



Kup, dn. 31 lipca 2024 r.

Nr sprawy ZP/12/2024

Do wiadomości

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: **Dostawa leków, produktów farmaceutycznych i płynów infuzyjnych.**

Działając na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), poniżej Zamawiający przedstawia treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

1. Do §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za rozwiązanie umowy, w ten sposób, aby wynosiła ona 5% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.

2. Do §8 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub podlegającego reklamacji/gwarancji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.

3. Do §9 ust. 2 pkt 1 lit. f) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §9 ust. 2 pkt 1 lit. f) 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 §9 ust. 2 pkt 1 lit. f) jest na tyle ogólna i 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) 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. 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.

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian. Dla zastosowania tego postanowienia wymagana jest zgoda obydwu stron umowy. Oznacza to, że zmiana w tym zakresie nie może zostać dokonana jednostronnie (poprzez jednostronne oświadczenie woli). Kwestia wskazania w treści umowy potencjalnych, umownych podstaw do jej przyszłej zmiany jest instytucją zupełnie inną od chociażby prawa opcji, które jest prawem jednostronnym i faktycznie musi określać wskazane przez Państwa parametry.

4. Do §10 ust. 5 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację szczegółowej kalkulacji 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. 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 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 GUS. 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 ten może stanowić 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.: Postanowienie pozostaje bez zmian. Zgodnie z powszechnym poglądem, wykonawca powinien wykazać, że dana grupa kosztów ma istotny wpływ na cenę zamówienia. Jak wskazuje KIO argumentacja przemawiająca za koniecznością i wartością waloryzacji „[...] powinna być poparta dowodami nie tylko na wysokość zmian wskazanych kosztów, ale także powinna zmierzać do wykazania, że udział tych kosztów w przedmiocie usługi jest tak istotny, że ich zmiana oddziałuje na rentowność świadczenia wykonawcy” (wyrok KIO z 6.05.2022 r., KIO 1048/22).

5. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odp.: Nie zachodzą.

6. 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 dnia 15 maja 2015r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody.



7. Czy Zamawiający w Części 20 dopuści:

Spektrum działania: bakterie, grzyby, w czasie do 15 sekund, wirusy w czasie 1 minuty? oraz opakowanie po 50 zestawów (nasączony gazik + nienasączony gazik, saszetki połączone perforacją)?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

8. Czy Zamawiający w Części 21 dopuści:

Spektrum działania: bakterie, grzyby, w czasie do 15 sekund? oraz opakowanie po 50 zestawów (nasączony gazik + nienasączony gazik, saszetki połączone perforacją)? oraz rozmiar po rozłożeniu 9x12cm?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

9. Czy Zamawiający w Części 21 dopuści:

Spektrum działania: bakterie, grzyby, w czasie do 15 sekund? oraz opakowanie po 50 zestawów (nasączony gazik + nienasączony gazik, saszetki połączone perforacją)? oraz rozmiar po rozłożeniu 12x12.5cm?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

10. Dotyczy umowy- prosimy do paragrafu 8 dopisać na końcu ustęp 9 o treści:
Kary umowne jakie może naliczyć Zamawiający w związku z opóźnieniem w realizacji zamówienia mogą być zastosowane tylko w przypadku, gdy Zamawiający nie posiada aktualnie zaległości w płatnościach na rzecz Wykonawcy starszych niż 14 dni od upływu pierwotnego terminu płatności. Wznowiony bieg terminu realizacji zamówienia, po którego przekroczeniu Zamawiający może naliczać kary umowne następuje od dnia zaksięgowania zaległych środków na koncie Wykonawcy.

lub

o dopisanie na końcu paragrafu 8 ustęp 9 o treści: "W przypadku niedotrzymania przez Zamawiającego terminu zapłaty faktury za dostarczony towar, Wykonawcy przysługuje prawo naliczania odsetek ustawowych i równocześnie przysługuje mu prawo naliczania kar umownych w wysokości 2% wartości brutto z faktury za każdy dzień zwłoki w płatności.

lub

Prosimy o zmniejszenie kar umownych, którym podlegać ma Wykonawca. W obecnej sytuacji chronione są głównie interesy Zamawiającego. Prosimy o wprowadzenie zapisów

Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.

Ponadto, w związku z zaistniałą omyłką, Zamawiający wprowadza modyfikacje zapisów w SWZ:

1. W SWZ rozdz. V, ust. 7 dodaje się pkt. d) o brzmieniu:

d) 48 godzin od momentu złożenia zamówienia w przypadku leku do programu lekowego (zestaw 1 poz. 13)

2. W załączniku nr 2 FORMULARZ CENOWY, poz. 13 NINTEDANIB 100 MG – dodaje się wymóg:

- lek do programu lekowego musi posiadać kod EAN wymieniony w aktualnym Obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie refundowanych leków;

- zamawiający wymaga dla leku do programu lekowego dostarczenia aktualnych kart charakterystyki w formie elektronicznej;

3. W załączniku nr 8 PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY:

§ 1 ust. 5 dodaje się pkt. 3) o brzmieniu:

3) lek do programu lekowego posiadać kod EAN wymieniony w aktualnie obowiązującej liście refundacyjnej.

§ 3 ust. 1 dodaje się pkt. d) o brzmieniu:

d) 48 godzin od momentu złożenia zamówienia w przypadku leku do programu lekowego (zestaw 1 poz. 13)