

Czarnków, dnia 28 października 2024 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 z podziałem na XXII Pakiety”.

Wnioski o zmianę SWZ i odpowiedzi Zamawiającego

Zamawiający informuje, że między innymi pytaniami, wpłynęły wnioski z propozycjami zmian postanowień SWZ, w tym PPU. W związku z tym, działając w oparciu i analogicznie do art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), Zamawiający przekazuje treść tych wniosków (poniżej punkty 1, 2 i 3) wraz z odpowiedziami Zamawiającego:

Wniosek o konkretyzację/zmianę PPU

1. *Do §1 ust. 3 oraz §3 ust. 4 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 produktów. Aktualna treść tych zapisów 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. Bierackiego 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, zrozu-

miały 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 Zamawiającego: Konkretyzuje się wartości graniczne w następujący sposób:

§ 3 ust. 4 PPU (załącznik nr 3 do SWZ) zmienia się w następujący sposób:

Zamawiający zastrzega sobie:

a) możliwość niewykorzystania w pełni asortymentu dostaw wskazanego w załączniku nr 1, jednak nie mniej niż 50% ilości wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ, stanowiący załącznik nr 1 do SWZ), stosownie do sytuacji i potrzeb Szpitala odnośnie każdego z Pakietów i każdej pozycji z czego nie wynikają dla Wykonawcy żadne roszczenia,

b) prawo do składania zamówień częściowych co do zakresu i ilości dostaw częściowych oraz prawo zmniejszenia w trakcie realizacji umowy określonego w OPZ zakresu zamówienia jednak nie mniej niż 50% każdego Pakietu i każdej pozycji - w przypadku wystąpienia niemożliwych do przewidzenia w chwili podpisania umowy okoliczności powodujących, że wykonanie określonej części zamówienia nie będzie ze względów ekonomicznych, organizacyjnych lub technicznych leżało w interesie Zamawiającego, albo w przypadku zmniejszenia się zapotrzebowania Szpitala, czego również nie można przewidzieć na dzień podpisania umowy. Wykonawca zobowiązuje się do elastycznego reagowania na zwiększone (opcja zwiększająca do 50% w stosunku do OPZ) bądź zmniejszone (nie mniej niż 50% w stosunku do OPZ) bieżące potrzeby Zamawiającego. Realizacja umowy na dostawy leków uzależniona będzie od umów podpisanych z NFZ i liczby pacjentów zakwalifikowanych do leczenia.

Odnośnie uwag dotyczących opcji zwiększającej Zamawiający przypomina, że w SWZ (pkt 4.2 SWZ) przewidziano wcześniej już takie prawo opcji w zakresie do 50% wartości zamawianego asortymentu wraz z określeniem okoliczności skorzystania z tego prawa. Zamawiający powtarza poniżej te postanowienia i wprowadza je również dodatkowo do tekstu PPU. Dlatego w PPU dodaje się do § 3 ust. 5 w następujący sposób:

§ 3

ust. 5. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji dla poszczególnych Części (Pakietów) i pozycji zamówienia w zakresie do 50% wartości zamawianego i określonego w OPZ asortymentu, na co Wykonawca wyraża zgodę i zobowiązuje się świadczyć dostawy na warunkach określonych w ofercie.

- 1) Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w terminie obowiązywania umowy,
- 2) skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy, opcja zostanie uruchomiona po przekroczeniu limitu ilości leków lub płynów infuzyjnych dla poszczególnych asortymentów w danej Części (Pakiecie) i również każdej pozycji zamówienia,
- 3) uruchomienie opcji może nastąpić w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego, liczba leków lub płynów infuzyjnych w ramach opcji może być wykorzystana w całości (50%) albo w części (mniej niż 50%),
- 4) wynagrodzenie przysługuje tylko za faktycznie wykorzystaną część opcji,
- 5) uruchomienie opcji może ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego,
- 6) Wykonawcy nie przysługuje prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeżeli Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji w toku realizacji umowy.

Wniosek o zmianę PPU

2. *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 13,75% 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: Zamawiający nie może wyrazić zgody na proponowane zmiany ze względu na szczególne zadania ochrony zdrowia i życia, za których realizację Szpital jest odpowiedzialny i co za tym idzie bezwzględną konieczność terminowych dostaw. Wykonawcy, którzy zobowiązują się do świadczenia dostaw - w tym przypadku leków i płynów infuzyjnych - mają obowiązek priorytetowego traktowania Zamawiającego Szpitala i zachowania szczególnej, najwyższej staranności w należyтым i terminowym realizowaniu wszystkich świadczeń objętych tym zamówieniem publicznym.

Wniosek o zmianę PPU

3. *Do §8 ust. 4 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §8 ust. 4 wzoru umowy poprzez usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację wynagrodzenia dokumentów potwierdzających rzeczywiste zastosowanie poszczególnych kosztów, mających wpływ na przedmiotową zmianę, ponieważ uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę wskazanych 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. W związku z powyższym, do uruchomienia mechanizmu waloryzacji wystarczającym powinno 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 rażące 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, jednoznaczny, 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 to-

warów 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: Zamawiający nie może wyrazić zgody na proponowaną zmianę. Zaprojektowane postanowienia PPU są w świetle aktualnych przepisów uprawnione, gdyż mają swoje podstawy: dotyczą waloryzacji ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego (art. 439 ust. 1 Pzp) tj. niezbędne jest każdorazowe ustalenie istnienia rzeczywistego związku z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego.

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

Dyrektor Szpitala
Bożena Sadowska