

Czarnków, dnia 14 października 2023 r.

**Wszyscy zainteresowani Wykonawcy  
Strona internetowa prowadzonego  
postępowania**

**Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Sukcesywne dostawy leków i płynów infuzyjnych”.**

## **Pytania i wyjaśnienia treści SWZ**

Zamawiający informuje, że do postępowania wpłynęły kolejne pytania.

W związku z tym, zgodnie z art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) dalej: pzp, Zamawiający przekazuje treść tych pytań wraz z wyjaśnieniami (odpowiedziami) Zamawiającego:

W nawiązaniu do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na dostawę leków w ilościach i dawkach podanych w specyfikacji asortymentowo-cenowej zwracamy się z zapytaniami:

Pyt. 1. Pakiet 4, Pozycja 18, Sinora 4 mg/4ml x 10 amp: Czy Zamawiający dopuści produkt Levonor 1mg/ml 4ml/x 5 amp. z odpowiednim przeliczeniem?

Odp. ad.1. Tak, Zamawiający dopuści.

Pyt. 2. Pakiet 4, Pozycja 20, Linezolid 600 mg/300 ml x10: Czy Zamawiający dopuści linezolid 600mg/300ml x 1 z odpowiednim przeliczeniem?

Odp. ad 2. Tak, Zamawiający dopuści.

Pyt. 3. Pakiet 4, Pozycja 33, Kanavit 10 mg/ml x 5 amp.: Czy Zamawiający dopuści Vitacon10mg/ml x 10amp. Z odpowiednim przeliczeniem?

Odp. ad 3. Tak, Zamawiający dopuści.

Pyt. 4. Pakiet 4, Pozycja 41, Midanium amp. 0,005 g/5 ml x 10 amp.: Czy Zamawiający wymaga aby, Midazolam posiadał w swoim składzie edetynian sodu, który zapobiega powstawaniu niewielkich ilości osadów spowodowanych wytrącaniem się produktów interakcji szkła z płynem ampułkowym, co wpływa na stabilność i jakość Midazolamu?

Odp. ad. 4. Tak, Zamawiający wymaga.

Pyt. 5. Pakiet 4, Pozycja 42, Midanium amp. 0,005 g/1 ml x 10 amp.: Czy Zamawiający wymaga aby, Midazolam posiadał w swoim składzie edetynian sodu, który zapobiega powstawaniu niewielkich ilości osadów spowodowanych wytrącaniem się produktów interakcji szkła z płynem ampułkowym, co wpływa na stabilność i jakość Midazolamu?

Odp. ad. 5. Tak, Zamawiający wymaga.

Pyt. 6. Pakiet 4, Pozycja 42, Midanium amp. 0,005 g/1 ml x 10 amp.: Czy Zamawiający wymaga aby Midazolamy zgodnie z ChPL miały możliwość mieszania w jednej strzykawce z morfiną i wykazywały stabilności przez 24h w temp. 250C?

Odp. ad. 6. Tak, Zamawiający wymaga. Przy czym pytającemu chodziło chyba o temp. 25 C

Pyt. 7. Pakiet 4, Pozycja 44, Midanium amp. 50mg/10ml x 5 amp.: Czy Zamawiający wymaga aby, Midazolam posiadał w swoim składzie edetynian sodu, który zapobiega powstawaniu niewielkich ilości osadów spowodowanych wytrącaniem się produktów interakcji szkła z płynem ampułkowym, co wpływa na stabilność i jakość Midazolamu?

Odp. ad. 7. Tak, Zamawiający wymaga.

Pyt. 8. Pakiet 4, Pozycja 44, Midanium amp. 50mg/10ml x 5 amp.: Czy Zamawiający wymaga aby Midazolamy zgodnie z ChPL miały możliwość mieszania w jednej strzykawce z morfiną i wykazywały stabilności przez 24h w temp. 250C?

Odp. ad. 8. Tak, Zamawiający wymaga. Przy czym pytającemu chodziło chyba o temp. 25 C

Pytania do wzoru umowy:

1. Do §1 ust. 3 oraz §3 ust. 4 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 3 oraz §3 ust. 4, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowym 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 produktów. Aktualna treść §1 ust. 3 oraz §3 ust. 4 jest na tyle ogólna, 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. Po pierwsze, na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro treść art. 433 pkt 4 mówi wprost, że „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”, to Zamawiający jest zobowiązany do określenia tych minimalnych wartości w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia. Po drugie, Zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1, 2 PZP, aby skutecznie

zatrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień oraz spełnić łącznie trzy przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz okoliczności skorzystania z niej, a przy tym, nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu.

#### **Odpowiedź Zamawiającego.**

Zamawiający sporządzając PPU miał tego świadomość. Podjął jednak taką decyzję z uwagi na swoje nieprzewidywalne potrzeby nieprzewidywalne potencjalne trudności jako publicznej jednostki ochrony zdrowia, jak też ze względu na dotychczasową praktykę oraz zgodę wykonawców na takie postanowienia w poprzednich postępowaniach przetargowych i zawartych umowach na dostawy leków i płynów infuzyjnych. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że w przypadku tego zamówienia, wykonawcy potrafią znaleźć się w takiej sytuacji i racjonalnie zaoferować ceny leków i płynów infuzyjnych.

2.

Do §3 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie czasu na dostawę przedmiotu zamówienia do godziny 13.00?

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający wyraża zgodę: dostawy do godziny 13:00.

3.

Do §3 ust. 5 oraz §5 ust. 1 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 rażącą stratą 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?

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

4.

Do §6 ust. 1 lit. a) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości NIEDOSTARCZONEGO w terminie zamówienia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 14,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 1825% w skali roku (5% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie zmienia tego zapisu ze względu na szczególne zadania ochrony zdrowia i życia i bezwzględną konieczność terminowych dostaw. Wykonawcy mają obowiązek priorytetowego

traktowania Zamawiającego Szpitala i zachowania szczególnej staranności w terminowym realizowaniu wszystkich podjętych zobowiązań.

5.

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wysokości kary za niewykonanie dostawy do wysokości 1% wartości zamówionej partii towaru?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

6.

Do §8 ust. 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §8 ust. 2 wzoru umowy poprzez: usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na powyżej 15% 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? Zapis §8 ust. 2, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 15% 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 14% (co stanowi bardzo dużą wartość, uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz 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 kwestionowany zapis powinien zostać zmieniony w zaproponowany sposób.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający wyraża zgodę na tę zmianę.

7.

Do §8 ust. 6 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w taki sposób, aby wynosiła ona łącznie 15%?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę ale do wysokości łącznie 10%.

8.

Do §8 ust. 4 wzoru umowy Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §8 ust. 4 poprzez usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację wynagrodzenia dokumentów potwierdzających rzeczywiste zastosowanie poszczególnych kosztów, mających wpływ na przedmiotową zmianę, gdyż uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę ww. dokumentów 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, ideą oraz istotą samej waloryzacji - powinno następować poprzez odesłanie do obiektywnych, jednoznacznych oraz niezależnych od stron umowy wskaźników makroekonomicznych.

Dlatego też, 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 GUS. Wymóg przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów zawierających zestawienie kosztów ponoszonych przez Wykonawcę wraz ze stosownymi obliczeniami i uzasadnieniem stanowi rażąco 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 najbliższym 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 §8 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.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie wyraża zgody na tę zmianę.

**Zamawiający informuje, że niniejsze wyjaśnienia treści SWZ stają się jej integralną częścią i są wiążące przy składaniu ofert.**

*Dyrektor Szpitala*

*Bożena Sadowska*