Kraków, dn. 26.10.2023 r.

SZP-271/45-3/2023

**Do wszystkich zainteresowanych**

**Dot. sprawy: SZP/43/2023 - wyjaśnienie i zmiany treści SWZ II**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **“Dostawa leków biologicznych”**

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 §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.

*„Szanowni Panowie Prezesi,*

*w odpowiedzi na pismo z dnia 21 października 2021 roku w sprawie stosowania przez szpitale publiczne klauzuli jednostronnie wymuszającej obniżki cen dostaw w ramach zawartych już umów na podstawie komunikatów NFZ, proszę o przyjęcie poniższego.*

*Zagadnienie stanowiące przedmiot pisma było przedmiotem badania Narodowego Funduszu Zdrowia w marcu 2021 roku, na gruncie zgłoszenia jednego z oddziałów wojewódzkich Narodowego Funduszu Zdrowia. Osią stanowiska jakie zostało wypracowane były przepisy obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „Pzp”, zgodnie z którą przewidziane zostało nowe rozwiązanie, niestosowane*

*dotąd na gruncie zamówień publicznych.*

*W art. 433 Pzp zostały wprowadzone tzw. klauzule abuzywne czyli przepisy zakazujące stosowania określonych postanowień umownych - niekorzystnych dla wykonawcy, naruszających równowagę stron i nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko, mogących prowadzić do zawyżania cen ofertowych czy w ogóle odstąpienia od składania ofert przez wielu wykonawców. Stosownie do treści klauzuli abuzywnej wskazanej w pkt 4 art. 433 Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zatem zamieszczenie w umowie postanowień przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania jednocześnie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, której to ograniczenie nie obejmie, stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp poprzez zastosowanie w umowie niedozwolonej klauzuli*

*abuzywnej.*

*W ocenie Narodowego Funduszu Zdrowia postanowienie umowne przytoczone w piśmie PZPPF oraz Związku Pracodawców Hurtowni Farmaceutycznych w brzmieniu: „W przypadku jeśli średni koszt rozliczenia substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii, zawartej w leku nabywanym na podstawie Umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego umową, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia.” stanowi klauzulę abuzywną i nie jest elementem, o którego uwzględnienie występował Narodowy Fundusz Zdrowia.”*

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający wskazuje w § 10 ust. 14 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.**

**Pytanie 2**

Do (§1 ust. 3, §10 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści (§1 ust. 3, §10 ust. 1 pkt 11) , 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 §4 ust. 2 oraz powiązanych z nim §4 ust. 1, 2 oraz 3 wzoru umowy są na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, wyjaśnić należy, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, w sposób rażący naruszające równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść przywołanego 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 przez siebie opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie w umowie przetargowej, bez względu na zastosowane nazewnictwo, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z regulacją 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 wskazane przez ustawodawcę 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 wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 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, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej.

**ODPOWIEDŹ: Nie. Zamawiający nie wyraża zgody. Dokonywanie zmian ilości towaru pomiędzy poszczególnymi pozycjami asortymentu możliwe będzie jedynie za zgodą Dostawcy.**

**Pytanie 3**

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 4**

Do §3 ust. 11 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy zapisów §3 ust. 11 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 §6 wzoru umowy – dotyczy prawa opcji. Ze względu na niejednoznaczność zapisu umożliwiającego zwiększenie wartości zamówienia podstawowego maksymalnie o 50% w stosunku do wartości zawartej umowy, prosimy o wprowadzenie w zestawieniu asortymentowo-cenowym kolumny w wyszczególnioną ilością preparatu, którego Zamawiający zakupi w ramach prawa opcji.

Zastrzeżenie bowiem prawa opcji w aktualnym brzmieniu w praktyce oznaczać może, że niektóre z wycenianych pozycji asortymentowych mogą nie ulec zwiększeniu wcale, natomiast inne pozycje asortymentowe mogą zostać zwiększone o niczym nieograniczoną ilość, uwarukowaną jedynie granicą wynoszącą „50% całkowitej wartości przedmiotu umowy dla zamówienia podstawowego”, a to stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP.

Zwracamy uwagę, że zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1605), aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy przesłanki wskazane przez ustawodawcę:

1) określić rodzaj i maksymalną wartość opcji,

2) określić okoliczności skorzystania z opcji,

3) nie modyfikować ogólnego charakteru umowy.

Spośród wyżej wymienionych warunków, Zamawiający wskazał jedynie procentowo górną granicę wprowadzonego prawa opcji, w rzeczywistości pozostawiając sobie w tym zakresie zupełną dowolność, zwłaszcza, że odnosi się do całkowitej wartości przedmiotu umowy dla zamówienia podstawowego. Przedstawiony w projekcie umowy opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji sprawia, że wykonawca jest obciążony pełnym ryzykiem gospodarczym kontraktu oraz uniemożliwia wykonawcy sporządzenie oferty, w tym rzetelne skalkulowanie ceny oferty, gdyż wykonawca nie ma możliwości określenia, jaki będzie jego zakres świadczenia w ramach prawa opcji.

W doktrynie podkreśla się, że wszystkie wymienione w powyższym przepisie przesłanki są niezbędne dla wyceny zamówienia obejmującego opcję, a także do ustalenia zakresu potencjalnego świadczenia. Zatem przy wskazaniu przedmiotu opcji, Zamawiający powinien stosować zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określone w przepisach PZP, odpowiednie do rodzaju przedmiotu zamówienia objętego prawem opcji. Przedmiot zamówienia objęty opcją jest elementem całego przedmiotu zamówienia, jedynie z tą różnicą, że jego realizacja nie jest gwarantowana. Określenie przedmiotu opcji może nastąpić przez odniesienie do zamówienia podstawowego ze wskazaniem, że prawem opcji objęta jest możliwość nabycia większej ilości przedmiotu zamówienia lub poszczególnych jego elementów. Postanowienia umowne muszą też zawierać informację co do okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z opcji, czyli w jakim okresie zamawiający może podjąć decyzję o wykonaniu prawa opcji oraz w jakim zakresie, ewentualnie w jakich przypadkach lub pod jakimi warunkami, a także w jaki sposób poinformuje wykonawcę o uruchomieniu opcji. (Komentarz do art. 441 [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, Legalis).

Wymóg zrozumiałego, precyzyjnego oraz jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w zakresie podstawowym, jak również w zakresie objętym prawem opcji, podkreśla również orzecznictwo KIO: „Izba zauważa, że prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12); „Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wymaganie dotyczy także prawa opcji.”. (Wyrok KIO z dnia 24.03.2023 r., KIO 636/23).

Podkreślamy także, że ze względu na dosadne 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 będzie podlegała unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania prawa opcji.

**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 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.**

**Pytanie 7**

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: Zgodnie z SWZ**

**Pytanie 8**

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.**

**Pytanie 9**

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 10**

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.**

KIEROWNIK

SEKCJI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

mgr Marlena Czyżycka-Poździoch