

Do Wykonawców

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia **na dostawę leków**.

Zamawiający udziela następujących odpowiedzi na zapytania do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

1. Załącznik nr 4 do SWZ – Projekt umowy:

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 4.10? dostawa natychmiast po otrzymaniu zamówienia jest konfekcjonowana, co wiąże się z m.in. z wystawieniem faktury VAT i uruchomieniem łańcucha logistycznego (magazyn - kurier – transport). Nie ma zatem możliwości bezkosztowej rezygnacji z dostawy lub zmiany zamówienia w trakcie realizacji. Oznaczałoby to rażącą stratę dla Wykonawcy, który część dostaw, na swój koszt, musiałby traktować jako „niebyłe” wystawiając korektę faktury i ponosząc koszty już zakontraktowanego transportu (kuriera).

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgodny na proponowaną zmianę projektu umowy.

2. Załącznik nr 4 do SWZ – Projekt umowy:

Czy Zamawiający w par. 7.1 wykreśli frazę o „odmowie przyjęcia towaru”? Zapis ten wprowadza jednostronny tryb ‘odmowy przyjęcia towaru’, który w istocie tożsamy jest z postępowaniem reklamacyjnym, określonym w par. 7.2, jednak przebiega jednostronnie, w momencie odbioru towaru, bez udziału Wykonawcy i możliwości rozpatrzenia reklamacji. Jednostronna ‘odmowa przyjęcia’ może przy tym dotyczyć także wad jakościowych. Zgodnie z KC Wykonawca powinien mieć możliwość ustosunkowania się do reklamacji – o takim rozparzeniu reklamacji jest mowa w par. 7.2. Nie może być postawiony przed faktem dokonany niezasadnego „zwrotu towaru”, bowiem w przypadku odrzucenia reklamacji niejasne jest, kto ma pokryć koszty zwrotu i ponownej dostawy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgodny na proponowaną zmianę projektu umowy.

3. Załącznik nr 4 do SWZ – Projekt umowy:

Czy Zamawiający w par. 11.6- 11.11 wprowadzi zapis o automatycznej zmianie stawki VAT, tj. ceny brutto leków? Obecne zapisy uzależniają zmianę stawki od wniosku Wykonawcy grożą Wykonawcy rażącą stratą i mogą powodować dostarczanie towaru po cenie rażąco niskiej.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgodny na proponowaną zmianę projektu umowy.

4. Do §2 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy o wyjaśnienie zapisu §2 ust. 2 projektu umowy, ponieważ sprzedaż odbywać się będzie w opakowaniach których wielkość jest zarejestrowana i wykonawca będzie oczekiwał zapłaty za dostarczony towar.

Odpowiedź:

SWZ jasno stanowi, że:

“4.7 Zamawiający określa następujący, dopuszczalny sposób zaoferowania przedmiotu zamówienia:

1) w Formularzach cenowych/Przedmiot zamówienia, w kolumnie: „Zaoferowana ilość opakowań”, należy podać wymagane w SWZ ilości przedmiotu zamówienia tzn. ilość opakowań po przeliczeniu zapotrzebowania. Jeżeli z przeliczeń nie wynikają pełne opakowania należy podać ilość ułamkową z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku (zgodnie z zasadą arytmetyczną).

2) Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia o innej postaci: z tabletek na tabletki powlekane lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie, z kapsułek na tabletki lub tabletki powlekane lub drażetki i odwrotnie, z tabletek powlekanych na tabletki lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie, z drażetek na tabletki lub tabletki powlekane lub kapsułki i odwrotnie, z ampułek na ampułkostrzykawki lub fiołki lub flakony lub butelki i odwrotnie, z fiołek na ampułki lub ampułkostrzykawki lub flakony lub butelki i odwrotnie, z flakonów na ampułki lub ampułkostrzykawki lub fiołki lub butelki i odwrotnie, z butelek na ampułki lub ampułkostrzykawki lub fiołki lub flakony i odwrotnie, z ampułkostrzykawek na ampułki lub fiołki lub flakony lub butelki i odwrotnie.

3) Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczania towaru w pełnych opakowaniach. Jeżeli ilość wymagana przez Zamawiającego jest mniejsza niż ilość znajdująca się w opakowaniu, Wykonawca powinien uwzględnić tę różnicę w kalkulacji ceny.”

5. Do §4 ust. 13 pkt 1) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §4 ust. 13 pkt 1) poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji sortymentowych, 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 §4 ust. 13 pkt 1) 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 dostawę, 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.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektu umowy.

6. Do §8 ust. 7 wzoru umowy prosimy o dodanie słów: „o ile kara umowna w dniu dokonywania potrącenia będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny.”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektu umowy.

7. Do §10 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §10 ust. 2. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu do dowolnego 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 2021 poz. 1129 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, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektu umowy.

Produkty lecznicze powinny znajdować się i spełniać wymagania określone w katalogu leków refundowanych. Refundacja leku następuje zgodnie z ceną określoną limitem. Zastosowanie leku po jego usunięciu z listy refundacyjnej spowodować mogłoby brak jego refundacji i niecelowość wydatku ze środków publicznych, co nie leży też w interesie publicznym.

8. Do §11 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco startą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektu umowy.

O zmianach umowy stanowi art. 455 ustawy Pzp oraz treść projektu umowy.

9. Do §11 ust. 3 wzoru umowy: Wnosimy o wykreślenie z umowy zapisu §11 ust. 3. 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 obciążony ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności obniżenia cen związanych ze zmniejszeniem finansowania procedury medycznej przez NFZ.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektu umowy.

Artykuł 9 ustawy dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (dalej: ustawa refundacyjna) określa sposób kształtowania się cen leków, które są nabywane przez świadczeniodawcę. Jest to przepis lex specialis do ogólnych zasad obowiązujących w podmiotach prowadzących działalność leczniczą zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych. Odnosi się on jednak tylko do podmiotów, które mają status świadczeniodawcy i nabywają produkty refundowane w celu realizacji świadczeń gwarantowanych. W każdym przypadku, gdy te przesłanki są spełnione, zastosowanie znajduje art. 9 i wskazane w nim warunki nabywania produktów refundowanych. W związku z tym przepis ten będzie miał pierwszeństwo w zastosowaniu przed wszystkimi regulacjami na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Artykuł 9 ustawy refundacyjnej wprowadza pojęcie cen maksymalnych jako wyjątek od ogólnej normy. W ust. 1 przepis ten stanowi, że: "Świadczeniodawca w celu realizacji świadczeń gwarantowanych jest obowiązany nabywać leki (...) po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu powiększona o marżę nie wyższą niż urzędowa marża hurtowa, a w przypadku nabywania od podmiotu innego niż przedsiębiorca prowadzący obrót hurtowy w rozumieniu ustawy - Prawo farmaceutyczne - po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu".

Maksymalny charakter cen dla produktów refundowanych do leczenia szpitalnego ma także dodatkowy aspekt. Zgodnie z odpowiednimi przepisami ustawy o refundacji, Minister Zdrowia wydaje obwieszczenie z aktualnie obowiązującą listą produktów refundowanych. Problemem, który gdyby nie przepisy Kodeksu cywilnego, mógłby wystąpić jest różnica w wartościach cenowych pomiędzy obwieszczeniem Ministra Zdrowia, a realizowaną w czasie umową Wykonawcy z Zamawiającym. Prawo zamówień publicznych wprost wskazuje na zastosowanie kodeksu cywilnego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

Przy zawieraniu umów sprzedaży leków, w warunkach pozwalających na zastosowanie ceny maksymalnej, każdorazowo trzeba mieć na uwadze częstą zmianę cen, w związku z uaktualnianiem raz na trzy miesiące obwieszczenia zawierającego wykaz refundowanych leków. Zastosowanie znajdzie art. 538 KC - W związku z tym jeżeli cena zawarta w umowie jest wyższa niż cena maksymalna za lek zawarta w obwieszczeniu, kupujący nie jest zobowiązany do zapłaty ceny wyższej, a jedynie cenę maksymalną. Jeżeli sprzedawca otrzymał cenę wyższą od maksymalnej, to kupujący ma roszczenie do sprzedawcy o zwrot różnicy. Zastosowanie przepisu będzie możliwe jedynie w sytuacji, gdy zapłacona cena jest wyższa niż cena maksymalna. Nadto zgodnie z art. 536 § 1 kc dopuszczalne jest określenie ceny przez wskazanie podstaw do jej ustalenia.

Niestosowanie się świadczeniodawcy do obowiązku przestrzegania maksymalnych cen i marż stwarza możliwość narażenia się na zarzut niegospodarności. Zarzut ten może dotyczyć zarówno podmiotów prywatnych, jak i podmiotów finansowanych ze środków publicznych. Przy czym w przypadku ostatniej z ww. grup podmiotów

zajmujących się realizacją świadczeń gwarantowanych, należy mieć w szczególności na uwadze odpowiedzialność wynikającą z naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Należy zwrócić uwagę, że nabycie produktów refundowanych po cenach wyższych jest niecelowe z punktu widzenia świadczeniodawców, którym zależy na uzyskaniu możliwie najniższej ceny. Możliwość nabycia produktów po cenach określonych zgodnie z ustawą refundacyjną jest bezpośrednio związana z działaniami podmiotów przystępujących do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też to oni są podmiotami, których zachowania zostały zabezpieczone sankcją w postaci kary pieniężnej (art. 50 ustawy refundacyjnej). W związku z tym artykuł ten w rzeczywistości kierowany jest do podmiotów, które te leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne po cenach wyższych proponują.

Produkty lecznicze powinny znajdować się i spełniać wymagania określone w katalogu leków refundowanych. Katalog leków refundowanych jest określany w wydawanym na podstawie ustawy refundacyjnej Obwieszczeniu Ministra Zdrowia, które w szczególności podaje nazwę substancji czynnej, postać i dawkę leków, które będą refundowane, kod EAN odpowiadający konkretnemu produktowi, urzędowe ceny zbytu, ceny hurtowe brutto i limity refundacji. Cena leku musi zostać ustalona zgodnie z ustawą refundacyjną. Nie powinna ona przekraczać limitu refundacji z Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu leków refundowanych. Konieczna jest możliwość dostosowania cen do limitu refundacji ogłaszanego w Obwieszczeniach MZ. W związku z tym Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie § 11 ust. 3 projektu umowy.

- 10.** Do §12 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §12 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że „Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany (wzrostu lub obniżenia) cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia może nastąpić w przypadku istotnej (co najmniej 30%) zmiany ceny materiałów lub kosztów” 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. Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że §12 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 30%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 29% (co stanowi dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając 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 kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Dodatkowo prosimy o Prosimy o rezygnację z opisanego w §12 ust. 3 wzoru umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia oraz zastąpienie go automatyczną indeksacją wynagrodzenia Wykonawcy 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 „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).

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia – w ślad za uprzednio złożonym zapytaniem - że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §12 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:

Zamawiający nie wyraża zgodny na proponowaną zmianę projektu umowy.

Intencją regulacji określonej w art. 439 wprowadzonej na mocy ustawy z 7.10.2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. poz. 2185), zmieniającej ustawę z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych - dalej „Pzp”, było wprowadzenie waloryzacji umownej jako mechanizmu urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy.

Mechanizm ten, dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Jednakże, co jednoznacznie wynika z przywołanego art. 439 Pzp, dla zastosowania klauzuli waloryzacyjnej nie jest wystarczającą przesłanką zaistnienie zmiany cen materiałów lub kosztów. Niezbędne jest ustalenie wpływu zmiany użytych do realizacji zamówienia materiałów lub kosztów na wskazane w umowie wynagrodzenie za jej wykonanie.