiązywania umowy może nastąpić jedynie po wcześniejszym wyrażeniu zgody przez Wykonawcę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności.”. Jednocześnie prosimy o ograniczenie terminu na jaki możliwe będzie ewentualne przedłużenie terminu obowiązywania umowy do 6 miesięcy.

Wyjaśniamy, że zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości przedłożenia czasu trwania umowy do 4 lat jest nieproporcjonalnie duże w stosunku do terminu podstawowego (do dnia 26.12.2024 r.). W wyroku z dnia 20.09.2021 r. nr KIO 2450/21 (Legalis nr 2839179) Izba krytycznie odnosi się do tego rodzaju modyfikacji: „W przedmiotowym postępowaniu w świetle postanowień projektu umowy dotyczących opcji, wykonawca w stosunku do przeważającego zakresu przedmiotu zamówienia nie zna ostatecznego czasu trwania usługi ani poszczególnych okresów jej trwania, ani okoliczności, od których zależy, czy zamawiający skorzysta z opcji. Przy czym podkreślić należy, że o ile niepewność wykonawców co do skorzystania przez zamawiających z prawa opcji jest naturalną cechą tej instytucji, o tyle w niniejszym stanie faktycznym, niepewność ta dotyczy przedmiotu zamówienia w zdecydowanie przeważającej jego części (44 miesiące opcji wobec 3 miesięcy zamówienia podstawowego) i w dodatku bez dookreślenia dalszych zasad, na jakich będzie realizowana opcja.”.

Powyższe naruszenie art. 99 ust. 1 PrZamPubl wiąże się też z naruszeniem art. 16 PrZamPubl, w kontekście braku zachowania przez zamawiającego zasady przejrzystości, a ponadto wiąże się z naruszeniem art. 353¹ KC, gdyż projekt umowy w zakresie dotyczącym opcji sprzeciwia się ustawie, a także zasadom współżycia społecznego. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala wykonawcy powziąć wiedzy co do przeważającego zakresu umowy, a w konsekwencji co do ryzyka związanego z realizacją tej umowy. Również w wyroku o sygn. akt KIO 1807/12 Izba wyraziła pogląd, zgodnie z którym „mimo braku wyraźnego ograniczenia, nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji, w ramach której zamówienie podstawowe będzie miało charakter mniejszościowy wobec zamówienia objętego prawem opcji”. W ww. wyroku Izba wskazała zatem, że nie ma przeszkód, aby zamówienie przewidywało prawo opcji, lecz jako pewny margines realizacji całego zamówienia, nie zaś jako jego przeważającą część.

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację zapisów jednocześnie nanosząc zmiany na § 8 ust. 2 pkt 1 zał. nr 6 do SWZ tj. projektu umowy.

Pytanie 4 – dotyczy wzoru umowy

Do §8 ust. 4 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację dokumentów potwierdzających zastosowanie poszczególnych 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 ogłaszanym 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. Zamawiający nie wyraża zgody.

W związku z powyższym Zamawiający zamieszcza na swojej platformie zakupowej <https://platformazakupowa.pl/transakcja/754616> uaktualnione następujące dokumenty:

- 1) **6_ZP_2024_SWZ_UMOWA_Załącznik_nr_6_do_SWZ_ZMIANA_1**

Z poważaniem,

Z upoważnienia Dyrektora

Karina Suttor
Specjalista ds.
Zamówień Publicznych

Agnieszka Śniadała
Kierownik Działu
Zamówień Publicznych
i Zaopatrzenia

Otrzymują:

- 1) Dedykowana Platforma Zakupowa https://platformazakupowa.pl/pn/spzoz_zgorzelec
- 2) A/a

Sprawę prowadzi: Karina Suttor; e-mail: zam.publ@spzoz.zgorzelec.pl