|  |  |
| --- | --- |
| DZP/PN/18/2024 | Zawiercie, 27.03.2024 r. |

**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW**

dotyczy: **Dostawa produktów leczniczych**

Zamawiający Szpital Powiatowy w Zawierciu odpowiadając na pytania (pisownia oryginalna) informuje:

**Pytanie nr 1**

**Do §2 ust. 6 wzoru umowy.**

Prosimy o modyfikację §2 ust. 5 wzoru umowy poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowocenowym 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. 6 wzoru umowy 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 nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty. W wyroku z dnia 17.11.2023 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 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.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 2**

**Do §6 ust. 1 lit. a) oraz b) wzoru umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji i / lub gwarancji w taki sposób, aby wynosiła ona 0,01% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdą godzinę zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 13,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 8 760 % w skali roku (1% x 24h x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 3**

**Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy:**

Prosimy o wykreślenie zapisu w części dotyczącej naliczenia dodatkowej kary umownej przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia zastępczego, gdyż zapis §4 ust. 8 zobowiązuje Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego wykonawcy oraz wszystkich dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia zastępczego.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 4**

**do §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy do wysokości 10% wartości netto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:** Zamawiający dokonuje zmiany zapisu §6 ust.1 lit. d) Projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie:

1. *w przypadku rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od umowy
z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 10 % wartości netto niezrealizowanej części umowy.*

**Pytanie nr 5**

**Do §9 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy**.

Prosimy o dodanie następujących słów: „(…) na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy, przy czym, przedłużenie terminu obowiązywania umowy może nastąpić jedynie po wcześniejszym wyrażeniu zgody przez Wykonawcę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności.”

**Odpowiedź:** *Zamawiający dokonuje zmiany zapisu §9 ust.1 pkt 1) Projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie:*

1. *przedłużenia terminu realizacji zamówienia na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy, przy czym, przedłużenie terminu obowiązywania umowy może nastąpić jedynie po wcześniejszym wyrażeniu zgody przez Wykonawcę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności – w przypadku zaistnienia okoliczności leżących po stronie Zamawiającego lub w sytuacji gdy Zamawiający nie zrealizował całości przedmiotu zamówienia co do wartości zawartej umowy lub w przypadku zaistnienia niezawinionych przez żadną ze Stron okoliczności, w tym również tzw. „siły wyższej” np. pożar, zalanie itp.;*

**Pytanie nr 6**

**Do §9 ust. 3 wzoru umowy.**

Wnosimy o obniżenie do 5% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia. Wskazujemy przy tym, że proponowany przez Zamawiającego próg 10% spowodować może konieczność ponoszenia rażących strat po stronie wykonawcy zamówienia i sprzedaż poniżej kosztów zakupu (maksymalne marże, w których zawierają się koszty i zysk wykonawcy najczęściej nie przekraczają 5%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 7**

**Do §9 ust. 3 wzoru umowy.**

Prosimy o wyjaśnienie, kto i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniał, że wymagana przez Zamawiającego w §9 ust. 3 wzoru umowy szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania zamówienia, przedstawiona przez Wykonawcę może być nieprecyzyjna albo nierzetelna, co stanowiło będzie dla Zamawiającego powód do ewentualnej odmowy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w całości lub części?

**Odpowiedź:** Zamawiający informuje, że wpływ zmian na koszty realizacji zamówienia po stronie Zamawiającego będą oceniane przez osoby merytorycznie odpowiedzialne za realizację umowy. Rzetelność i precyzyjność kalkulacji będzie oceniana na etapie składanego wniosku o waloryzację wynagrodzenia tzn. czy wnioskowane zmiany wynagrodzenia ujęte były w kalkulacji bazowej składanej zgodnie z zapisami § 9 ust. 3.

**Pytanie nr 8**

**Do §9 ust. 3 wzoru umowy:**

Wnosimy o zmianę §9 ust. 3 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia nakładającego na Wykonawcę obowiązek doręczenia Zamawiającemu w terminie 10 dni od zawarcia umowy szczegółowego zestawienia obejmującego szczegółową kalkulację ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pod rygorem utraty prawa do zwiększenia wysokości wynagrodzenia. Uzasadniając powyższe, wskazać należy, że wymóg ten stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: PZP). W kwestii obowiązku przedłożenia rzeczonej kalkulacji podkreślenia wymaga, że przesłanka ta w sposób nadmierny oraz niezgodny z prawem ogranicza ustawowe uprawnienie Wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia. Jakkolwiek bowiem prawodawca przyznał Zamawiającym pewną swobodę w kształtowaniu treści klauzul waloryzacyjnych, tak nie należy tracić z pola widzenia, że Zamawiający zobowiązany jest dostosować jej kształt do charakteru oraz specyfiki konkretnego zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1085/22). Mając na uwadze, że w przedmiotowej sprawie realizacja zamówienia polegać ma na dostawie produktów leczniczych - których oferowana cena ustalana jest wyłącznie na podstawie cen producenta oraz przyjętej przez Wykonawcę marży – za niedopuszczalne uznać należy nałożenie na Wykonawcę obowiązku przedstawienia ww. kalkulacji. Wymóg ten sprzeciwia się przepisom powszechnie obowiązującego prawa oraz stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Ponadto wymóg zawarty w §9 ust. 3 wzoru umowy, może stanowić naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem 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) oraz stosowane rozwiązania organizacyjne. Informacje te stanowią zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi zaś istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 149/16; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12). Co do samego zaś rygoru utraty prawa do waloryzacji w razie nieprzedłożenia ww. kalkulacji należy wskazać, że takie ukształtowanie pozycji Wykonawcy wypacza sens ww. regulacji i stanowi jedynie pozorną realizację art. 439 PZP i jako takie pozostaje w jawnej sprzeczności z przepisem ustawy. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie zgodnie podnosi się, że celem zastosowania art. 439 PZP powinno być faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1192/22). Postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 4, art. 439). Przenosząc powyższe konstatacje na grunt kwestionowanego §9 ust. 3 wzoru umowy, nie ulega wątpliwości, że postanowienie to stanowi jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający uzależnia bowiem

możliwość skorzystania przez Wykonawcę z ustawowego uprawnienia do waloryzacji od realizacji wymogu sprzecznego z prawem, a przy tym narażającego go na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia Projektowanych Postanowień Umowy. Jednocześnie wskazuje, że nie narzuca sposobu oraz formy przedstawionej kalkulacji, o której mowa w § 9 ust. 3 np. mogą to być:

- wyliczenia składników cenotwórczych materiałów lub kosztów, które mają wpływ na wartość wynagrodzenia;

- inne dokumenty z których będzie wynikać sposób wyliczenia wartości wynagrodzenia, a następnie jego wnioskowana zmiana.

Ponadto, Zamawiający wskazuje, że Szpital jako jednostka sektora finansów publicznych zobligowana jest do wydatkowania środków publicznych w sposób celowy, racjonalny i oszczędny, a podmiot dysponujący środkami publicznymi musi wybrać taki sposób finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Mając na uwadze powyższe regulacje ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do zapisów PPU wprowadzono §9 ust. 3 PPU.

Dodatkowo zakwestionowana regulacja ma prowadzić do zapewnienia realnej weryfikacji wniosku o waloryzacji wynagrodzenia. Wymóg złożenia kalkulacji nie jest nadmiernym utrudnieniem dla Wykonawcy, a jeżeli zawarte w niej dane stanowią tajemnice przedsiębiorstwa wykonawca powinien to zastrzec.

**Pytanie nr 9**

**Do §9 ust. 4 wzoru umowy.**

Prosimy o zmianę postanowienia §9 ust. 4 wzoru umowy w ten sposób, aby w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający posiadali 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 zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 10**

**dotyczy par. 6 ust. 1 pkt d) wzoru umowy**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 6 ust. 1 pkt d) wzoru umowy w ten sposób, że:

*„1. Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karami umownymi w następujących przypadkach i wysokościach:
d) w przypadku rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od umowy*

*z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 10% wartości niezrealizowanej umowy brutto za dany pakiet.*

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.

**Odpowiedź:** Zamawiający wskazuje na odpowiedź udzieloną w pytaniu nr 4.

**Pytanie nr 11**

**dotyczy pakietu nr 7**

Zamawiający w § 2 ust. 2 wzoru umowy zastrzegł, iż data ważności dostarczonych produktów leczniczych nie może być krótsza niż 12 m-cy, Zaproponowany przez Zamawiającego termin ważności tj. nie krótszy niż 12 miesięcy, dla produktu leczniczego Vabysmo (nazwa międzynarodowa 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 pakietu nr 7?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 12**

**Dotyczy par 2 ust 3 wzoru umowy**

Zamawiający w paragrafie 2 ust 3, użył sformułowania:

„3. W przypadku przyjęcia przedmiotu zamówienia z datą ważności krótszą niż przewiduje § 2 ust. 2 Zamawiający ma prawo zwrotu przedmiotu zamówienia przed upływem terminu jego ważności, a Wykonawca jest zobowiązany do przyjęcia zwrotu i skorygowania wystawionych faktur..

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, zwrot produktu leczniczego do Wykonawcy możliwy *na zasadach określonych poniżej:*

*a) wniosek o zwrot został zgłoszony w ciągu 5 dni od nabycia (otrzymania dostawy) produktu,*

*b) produkty są pełnowartościowe, opakowania są czyste, nieuszkodzone, nieotwarte, zabezpieczenie ATD (Antietampering Device) są nienaruszone, produkty nie są opisane żadnymi adnotacjami (np. długopisem), ani oznakowane etykietami szpitala*

*c) numery seryjne zwracanych produktów posiadają status "aktywny" w systemie PLMVS (KOWAL)*

*[Jeśli numery seryjne produktów zwróconych przez Zamawiającego zostały już wycofane z bazy, PLMVS to znaczy dokonano tzw. „decommision”, to odwrócenie wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS tzw. „undo-decommission” może być wykonane wyłącznie przez Zamawiającego, maksymalnie w ciągu 10 dni od wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS],*

*d) do zwracanych produktów leczniczych (zarówno lodówkowych jak i o pokojowej temperaturze przechowywania) dołączane są rejestry temperatury (preferowane elektroniczne) z przechowania produktu w aptece szpitalnej, potwierdzające przechowywanie w warunkach określonych w dokumentacji rejestracyjnej (pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu i Charakterystyce Produktu Leczniczego)”.*

Mając na uwadze powyższe, czy Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie modyfikacji par 2 ust 3 mając na uwadze powyższe?

UZASADNIENIE:

Tego typu postanowienia prowadzą de facto do sytuacji, w której Wykonawca nie ma możliwości wyceny ryzyka kontraktowego oraz określenia minimalnego progu złożonych przez Zamawiającego zamówień w ramach umowy, bowiem każdy zamówiony towar może zostać zwrócony Wykonawcy. Postanowienia te stoją zatem w sprzeczności z art. 433 pkt 4) ustawy PZP i stanowią przykład tzw. klauzul abuzywnych w prawie zamówień publicznych.

Wskazać nadto należy, że Zamawiający jako profesjonalista, kierujący się wiedzą i doświadczeniem potrafi przewidywać określone okoliczności mające wpływ na dokonywane zakupy leków dostosowane do jego potrzeb.

Ponadto Wykonawca podkreśla, że każdy profesjonalny podmiot działający w branży farmaceutycznej ma z góry określoną procedurę zwrotu leków. Zgodnie z procedurami Roche, odbiorca (Zamawiający) ma maksymalnie 5 dni na zgłoszenie wniosku o zwrot leku od jego otrzymania, przy czym zwracane mogą być wyłącznie produkty o aktywnym statusie realizacyjnym, które przebywały poza kontrolą Roche łącznie nie dłużej niż 30 dni, pod warunkiem, że zostały udokumentowane warunki przechowywania (także w weekendy i dni wolne od pracy) w postaci rejestru temperatury określonego dla danego leku. Zatem trudno oczekiwać, aby jakikolwiek podmiot wyraził zgodę na tego typu postanowienia, które dla Wykonawcy oznaczają podwójną stratę, tj. zwrot kwot zapłaconych przez Zamawiającego oraz konieczność utylizacji leków.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.