Znak: ZOZ.V.010/DZP/49/23 Sucha Beskidzka dnia 24.07.2023 r.

Dotyczy: Dostawa leków w ramach programów lekowych VI postępowanie ZOZ.V.010/DZP/49/23.

Dyrekcja Zespołu Opieki Zdrowotnej w Suchej Beskidzkiej odpowiada na poniższe pytania:

1. Do §1 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z umowy zapisu §1 ust. 4. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia oraz umożliwiając dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.). Ponadto, wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na decyzje dotyczące finansowania procedur medycznych przez NFZ i w związku z tym nie może być obarczany ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności rozwiązania umowy w związku ze zmniejszeniem lub odstąpieniem od finansowania procedury medycznej przez NFZ. Niniejsza argumentacja znajduje też potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 08.11.2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu.**

2. Do §3 ust. 4 i 5 wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie zastrzeżenia o konieczności podjęcia negocjacji w przedmiocie terminu płatności za leki podane pacjentom przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych ponad limit określony w odpowiedniej umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Narodowym Funduszem Zdrowia. Wskazujemy, że Wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy zawartej przez Zamawiającego z NFZ, nie zna jej treści, nie ma wpływu na jej realizację, zatem skutki przedmiotowej umowy nie mogą mieć wpływu na realizację umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu.**

3. Do §3 ust. 6 wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie zapisów §3 ust. 6, które według naszej opinii są niezgodne ze społeczno-gospodarczym celem zawieranej umowy. Powyższe zapisy przenoszą w całości odpowiedzialność na wykonawcę za leki zakupione i niewykorzystane, refundowane przez NFZ, a których to cena może ulec zmianie w wyniku decyzji Ministerstwa Zdrowia. Podkreślamy, że wykonawca nie ma wpływu na poziom zamówień, wykorzystanie produktów leczniczych przez Zamawiającego oraz na decyzje refundacyjne Ministra Zdrowia.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu.**

4. Do §6 ust. 2 pkt 1, ust. 8 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §6 ust. 2 pkt 1, ust. 8 wzoru umowy poprzez: usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 20% lub 10% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?
Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §6 ust. 2 pkt 1, ust. 8 ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 20% lub 10% nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. W obecnym brzmieniu tego zapisu, Wykonawca musi z góry założyć, że w razie wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 19% (co stanowi bardzo dużą wartość, uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowany zapis powinien zostać zmieniony w zaproponowany sposób.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.**

6. Do §6 ust. 4 wzoru umowy Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §6 ust. 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 ogłaszanym 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 §6 ust. 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 wyraża zgody na zmianę zapisu.**

7. Do §6 ust. 5 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §2 ust. 1 wzoru umowy?

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.**

8. Do §9 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z projektu umowy zapisu §9 ust. 3 jako niezgodnego z normami współżycia społecznego i będącego nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługującego 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 ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu.**

**Zamawiający informuje, że w przesłanych pytaniach - brak pytania oznaczonego nr 5.**