Kraków, dn. 26.06.2023 r.

SZP-271/24-2/2023

**Do wszystkich zainteresowanych**

**Dot. sprawy: SZP/23/2023 - wyjaśnienie treści SWZ**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: **„Dostawę leku biologicznego”.**

1. **WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ**

Działając na podstawieart. 135 ust. 2ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: PZP), Zamawiający przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z wyjaśnieniami:

**Pytanie 1**

Do §3 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wyjaśnienie co Zamawiający rozumie przez określenie „Katalog Substancji Czynnych NFZ” przywołane w §3 ust. 4 wzoru umowy?

**ODPOWIEDŹ: Przez określenie „Katalog Substancji Czynnych NFZ” Zamawiający rozumie substancje czynne opisane w Załącznik do Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 20 czerwca 2023 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na 1 lipca 2023 r., zawierający kody EAN, zakładka B, pod nazwą: Leki i środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego dostępne z programu lekowego.**

**Pytanie 2**

Do §3 ust. 13 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §3 ust. 13 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 zgody. W przypadku braku porozumienia zastosowanie znajdą ogólne przepisy Kc.**

**Pytanie 3**

Do §3 ust. 13, ust. 16 pkt 4 wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie obowiązków dotyczących przedłożenia szczegółowej kalkulacji kosztów w ciągu 14 dni od daty podpisania umowy oraz dołączenia do wniosku o waloryzację wynagrodzenia dokumentów uzasadniających zmianę kosztów wykonania zamówienia, gdyż wymóg przedłożenia przez Wykonawcę szczegółowej kalkulacji cen materiałów oraz kosztów realizacji zamówienia pod rygorem utraty prawa do waloryzacji, stanowi naruszenie treści oraz idei art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wynika ze stanowiska doktryny: „(…) 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 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). Wskazujemy przy tym, że obowiązki dotyczące przedłożenia szczegółowej kalkulacji kosztów w ciągu 14 dni od daty podpisania umowy, a także dołączenia do wniosku o waloryzację wynagrodzenia szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji umowy oraz dokumentów uzasadniających zmianę kosztów wykonania zamówienia dublują warunki waloryzacji i *de facto* nakazują potwierdzać dokumentami obiektywny wskaźnik zmiany cen publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

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, to 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 ten stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. 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) 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 KIO z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 149/16; wyrok KIO 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 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 KIO z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1192/22). Innymi słowy, 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 kwestionowanych zapisów 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 wyraża zgody na wykreślenie wskazanych zapisów i nie uważa regulacji w § 3 ust. 13 i ust. 16 pkt 4 za niezgodne z PZP. Zamawiający jako gospodarz postępowania w granicach przepisów prawa ma swobodę w kształtowaniu warunków zamówienia i ponosi ich konsekwencje. Kwestionowane regulacje mają służyć zobiektywizowaniu i zapewnieniu realnej weryfikacji wniosku o waloryzację wynagrodzenia, który zostanie złożony w przyszłości przez wykonawcę. Wymóg przedłożenia kalkulacji nie jest nadmiernym utrudnieniem dla wykonawcy (wykonawca rzetelnie przygotowujący ofertę i kalkulujący jej cenę w perspektywie zakładanego czasu trwania umowy takie dane posiada). Katalog kosztów ujętych w kalkulacji powinien być dopasowany przez wykonawcę do specyfiki zamówienia. Jeśli dane takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien to zastrzec. To, że rynkowe, uśrednione dane wskazują, że pewne koszty rosną nie znaczy, że koszty takie danemu wykonawcy rosną lub rosną w takim samym stopniu. Dlatego Zamawiający oczekuje od wykonawcy składającego wniosek o waloryzację przedłożenia wraz z nim dokumentów wskazanych w § 3 ust. 16 pkt 4.**

**Pytanie 4**

Do §3 ust. 17 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy zapisów §3 ust. 17 jako niezgodnych z normami współżycia społecznego i będącego 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 następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody. Konstrukcja tej regulacji zabezpiecza możliwość przeprowadzenia procesu waloryzacji wynagrodzenia z wnioskiem, gdy wnioskuje o to Zamawiający.**

**Pytanie 5**

Do §9 ust. 1 pkt 1), ust. 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §9 ust. 1 pkt 1), ust. 5 wzoru umowy do wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie uważa przyjętego poziomu kar umownych za wygórowany. Zapewnienie ciągłości i terminowości dostaw leków ma dla Szpitala kluczowe znaczenie, a uchybienia w terminowości dostaw mogą nieść za sobą problemy związane z zapewnieniem ciągłości terapii pacjentów.**

**Pytanie 6**

Do §9 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę w sposobie naliczania kary umownej za opóźnienie w realizacji dostawy lub za dostawę niezgodną z zamówieniem do wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonej lub niezgodnej części zamówienia za każdy dzień zwłoki, a dla dostaw w trybie na cito do wysokości 0,05% wartości brutto niedostarczonej lub niezgodnej części zamówienia za każdą godzinę zwłoki?

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie uważa przyjętego poziomu kar umownych za wygórowany. Zapewnienie ciągłości i terminowości dostaw leków ma dla Szpitala kluczowe znaczenie, a uchybienia w terminowości dostaw mogą nieść za sobą problemy związane z zapewnieniem ciągłości terapii pacjentów.**

**Pytanie 7**

Do §9 ust. 1 pkt 3) lit. a) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ewentualne naliczanie kary umownej za niedostarczenia zamówionej dostawy w wysokości 10% niedostarczonej części zamówienia?

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie uważa przyjętego poziomu kar umownych za wygórowany. Zapewnienie ciągłości i terminowości dostaw leków ma dla Szpitala kluczowe znaczenie, a uchybienia w terminowości dostaw mogą nieść za sobą problemy związane z zapewnieniem ciągłości terapii pacjentów.**

**Pytanie 8**

Do §9 ust. 1 pkt 3) lit. b) wzoru umowy. Prosimy o usunięcie §9 ust. 1 pkt 3 lit. b), nakładającego na Wykonawcę dodatkową karę z tytułu dokonania zakupu interwencyjnego spowodowanego brakiem dostawy lub niedostarczeniem towaru w terminie. Nadmieniamy, że Zamawiający zastrzegł w umowie wiele środków dyscyplinujących oraz kompensacyjnych, możliwych do wykorzystania w okolicznościach opóźnienia dostawy bądź jej braku. Wśród nich wymienić należy zastrzeżoną w §9 ust. 1 pkt 2 oraz §9 ust. 1 pkt 3 możliwość naliczenia kary umownej za brak dostawy lub niezrealizowanie w terminie dostawy, czy wynikającą z treści §5 ust. 3 pkt 2 możliwość odstąpienia od umowy w przypadku niewywiązania się z terminu realizacji dostawy lub w razie braku realizacji dostawy. Ponadto, postanowienia §9 ust. 1 pkt 3 lit. b) oraz §9 ust. 2 zobowiązują już Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie, pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego dostawcy, a także dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia zastępczego. W związku z powyższym, uważamy dodanie, do i tak już obszernego katalogu, kolejnego rodzaju kary za rażąco wygórowane oraz przekraczające granice motywacji Wykonawcy do realizacji zamówienia, a zatem mogące stanowić przyczynek dla Zamawiającego do wzbogacenia się.

**ODPOWIEDŹ: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Przyjęty mechanizm ma zabezpieczyć prawidłową realizację przedmiotu umowy i zapewnić dostępność leków. W dotychczasowej praktyce funkcjonowania Szpitala z regulacji tych korzystano niezwykle rzadko i nie stanowią one przyczynku dla Zamawiającego do wzbogacenia się.**

**Pytanie 9**

Do §10 ust. 1 pkt 13) wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie zapisu §10 ust. 1 pkt 13) wzoru umowy, który przewiduje obniżenie „wynagrodzenia dostawcy w przypadku zmiany regulacji skutkujących zmniejszeniem wysokości płatności dokonywanych przez NFZ na rzecz Zamawiającego w ramach rozliczeń w zakresie skojarzonego zakresu świadczeń – to jest wyodrębnionego w umowie w danym zakresie świadczeń w leczeniu szpitalnym, w ramach którego udzielane są określone świadczenia wraz z wyodrębnioną w ramach umowy kwotą zobowiązania, przeznaczoną wyłącznie na ich finansowanie.”. Wskazujemy, że wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na decyzje dotyczące finansowania procedur medycznych przez NFZ, a zatem, nie może być obarczany ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności obniżenia ceny w związku ze zmniejszeniem lub odstąpieniem od finansowania procedury medycznej przez NFZ. Ponadto podkreślamy, że zapis dotyczący obniżenia cen na skutek zmniejszenia płatności dokonywanych przez NFZ, jest niezgodny z wymogami zawartymi w art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem wymóg zawarty w §10 ust. 1 pkt 13) wzoru umowy skutkuje brakiem możliwości skalkulowania cen do oferty przetargowej, ponieważ wykonawca zamówienia, nie posiada żadnej wiedzy w zakresie zarówno wysokości (zakresu) jak i częstotliwości zmian cen wprowadzanych przez NFZ.

**ODPOWIEDŹ: Nie. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 10**

Do §10 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie zapisu §10 ust. 1 pkt 14), zgodnie z którym Zamawiający przewiduje zmianę umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany ceny jednostkowej brutto poszczególnego asortymentu wyszczególnionego w załączniku do umowy w przypadku określenia przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej będącej przedmiotem niniejszej umowy w danym miesiącu poniżej ceny określonej w umowie?

Mechanizm narzucenia cen przez NFZ, w sposób wskazany powyżej, a przewidziany w niżej wskazanych zarządzeniach Prezesa NFZ jest bezprawny - narusza wiele przepisów powszechnie obowiązujących, stąd dla zachowania bezpieczeństwa obrotu i zawieranej umowy przetargowej, Wykonawca wnosi o jego usuniecie. Wskazujemy przy tym, że w najświeższym orzeczeniu KIO z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) Izba krytycznie odniosła się do możliwości odstąpienia od umowy w przypadku, gdy Wykonawca nie wyrazi zgody na obniżenie cen w odpowiedzi na odpowiednie obniżki dokonywane przez NFZ zakazując stosowania tego typu postanowień i oceniając je jako nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. Ponadto wprost odnosząc się do kwestii zastrzegania we wzorcu umowy zmian wynagrodzenia w oparciu o zmiany określanego przez NFZ średniego kosztu rozliczenia substancji czynnej, wyraziła pogląd, że określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem Wykonawcy, a Zamawiający nie jest uprawniony do wpływania treść oświadczenia woli Wykonawcy poprzez narzucanie mu maksymalnej ceny za realizację zamówienia, wobec czego treść tak zaprojektowanego postanowienia umownego jest co najmniej abuzywna, godząca w zasady wynikające z art. 431 ustawy PZP i art. 354 §1 KC oraz naruszająca interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia i ryzyka związanego z jego realizacją.

Dodatkowo wskazujemy, że treść §10 ust. 1 pkt 14 wzoru umowy jest niezgodna z aktualnymi wytycznymi Ministra Zdrowia w zakresie stosowania klauzul jednostronnych, które przekazujemy w załączeniu.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający wskazuje, że wprowadzenie do wyliczenia w § 10 ust. 1 wskazuje na możliwość zmian a nie przymus ich dokonywania. Ta możliwość, w ocenie Zamawiającego, nie ma charakteru pozornego. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający także ma obowiązki w zakresie gospodarowania środkami publicznymi i zobowiązany jest do ich wydatkowania w sposób oszczędny.**

Specjalista

ds. Zamówień Publicznych

mgr Anna Winiarska