



Grudziądz, dnia 08.11.2024 r.

ZP- 2753/24

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy leków i wyrobów medycznych na okres 24 m-cy (znak sprawy: Z/79/PN/24).

Informuję, działając w oparciu o treść art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2024 r., poz. 1320 ze zm.), że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „**dostawy leków i wyrobów medycznych na okres 24 m-cy**” (znak sprawy **Z/79/PN/24**) wpłynęły zapytania do postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia o następującej treści:

Zapytanie nr 1:

Proszę o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

Do §2 ust. 13 ogólnych warunków umowy: Prosimy o wyjaśnienie co Zamawiający rozumie pod pojęciem "opisu procedur warunków transportu leków stosowanych u Wykonawcy, zabezpieczających wymaganą przez producenta obniżoną temperaturę transportu". Jakie informacje będą niezbędne dla Zamawiającego?

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że pod pojęciem "opisu procedur warunków transportu leków stosowanych u Wykonawcy, zabezpieczających wymaganą przez producenta obniżoną temperaturę transportu" rozumie wykaz z rejestratora temperatur.

Zapytanie nr 2:

Do §3 ust.1 pkt 7) wzoru umowy. W związku z tym, że my jako wykonawca jesteśmy dysponentem urządzeń (pomp) , a ich właścicielem pozostaje producent prosimy o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: "Urządzeniami o których mowa w §3 Wykonawca może swobodnie dysponować i sprzęt ten jest wolny od roszczeń osób trzecich".

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że dokonał modyfikacji Załącznika nr 4 do SWZ jak poniżej.





Zapytanie nr 3:

Do §5 ust. 5 ogólnych warunków umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §5 ust. 5 ogólnych warunków umowy (SWZ) dotyczącego sposobu płatności, poprzez wykreślenie zapisu o fakturach zbiorczych wystawianych miesięcznie i zastąpienie go zapisem umożliwiającymi wystawianie i dostarczanie faktur za każdą zrealizowaną dostawę towaru, z uwagi na uchylenie z dniem 1 stycznia 2014 r. przepisów dopuszczających możliwość wystawiania faktur zbiorczych, a także z uwagi nieważność zapisu w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa tj. art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2013 r. poz. 403 ze zm.), zakazującego zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminów wystawiania i doręczania faktur? Możliwość wystawiania faktur zbiorczych wynikała z nieobowiązującego już §9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2012 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2012 r. poz. 1428), które to rozporządzenie zostało uchylone z dniem 1 stycznia 2014 r. W aktualnie obowiązującym rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2013 r. w sprawie wystawiania faktur (Dz.U. z 2013 r. poz. 1485 ze zm.), brak jest zapisów dotyczących faktur zbiorczych. Obecnie nie ma więc żadnej podstawy prawnej, z której wynikałaby możliwość posługiwania się konstrukcją faktur zbiorczych. Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych „strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi”. Konsekwencją powyższego uregulowania jest brak możliwości zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminu doręczenia (a więc i wystawiania) faktury lub rachunku. Stąd zapis §4 ust. 4 ogólnych warunków umowy (SWZ) dotknięty jest nieważnością.

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 4:

Do §5 ust. 9 ogólnych warunków umowy: Czy Zamawiający odstąpi od wymogu wystawiania dokumentu WZ? Jednocześnie zapewniamy, że dołączana do każdorazowej dostawy faktura VAT spełniać będzie wymogi dla dokumentu przekazania produktu leczniczego, a tym samym zawierała będzie między innymi takie informacje jak numer serii czy data ważności dostarczonego przedmiotu umowy.





Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 5:

Do §5 ust. 13 wzoru umowy: Prosimy o rezygnację z postanowienia zamieszczonego w §5 ust. 13 wzoru umowy, zgodnie z którym: „W przypadku ewentualnych opóźnień w płatnościach wynagrodzenia Wykonawcy przysługują odsetki w wysokości równej sumie 3,5 punktów procentowych i stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego.”.

Wykonawca wskazuje, że ww. postanowienie wzoru umowy jest obarczone bezpośrednio sankcją nieważności, co literalnie wynika z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, zgodnie z którym "Postanowienia umowy wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5, art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 4 i 4a, art. 10, art. 11 i art. 12, lub mające na celu obejście tych przepisów, są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy ustawy." Przepis ten jasno stanowi, że strony umowy nie są upoważnione do ważnego w świetle prawa wyłączenia uprawnienia wierzyciela przewidzianego w art. 8 ust. 1 (w zw. z art. 4 pkt 3) lit. a) ustawy, wskazującemu, że „W transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych, za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty” jednocześnie regulując w art. 4 pkt 3) lit. a), że odsetki te równe są sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i ośmiu punktów procentowych. Powyższe nadaje przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący). Nieważność postanowień sprzecznych z ww. ustawą wielokrotnie potwierdzały również sądy powszechne, m.in. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 26.04.2016 r. (sygn. II C 561/15), Sądu Okręgowego w Radomiu z 16.06.2016 r. (sygn. I C 435/16), Sądu Okręgowego w Łodzi z 20.10.2017 r. (sygn. III Ca 984/17). W doktrynie także powszechnie podnosi się, że „Za niedopuszczalne należy uznać postanowienia umowne abstrakcyjnie wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, tzn. przyjęte przez strony jeszcze przed powstaniem określonego uprawnienia lub obowiązku” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, red. Osajda 2021, wyd. 4/B. Ostrzechowski/K. Riedl). Ponadto, wprost uznaje się, że: „Celem normy wyrażonej w art. 13 TransHandlZapU jest zapobieżenie sytuacji, w której jedna ze stron (dłużnik) transakcji handlowej wykorzystując przewagę negocjacyjną, wymusza na drugiej stronie (wierzycielu) odpowiednie postanowienia umowne, które uszczuplają bądź nawet wyłączają uprawnienia wierzyciela bądź obowiązki dłużnika przewidziane w art. 5, 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 4, 10, 11 i 12 TransHandlZapU” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu





nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych red. Osajda 2017, wyd. 1/Cudny) Podkreślić należy natomiast, za wyrokiem KIO z 12.06.2015 r. (KIO 1127/15, LEX nr 1805929), że: „SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności”. W konsekwencji, postanowienie takie, finalnie, zostanie uznane za nieważne w ewentualnym postępowaniu sądowym, stosownie do art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Stąd, Wykonawca wzywa Zamawiającego do nadania wzorowi umowy treści zgodnej z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa już na etapie postępowania przetargowego.

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 6:

Do §6 ust. 3 pkt 4) ogólnych warunków umowy: Prosimy o obniżenie wymiaru kary umownej za niezrealizowanie lub odmowę dostawy "cito" do wysokości 2% wartości niezrealizowanej dostawy.

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 7:

Do §6 ust.3 pkt 5) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisu dotyczącego naliczenia kary przez Zamawiającego w wysokości 1% wartości towaru objętego zamówieniem zastępczym, gdyż wcześniejsze zapisy wzoru umowy przy dokonaniu zakupu zastępczego zobowiązują już Zamawiającego do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego wykonawcy powiększoną o koszty transportu naliczone przez innego Wykonawcę.

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 8:

Do treści §6 ust. 3 pkt 6) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zareklamowanej partii towaru poprzez wprowadzenie





zapisu o karze w wysokości 0,5% dziennie liczonej od wartości brutto nie dostarczonego w terminie zamówienia podlegającego reklamacji?

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 9:

Do §6 ust. 3 pkt 7) ogólnych warunków umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco startą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 10:

Do §7 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §7 ust.3 pkt 8, 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 §7 ust. 3 pkt 8 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. oraz 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 regul wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ. Zamawiający wyjaśnia, że z należytą starannością oszacował wymagane ilości asortymentu, dodatkowo w Załączniku nr 4 do SWZ przewidział możliwość wydłużenia terminu obowiązywania umowy w przypadku niewykorzystania przez Zamawiającego zakontraktowanych ilości towaru w pierwotnie określonym terminie, o czas niezbędny do wykorzystania zakontraktowanych ilości (wyczerpania wartości umowy), jednakże całkowity okres trwania umowy nie może przekroczyć 48 miesięcy od dnia jej zawarcia.

Zapytanie nr 11:

Do §8 ust.4 pkt 3) projektu umowy. Adekwatnie do brzmienia art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021, poz. 1129 z późn. zm.) prosimy również o zmianę terminu uprawniającego Wykonawcę do dokonania pierwszej i każdej kolejnej zmiany wynagrodzenia z 12 na 6 miesięcy.

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

Zapytanie nr 12:

Do §8 wzoru umowy: Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §8 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy, za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Odpowiedź

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje modyfikacji we wnioskowanym zakresie i pozostaje przy zapisach określonych w treści SWZ.

MODYFIKACJA TREŚCI SWZ

Działając na podstawie art. 137 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) Zamawiający informuje, że dokonał zmiany treści Specyfikacji Warunków





Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „**dostawy leków i wyrobów medycznych na okres 24 m-cy**” (znak sprawy Z/79/PN/24), w następującym zakresie:

- w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – wykreśla się treść Załącznika nr 4 do SWZ zastępując nową treścią Załącznika nr 4 do SWZ, jak w załączeniu (zmiana w zakresie § 3 ust. 1 pkt 7).

Powyższa modyfikacja SWZ stanowi jej integralną część. Pozostała treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) pozostaje bez zmian.

Wykonawca przy składaniu oferty powinien uwzględnić powyższą modyfikację poprzez:

- złożenie wypełnionego dokumentu po modyfikacji

lub

- naniesienie poprawek w ramach powyższej modyfikacji poprzez skreślenie i wpisanie właściwej treści lub dopisanie zmodyfikowanego opisu.