



Kup, dn. 1 marca 2023 r.

Nr sprawy ZP/4/2023

Do wiadomości

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: **dostawa leków z programów lekowych oraz płynów infuzyjnych.**

W odpowiedzi na pytania Wykonawców, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

1. Do §3 ust. 1 lit. b) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie czasu dostawy w trybie na cito do 10 godzin od chwili złożenia zamówienia?

Odp.: Zamawiający wyraża zgodę.

2. Do §4 ust. 1 oraz ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o dodanie do treści §4 ust. 1 oraz ust. 3 następującego wyrażenia: „(...)”, z tym zastrzeżeniem, że okres gwarancji / rękojmi nie będzie dłuższy niż termin ważności poszczególnych asortymentów będących przedmiotem umowy.”

Odp.: Zamawiający wyraża zgodą na dodanie powyższego zapisu.

3. Do §4 ust. 6 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 4 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości?

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody.

4. Do §4 ust. 8 oraz §7 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian.

5. Do §6 ust. 9 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość dokonania potrącenia wynikała będzie z aktualnych oraz powszechnie obowiązujących norm prawnych.”

Odp.: Postanowienie pozostaje be zmian.

6. Do §8 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub podlegającego reklamacji/gwarancji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian.

7. Do §8 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy. Prosimy o wyjaśnienie, naruszenie jakiego zobowiązania ma Zamawiający na myśli, powołując się na zapis §1 ust. 7 wzoru umowy, który stanowi, że integralną częścią umowy są SWZ wraz z załącznikami oraz oferta Wykonawcy?

Odp.: Odesłanie winno być do postanowienia § 1 ust. 6 umowy.

8. Do §9 ust. 2 pkt 1 lit. e) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §9 ust. 2 pkt 1 lit. e) poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §9 ust. 2 pkt 1 lit. e) 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 oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro treść art. 433 pkt 4 mówi wprost, że „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”, to Zamawiający jest zobowiązany do określenia tych minimalnych wartości w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, Zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1, 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 przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz okoliczności skorzystania z niej, a przy tym, nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy, 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 obowiązku zrealizowania jej.

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian. Dla zastosowania tego postanowienia wymagana jest zgoda obydwu stron umowy. Oznacza to, że zmiana w tym zakresie nie może zostać dokonana jednostronnie (poprzez jednostronne oświadczenie woli). Kwestia wskazania w treści umowy potencjalnych, umownych podstaw do jej przyszłej zmiany jest instytucją zupełnie inną od chociażby prawa opcji, które jest prawem jednostronnym i faktycznie musi określać wskazane przez Państwa parametry.

9. Do §9 ust. 2 pkt 3 i 4 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczącego obowiązku informowania o zmianie stawki podatku VAT oraz o zmianie stawek opłat celnych z uwagi na fakt, że informacje te są ogólnie dostępne i wprowadzane odpowiednim aktem prawnym?

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian.

10. Do §9 ust. 6 pkt 4) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczącego obowiązku informowania o zmianach cen urzędowych leków ze względu na fakt, że są one powszechnie dostępne i publikowane przez Ministra Zdrowia w Dziennikach Urzędowych oraz na stronie internetowej Ministerstwa Zdrowia?

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian.

11. Do §9 ust. 2 wzoru umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wzoru umowy poprzez dodanie wymaganego zapisu zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

- a. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,
- b. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia,
- c. sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy,
- d. maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia,
 - wraz z określeniem procedury dokonania ww. zmiany, albowiem postanowienie to stanowi obligatoryjny element umowy zawieranej na okres przekraczający 6 miesięcy według art. 439 ustawy
 - Prawo zamówień publicznych?

Zasadne jest, aby przesłanką waloryzacji było wykazanie przez Wykonawcę wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy poprzez przedłożenie wszelkich dokumentów potwierdzających wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, stąd prosimy o dodanie powyższego jako ww. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia. Dodatkowo prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jak 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.

Uzasadniając treść powyższego pytania wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Mając na uwadze, że wskazana umowa będzie zawierana z Wykonawcą na okres 12 miesięcy, z możliwością przedłużenia terminu jej obowiązywania, istotnym jest odzwierciedlenie zmian ekonomicznych, które mogą następować w czasie realizacji umowy, a niewątpliwym jest, że koszty nabycia produktów od dostawców jak i koszty realizacji usługi do zamawiającego będą podlegać zmianie. W konsekwencji, waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy przyczyniłaby się do zachowania równowagi finansowej oraz oddawałaby rzeczywiste realia kosztów wykonania danego zamówienia publicznego jak i byłaby odzwierciedleniem zasady uczciwości kupieckiej w realiach zawieranej umowy.

Ponadto, wskazujemy, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie oraz doktrynie stanowiskiem – samo zamieszczenie w umowie przetargowej postanowienia waloryzacyjnego nie może sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku jego zawarcia w umowie, lecz powinno pozwalać na rzeczywiste jego zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo Zamówień

publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, wyd. 4, 2022). Co za tym idzie, Zamawiający winien tak ukształtować treść klauzuli waloryzacyjnej, aby zapewnić równowagę stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych, ekwiwalentność ich świadczeń oraz równomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego (vide: wyrok KIO z dnia 6 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1564/22). Tym samym wykonanie obowiązku z art. 439 PZP powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia.

Odp.: Zamawiający wprowadza zmianę do projektu umowy poprzez dodanie zapisów zakładających waloryzację wynagrodzenia. W związku z powyższym w § 9 projektu umowy dotychczasowe ust. 5 i 6 otrzymują numer 8 i odpowiednio 9 oraz wprowadza się nowe brzmienie ust. 5, 6 oraz 7, które otrzymują brzmienie:

”5. Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia umownego, zarówno obniżenia jak i podwyższenia, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zmiana cen materiałów lub kosztów będzie następowała w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem – ogłaszanych w komunikacie Prezesa GUS w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. Strona będzie uprawniona do złożenia wniosku waloryzacyjnego w przypadku gdy różnica poziomu wskaźnika GUS dla cen materiałów lub kosztów określonych w umowie (z dnia zawarcia umowy) w stosunku do cen z dnia ustalenia waloryzacji (złożenia wniosku waloryzacyjnego) wyniesie powyżej 3 pkt procentowych. Zmiana wynagrodzenia możliwa jest od dnia zaistnienia zdarzenia uprawniającego stronę do złożenia wniosku waloryzacyjnego oraz udowodnienia wpływu zmian cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia zgodnie z ust. 5 i 6.

6. Maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia objętego Umową jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zmian ww. wskaźnika wynosi do 3% wartości brutto Wynagrodzenia Wykonawcy w całym okresie jej realizacji. Zamawiający dopuszcza zmianę wynagrodzenia dopiero po upływie okresu 6 miesięcy trwania umowy i nie częściej niż raz na 6 miesięcy. Obowiązek udowodnienia wpływu zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na wynagrodzenie (koszt wykonania zamówienia) leży po stronie wnioskującej. W tym celu strona winna wykazać i udowodnić, że cena materiałów/kosztów uległa zmianie, w szczególności poprzez wykazanie cen przyjętych do wyceny przedmiotu zamówienia na dzień złożenia oferty oraz cen na dzień złożenia wniosku waloryzacyjnego, celem określenia przesłanek czy wnioszek jest zasadny.

7. Zmiany wskazane w niniejszym paragrafie mogą zostać wprowadzone jedynie w przypadku, gdy obie strony umowy (Zamawiający i Wykonawca) zgodnie uznają, że zaszły wskazane okoliczności uzasadniające ich dokonanie oraz wprowadzenie zmian jest konieczne i niezbędne dla prawidłowej realizacji umowy i wymagają formie pisemnej w formie aneksu.”

12. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odp.: Nie zachodzą.

13. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:
- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
 - cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia.

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożności odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody.

14. Dotyczy pak. 5 poz. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny preparaty w opakowaniach typu KabiClear?

Odp.: Zapisy pozostają jak w SWZ.

15. Dotyczy pak. 5 poz. 3 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny preparat w opakowaniu typu KabiPack?

Odp.: Zapisy pozostają jak w SWZ.

16. Dotyczy pak. 5 poz. 4 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny preparat Dekstran 40.000, 10%,roztw.do infuz.,500ml,12 but, FrKP w ilości 1 opak.?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

17. Dotyczy pak. 5 poz. 10, 11 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny preparat w op. * 10 but. przeliczenie (zgodne z SWZ) i tym samym wyrazi zgodę na podanie ceny za opakowanie handlowe?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

18. Dotyczy pak. 5 poz. 12 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny Mannitol 20% Fresenius,roztw.do infuz,250ml,but.szk w ilości 25 opak.?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

19. Dotyczy pak. 5 poz. 13 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny Optilyte, roztw.do infuz., 250 ml, KabiClear w ilości 1200 opak.?

Odp.: Zapisy pozostają jak w SWZ.

20. Dotyczy pak. 5 poz. 14 - Czy Zamawiający dopuści do wyceny Optilyte, roztw.do infuz., 500 ml, KabiClear w ilości 6000 opak.?

Odp.: Zapisy pozostają jak w SWZ.

PROKURENT SAMOISTNY

/-/ mgr Sonia Cebulla