



Czeladź, dnia 23.10.2024 r.

Znak sprawy: DZA.381.25.1.2024

**Do wszystkich
Wykonawców**

Dot. Postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) – na dostawę produktów leczniczych do programów lekowych na SM.

Zamawiający informuje, że Wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego z wnioskami o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

Pytanie nr 1

Czy w par. 2.13 Zamawiający wykreśli „lub producenta”? Wykonawca odpowiada tylko za zwłokę w dostawie, a więc za zawnioną przez siebie nieterminową dostawę. Opóźnienia ze strony osób trzecich nie są podstawą odpowiedzialności Wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisu §2. ust.13 Wzoru umowy.

Pytanie nr 2

Czy Zamawiający w par. 5.1.a zamiast kary za godzinę zwłoki wprowadzi karę za dzień zwłoki? Obecny zapis wprowadza kary umowne (12% dziennie) w wysokości rażąco wygórowanej.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisu §5. ust.1. lit. a) Wzoru umowy.

Pytanie nr 3

Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 5.1.c z 20% do wartości max. 1%? Obecna kara jest **rażąco wygórowana**.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisu §5. ust.1. lit. c) Wzoru umowy.

Pytanie nr 4

Czy Zamawiający w par. 7 wyłączy zapisy o stawce VAT jako podlegające aneksowaniu? Zmiana stawki VAT winna wchodzić w życie automatycznie w dacie zmiany przepisów prawa. Konieczność oczekiwania na podpisanie aneksu może grozić Wykonawcy dostarczaniem produktów po rażąco niskiej cenie.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisu §7 Wzoru umowy.

Pytanie nr 5

Pytania do wzoru umowy:

Do §2 ust. 14 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust.14, poprzez 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 asortymentów. Aktualna treść §9 ust. 14 jest na tyle ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji 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 rzeczywiście 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: Zamawiający nie zmienia zapisu §2. ust. 14 Wzoru umowy.

Pytanie nr 6

Pytania do wzoru umowy:

Do §2 ust. 15 wzoru umowy. Prosimy o wyjaśnienie, kto i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniał, że wymagana przez Zamawiającego w §2 ust. 15 wzoru umowy szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania zamówienia, przedstawiona przez Wykonawcę może być nieprecyzyjna albo nierzetelna, co stanowiło będzie dla Zamawiającego powód do ewentualnej odmowy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w całości lub części?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, iż w umowie stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ brak jest w §2 ust. 15 wzoru umowy zapisów dotyczących kalkulacji nieprecyzyjnej albo nierzetelnej, którą przywołuje w pytaniu Wykonawca.

Pytanie nr 7

Pytania do wzoru umowy:

Do §2 ust.5 projektu umowy prosimy o dopisanie:”...dostawa z krótszym terminem ważności możliwa za zgodą Zamawiającego”.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisu §2. ust. 5 Wzoru umowy.

Pytanie nr 8

Pytania do wzoru umowy:

Do §5 ust. 1 lit. a) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 0,05% za każdą godzinę opóźnienia liczonej od wartości brutto niedostarczonego w terminie zamówienia?

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisu §5 ust. 1 lit. a) Wzoru umowy.



Pytanie nr 9

Pytania do wzoru umowy:

Do §5 ust. 1 lit. c) wzoru umowy. Prosimy o usunięcie z projektu umowy postanowienia §5 ust. 1 lit. c), nakładającego na Wykonawcę dodatkową karę umowną z tytułu dokonania zakupu interwencyjnego, spowodowanego niedostarczeniem w terminie towaru lub towaru wolnego od wad. Nadmieniamy, że Zamawiający zastrzegł w umowie wiele środków dyscyplinujących oraz kompensacyjnych, możliwych do wykorzystania w okoliczności opóźnienia w realizacji dostawy lub reklamacji. Wśród nich wymienił należy zastrzeżoną w §5 ust. 1 lit. a) oraz §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy, możliwość naliczenia kary umownej za opóźnienia w realizacji dostawy lub reklamacji, czy wynikającą z treści §6 ust. 2 możliwość rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku niewywiązania się z terminu realizacji dostawy lub reklamacji. Ponadto, §4 ust. 6 wzoru umowy zobowiązuje już Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego dostawcy oraz dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia zastępczego. W związku z powyższym, uważamy dodanie, do i tak już obszernego katalogu, kolejnego rodzaju kary za rażąco wygórowane oraz przekraczające granice motywacji Wykonawcy do realizacji zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisu §5 ust. 1 lit. c) Wzoru umowy.

Pytanie nr 10

Pytania do wzoru umowy:

Do §5 ust. 1 lit. d) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §5 ust. 1 lit. d) poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ za daną część zamówienia?

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia §5 ust. 1 lit. d) Wzoru umowy.

Pytanie nr 11

Pytania do wzoru umowy:

Do §7 ust. 5 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §7 ust.5 lit. c) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 10% 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?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §7 ust. 5 lit. c) wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 30%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego 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 9% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) 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.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia §5 ust. 1 lit. c) Wzoru umowy.