

dot. sprawy: 101/ZP/2024

Szanowni Państwo,

Uprzejmie informuję, że w sprawie ogłoszonego przez 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie postępowania na **Dostawy leków** wpłynęły pytania. Treść pytań wraz z odpowiedziami na nie przedstawiam poniżej:

Pytanie 1

Czy w celu miarkowania kar umownych Sprzedający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 11 ust. 5:

Z wnioskiem o dokonanie zmiany wynagrodzenia może wystąpić także Zamawiający i jest on uprawniony do żądania od Wykonawcy przedstawienia dokumentów, z których będzie wynikać, w jakim zakresie okoliczności, na które się powołuje, mają wpływ na koszty wykonania zamówienia, w tym przedłożenia odpowiednich zestawień, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 14 dni od dnia otrzymania przez Wykonawcę pisemnego żądania Zamawiającego. W przypadku uchybienia wyznaczonemu terminowi, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umową w wysokości 50,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Odpowiedź: Nie.

Pytanie 2

Dotyczy § 4 ust. 1 wzoru umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie zapisu: „Zamówienia będą składane do godziny 13:00. Zamówienia złożone po godzinie 13:00 należy traktować jako złożone w kolejnym dniu roboczym”?

Odpowiedź: Nie.

Pytanie 3

Dotyczy § 9 ust. 2 wzoru umowy – Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu umowy na: „W przypadku niewyczerpania w okresie obowiązywania umowy wartości brutto umowy Kupujący uprawniony będzie, na podstawie aneksu, podpisanego przez Kupującego i Sprzedającego przed upływem terminu określonego w § 4 ust. 1, do przedłużenia terminu obowiązywania umowy o czas określony wskazany w aneksie, nie dłużej niż o 90 dni”?

Odpowiedź: Nie.

Pytanie 4

Dotyczy § 10 ust. 2 pkt 9) wzoru umowy - Prosimy o dodanie po przecinku następującego zwrotu: „w przypadku zmiany stawki VAT zmianie ulegnie cena brutto, cena netto pozostanie niezmienna”.

Odpowiedź: Nie.

Pytanie 5

PAK 2 POZ 1, 7, 9, 17 - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu leczniczego w opakowaniu zbiorczym x 40 butelek, z przeliczeniem ilości i wyceną za całe opakowanie zbiorcze?

Odpowiedź: Tak, zaokrąglić do pełnych opakowań w górę.

Pytanie 6

PAK 2 POZ 2, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 14 - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu leczniczego w opakowaniu zbiorczym x 20 butelek, z przeliczeniem ilości i wyceną za całe opakowanie zbiorcze?

Odpowiedź: Tak, zaokrąglić do pełnych opakowań w górę.

Pytanie 7

PAK 2 POZ 15 - Czy Zamawiający wymaga zaoferowania 500 sztuk, czy 500 op. x 10 fiolek?

Odpowiedź: Opakowań (patrz zmodyfikowany załącznik nr 1 do SWZ w tym zakresie).

Pytanie 8

PAK 2 POZ 16 - Czy Zamawiający wymaga zaoferowania 200 sztuk, czy 200 op. x 10 fiolek?

Odpowiedź: Opakowań (patrz zmodyfikowany załącznik nr 1 do SWZ w tym zakresie).

Pytanie 9

PAK 2 POZ 22 - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu leczniczego w opakowaniu zbiorczym x 10 butelek, z przeliczeniem ilości i wyceną za całe opakowanie zbiorcze?

Odpowiedź: Tak, zaokrąglić do pełnych opakowań w górę.

Pytanie 10

Do §2 ust.2 wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie z treści §2 ust.2 umowy następującego fragmentu: „odsetki i opłaty wynikające z ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U.2020.935)”. Wskazujemy, że odsetki i opłaty wynikające z ww. ustawy są zależne wyłącznie od działań i zaniechań Zamawiającego w trakcie realizacji umowy. Wykonawcy nie znając ich wartości nie mogą skalkulować ceny zawierającej ich koszt. Wymóg skalkulowania w cenie przedmiotu zamówienia ewentualnych odsetek i opłat za opóźnienia płatnicze Zamawiającego nie jest możliwy do spełnienia na etapie sporządzania oferty. Wykonawcy nie znają bowiem skali przyszłych zjawisk, zależnych wyłącznie od Zamawiającego, nie mają wiedzy co do ilości produktów faktycznie zakupionych przez Zamawiającego, ponadto cena nie może zawierać takich dodatkowych kosztów z uwagi na fakt, że musi być dostosowana do innych wymogów i nie może przekroczyć wartości określonych ściśle w ustawie z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

Odpowiedź: Nie.

Pytanie 11

Do §2 ust.5 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 +/- 50%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 50% mniejszych lub o 50% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść wskazanych zapisów wzoru umowy 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, a tym samym, nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty. W wyroku z dnia 17.11.2023 r. (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 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. Wynika z tego, że postanowienia umowy będą skonstruowane zgodnie z wymienionymi przepisami ustawy PZP jedynie w przypadku, kiedy zostaną w niej dokładnie określone granice zmian ilościowych „w dół” oraz „w górę” w odniesieniu do poszczególnych pozycji asortymentowych.

Odpowiedź: Nie, Zamawiający wskazuje, że Prawo opcji dotyczy poszczególnych pakietów lub całkowitej wartości umowy – zgodnie z wzorem umowy.

Pytanie 12

Do §5 ust.1 wzoru umowy prosimy o dodanie zdania: „Dostawy towaru z krótszym terminem będą możliwe w wyjątkowych sytuacjach i będą każdorazowo wymagały zgody upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego.”.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę, patrz zmodyfikowany SWZ w tym zakresie.

Pytanie 13

Do §9 ust.2 wzoru umowy: Prosimy o zmianę lub wykreślenie treści §9 ust.2 wzoru umowy fragmentu „... Kupujący uprawniony będzie, na podstawie jednostronnego oświadczenia, (...), do przedłużenia terminu obowiązywania umowy...”, poprzez jednoznaczne wskazanie, że ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania umowy, następowało będzie po obopólnym wyrażeniu zgody przez strony, w formie pisemnej, zgodnie z brzmieniem §10 ust.1 przedmiotowej umowy. Z aktualnego brzmienia zapisu w §9 ust. 2 umowy wynika, że w wyniku złożonego przez Zamawiającego oświadczenia nastąpi automatyczna zmiana terminu zakończenia umowy, z pominięciem wyrażonej w art. 431 ustawy Pzp zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy podczas wykonywania zamówienia publicznego, polegającej w tym przypadku na dokonaniu wspólnych ustaleń co do możliwości i zasad zmiany pierwotnych postanowień. Ponadto zapis zawarty w §9 ust.2 wzoru umowy jest niezgodny z przepisami z art. 432 i art. 434 ustawy Pzp, zatem pozostawienie klauzuli w zakresie jednostronnego przedłużenia umowy może powodować nieważność tych zapisów.

Odpowiedź: Nie.

Pytanie 14

Do §11 wzoru umowy: Zwracamy się z prośbą o zmianę treści klauzuli waloryzacyjnej opisanej w §11 na następującą: „Wykonawcy przysługuje prawo żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia w czasie trwania Umowy zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zmiana wysokości wynagrodzenia umownego możliwa jest najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a następnie nie częściej niż raz na każde 3 miesiące obowiązywania umowy, przy czym zmiany te mogą być dokonane z uwzględnieniem poniższych zasad: a) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: w oparciu o skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS - potocznie inflacja (poprzedni miesiąc = 100%) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji; b) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy wyżej opisane obliczenie (suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS z 6 miesięcy) wyniesie 5% lub więcej; c) okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach; d) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 15% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.”, Wskazujemy, że opisany w §11 wzoru umowy sposób ustalania zmiany wynagrodzenia oparty na wyliczeniach wykonawcy jest dalece niejednoznaczny i istotnie odbiegający od założeń ustawodawcy określonych w 439 ust. 2 PZP. Dlatego też prosimy, jak wyżej, o zastąpienie go automatyczną indeksacją wynagrodzenia opartą o konkretną obiektywną wartość, taką jak skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS (potocznie inflacja) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji (tabela: Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku, poprzedni miesiąc = 100). Wyjaśniamy, że zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem „podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga 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 robót budowlanych lub usług w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439).

Odpowiedź: Nie.

Pytanie 15

Do §11 ust.5 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy zapisów §11 ust.5 (nakładających na Wykonawcę karę umowną) jako niezgodnych z normami współżycia społecznego i będącego nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługujących na ochronę prawną. Wyjaśniamy, że rolą kar w zamówieniach publicznych jest ochrona interesów Zamawiającego w zakresie prawidłowych i terminowych dostaw przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zastrzegać kar umownych za realizację uprawnień podmiotowych wykonawcy jak również nie związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawiają następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.

Odpowiedź: Nie.

Załącznikami do niniejszych odpowiedzi jest zmodyfikowany SWZ i zmodyfikowany załącznik nr 1 do SWZ. Wszelkie zmiany są zaznaczone kolorem czerwonym.

Z poważaniem,

Sekcja Zamówień Publicznych