



Znak sprawy: DZA.381.8.2.2023

Do wszystkich Wykonawców

Dot. Postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm) na „Dostawa produktów leczniczych do programów lekowych na SM”.

Zamawiający informuje, że Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

Pytanie nr 1

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?

Wyjaśniamy:

Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisu §2 ust. 15 wzoru umowy jn.

„Wykonawca w terminie 10 dni od zawarcia umowy zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu pisemną, szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia. W kalkulacji Wykonawca powinien uwzględnić i wykazać wszystkie czynniki i okoliczności mające wpływ na cenę ofertową. W przypadku niezłożenia kalkulacji lub nieujęcia w kalkulacji wszystkich czynników i okoliczności mających wpływ na cenę ofertową, Zamawiający będzie mógł odmówić zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 5 lit. b) i ust. 6 umowy, w całości lub części”

Pytanie nr 2

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 0,2% za każdą godzinę opóźnienia liczonej od wartości brutto niedostarczonego w terminie zamówienia?

Wyjaśniamy:

Zamawiający nie zmienia zapisu §5 ust 1 lit. a) Wzoru Umowy.

Pytanie nr 3

Do §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za niedostarczenie w terminie zareklamowanej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 0,5% dziennie liczonej od wartości brutto niedostarczonego w terminie zamówienia podlegającego reklamacji?

Wyjaśniamy:

Zamawiający nie zmienia zapisu §5 ust 1 lit. b) Wzoru Umowy.

Pytanie nr 4

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 wymienić 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.

Wyjaśniamy:

Zamawiający nie zmienia zapisu §5 ust 1 lit. c) Wzoru Umowy.



Pytanie nr 5

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?

Wyjaśniamy:

Zamawiający nie zmienia zapisu §5 ust 1 lit. d) Wzoru Umowy.

Pytanie nr 6

Do §7 ust. 5 lit. b), ust. 6 w zw. z §2 ust. 15 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §2 ust. 15, §7 ust. 5 lit. b), ust. 6 wzoru umowy poprzez:

1) usunięcie z §2 ust. 15 postanowienia nakładającego na Wykonawcę obowiązek doręczenia Zamawiającemu w terminie 10 dni od zawarcia umowy szczegółowego zestawienia obejmującego szczegółową kalkulację ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pod rygorem utraty prawa do zwiększenia wysokości wynagrodzenia ze względu na okoliczności wskazane w §7 ust. 5 lit. b) oraz zastąpienie go postanowieniem stanowiącym, że przesłanką waloryzacji będzie wykazanie przez Wykonawcę wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy poprzez przedłożenie – innych aniżeli ww. kalkulacja – dokumentów, o których mowa w §7 ust. 8, tj. dokumentów potwierdzających wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, bowiem ww. postanowienie wypacza sens zmiany art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych?

2) usunięcie postanowienia §7 ust. 5 lit. b) ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 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?

3) zmianę postanowienia §7 ust. 6 w ten sposób, aby w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający posiadali uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy, za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że wymóg przedłożenia przez Wykonawcę w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy szczegółowej kalkulacji cen materiałów oraz kosztów realizacji zamówienia pod rygorem utraty prawa do waloryzacji stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: PZP).

W kwestii obowiązku przedłożenia rzeczowej kalkulacji podkreślenia wymaga, że przesłanka ta w sposób nadmierny oraz niezgodny z prawem ogranicza ustawowe uprawnienie Wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia. Jakkolwiek bowiem prawodawca przyznał Zamawiającym pewną swobodę w kształtowaniu treści klauzul waloryzacyjnych, tak nie należy tracić z pola widzenia, że Zamawiający zobowiązany jest dostosować jej kształt do charakteru oraz specyfiki konkretnego zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1085/22). Mając na uwadze, że w przedmiotowej sprawie realizacja zamówienia polegać ma na dostawie produktów leczniczych - których oferowana cena ustalana jest wyłącznie na podstawie cen producenta oraz przyjętej przez Wykonawcę marży – za niedopuszczalne uznać należy nałożenie na Wykonawcę obowiązku przedstawienia ww. kalkulacji. Wymóg ten sprzeciwia się przepisom powszechnie obowiązującego prawa oraz stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Ponadto wymóg zawarty w §2 ust. 15 wzoru umowy, stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów) oraz stosowane rozwiązania organizacyjne. Informacje te stanowią zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi zaś istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 149/16; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12). W związku z powyższym – celem doprowadzenia do stanu zgodności postanowień wzoru umowy z prawem – za zasadną należy uznać zmianę treści §2 ust. 15 wzoru umowy w zaproponowany powyżej sposób.

Co do samego zaś rygору utraty prawa do waloryzacji w razie nieprzedłożenia ww. kalkulacji należy wskazać, że takie ukształtowanie pozycji Wykonawcy wypacza sens ww. regulacji i stanowi jedynie pozorną realizację art. 439 PZP i jako takie pozostaje w jawnej sprzeczności z przepisem ustawy. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie zgodnie podnosi się, że celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych powinno być faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.



Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1192/22). Innymi słowy, postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 4, art. 439). Przenosząc powyższe konstatacje na grunt kwestionowanego §2 ust. 15 wzoru umowy, nie ulega wątpliwości, że postanowienie to stanowi jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający uzależnia bowiem możliwość skorzystania przez Wykonawcę z ustawowego uprawnienia do waloryzacji od realizacji wymogu sprzecznego z prawem, a przy tym narażającego go na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się zaś do §7 ust. 5 lit. b) wzoru umowy, ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 10%, stwierdzić należy, że postanowienie to 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 dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie 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, aby wyeliminować z umowy nieważne postanowienia umowne.

Niezależnie od powyższego, zwracamy uwagę na sformułowanie zawarte w §7 ust. 5 wzoru umowy, który stanowi, że w razie zaistnienia wskazanych w postanowieniu okoliczności „Strony dopuszczają zmiany w umowie”. Postanowienie to uznać należy za niewystarczająco stanowcze oraz precyzyjne w kontekście klauzuli waloryzacyjnej, albowiem jego literalna wykładnia sugeruje, że Zamawiający może, lecz nie musi przystać na waloryzację wynagrodzenia w razie zaistnienia przesłanek waloryzacji, uregulowanych w dalszych ustępach umowy. Mając zaś na uwadze, że klauzula waloryzacyjna winna działać automatycznie w ten sposób, że zajście określonych przesłanek wskazanych w umowie powinno powodować automatyczne dokonanie zmiany umowy – bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń woli (vide: P. Granecki, I. Granecka, Poradnik dla Wykonawcy. Jak wygrać przetarg? Komentarz praktyczny, tryby zamówieniowe, dokumenty przetargowe, umowy, Warszawa 2022) – prosimy o zmianę zastrzeżenia §7 ust. 6, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §7 ust. 5 lit. b) 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.

Wyjaśniamy:

Ad. dot. pkt. 1) Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisu §2 ust. 15 wzoru umowy jn.

„Wykonawca w terminie 10 dni od zawarcia umowy zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu pisemną, szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia. W kalkulacji Wykonawca powinien uwzględnić i wykazać wszystkie czynniki i okoliczności mające wpływ na cenę ofertową. W przypadku niezłożenia kalkulacji lub nieujęcia w kalkulacji wszystkich czynników i okoliczności mających wpływ na cenę ofertową, Zamawiający będzie mógł odmówić zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 5 lit. b) i ust. 6 umowy, w całości lub części”

Ad. dot. pkt. 2) Zamawiający nie zmienia zapisu §7 ust. 5 lit. b) Wzoru Umowy.

Ad. dot. pkt. 3) Zamawiający nie zmienia zapisu §7 ust. 6 Wzoru Umowy.

UWAGA

Stosownie do art.137 ust.1 Zamawiający zmienia treść SWZ w następujący sposób:

1.Zmianie ulega treść Załącznika nr 10 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 – zmienione Projektowane postanowienia umowy w załączeniu.

DYREKTOR

Powiatowego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej
41-250 Czeladź, ul. Szpitalna 40
mgr Aldona Sylwa