Kraków, dn. 12.03.2024 r.

SZP-271/6-4/2024

**Do wszystkich zainteresowanych**

**Dot. sprawy: SZP/6/2024 - wyjaśnienie treści SWZ**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: **Dostawa produktów leczniczych**

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 wzoru umowy:**

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%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §1 ust. 3, §10 ust. 1 pkt 11 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, a także 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. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, w sposób rażący naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro 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 przez siebie 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, 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień oraz spełnić łącznie trzy przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz 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 prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy, 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: Nie. Zamawiający nie wyraża zgody. Dokonywanie zmian ilości towaru pomiędzy poszczególnymi pozycjami asortymentu możliwe będzie jedynie za zgodą Dostawcy.**

**Pytanie 2 – do wzoru umowy:**

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 aktualnym Załączniku do Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, zawierający kody EAN, zakładka B, pod nazwą: Leki i środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego dostępne z programu lekowego.**

**Pytanie 3 – do wzoru umowy:**

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. Kalkulacja taka pozwala na rzetelną ocenę udziału danego kosztu w całości wynagrodzenia i wpływu zmiany wysokości tego kosztu na wynagrodzenie należne Wykonawcy. 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 także 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. 13 i 16 pkt 4.**

**Pytanie 4 –** **do wzoru umowy:**

Do §3 ust. 17 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie 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 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 wzoru umowy:**

Do §6 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §6 wzoru umowy, poprzez skonkretyzowanie,że podana graniczna wielkość opcji (10%) odnosi się do poszczególnych pozycjiasortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, w ten sposób, aby każdy z produktówokreślonych w formularzu asortymentowo-cenowym mógł zostać zamówiony w ilości maksymalnieo 10% większej niż pierwotnie zakładano. Zwracamy uwagę, że prawo opcji w obecnymbrzmieniu w praktyce oznaczać może, że niektóre z wycenianych pozycji asortymentowych mogąnie ulec zwiększeniu wcale, zaś inne pozycje asortymentowe mogą zostać zwiększone o niczymnieograniczoną ilość, co stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1605).

Zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający jest zobowiązanyopisać to uprawnienie w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, a tymsamym, spełnić łącznie trzy przesłanki wskazane przez ustawodawcę:

1) określić rodzaj i maksymalnąwartość opcji,

2) określić okoliczności skorzystania z opcji,

3) nie modyfikować ogólnego charakteruumowy.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO 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 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej przywołanym wyroku 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: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający zwraca uwagę, że wartości opcji została określona w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Zamawiający nie wyraża przy tym zgody na zmianę wartości opcji. Ponadto Zamawiający informuje, iż §6 ust. 1 wskazuje, iż graniczna wielkość opcji tyczy się pozycji asortymentowych, w danym pakiecie.**

**Pytanie 6 – do wzoru umowy:**

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 wzoru umowy:**

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.**

**Pytanie 8 – do wzoru umowy:**

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 wzoru umowy:**

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 wzoru umowy:**

Do §10 ust. 1 pkt 13) wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie zapisu §10 ust. 1 pkt 13), 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) 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 11 – do wzoru umowy:**

Do §10 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie §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 jest niezgodna z wytycznymi Ministra Zdrowia w zakresie stosowania klauzul jednostronnych, które przekazujemy w załączeniu.

Treść załącznika do pytania:

*„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, 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.**

Zamawiający informuje, iż nie dokonuje zmian SWZ.

KIEROWNIK

SEKCJI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

mgr Marlena Czyżycka-Poździoch