



„Kutnowski Szpital Samorządowy” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
99-300 Kutno ul. Kościuszki 52
tel. centr.24 38 80 200 tel./fax 24 38 80 201
e-mail: nzoz.kss@szpital.kutno.pl www.szpital.kutno.pl
REGON 100974785; NIP 7752631681

Kutno, dnia 05.08.2024 r.

WYJAŚNIENIA Nr 1 DO SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: **PRODUKTY FARMACEUTYCZNE.**

Nr postępowania: ZP/20/24

„Kutnowski Szpital Samorządowy” Spółka z o.o., ul. Kościuszki 52, 99-300 Kutno, na podstawie art. 284 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 tj. z dnia 2023.08.14 ze zm.), udziela odpowiedzi na następujące pytania:

1. Dotyczy Projektu Umowy §2 ust. 9 - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca, pod rygorem prawa Zamawiającego do jednostronnego wypowiedzenia niniejszej umowy z winy Wykonawcy, zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu komplet aktualnych dokumentów (oryginał lub poświadczona za zgodność z oryginałem kopia) dopuszczających do obrotu i użytkowania na terytorium RP produkty, których dostawa stanowi przedmiot niniejszej umowy w terminie 3 dni od otrzymania powiadomienia”.

Zamawiający nie wyraża zgody.

2. Dotyczy Projektu Umowy §3 ust. 11 - Prosimy o modyfikację §3 ust. 11 poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu 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 §3 ust. 11 jest na tyle nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie 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) 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. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający ma obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały i jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia, co wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP. W dodatku, z treści art. 31 ust. 2 PZP wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Ponadto, Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia na podstawie art. 99 ust. 1 PZP. Zalicza się do tego określenie ilości produktu, którego zakres Zamawiający zamierza zwiększyć, ponieważ w przypadku zamówienia na dostawy, opis przedmiotu zamówienia to nie tylko określenie rodzaju rzeczy, ale także jej liczby, wykonawca zaś musi wiedzieć, jaką ilość rzeczy ma zbyć lub być gotowy zbyć Zamawiającemu. Wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie

jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z art. 99 ust. 1 PZP. Chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj oraz ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP.

Z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia są produkty farmaceutyczne, a ich zużycie uzależnione jest od ilości hospitalizowanych pacjentów oraz od rodzaju ich schorzeń, Zamawiający nie jest w stanie dokładnie przewidzieć zużycia danego produktu. Zamawiający oszacował ilości zamawianego towaru z należytą starannością, w oparciu o dane z lat ubiegłych i wskazał je w Formularzu asortymentowo-cenowym.

3. **Dotyczy Projektu Umowy §5 ust. 1 pkt 2)** - Prosimy o zmianę treści §5 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że Wykonawca może złożyć wniosek o zmianę wynagrodzenia, pod warunkiem, iż suma dwóch kolejnych kwartalnych wskaźników wzrostu cen towarów i usług w stosunku do poprzednich okresów kwartalnych, wynikających z komunikatów Prezesa GUS przekroczy poziom 8% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 3%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego.

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że §5 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 8%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 7% (co stanowi dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając niskie marże w zamówieniach publicznych) 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 kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia – w ślad za uprzednio złożonym zapytaniem - że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §5 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.

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

4. **Dotyczy Projektu Umowy §8 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 2)** - Prosimy o obniżenie wymiaru kar umownych zastrzeżonych w §8 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 2) wzoru umowy do wysokości 0,5% wartości niedostarczonego w terminie lub reklamowanego asortymentu.

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

5. **Dotyczy Projektu Umowy § 10 ust. 2** - Prosimy o zmniejszenie zakresu procentowego prawa opcji do 40% oraz o skonkretyzowanie, że graniczna wielkość opcji (np. 40%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, w ten sposób, aby każdy z produktów określonych w formularzu asortymentowo-cenowym mógł zostać zamówiony w ilości maksymalnie o 40% większej niż pierwotnie zakładano. Prawo opcji w obecnym brzmieniu w praktyce

oznaczając może, że niektóre z wycenianych pozycji asortymentowych mogą nie ulec zwiększeniu wcale, zaś inne mogą zostać zwiększone o niczym nieograniczoną ilość, co stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 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 bezwzględnie zobowiązany opisać to uprawnienie w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, a tym samym, spełnić łącznie trzy przesłanki wskazane przez ustawodawcę: 1) określić rodzaj i maksymalną wartość opcji, 2) określić okoliczności skorzystania z opcji, 3) nie modyfikować ogólnego charakteru umowy. Przedstawione w projekcie umowy prawo opcji należy zatem uznać za nieprawidłowo zastrzeżone, a co za tym idzie, nie może wywoływać skutków prawnych. Opis zamówienia opcyjnego jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań ustawowych oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Uniemożliwia to wykonawcy sporządzenie oferty, w tym rzetelne skalkulowanie ceny oferty oraz obciąża go pełnym ryzykiem gospodarczym kontraktu.

Zwracamy uwagę treść klauzuli opcyjnej jest niejasna, a wykonawcy nie są w stanie odczytać woli Zamawiającego, czy możliwość zwiększenia zamówienia o 100% należy pojmować wartościowo, czy ilościowo, oraz czy dotyczy to każdego pakietu. Zakres zmiany na poziomie 100% wypacza sens akcesoryjnego charakteru prawa opcji, ponieważ zastrzeżenie możliwości skorzystania z opcji w rozmiarze wynoszącym 100% zamówienia podstawowego stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego, prowadzące do przerzucenia na Wykonawcę nadmiernego ryzyka realizacji zamówienia.

Ustanowienie prawa opcji w rozmiarze bardzo zbliżonym do zakresu świadczenia podstawowego może świadczyć o sprzeczności z art. 441 PZP, co uzasadnia orzecznictwo KIO: „Izba uznała, że (...) nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. (...) W przedmiotowym stanie faktycznym de facto prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia. Izba uznała, że obecny stan rzeczy można zakwalifikować jako działanie stanowiące obejście przepisów ZamPublU.” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12).

Podobnie również, brak określenia możliwego zwiększenia ilości dostaw dla poszczególnych pakietów, znacząco utrudnia dokonanie właściwej kalkulacji oferty, zwłaszcza w przetargach obejmujących dużą ilość pakietów. Jak bowiem wynika z orzecznictwa KIO: „Nie można zaakceptować postanowień umowy dających Zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zmniejszeniu zakresu dostaw będących przedmiotem zamówienia. (...) Postanowienia zamieszczone we wzorze umowy (...) nie dają wiedzy co do zakresu ilościowego zamówienia lub przyczyn uzasadniających jego zmniejszenie.” (wyrok KIO z dnia 7.05.2014 r., KIO 809/14).

Można zatem zauważyć podobieństwo pomiędzy obowiązkiem ustalania maksymalnej wartości opcji, a nakazem ustawodawcy wyrażonym w art. 433 pkt 4 ustawy PZP, który wskazuje na sytuację odwrotną, nakazując zamawiającym, aby w projektach umów uwzględnili możliwości ograniczenia zakresu zamówienia ze wskazaniem minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Nie ulega zatem wątpliwości, że dla wykonawców poznanie możliwego zakresu zmniejszenia świadczeń w ramach umowy jest równie ważne, jak znajomość maksymalnego, opcjonalnego zwiększenia zamówienia (zob. A. Czerniak, Opcja jako mechanizm rozszerzenia zakresu świadczeń w ramach umowy o zamówienie publiczne [w:] ZPDORADCA rok 2021 numer 10, Legalis).

Przy wskazaniu przedmiotu opcji, Zamawiający powinien stosować zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określone w przepisach PZP, gdyż zamówienie opcyjne jest elementem całego przedmiotu

zamówienia, jedynie z tą różnicą, że jego realizacja nie jest gwarantowana. Określenie przedmiotu opcji może nastąpić przez odniesienie do zamówienia podstawowego ze wskazaniem, że prawem opcji objęta jest możliwość nabycia większej ilości przedmiotu zamówienia lub poszczególnych jego elementów. Postanowienia umowne muszą też zawierać informację co do okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z opcji, czyli w jakim okresie zamawiający może podjąć decyzję o wykonaniu prawa opcji oraz w jakim zakresie, ewentualnie w jakich przypadkach lub pod jakimi warunkami, a także w jaki sposób poinformuje wykonawcę o uruchomieniu opcji. (Komentarz do art. 441 [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, Legalis).

Postanowienia umowne dotyczące przywileju do skorzystania ze zwiększenia zamówienia w ramach prawa opcji powinny być tak skonstruowane, aby funkcjonowały niemal automatycznie. Decyzja o rozszerzeniu zamówienia podstawowego, gwarantowanego o zamówienie objęte opcją, nie może być uzależniona od swobodnego uznania Zamawiającego, ale od zaistnienia okoliczności skonkretyzowanych w dokumentach zamówienia. Inaczej bowiem, może dojść do naruszenia zasady przejrzystości, co może doprowadzić do nadużyć, np. poprzez określanie „pewnego” zakresu zamówienia na minimalnym poziomie oraz dowolnym uruchomieniu opcji opartym na niejasnych podstawach.” (A. Elżanowska, Stosowanie prawa opcji na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych. Część pierwsza [w:] ZPDORADCA rok 2020 numer 9, Legalis).

Powyższe stwierdzenia potwierdza orzecznictwo KIO: „Zarówno zakres objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, powinny być opisane zgodnie z zasadami stosowanymi przy opisie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający wykonawcy złożenie oferty. Prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12); „Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wymaganie dotyczy także prawa opcji.” (Wyrok KIO z dnia 24.03.2023 r., KIO 636/23).

Reasumując, podkreślamy, że ze względu na dosadne brzmienie art. 441 ust. 2 PZP: „Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.”, każda próba skorzystania przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy z tak dalece niedookreślonego oraz nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 PZP będzie dotknięta sankcją nieważności, a tym samym, nie będzie stanowić źródła zobowiązania dla wykonawcy do realizacji dodatkowych dostaw.

Zapisy § 10 projektu umowy dotyczą sytuacji kryzysowych, tj. zagrożenia bezpieczeństwa państwa i wojny.

6. **Dotyczy Projektu Umowy** - Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Zamawiający informuje, że na dzień dzisiejszy nie występują przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2022.2309 t.j. z dnia 2022.11.14 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.2024.794 t.j. z dnia 2024.05.28). Zamawiający

informuje, że stara się na bieżąco regulować płatności, a z końcem roku 2024 zamierza zbilansować przychody i koszty, co pozytywnie wpłynie na przepływy pieniężne Zamawiającego.

7. Dotyczy Projektu Umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia.

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Zamawiający nie wyraża zgody.

8. Dotyczy Pakietu Nr 3 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny preparat w opakowaniu *10 fiolek z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań i tym samym wyrazi zgodę na podanie ceny za opakowanie handlowe a nie za sztukę?

Zamawiający dopuszcza.

9. Dotyczy Pakietu Nr 1 - Czy Zamawiający dopuszcza produkt leczniczy Garamycin gąbka, zarejestrowany do leczenia i profilaktyki zakażeń kości i tkanek miękkich, zawierający 200mg siarczanu gentamycyny, MIC powyżej 7 dni, potwierdzone badaniami?

Zamawiający dopuszcza.

Podpisał:
„Kutnowski Szpital Samorządowy” Sp. z o.o.
Prezes Zarządu
Artur Gur

Do wiadomości

Wyjaśnienia zostają umieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://platformazakupowa.pl/transakcja/962459>