

Wałbrzych, dnia 26.07.2023 r.

DZPZ-530- Zp/46/PN/23

**Wykonawcy – wszyscy**

**Dotyczy: Dostawa leków na okres 12 miesięcy - 11 pakietów- Zp/46/PN/23**

Specjalistyczny Szpital im. dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy Pzp odpowiada na pytania Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu.

**Pytanie nr 1. dotyczy 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 (bez naliczenia kar umownych) w zakresie w/w produktu 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..

**Odp. Zamawiający nie zmienia wzoru umowy w w/w zakresie.**

**Pytanie nr 2. dotyczy wzoru umowy & 3 ust.1 – w zakresie dostaw „na ratunek”**

Z uwagi na fakt, iż wymienione produkty lecznicze w pakietach nr 7, 8, 9, 10, 11 nie są lekami ratującymi życie tj. nie są lekami na tzw. „ratunek” i nie wymagają dostaw z zastrzeżeniem „na ratunek” w ciągu jednej doby od złożenia zamówienia również w dni wolne od pracy, a ich podawanie odbywa się w trybie planowanym, proszę o potwierdzenie, że zapisy § 3 ust. 1 wzoru umowy w zakresie dostaw „na ratunek” nie dotyczą pakietów nr 7, 8, 9, 10, 11. Ponadto, w dniach wolnych od pracy, tj. sobota oraz niedziela, a także w dni świąteczne, magazyn centralny Wykonawcy jest nieczynny. Zapis umowy w obecnym brzmieniu dla wyżej wymienionych leków wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

**Odp. Zamawiający nie zmienia wzoru umowy w w/w zakresie.**

**Pytanie nr 3. dotyczy wzoru umowy & 5 ust. 1 pkt. 4**

Czy Zamawiający zgodzi się w § 5 ust. 1 pkt. 4 wzoru umowy na zmianę kary umownej wynoszącej 20% wartości maksymalnego wynagrodzenia netto określonego w § 4 ust. 2 wzoru umowy na karę wynoszącą 20% wartość brutto niezrealizowanej części umowy odnoszącej się do danego pakietu?

Mając na uwadze wytyczne UZP i wypracowane stanowisko KIO w którym określając wysokość kar umownych, Zamawiający powinien kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt restrykcyjne kary umowne w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia. Powyższy zapis w brzmieniu przewidującym karę umowną zamówienia również prawidłowo zrealizowanego pozostaje w sprzeczności funkcją kary umownej określonej przez przepisy kodeksu cywilnego..

**Odp. Zamawiający nie zmienia wzoru umowy w w/w zakresie.**

#### **Pytanie nr 4**

Z uwagi na to, że umowa zawierana będzie na okres 12 miesięcy prosimy o określenie w umowie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego.

**Odp. Zamawiający nie zmienia projektu umowy. Zgodnie z art. 436 pkt 4a) ustawy Pzp w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy Zamawiający wprowadza zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego.**

#### **Pytanie nr 5**

Do §2 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 3, poprzez skonkretyzowanie, że podane graniczne wielkość zmniejszenia odnoszą się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, co oznaczało będzie, że każdy z określonych w formularzu asortymentowo – cenowym produktów może zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 50%, 80% lub 90% mniejszej niż pierwotnie zakładano (w przeciwnym wypadku, jeśli wartości te będziemy odnosili jedynie do wartości całego pakietu mogłoby dojść do sytuacji, że niektóre z pozycji asortymentowych nie zostaną zamówione w ogóle).

**Odp. Zamawiający nie zmienia projektu umowy.**

#### **Pytanie nr 6**

Do §3 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco strata dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odp. Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ ani projektu umowy. Zamawiający informuje, iż indywidualnie będzie rozpatrywał takie sytuacje, gdy wystąpią.**

#### **Pytanie nr 7**

Do §3 ust. 9 wzoru umowy prosimy o dodanie możliwości zmiany umowy w razie zmiany wysokości stawki VAT.

**Odp. Zamawiający nie zmienia projektu umowy.**

#### **Pytanie nr 8**

Do §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wysokości kary zastrzeżonej w §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy do wysokości 250,00 zł za każdy przypadek?

**Odp. Zamawiający nie zmienia projektu umowy.**

### **Pytanie nr 9**

Do §6 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy: Prosimy o zmniejszenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy do wysokości 10% wartości niezrealizowanej części umowy.

**Odp. Zamawiający nie zmienia projektu umowy.**

### **Pytanie nr 10**

Do §7 wzoru umowy: Zwracamy się z prośbą o zmianę istniejącej klauzuli waloryzacyjnej 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 postanowień:

- Wykonawca ma prawo do żądania zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku, gdy półroczny „wskaźnik cen towarów i usług” (zwany dalej także „wskaźnikiem”), obliczony na podstawie comiesięcznych „wskaźników cen towarów i usług” – ogłoszonych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (poprzedni miesiąc = 100%), wynosi więcej niż 5%;
- Zmiana wynagrodzenia nastąpi w stopniu nie przekraczającym wartości aktualnego „wskaźnika”. W takim wypadku Strony zobowiązują się zawrzeć stosowny aneks do Umowy;
- Zmiana wynagrodzenia umownego następuje począwszy od miesiąca, w którym strony zawarły aneks do Umowy zmieniający wysokość wynagrodzenia;
- Maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego nie może przekroczyć 15% pierwotnej wartości umowy.”.

**Odp. Zamawiający nie zmienia projektu umowy.**

### **Pytanie nr 11**

Do §7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §7 ust. 1 pkt 4 poprzez usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację wynagrodzenia szczegółowej kalkulacji kosztów, mających wpływ na przedmiotową zmianę, albowiem uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę ww. kalkulacji uznać należy za nieuprawnione w świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP, a określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia - zgodnie z zamysłem ustawodawcy, a także ideą oraz istotą samej waloryzacji - powinno następować poprzez odesłanie do obiektywnych, jednoznacznych oraz niezależnych od stron umowy wskaźników makroekonomicznych. Zatem, do uruchomienia mechanizmu waloryzacji wystarczającym winno być złożenie przez Wykonawcę wniosku, w którym powoła się na wzrost wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Wymóg przedłożenia przez Wykonawcę kalkulacji zawierającej zestawienie kosztów ponoszonych przez Wykonawcę wraz ze stosownymi obliczeniami i uzasadnieniem stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 PZP, albowiem – wbrew woli ustawodawcy – stanowi on jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP nie jest bowiem uprawnionym obciążanie Wykonawcy tak daleko idącymi obowiązkami celem przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się, że zmiana wynagrodzenia winna być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem obiektywnym, jednoznacznym, łatwo dostępnym, niezależnym od stron umowy, jak najbliżej związanym z przedmiotem zamówienia (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439), np. wskaźnikiem cen towarów i usług

konsumpcyjnych ogłaszanych w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Tym samym podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie może wymagać 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 zamówienia w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika (tak: E. Wiatrowska... op. cit.). Poprzez wprowadzenie do PZP obligatoryjnego wymogu zawarcia w umowie postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ustawodawcy należy przypisać zamiar zastosowania automatyzmu właściwego dla instytucji waloryzacji.

Ponadto, wymóg zawarty w §7 ust. 1 pkt 4 stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zgodnie ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie KIO, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów), stosowane rozwiązania organizacyjne.

**Odp. Zamawiający nie zmienia projektu umowy.**

**Zatwierdził :**  
**Zastępca Dyrektora ds. Administracyjno-Eksploatacyjnych**  
**Dominik Łoziński**