ZP/3093/23 Katowice, dnia 08.09.2023 r.

**Do wszystkich Wykonawców**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

**„Zakup i dostawa leków” ZP/3093/23**

**Pytanie 1**

Do §1 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 2, poprzez 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 §1 ust. 2 jest na tyle ogólna, 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.

Po pierwsze, na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. PZP, powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, w sposób rażący naruszające równowagę stron, dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść art. 433 pkt 4 mówi wprost, że „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”, to Zamawiający jest zobowiązany do określenia tych minimalnych wartość w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień oraz spełnić łącznie trzy przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz określić okoliczności skorzystania z niej, a przy tym nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając sobie w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę brzmienie art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1, podlegała będzie unieważnieniu.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Kwestię minimalnego zakresu zamówienia według wartości każdego z pakietów uregulowano w par. 1 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, co wyczerpuje wymóg pzp.

**Pytanie 2**

Do §1 ust. 7 wzoru umowy: Prosimy o usunięcie §1 ust. 7 lub o taką jego modyfikację, aby dostosowana była do właściwości podmiotu, który dokonywał będzie dostawy. W obecnym brzmieniu, treść §1 ust. 7 odnosić się może jedynie do sytuacji, kiedy podmiot dostarczający zamawiany asortyment jest jednocześnie jego wytwórcą i faktycznie uzasadnionym jest, aby ponosił on całkowitą odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe u Zamawiającego i osób trzecich związane z zastosowaniem towaru, który nie spełnia wymogów wynikających z przepisów prawa. W przypadku jednak, kiedy towary dostarczała będzie np. hurtownia farmaceutyczna – może ona ponosić konsekwencje jedynie za własne działania lub zaniechania, które doprowadziły do powstania szkody wynikającej z zastosowania dostarczonego produktu. Przepisy art. 72 ust. 1 oraz art. 76 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 06 września 2001 r. - Prawo Farmaceutyczne (t. j. Dz. U. 2021 poz. 1977 ze zm.) wskazują bowiem wprost, że w zakresie działalności hurtowni farmaceutycznej jest obrót hurtowy produktami leczniczymi. Hurtownia farmaceutyczna nie jest wytwórcą produktu leczniczego, a zatem nie może ponosić nieograniczonej odpowiedzialności finansowej i prawnej za niezgodności produktów leczniczych z umową (a zatem również za ich oznakowanie, etykiety, opakowania etc.), czy też ponosić odpowiedzialności za roszczenia osób trzecich związane z niebezpieczeństwem produktu wobec Zamawiającego.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Wykonawca ma i może ponosić wobec Zamawiającego nieograniczoną odpowiedzialność finansową i prawną za niezgodności produktów leczniczych z umową przetargową – kwestie poszukiwania przez Wykonawcę regresu u podmiotu, który jest producentem danego produktu są poza zakresem przedmiotu umowy przetargowej.

**Pytanie 3**

Do §3 ust. 3 lit. b) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wykonania dostawy w trybie na cito do 10 godzin od chwili złożenia zamówienia?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 4**

Do §8 ust. 1 lit. a), b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kary umownej za opóźnienie dostawy lub opóźnienie w realizacji reklamacji w wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonej lub reklamowanej części zamówienia jednostkowego dziennie?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 5**

Do §9 ust. 2 lit. j) wzoru umowy. Wnosimy o wykreślenie z umowy zapisu §9 ust. 2 lit. j) w brzmieniu zawartym we wzorcu umowy załączonym do SWZ. Wskazujemy, że wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na wycenę finansowania procedur medycznych przez NFZ i w związku z tym nie może być obarczany ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności obniżenia cen związanych ze zmniejszeniem finansowania procedury medycznej przez NFZ.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wykonawca nie jest „obarczony ryzykiem” zmiany ceny na podstawie wskazanego postanowienia przyszłej umowy, skoro zmiana ceny wymaga zawarcia aneksu do umowy, a zatem nie będzie następowała żadnym jednostronnym działaniem Zamawiającego.

**Pytanie 6**

Do §9 ust. 7 lit. a) wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §9 ust. 7 lit. a) wzoru umowy poprzez: usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 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?

Wskazać należy, że zapis §9 ust. 7 lit. a), ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 20% nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. W obecnym brzmieniu tego zapisu, Wykonawca musi z góry założyć, że w razie wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 19% (co stanowi bardzo dużą wartość, uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych) 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 kwestionowany zapis powinien zostać zmieniony w zaproponowany sposób.

Wskazujemy przy tym, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696, z późn. zm.) obowiązuje maksymalna urzędowa marża hurtowa w wysokości 5% urzędowej ceny zbytu. W rzeczywistości oferowane w przetargach produkty, również nierefundowane, zawierają marże zdecydowanie niższe. Marża musi pokryć wszystkie koszty jakie ponosi Wykonawca zamówienia publicznego oraz ewentualny zysk. Brak możliwości waloryzacji cen produktów dostarczanych w ramach umowy przetargowej już od progu 5% narazi Wykonawcę zamówienia nie tylko na utratę spodziewanego zysku, ale także na realne straty.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wykonawca nie jest „obarczony ryzykiem” zmiany ceny na podstawie wskazanego postanowienia przyszłej umowy, skoro zmiana ceny wymaga zawarcia aneksu do umowy, a zatem nie będzie następowała żadnym jednostronnym działaniem Zamawiającego.

**Pytanie 7**

Do §9 ust. 7 lit. a) wzoru umowy Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §9 ust. 7 lit. a) poprzez usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację wynagrodzenia kalkulacji lub innych dokumentów potwierdzających rzeczywiste 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, a określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, zgodnie z zamysłem ustawodawcy, ideą oraz istotą samej waloryzacji - powinno następować poprzez odesłanie do obiektywnych, jednoznacznych oraz niezależnych od stron umowy wskaźników makroekonomicznych. Dlatego też, do uruchomienia mechanizmu waloryzacji wystarczającym winno być złożenie przez Wykonawcę wniosku, w którym powoła się na wzrost wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Wymóg przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów zawierających zestawienie kosztów ponoszonych przez Wykonawcę wraz ze stosownymi obliczeniami i uzasadnieniem stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 PZP, albowiem – wbrew woli ustawodawcy – stanowi on jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP nie jest bowiem uprawnionym obciążanie Wykonawcy tak daleko idącymi obowiązkami celem przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia. 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 najbliżej 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 Głównego Urzędu Statystycznego. 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 zawarty w §9 ust. 7 lit. a) stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zgodnie ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów), stosowane rozwiązania organizacyjne.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 8**

Do §9 ust. 7 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §9 ust. 7 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jak 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:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 9**

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

***Odpowiedź:***

Wskazana wątpliwość nie dotyczy SWZ a zatem Zamawiający nie ma obowiązku udzielić wyjaśnień w oczekiwanym zakresie.

**Pytanie 10**

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 niemożliwości 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 dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

***Odpowiedź:***

Zamawiający nie wyraża zgody.