

DZP.271.2.2023- 14

Bielsko-Biała dn. 13.02.2023 r.

*Dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę leków cytostatycznych, w tym leków cytostatycznych niezbędnych do realizacji świadczeń z zakresu chemioterapii i programów lekowych dla potrzeb Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku – Białej (znak sprawy: DZP.271.2.2023).*

Uprzejmie informujemy, iż do siedziby Zamawiającego wpłynęły zapytania do SWZ o treści :

**Pytanie 1:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do §2 ust. 11 oraz §6 ust. 1 pkt e) wzoru umowy. Prosimy o usunięcie tego zapisu, ponieważ instrument dzielenia ryzyka (RSA) stanowi integralną część decyzji refundacyjnej, o którą może starać się ściśle określony krąg wnioskodawców (art. 2 pkt 27 Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych) – tj. podmiot odpowiedzialny (producent leku) lub jego przedstawiciel i importer równoległy. Zatem tylko jeden z potencjalnych wykonawców może ubiegać się o RSA, co już na wstępie wyklucza pozostałych, zwł. hurtownie farmaceutyczne. W związku z powyższym dokument RSA (instrument dzielenia ryzyka) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podmiotu będącego stroną RSA, (doznaje wyłączenia spod zasady jawności w PZP) i jego treść jest znana tylko temu podmiotowi (producentowi) i tylko ten jeden podmiot może przedstawić taki dokument w postępowaniu przetargowym.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapis umowy. Zapis umowy w żaden sposób nie ogranicza kręgu wykonawców, gdyż nie wskazuje ani nawet nie sugeruje, że wykonawcą musi być wnioskodawcą w rozumieniu art. 2 pkt 27 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Postanowienie umowne wskazuje wyłącznie, że wykonawca uzyskawszy informację o zmianie ceny leku wskutek zmiany rozkładu ryzyka, powinien o tym poinformować Zamawiającego, co jest istotne z punktu widzenia następczych rozliczeń Zamawiającego z NFZ.

**Pytanie 2:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do §2 ust.12 lit. b) projektu umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §2 ust.12.lit. b) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na poziomie 7% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 3:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Prosimy o zmodyfikowanie zapisu §2 ust.12 lit. g) projektu umowy poprzez podwyższenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia do 50% wartości pierwotnej umowy.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 4:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do §2 ust.13 wzoru umowy. Prosimy o dodatnie: "...z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych".

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 5:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do §3 projektu umowy. Prosimy o modyfikację treści §3 projektu umowy poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować w ramach prawa opcji np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – cenowym mogą ulec zwiększeniu w granicach +20%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §3 wzoru umowy są na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty. Zgodnie z regulacją art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy wskazane przez ustawodawcę przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz określić okoliczności skorzystania z niej, a przy tym nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 PZP), nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, 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, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ. Zamawiający zaznaczył maksymalną ilość produktu leczniczego jaką może zamówić przez podanie żądanej ilości substancji czynnej w formularzu asortymentowo cenowym.**



**Pytanie 6:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do §5 ust. 9 wzoru umowy prosimy o dopisanie: "...możliwość zwrotu w terminie upływa w ciągu 7 dni od dostawy.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 7:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §6 ust. 1 lit. c) poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 8:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do §5 ust. 1 lit. d) 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 0,01% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia w trybie "cito" za każdą godzinę opóźnienia?

**Odpowiedź:**

**§5 ust. 1 wzoru umowy nie dotyczy kar umownych. Przyjmując, że zapytanie dotyczyło faktycznie §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ. Określenie kary umownej zgodnie z żądaniem Zamawiającego, na poziomie czysto symbolicznym, za brak realizacji umowy w tak istotnym zakresie spowoduje, że zapis w ogóle nie spełniałby swojej funkcji.**

**Pytanie 9:**

**Dotyczy załącznika nr 3 - Projekt umowy**

Do treści §6 ust. 3 wzoru umowy prosimy o dopisanie: "...zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. a) ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.”.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zmian i podtrzymuje zapisy SWZ z tego względu, że taki zapis jest już zawarty w postanowieniu §6 ust. 3 wzoru umowy.**

**UWAGI OGÓLNE**

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że żadne z zadanych przez Wykonawcę pytań nie miało na celu wyjaśnienia zapisów SWZ i jej załączników, ale zmierzało wyłącznie do negocjowania postanowień umowy w sposób zwiększający pozycję Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego.

Zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego **o wyjaśnienie** treści specyfikacji warunków zamówienia. Wskazujemy, że celem przepisu przewidującego możliwość złożenia wniosku o wyjaśnienia treści SWZ jest **uszczegółowienie, doprecyzowanie opisu zawartego w SWZ w stosownym zakresie**. Udzielenie



wyjaśnień nie może zatem prowadzić do udzielania innych informacji, dodawania przez zamawiającego nowych wymagań wobec wykonawców na ich żądanie czy też do negocjowania treści umowy.

Jak wynika z nauki prawa:

1. „Wyjaśnienie specyfikacji polega na przekazaniu informacji opartych na danych w niej zawartych, zamawiający pomaga wykonawcy, zbierając niejako informacje z różnych elementów specyfikacji, zestawia je w sposób syntetyczny, bardziej zrozumiały i przejrzysty dla wykonawcy. Uzupełnienie specyfikacji to oparcie odpowiedzi na nowych danych, których w pierwotnym opracowaniu nie było.” (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 135.)
2. „W sytuacji, gdy wykonawca poweźmie wątpliwości co do treści specyfikacji, przysługuje mu uprawnienie do żądania od zamawiającego złożenia wyjaśnień, które pozwalają na ustalenie woli zamawiającego zawartej w danym postanowieniu specyfikacji. Zapytania mogą dotyczyć każdego elementu specyfikacji, w tym opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, postanowień umowy itd.” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 135.)

Celem instytucji wskazanej w art. 135 ust.1 pzp jest jedynie dokonywanie wyjaśnień SWZ, tymczasem pytania Wykonawcy sprowadzają się w istocie do niedopuszczalnego w rozumieniu art. 135 ust. 1 pzp negocjowania postanowień umowy.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. "Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która powinna powodować zmianę jego postanowień" (wyrok KIO z 28.3.2011 r., sygn. akt KIO 545/11).
2. Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 PrZamPubl" (wyrok KIO z 6.5.2011 r., KIO 836/11, Legalis).

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 25 września 2017 r. sygn. akt I ACa 245/17 wskazał, że „W przypadku umów zawieranych w reżimie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), ograniczeń doznaje zasada wolności kontraktowej, gdyż treść umowy nie podlega negocjacji. Zamówienie przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się na podstawie art. 38 ww. ustawy do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem tej instytucji jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego. Przyjmuje się nawet, że udzielone wyjaśnienia stanowią rodzaj wykładni autentycznej zamawiającego.”

Z nauki prawa wynika natomiast, że “z uwagi na różną praktykę w zakresie stosowania przepisów dotyczących wyjaśniania SIWZ należy zauważyć dwie rzeczy:

1. **przepis ten dotyczy tylko wyjaśniania siwz; nie powinien więc być podstawą do wyjaśniania innych dokumentów, np. treści ogłoszenia;**





2. *przepis pozwala na wyjaśnianie jedynie wątpliwości związanych z treścią siwz; nie powinno więc na jego podstawie domagać się wprowadzenia zmian do specyfikacji, polemizować z treścią jej zapisów na innej drodze niż odwołanie czy też zadawać zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące treścią siwz.”*

(J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019, M. Sieradzka (red) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 1, 2018, P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016).”

Wprawdzie w określonym zakresie przytoczone powyżej orzecznictwo i poglądy nauki prawa zostały sformułowane na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, niemniej z uwagi na tożsamość instytucji wyjaśniania treści SWZ na gruncie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, mają zastosowanie również do aktualnych przepisów pzp.

Z-CA DYREKTORA  
ds. Techniczno-Administracyjnych  
Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego  
im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej  
mgr inż. *Grzegorz Kubica*



