

Do:
Wykonawcy postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego

dotyczy: przetarg nieograniczony nr TP.382.095.2023 BS – leki onkologiczne, programowe (II)

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j.), udzielam wyjaśnień na zadane pytania:

PYTANIE NR 1: dotyczy projektu umowy §2 ust. 6

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §2 ust. 6 przez dodanie zdania: „..., chyba że inne okoliczności uzasadniają wystawienie większej ilości faktur (np. odrębne faktury dla środków kontrolowanych, dla produktów przewożonych w niskiej temperaturze oraz dla produktów zamawianych w ramach różnych umów łączących Wykonawcę z Zamawiającym).”? Z uwagi na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa dostarczanych produktów, w niektórych przypadkach konieczne jest wystawienie odrębnej faktury dla niektórych grup leków.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 2: dotyczy projektu umowy §3 pkt 1

„Prosimy o zmianę treści §3 pkt 1 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że Zamawiający i Wykonawca są uprawnieni do wprowadzenia zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, gdy zmiana wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa GUS za kwartał poprzedzający kwartał, w którym wystąpi podstawa wnioskowania, wyniesie minimum 15%, poprzez zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość poziomu zmiany cen lub kosztów związanych z wykonywaniem dostaw objętych umową, uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego.

Wskazać należy, że zapis §3 pkt 1, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 15% nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. W obecnym brzmieniu tego zapisu, Wykonawca musi z góry założyć, że w razie wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 14% (co stanowi bardzo dużą wartość, uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowany zapis powinien zostać zmieniony w zaproponowany sposób.

Wskazujemy przy tym, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696, z późn. zm.) obowiązuje maksymalna urzędowa marża hurtowa w wysokości 5% urzędowej ceny zbytu. W rzeczywistości oferowane w przetargach produkty, również nierefundowane, zawierają marże zdecydowanie niższe. Marża musi pokryć wszystkie koszty jakie ponosi Wykonawca zamówienia publicznego oraz ewentualny zysk. Brak możliwości waloryzacji cen produktów dostarczanych w ramach umowy przetargowej już od progu 5% narazi Wykonawcę zamówienia nie tylko na utratę spodziewanego zysku, ale także na realne straty.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 3: dotyczy projektu umowy §3 pkt 5

„ Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §2 ust. 1 wzoru umowy?”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody.

PYTANIE NR 4: dotyczy projektu umowy §3 pkt 4

„Prosimy o wykreślenie wymogów dotyczących wykazywania bezpośredniego wpływu wzrostu/spadku cen materiałów i kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie na koszt wykonania przedmiotu umowy. Jak bowiem wynika ze stanowiska doktryny: „(...) 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 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). Zwracamy uwagę, że obowiązek wykazywania bezpośredniego wpływu wzrostu/spadku cen materiałów i kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie na koszt wykonania przedmiotu umowy dubluje warunki waloryzacji oraz de facto nakazuje potwierdzać dokumentami obiektywny wskaźnik zmiany cen publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 5: dotyczy projektu umowy §3

„Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §3 wzoru umowy, 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.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 6: dotyczy projektu umowy §5 ust. 6

„Prosimy o modyfikację §5 ust. 6 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%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §5 ust. 6 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 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 oraz 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

górną granicę 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.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 7: dotyczy projektu umowy §7 ust. 1 lit. a)

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby kara za przekroczenie terminu dostawy była liczona od niedostarczonego w terminie towaru za każdy dzień zwłoki?”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody.

PYTANIE NR 8: dotyczy projektu umowy §8 ust. 4

„Wskazujemy, że zapisy §8 ust. 4 są nazbyt ogólne oraz nieprecyzyjne, gdyż na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, ponieważ nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia. Powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.). Ponadto, wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na decyzje dotyczące finansowania procedur medycznych przez NFZ i w związku z tym nie może być obciążony ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności ograniczenia wielkości zamówienia w związku ze zmniejszeniem lub odstąpieniem od finansowania procedury medycznej przez NFZ.”

ODPOWIEDŹ

Powyższe jest stwierdzeniem (brak pytania).

PYTANIE NR 9: dotyczy projektu umowy

„Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 5.9? Tryb reklamacji reguluje wyczerpująco zapis par. 6.7 i nast., zatem brak podstaw, aby wprowadzać do umowy dwutorowy tryb reklamacji – określony w par. 6.7 oraz poprzez „odmowę przyjęcia towaru”. Co więcej, w przypadku odmowy przyjęcia towaru Wykonawca nie uczestniczy w procesie reklamacji, a jest ona dokonywana jednostronnie przez Zamawiającego, co narusza zasady określone w kodeksie cywilnym. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, kiedy Zamawiający odmawia przyjęcia towaru, a kiedy wszczyna postępowanie reklamacyjne?”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 10: dotyczy projektu umowy

„Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści par. 5.10 w kontekście stawowego zakazu wskazanego w art. 433 pkt. 4 Ustawy, to jest możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zapis par. 5.5 mówi o tym, że minimalny wolumen zamówienia wynosić będzie 50% wartości umowy. Tymczasem par. 5.10 wprowadza odmienną zasadę, to jest mówi, że Zamawiający może zakupić dowolnie małe ilości leków. Jeśli zapis par. 5.10 ma być zgodny z przepisami, to powinien zastrzegać, że stosowany jest w granicach wskazanych w par. 5.5 – to jest pod warunkiem zakupu minimum 50% wolumenu. Poniżej tej wartości Wykonawcy zgodnie z art. 433 pkt. 4 PZP przysługuje odszkodowanie za zbyt niską wartość zakupów.”

ODPOWIEDŹ

§ 5 ust. 10 projektu umowy mówi o zaniechaniu zakupu leku w przypadku braku pacjenta wymagającego podania odpowiedniego leku będącego przedmiotem umowy, który dotyczy leków programowych, natomiast § 5 ust. 5 mówi o zastrzeżeniu niewykonania umowy w pełnym zakresie, jednak nie mniejszym niż 50%, który nie dotyczy leków programowych.

PYTANIE NR 11: dotyczy projektu umowy

„Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisów dotyczących opóźnienia w dostawie (par. 7.1.b), albowiem Ustawa PZP nie zezwala na naliczanie kar umownych za opóźnienie (art. 433 pkt. 1). Jedyną podstawą odpowiedzialności Wykonawcy może być ewentualnie zwłoka w wykonaniu umowy.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę. §7 ust. 1 lit. b mówi o przekroczenie terminu dostarczenia dokumentów o których mowa w § 6 ust. 3.

PYTANIE NR 12: dotyczy projektu umowy

„Czy Zamawiający w par. 8.4 dopisze „z zastrzeżeniem minimalnego wolumenu określonego w par. 5.5?”
Zgodnie z art. 433 pkt. 4 ustawy PZP umowa winna wskazywać minimalną wartość zamówienia, bez dodatkowych zastrzeżeń. Realizacja każdej umowy obarczona jest ryzykiem i w toku jej wykonywania zajść może wiele zdarzeń losowych, ograniczających zamówienie. Mimo to ustawodawca zdecydował o obligatoryjnym zapisie umowy, który musi gwarantować Wykonawcy realizację określonego minimum wartościowego. Jeśli zatem minimum takie określono, to nie są dopuszczalne dalsze wyłączenia lub warunki w tym zakresie.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

z up. p.o. DYREKTORA
Szpitala Wojewódzkiego w Koszalinie
mgr Magdalena Sikora
Z-CIA DYREKTORA
ds. Technicznych i Administracyjnych