Katowice, dnia 01.03.2023

ZP/213/23

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę leków biologicznych nr sprawy: ZP/213/23

Do dnia 27.02.2023r. do Zamawiającego wpłynęły następujące pytania:

**Pytanie nr 1**

**Dotyczy wzoru umowy i zapisów swz**

Zamawiający w paragrafie 3 ust. 3 a) i b) wzoru umowy oraz dziale IV pkt 2 zastrzegł, iż:

*Wykonawca zrealizuje zamówienie towaru w godzinach przyjęć Apteki Szpitalnej Zamawiającego (7.00 – 14.00) w ciągu*

*a. 24 godzin od złożenia zamówienia.*

*b. 12 godzin w trybie zamówienia „ NA CITO”*

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy dostawa odbywa się

od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem sobót , świąt i dni wolnych od pracy, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na termin dostawy w trybie pilnym 12 h i dostawy w trybie zwykłym - 24 h (od momentu złożenia zamówienia) od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem sobót , świąt i dni wolnych od pracy pakietu nr 5?

**Odpowiedź:**

**Zgodnie z SWZ dostawy dotyczą dni roboczych. Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 2**

**Dotyczy wzoru umowy**

Zamawiający w paragrafie 5 ust. 6 wzoru umowy zastrzegł, iż:

*„****Opóźnienia w płatnościach przez Zamawiającego nie spowodują zaprzestania realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę****.”*

**Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikacje powyższego zapisu na:**

***"Opóźnienia w płatnościach przez Zamawiającego nie przekraczające 90 dni po terminie płatności określonym na fakturach nie spowodują zaprzestania realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę.”***

**Uzasadnienie:**

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie umowne skutkuje obowiązkiem wykonywania umowy przez Wykonawcę w przypadku niewykonywania obowiązku zapłaty przez Zamawiającego. Co więcej konstrukcja obecnego postanowienia z par 5 ust 7 nie wskazuje na żadne ograniczenia czasowe, co oznacza, iż przy opóźnieniu w płatnościach po stronie Zamawiającego, niezależnie od ich wysokości oraz terminu opóźnienia płatności, Wykonawca ma obowiązek nieprzerwanego wykonywania umowy.

Tak ukształtowane postanowienie należy uznać za sprzeczne z art. 552 Kodeksu Cywilnego poprzez ograniczenie prawa Wykonawcy do powstrzymania się z realizacją dostaw w przypadku, gdy Zamawiający dopuści się zwłoki z zapłatą ceny za dostarczoną część rzeczy sprzedanych.

Jednocześnie na podstawie aktualnie wykonywanych umów przetargowych zawartych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, Wykonawca ma uzasadnione obawy w zakresie terminowych płatności ze strony Zamawiającego, co w przypadku pozostawienia powyższego postanowienia w umowie stanowi naruszenie zasady proporcjonalności. Zgodnie z Komentarzem do Prawa zamówień publicznych: “Zamawiający, przygotowując i prowadząc postępowanie, może stawiać określone wymagania – powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. Podobnie w zakresie warunków zamówienia określanych przez zamawiającego, w tym postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego – zachowanie proporcjonalności oznacza znalezienie równowagi pomiędzy interesami zamawiającego i poszczególnych wykonawców (por. wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl.)”1.

Z powyższych powodów postanowienie zaproponowane przez Zamawiającego we wzorze umowy narusza przepisy Kodeksu Cywilnego oraz zasady współżycia społecznego i powinno ulec zmianie.

1M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody. Jako podmiot leczniczy zamawiający musi mieć zagwarantowaną ciągłość dostaw.**

**Pytanie nr 3**

**Dotyczy pakietu nr 5**

Czy Zamawiający w formularzu cenowym w pakiecie nr 5 w kolumnie 10 dopuści podanie ceny netto produktu leczniczego Tocilizumab za **1 mg**, zaś w kolumnie 9 oczekuje podania ilości oferowanych mg czyli **153600 mg**?

Wycena ww. produktu za opakowanie nie jest możliwa w związku z tym,

iż produkt leczniczy Roactemra (Tocilizumab) koncentrat do sporz. roztw. do infuzji jest dostępny w różnych dawkach do wyboru tj.: 80mg, 200mg, 400mg.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający dopuszcza wycenę leku za 1 mg (kolumna 10) oraz oczekuje ilości 153600 mg.**

**Pytanie nr 4**

**Dotyczy wzoru umowy**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 8 ust. 1 pkt c) umowy w ten sposób, że:

*„Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w przypadku:*

*c) odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn dotyczących Wykonawcy – w wysokości 10%* ***wartości niezrealizowanej umowy brutto.”***

Uzasadnienie

Zdaniem Wykonawcy niewłaściwym są postanowienia Umowy, w których kara umowna naliczana jest od 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 nie wyraża zgody.**

Pytania do wzoru umowy:

**Pytanie nr 5**

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 i 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.

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, a tym samym 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 wprowadza następujące zmiany do treści załącznika nr 10 - istotne postanowienia umowy:**

**Było:**

**§ 1**

1. **Przedmiotem umowy jest sukcesywna dostawa leków biologicznych Pakiet nr ….. do Zamawiającego zwanych dalej „towarem”, Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć Zamawiającemu towar wg cen, ilości i asortymentu wyszczególnionego zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawcy (Formularz cenowy). Elektronicznie złożona oferta Wykonawcy oraz SWZ stanowią integralna część niniejszej umowy bez konieczności czynienie z nich załączników do umowy.**
2. **Mając na uwadze postanowienia ustępu wyżej do umowy ilości towaru stanowią szacunkową ilość towaru przewidzianego do zakupu w okresie obowiązywania umowy, a jego faktyczna ilość zamówiona wynikać będzie z bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego. Ilości zamawianego towaru może ulec zmianie w trakcie trwania umowy w ramach dostaw zamiennie bilansujących się w całkowitej wartości brutto umowy z zastrzeżeniem ust 3 niżej. Wykonawca oświadcza, że z tego tytułu nie będzie dochodził jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego.**
3. **Zamawiający zobowiązuje się do zamówienia co najmniej 50% ilości każdego z produktów asortymentowych w każdym z Pakietów, z zastrzeżeniem zapisów § 9 ust. 3.**

**Jest:**

**§ 1**

1. **Przedmiotem umowy jest sukcesywna dostawa leków biologicznych Pakiet nr ….. do Zamawiającego zwanych dalej „towarem”, Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć Zamawiającemu towar wg cen, ilości i asortymentu wyszczególnionego zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawcy (Formularz cenowy). Elektronicznie złożona oferta Wykonawcy oraz SWZ stanowią integralna część niniejszej umowy bez konieczności czynienie z nich załączników do umowy.**
2. **Mając na uwadze postanowienia ustępu wyżej do umowy ilości towaru stanowią szacunkową ilość towaru przewidzianego do zakupu w okresie obowiązywania umowy, a jego faktyczna ilość zamówiona wynikać będzie z bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego, z zastrzeżeniem ust 3 niżej. Wykonawca oświadcza, że z tego tytułu nie będzie dochodził jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego.**
3. **Zamawiający zobowiązuje się do zamówienia co najmniej 50% ilości produktów w każdym z Pakietów, z zastrzeżeniem zapisów § 9 ust. 3.**

**Pytanie nr 6**

Do §1 ust. 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie minimalnego gwarantowanego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70% w każdym z pakietów?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 7**

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. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 8**

Do §3 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z art. 552 k.c.: "…z wyłączeniem powołania się przez Dostawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody. Jako podmiot leczniczy zamawiający musi mieć zagwarantowaną ciągłość dostaw.**

**Pytanie nr 9**

Do §4 ust. 12, §9 ust. 2 lit. b), i) wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyrazi zgody.**

**Pytanie nr 10**

Do §5 ust. 6 wzoru umowy: W związku z tym, że czynność prawna dokonana przez strony nie może skutkować wyłączeniem ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a takim jest art. 552 Kodeksu Cywilnego uprawniający Sprzedawcę do wstrzymania dostaw w przypadku, gdy Kupujący dopuszcza się zwłoki z dokonaniem zapłaty za dostarczoną część zamówienia, prosimy o usunięcie z umowy odpowiednich postanowień §5 ust. 6.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 11**

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. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 12**

Do §8 ust. 1 lit. c) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 13**

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. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 14**

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?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności 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. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 15**

Do §9 ust. 7 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na określenie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 50% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy? Wyjaśniamy, że możliwość taka została przewidziana w postanowieniach art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.).

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 16**

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. Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.**

**Pytanie nr 17**

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:**

**Zamawiający nie udziela wyjaśnień, gdyż pytanie nie dotyczy SWZ.**

**Pytanie nr 18**

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 udziela wyjaśnień, gdyż pytanie nie dotyczy SWZ.**