

dot. sprawy: 90/ZP/2024

Szanowni Państwo,

Uprzejmie informuję, że w sprawie ogłoszonego przez 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie postępowania na **Programy lekowe** wpłynęły pytania. Treść pytań wraz z odpowiedziami na nie przedstawiam poniżej:

Pytanie 1

Do §2 ust.2 wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie z treści §2 ust.2 umowy następującego fragmentu: „odsetki i opłaty wynikające z ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U.2020.935)”. Wymóg skalkulowania w cenie przedmiotu zamówienia ewentualnych odsetek i opłat za opóźnienia płatnicze Zamawiającego nie jest możliwy do spełnienia na etapie sporządzania oferty. Wykonawcy nie znają bowiem skali przyszłych zjawisk, zależnych wyłącznie od Zamawiającego, nie mają wiedzy co do ilości produktów faktycznie zakupionych przez Zamawiającego, ponadto cena nie może zawierać takich dodatkowych kosztów z uwagi na fakt, że musi być dostosowana do innych wymogów i nie może przekroczyć wartości określonych ściśle w ustawie z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 2

Do §2 ust.5 wzoru umowy. Prosimy o 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 +/- 50%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 50% mniejszych lub o 50% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść wskazanych zapisów wzoru umowy 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 tym samym, nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17.11.2023 r. (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza 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. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605). KIO 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.

KIO wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. W związku z tym, opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnację z niektórych pozycji asortymentu, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zauważyła, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. KIO wywnioskowała także, że gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, opcja stanowi instrument, który pozwala Zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zmian w zakresie jego potrzeb, występujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ma więc możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy też powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z treści art. 433 pkt 4 PZP, natomiast w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP. Wynika z tego, że postanowienia umowy będą skonstruowane zgodnie z

wymienionymi przepisami ustawy PZP jedynie w przypadku, kiedy zostaną w niej dokładnie określone granice zmian ilościowych „w dół” oraz „w górę” w odniesieniu do poszczególnych pozycji asortymentowych.

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 3

Do §5 ust.1 wzoru umowy prosimy o dodanie zdania: „Dostawy towaru z krótszym terminem będą możliwe w wyjątkowych sytuacjach i będą każdorazowo wymagały zgody upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego.”.

Odpowiedź : tak, patrz zmiana SWZ w tym zakresie.

Pytanie 4

Do §9 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy o zmianę lub wykreślenie treści §9 ust. 2 wzoru umowy fragmentu „... Kupujący uprawniony będzie, na podstawie jednostronnego oświadczenia, (...), do przedłużenia terminu obowiązywania umowy...”, poprzez jednoznaczne wskazanie, że ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania umowy, następowało będzie po obopólnym wyrażeniu zgody przez strony, w formie pisemnej, zgodnie z brzmieniem §10 ust. 1 przedmiotowej umowy. Z aktualnego brzmienia zapisu w §9 ust. 2 umowy wynika, że w wyniku złożonego przez Zamawiającego oświadczenia nastąpi automatyczna zmiana terminu zakończenia umowy, z pominięciem wyrażonej w art. 431 ustawy Pzp zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy podczas wykonywania zamówienia publicznego, polegającej w tym przypadku na dokonaniu wspólnych ustaleń co do możliwości i zasad zmiany pierwotnych postanowień. Ponadto zapis zawarty w §9 ust.2 wzoru umowy jest niezgodny z przepisami z art. 432 i art. 434 ustawy Pzp, zatem pozostawienie klauzuli w zakresie jednostronnego przedłużenia umowy może powodować nieważność tych zapisów.

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 5

Do §11 wzoru umowy: Zwracamy się z prośbą o zmianę treści klauzuli waloryzacyjnej opisanej w §11 na następującą:

„Wykonawcy przysługuje prawo żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia w czasie trwania Umowy zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zmiana wysokości wynagrodzenia umownego możliwa jest najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a następnie nie częściej niż raz na każde 3 miesiące obowiązywania umowy, przy czym zmiany te mogą być dokonane z uwzględnieniem poniższych zasad:

- spособu ustalania zmiany wynagrodzenia: w oparciu o skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS - potocznie inflacja (poprzedni miesiąc = 100%) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji;
- poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy wyżej opisane obliczenie (suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS z 6 miesięcy) wyniesie 5% lub więcej;
- okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach;
- maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 15% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.”,

Wskazujemy, że opisany w §11 wzoru umowy sposób ustalania zmiany wynagrodzenia oparty na wyliczeniach wykonawcy jest dalece niejednoznaczny i istotnie odbiegający od założeń ustawodawcy określonych w 439 ust. 2 PZP. Dlatego też prosimy, jak wyżej, o zastąpienie go automatyczną indeksacją wynagrodzenia 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 zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem „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).

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 6

Do §11 ust.5 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy zapisów §11 ust.5 (nakładających na Wykonawcę karę umowną) 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 : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 7

Dotyczy pakietu nr 37 oraz zapisów umowy § 5 ust. 1

Zamawiający w § 5 ust. 1 wzoru umowy zastrzegł, iż dostarczany przedmiot zamówienia powinien posiadać min. dwunastomiesięczny termin ważności.

Zaproponowany przez Zamawiającego termin ważności dla produktu leczniczego Satralizumab 120 mg x 1 ampulkostrzykawk (Enspryng) nie jest możliwy do spełnienia dla Wykonawcy, ze względu na fakt, iż Wykonawca otrzymuje produkty lecznicze od spółek z grupy kapitałowej według z góry ustalonego harmonogramu dostaw na który ma ograniczony wpływ. W związku z tym Wykonawca nie ma możliwości zmiany harmonogramu dostaw tak aby zagwarantować tak długi termin przydatności produktu.

W związku z powyższym czy Zamawiający wyrazi zgodę na termin ważności min 9 miesięcy od momentu złożenia zamówienia dla pakietu nr 37?

Odpowiedź : patrz zmiana SWZ w tym zakresie dla pakietu nr 37.

Pytanie 8

Dotyczy § 4 ust. 1 wzoru umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie zapisu: „Zamówienia będą składane do godziny 13:00. Zamówienia złożone po godzinie 13:00 należy traktować jako złożone w kolejnym dniu roboczym”?

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 9

Dotyczy § 9 ust. 2 wzoru umowy – Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu umowy na: „W przypadku niewyczerpania w okresie obowiązywania umowy wartości brutto umowy Kupujący uprawniony będzie, na podstawie aneksu, podpisanego przez Kupującego i Sprzedającego przed upływem terminu określonego w § 4 ust. 1, do przedłużenia terminu obowiązywania umowy o czas określony wskazany w aneksie, nie dłużej niż o 90 dni”?

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 10

Dotyczy § 10 ust. 2 pkt 9) wzoru umowy - Prosimy o dodanie po przecinku następującego zwrotu: „w przypadku zmiany stawki VAT zmianie ulegnie cena brutto, cena netto pozostanie niezmienna”.

Odpowiedź : tak, patrz zmiana SWZ w tym zakresie.

Pytanie 11

Czy w świetle treści par 4.8 Zamawiający wyraża zgodę, aby dane te zawarte były na fakturze VAT dostarczanej wraz z dostawą?

Odpowiedź : Tak

Pytanie 12

Czy Zamawiający w par. 5.1 wpisze 12 miesięcy jako termin ważności? Nie jest to kryterium wyboru ofert, zatem parametr ten powinien być podany już na etapie SIWZ, a nie uzgadniany po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 13

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisów dotyczących opóźnienia w dostawie (par. 7.1.2, 7.1.3), albowiem Ustawa PZP nie zezwala na naliczanie kar umownych za opóźnienie (art. 433 pkt. 1). Jedyne podstawą odpowiedzialności Wykonawcy może być ewentualnie zwłoka w wykonaniu zamówienia.

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 14

Czy Zamawiający w par. 10.2 lub 10.3 dopisze, że konieczność podpisania aneksu nie dotyczy stawki VAT? Zmiana tej stawki winna wchodzić w życie automatycznie, w dacie zmiany stosownego przepisu. Konieczność oczekiwania na podpisanie aneksu rodzi ryzyko (także po stronie Zamawiającego, w razie obniżenia stawki VAT).

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 15

Czy Zamawiający w par. 10 dopisze, że konieczność podpisania aneksu nie dotyczy stawki VAT? Zmiana tej stawki winna wchodzić w życie automatycznie, w dacie zmiany stosownego przepisu. **Konieczność oczekiwania na podpisanie aneksu rodzi ryzyko (także po stronie Zamawiającego, w razie obniżenia stawki VAT).**

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 16

Dotyczy zapisów wzoru umowy

Proszę o wyjaśnienie czy w razie wystąpienia braku statusu refundacyjnego leku, wstrzymania lub wycofania produktu leczniczego z obrotu decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego oraz zaprzestania produkcji, skutkujących uniemożliwieniem realizacji umowy przez Wykonawcę, przy jednoczesnym udokumentowanym braku możliwości dostarczenia przez Wykonawcę towaru równoważnego/odpowiednika, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie umowy za porozumieniem stron lub wyłączenie w/w produktu z umowy (bez naliczenia kar umownych) z uwagi na niemożność spełnienia świadczenia zgodnie z przepisami KC?

Zaoferowanie produktu zamiennego jest możliwe tylko w sytuacji posiadania przez wykonawcę produktu leczniczego zamiennego danego producenta, do którego obrotu jest upoważniony na podstawie koncesji, jako hurtownia farmaceutyczna. Niemożliwy i niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa jest obrót produktami leczniczymi, na które wykonawca nie posiada koncesji.

Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ

Pytanie 17

Dotyczy § 5 ust. 1 wzoru umowy - termin ważności

Czy Zamawiający zgodzi się na możliwość dostarczenia produktów z terminem ważności krótszym niż wymagany za uprzednią zgodą Zamawiającego?

Odpowiedź : tak, patrz zmiana SWZ w tym zakresie.

Pytanie nr 18

zwracam się do Zamawiającego z wnioskiem o doprecyzowanie zapisów SWZ i udzielenie wyjaśnień w zakresie Części 1 poz. 1, czy w przypadku dostarczania leku podawanego podskórnie, który może być wydany pacjentowi celem podania w warunkach domowych, Zamawiający będzie wymagał od Wykonawcy dostarczania toreb termicznych niezbędnych do przenoszenia leku?

Odpowiedź : Zamawiający nie wymaga, lecz dopuszcza.

Załącznikiem jest zmodyfikowany SWZ. Termin składania i otwarcia bez zmian.

Z poważaniem,
Sekcja Zamówień Publicznych