Kraków, dnia 08.07.2024 r.

Nr sprawy: DFP.271.89.2024.LS

**Do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. dostawa produktów leczniczych, wyrobów medycznych i suplementów diety do Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie.

Zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przedstawiam odpowiedzi na pytania wykonawców:

**Pytanie 1**

Dot. § 3 ust. 7 wzoru umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie dostaw w soboty w godzinach od 8:00 do 13:00 dla części nr 2? Uzasadnienie: Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami   
u Wykonawcy, dostawy odbywają się w dni robocze od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 2**

Zamawiający we wzorze umowy § 3 ust. 6 zastrzegł, iż: „6. W przypadku dostarczenia produktu z terminem ważności krótszym niż 12 miesięcy Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie prawo jego zwrotu na 3 miesiące przed upływem jego terminu ważności.” Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami   
u Wykonawcy, zwrot produktu leczniczego do Wykonawcy możliwy na zasadach określonych poniżej:

a) wniosek o zwrot został zgłoszony w ciągu 5 dni od nabycia (otrzymania dostawy) produktu,

b) produkty są pełnowartościowe, opakowania są czyste, nieuszkodzone, nieotwarte, zabezpieczenie ATD (Antietampering Device) są nienaruszone, produkty nie są opisane żadnymi adnotacjami (np. długopisem), ani oznakowane etykietami szpitala

c) numery seryjne zwracanych produktów posiadają status "aktywny" w systemie PLMVS (KOWAL)

[Jeśli numery seryjne produktów zwróconych przez Zamawiającego zostały już wycofane z bazy, PLMVS to znaczy dokonano tzw. „decommision”, to odwrócenie wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS tzw. „undo-decommission” może być wykonane wyłącznie przez Zamawiającego, maksymalnie w ciągu 10 dni od wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS],

d) do zwracanych produktów leczniczych (zarówno lodówkowych jak i o pokojowej temperaturze przechowywania) dołączane są rejestry temperatury (preferowane elektroniczne) z przechowania produktu w aptece szpitalnej, potwierdzające przechowywanie w warunkach określonych w dokumentacji rejestracyjnej (pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu i Charakterystyce Produktu Leczniczego)”.

Mając na uwadze powyższe, czy Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie modyfikacji par 3 ust 6? Uzasadnienie: Tego typu postanowienia prowadzą de facto do sytuacji, w której Wykonawca nie ma możliwości wyceny ryzyka kontraktowego oraz określenia minimalnego progu złożonych przez Zamawiającego zamówień w ramach umowy, bowiem każdy zamówiony towar może zostać zwrócony Wykonawcy. Postanowienia te stoją zatem w sprzeczności z art. 433 pkt 4) ustawy PZP i stanowią przykład tzw. klauzul abuzywnych w prawie zamówień publicznych. Wskazać nadto należy, że Zamawiający jako profesjonalista, kierujący się wiedzą i doświadczeniem potrafi przewidywać określone okoliczności mające wpływ na dokonywane zakupy leków dostosowane do jego potrzeb. Ponadto Wykonawca podkreśla,   
że każdy profesjonalny podmiot działający w branży farmaceutycznej ma z góry określoną procedurę zwrotu leków. Zgodnie z procedurami Wykonawcy, odbiorca (Zamawiający) ma maksymalnie 5 dni na zgłoszenie wniosku o zwrot leku od jego otrzymania, przy czym zwracane mogą być wyłącznie produkty o aktywnym statusie realizacyjnym, które przebywały poza kontrolą Wykonawcy łącznie nie dłużej niż 30 dni, pod warunkiem, że zostały udokumentowane warunki przechowywania (także w weekendy i dni wolne od pracy) w postaci rejestru temperatury określonego dla danego leku. Zatem trudno oczekiwać, aby jakikolwiek podmiot wyraził zgodę na tego typu postanowienia, które dla Wykonawcy oznaczają podwójną stratę,   
tj. zwrot kwot zapłaconych przez Zamawiającego oraz konieczność utylizacji leków. Z uwagi na powyższe, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom obydwu stron, a także mając na względzie konieczność zapewnienia równomiernego rozkładu uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, Wykonawca dopuszcza możliwość odbioru niewykorzystanych leków z uwzględnieniem zasad o których mowa powyżej.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 3**

Do §3 ust. 3 wzoru umowy. Dotyczy pakietu nr 19. Prosimy, aby termin dostawy dla produktu znajdującego się w pakiecie nr 19 wynosił 3 dni robocze od chwili otrzymania zamówienia bez podziału na tryb zwykły   
i tryb na ratunek.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 4**

Do §3 ust. 5 wzoru umowy: Skoro Zamawiający przewiduje dostawy sukcesywne, zgodne z bieżącym zapotrzebowaniem, czyli nie przewiduje konieczności dłuższego przechowywania zamówionych produktów w magazynie apteki szpitalnej, to dlaczego wyznacza warunek 12-miesięcznego okresu ważności zamówionych towarów? Wskazujemy przy tym, że dostarczony przedmiot umowy do ostatniego dnia terminu ważności jest pełnowartościowy i dopuszczony do obrotu. W związku z tym, prosimy o dopisanie do §3 ust. 5 wzoru umowy treści: „Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.".

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 5**

Do §3 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: „W przypadku dostarczenia towaru z terminem ważności krótszym niż 12 miesięcy, Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie prawo jego zwrotu w terminie 7 dni od dnia dostawy.".

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 6**

Do §4 ust. 11 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 +/- 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. 11 jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (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. oraz 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 uznała, że chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj i ilość towarów koniecznych   
do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowy, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP i art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła, że norma wynikająca z art. 433 pkt 4 PZP, która zakazuje wprowadzania postanowień przewidujących możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz norma wynikająca z art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Ponadto, żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączają zastosowania tych norm w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. KIO stwierdziła też, że wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia, w tym przypadku poprzez podanie liczby asortymentu, do której zamierza zmniejszyć lub zwiększyć zakres zamówienia w zakresie każdego produktu.

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.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.

**Pytanie 7**

Do §4a wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą   
do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §4a wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy, za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 8**

Do §4a ust. 8 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §4a ust. 8 wzoru umowy poprzez wprowadzenie lustrzanego do §4a ust. 4 zobowiązania dla Zamawiającego do szczegółowego uzasadnienia złożonego przez siebie wniosku o waloryzację.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 9**

Do §7 ust. 1 w związku z §4 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie §7 ust. 1, gdyż zapisy te w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu 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.). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która   
w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 10**

Do §8 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej   
za nieterminową dostawę w ten sposób, aby wynosiła ona 1% wartości brutto niezrealizowanej dostawy   
za każdy dzień opóźnienia?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 11**

Do §8 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kary umownej za odstąpienie   
od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.