

L.dz. DAG / 382 / 157 / 2024

Dotyczy: postępowania nr TP-39/24 prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na dostawę produktów leczniczych.

Stosownie do postanowienia art. 284 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2024.1320 t.j.), ZAMAWIAJĄCY Zachodniopomorskie Centrum Onkologii z siedzibą w Szczecinie, przekazuje poniżej treść otrzymanych zapytań wraz z wyjaśnieniem:

Pytanie nr 1:

Prosimy o zmianę wzoru umowy poprzez dodanie wymaganego postanowienia zakładającego waloryzację wynagrodzenia WYKONAWCY w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

- 1) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,
- 2) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia,
- 3) sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia WYKONAWCY,
- 4) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza ZAMAWIAJĄCY w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, wraz z określeniem procedury dokonania ww. zmiany, albowiem postanowienie to stanowi obligatoryjny element umowy zawieranej na okres przekraczający 6 miesięcy według art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych? Zasadne jest, aby przesłanką waloryzacji było wykazanie przez WYKONAWCĘ wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy poprzez przedłożenie wszelkich dokumentów potwierdzających wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, stąd prosimy o dodanie powyższego jako ww. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia. Dodatkowo prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia WYKONAWCY, zarówno WYKONAWCA jak 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?

Uzasadniając treść powyższego pytania wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na ZAMAWIAJĄCEGO obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego WYKONAWCY w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez ZAMAWIAJĄCEGO przepisów ustawy.



Mając na uwadze, że wskazana umowa będzie zawierana z WYKONAWCĄ na okres ok. 12 miesięcy, istotnym jest odzwierciedlenie zmian ekonomicznych, które mogą nastąpić w czasie realizacji umowy, a niewątpliwym jest, że koszty nabycia produktów od dostawców jak i koszty realizacji usługi do ZAMAWIAJĄCEGO = będą podlegać zmianie. W konsekwencji, waloryzacja wynagrodzenia WYKONAWCY przyczyniłaby się do zachowania równowagi finansowej oraz oddawałaby rzeczywiste realia kosztów wykonania danego zamówienia publicznego jak i byłaby odzwierciedleniem zasady uczciwości kupieckiej w realiach zawieranej umowy.

Nadto wskazujemy, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie oraz doktrynie stanowiskiem – samo zamieszczenie w umowie przetargowej postanowienia waloryzacyjnego nie może sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku jego zawarcia w umowie, lecz powinno pozwalać na rzeczywiste jego zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, wyd. 4, 2022). Co za tym idzie, ZAMAWIAJĄCY winien tak ukształtować treść klauzuli waloryzacyjnej, aby zapewnić równowagę stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych, ekwiwalentność ich świadczeń oraz równomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego (vide: wyrok KIO z dnia 6 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1564/22). Tym samym wykonanie obowiązku z art. 439 PZP powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź nr 1:

Paragraf 3 Umowy otrzymuje brzmienie:

1. Strony ustalają, że za dostawę przedmiotu zamówienia szacunkowa cena w złotych polskich, określona według cen jednostkowych z **Załącznika nr 1 do umowy**, wynosi netto ... plus podatek VAT, to jest brutto ... zł (słownie: ...), z zastrzeżeniem ust. 2 poniżej oraz § 1 ust. 3.
2. Rozliczenia stron z tytułu wykonywania umowy następująco będą po każdej dostawie, a jej wartość objęta fakturą, stanowić będzie iloczyn liczby dostarczonych produktów i cen jednostkowych, zawartych w **Załączniku nr 1 do umowy**.
3. Należność za dostawę płatna będzie przelewem na bankowy rachunek rozliczeniowy, wskazany w fakturze, w terminie 30 dni od daty otrzymania faktury lub doręczenia ustrukturyzowanej faktury elektronicznej na platformie elektronicznego fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl> WYKONAWCA i ZAMAWIAJĄCY wyrażają zgodę na wysyłanie i odbieranie za pośrednictwem platformy elektronicznego fakturowania innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych związanych z realizacją zamówień publicznych, których listę publikuje minister właściwy do spraw gospodarki.
4. Na wypadek zwłoki w zapłacie ceny zakupu ponad 60 dni, licząc od terminu zapłaty, WYKONAWCA uprawniony będzie do powstrzymania się od spełnienia obowiązku kolejnych dostaw towaru do dnia zapłaty całości zaległych należności, z zastrzeżeniem ust. 6 i 7.
5. Za dzień zapłaty strony uznają dzień obciążenia rachunku dłużnika.



6. W przypadku wystawienia faktury niezgodnie z przepisami termin zapłaty liczy się od otrzymania przez ZAMAWIAJĄCEGO prawidłowo wystawionej faktury.
7. Cena, określona w załączniku, o którym mowa w ust. 1 i 2, obejmuje wszystkie koszty realizacji umowy w tym związane z dostarczeniem przedmiotu zamówienia do siedziby ZAMAWIAJĄCEGO, a w szczególności należności celne i graniczne, koszty transportu oraz ubezpieczenia, wniesienia i rozładowania towaru w Aptece Szpitalnej.
8. Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 826 ze zm.) ZAMAWIAJĄCY będzie nabywał leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu powiększona o marżę nie wyższą niż urzędowa marża hurtowa, a w przypadku nabywania od podmiotu innego niż przedsiębiorca prowadzący obrót hurtowy w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2301 ze zm.)- po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu. Zmiany cen urzędowych obowiązują z dniem wejścia w życie aktu prawnego i nie wymagają zmiany umowy.
9. W przypadku leków wymienionych w części B i C Wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych jednostkowa cena brutto leku nie może przekraczać aktualnie obowiązującego limitu finansowania przez NFZ. Strony postanawiają, że cena będzie ulegać zmianom w przypadku obniżenia wysokości limitu finansowania przez NFZ. Zmiana obowiązywać będzie z dniem wejścia w życie aktu prawnego, wprowadzającego nowy limit finansowania. Tak dokonana zmiana nie wymaga zmiany umowy. WYKONAWCA, w przypadku braku woli kontynuowania umowy może w takiej sytuacji wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia.
11. ZAMAWIAJĄCY przewiduje możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia na podstawie art. 439 PZP w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia innych niż te wskazane powyżej jeżeli zmiana ta wpływa na koszt wykonania zamówienia. Zmiany wysokości wynagrodzenia będą dokonywane według zasad opisanych w ust. 13-16.
12. Każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wyrażającej się zmianą wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego komunikatem Prezesa GUS o ponad 10% za ostatni kwartał; przy czym wartość zmiany wskaźnika GUS porównywana będzie do wartości kwartalnego wskaźnika GUS obowiązującego na dzień otwarcia ofert, a w przypadku kolejnych zmian – do wartości wskaźnika GUS branego pod uwagę przy poprzedniej zmianie.
13. Wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia na podstawie ust. 12 i 13 może być złożony nie częściej niż raz na 6 miesięcy licząc od dnia otwarcia ofert i musi zawierać uzasadnienie wraz z wyliczeniem nowej wysokości wynagrodzenia.
14. Ewentualna zmiana wynagrodzenia na podstawie ust. 12-14 dotyczyć będzie części wynagrodzenia za dotychczas niezrealizowaną część zamówienia przy czym zmiana może wejść w życie nie wcześniej niż od pierwszego dnia miesiąca, w której Strona złożyła wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia. Zmiana odpowiadać



będzie wartości wzrostu lub spadku kosztów realizacji zamówienia wynikającej ze zmiany wskaźnika GUS o którym mowa w ust. 13.

15. Strony ustalają maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień z ust. 12-15 na poziomie 10 % wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 1.
16. WYKONAWCA, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 12-16 zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są usługi lub dostawy oraz okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.
17. Brak porozumienia stron w zakresie zmiany ceny, w warunkach, o których mowa w ustępach poprzedzających stanowi podstawę do rozwiązania umowy przez stronę zainteresowaną, z zachowaniem jednomiesięcznego terminu wypowiedzenia.

Pytanie nr 2:

Do §1 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §1 ust. 3 (w zakresie w jakim ZAMAWIAJĄCY dopuszcza prawo do dowolnego dysponowania ilościami poszczególnych produktów, przy zachowaniu wartości umowy) 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 §1 ust. 3 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. oraz 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.

Odpowiedź nr 2:

ZAMAWIAJĄCY nie wyraża zgody na powyższe. Ustawa PZP nakłada obowiązek określenia w umowie minimalnej wartości, jaką ZAMAWIAJĄCY gwarantuje WYKONAWCY zamówić, natomiast nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń. Dopuszczalne jest zatem określenie tejże gwarancji na wskazanym poziomie. ZAMAWIAJĄCY z założenia ustala wartość i ilość potrzebnych produktów z należytą starannością zakładając maksymalne ich wykorzystanie, niemniej nie może dać WYKONAWCY wyższej gwarancji, bowiem ilość zamawianych produktów uzależniona jest od bieżących potrzeb pacjentów

Pytanie nr 3:

Do §1 ust. 3 wzoru umowy: Wnosimy o zmianę zapisów §1 ust. 3 poprzez zwiększenie minimalnego zakresu umowy do wartości 70%, gdyż próg realizacji minimum 10%, wypacza ekonomiczny sens zawarcia umowy oraz jest niezgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) ponieważ może doprowadzić do istotnej zmiany umowy i jej charakteru, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 454 ust.1, ust.2 pkt 1) i 3) oraz art.455 ust.1 pkt 1) ww. ustawy.

Odpowiedź nr 3:

ZAMAWIAJĄCY nie wyraża zgody na powyższe. Ustawa PZP nakłada obowiązek określenia w umowie minimalnej wartości, jaką ZAMAWIAJĄCY gwarantuje WYKONAWCY zamówić, natomiast nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń. Dopuszczalne jest zatem określenie tejże gwarancji na wskazanym poziomie. ZAMAWIAJĄCY z założenia ustala wartość i ilość potrzebnych produktów z należytą starannością zakładając maksymalne ich wykorzystanie, niemniej nie może dać WYKONAWCY wyższej gwarancji, bowiem ilość zamawianych produktów uzależniona jest od bieżących potrzeb pacjentów

Pytanie nr 4:

Do §5 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy: Czy ZAMAWIAJĄCY wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez zapis o karze w wysokości 1% dziennie, ale liczonej od wartości brutto nie dostarczonego w terminie przedmiotu zamówienia bez górnego limitu 50 zł za każdy dzień opóźnienia?

Odpowiedź nr 4:

ZAMAWIAJĄCY nie wyraża zgody na powyższe. Kary umowne mają za zadanie m.in. dyscyplinować WYKONAWCĘ do terminowego realizowania dostaw, co ma szczególne znaczenie w przypadku produktów leczniczych i realizowania świadczeń



dla pacjentów. Minimalną wartość kary na poziomie 50 zł nie sposób uznać też za rażąco wygórowaną.

Osoba upoważniona do kontaktów w sprawie: Marta Krysiak, nr tel. 91 42 51 431

**Dyrektor
Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii**



tel. 91 42 51 410 / fax: 91 42 51 406



szpital@onkologia.szczecin.pl



www.onkologia.szczecin.pl