

Do Wykonawców

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę środków kontrastowych.

Zamawiający udziela następujących odpowiedzi na zapytania do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

1. Do §1 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §1 ust. 2 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 §1 ust. 2 jest na tyle 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.

W wyroku z dnia 17.11.2023 r. (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO stwierdziła, że Zamawiający ma obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały i jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia, co wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP. W dodatku, z treści art. 31 ust. 2 PZP wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Ponadto, Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia na podstawie art. 99 ust. 1 PZP. Zalicza się do tego określenie ilości produktu, którego zakres Zamawiający zamierza zwiększyć, ponieważ w przypadku zamówienia na dostawę, opis przedmiotu zamówienia to nie tylko określenie rodzaju rzeczy, ale także jej liczby, wykonawca zaś musi wiedzieć, jaką ilość rzeczy ma zbyć lub być gotowy zbyć Zamawiającemu. Wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z art. 99 ust. 1 PZP. Chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj oraz ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy. W związku z tym modyfikuje zapisy § 4 ust. 11 -12 projektu umowy i dodaje ust. 13-14 o następującym brzmieniu:

„11. Ilości określone w załączniku do niniejszej umowy stanowią ilości, których faktyczne wykorzystanie będzie uzależnione od bieżących potrzeb Zamawiającego, w szczególności liczby hospitalizowanych (przyjętych) pacjentów, przebiegu leczenia czy wykonywanych zabiegów. Określony w załączniku do umowy zakres zamówienia może ulec ograniczeniu poprzez zmniejszenie ilości asortymentu stosownie do faktycznych potrzeb, bez prawa dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu przez Wykonawcę, z uwzględnieniem ust. 12 - 14.

12. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu zamówienia przez:

1) jednostronne dokonanie przesunięć ilościowych asortymentu w obrębie danego pakietu poprzez zmniejszenie ilości poszczególnych pozycji asortymentu z jednoczesnym zwiększeniem ilości w ramach innych pozycji, z zachowaniem cen jednostkowych zawartych w Formularzu cenowym/Przedmiot zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający ma obowiązek zamówić nie mniej niż 50% pierwotnej wartości w ramach każdej pozycji asortymentowej w obrębie danego pakietu, a zwiększenie wartości innych pozycji asortymentowych nie może być większe niż o 50% pierwotnej wartości pozycji asortymentowej, której ilości zmniejszono i nie może powodować zwiększenia ceny brutto danego pakietu, przy czym Zamawiający zobowiązuje się do zrealizowania przedmiotu umowy w obrębie danego pakietu w wysokości minimalnej 50% pierwotnej łącznej ceny brutto tego pakietu;

2) jednostronne zmniejszenie ilości danej pozycji asortymentu w obrębie danego pakietu, przy czym Zamawiający ma obowiązek zamówić nie mniej niż 50% pierwotnej wartości każdej pozycji asortymentowej z zastrzeżeniem obowiązku realizacji na poziomie minimalnej wysokości 50% pierwotnej łącznej ceny brutto tego pakietu.

13. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia w wyjątkowych sytuacjach zakresu zamówienia poprzez rezygnację z części zamówienia tj. niektórych pozycji asortymentu w obrębie danego pakietu, przy czym zobowiązuje się do realizacji umowy w obrębie danego pakietu w wysokości minimum 50% pierwotnej łącznej ceny brutto tego pakietu.

14. Zmiany, o których mowa w ust. 11-13 nie wymagają dokonania zmiany umowy.”

2. Do §7 ust. 1 oraz §9 ust. 3 wzoru umowy. Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 kodeksu cywilnego: „(...)”, z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację wzoru umowy.

3. Do §11 ust.1 pkt 4 projektu umowy prosimy o dopisanie: "...Przedłużenie umowy nastąpi na podstawie obopólnej zgody w formie pisemnego aneksu".

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację wzoru umowy. W związku z tym Zamawiający **modyfikuje zapis § 11 ust. 1 pkt 4 projektu umowy**, który otrzymuje następujące brzmienie:

*„4) **wydłużenia okresu obowiązywania umowy** – w przypadku, gdy w okresie obowiązywania umowy wskazanym w § 3 ust. 1 cena brutto w ramach któregośkolwiek z pakietów nie zostanie wykorzystana, okres obowiązywania umowy może zostać przedłużony bez zmiany cen jednostkowych i bez przekroczenia wartości brutto danego pakietu. Okres obowiązywania umowy może zostać przedłużony na podstawie obopólnej zgody stron poprzez zawarcie aneksu do umowy w formie pisemnej;”*

4. Do §11 ust. 2 wzoru umowy: prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację wzoru umowy w zakresie, na który wskazuje Wykonawca.

5. Do §12 ust. 1-6 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §12 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że Zamawiający i Wykonawca są uprawnieni do wprowadzenia zmiany wynagrodzenia Wykonawcy gdy w okresie obowiązywania umowy zmiana cen lub kosztów związanych z wykonywaniem dostaw objętych umową osiągnie poziom minimum 30% w stosunku do cen lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do oszacowania ceny wskazanej w ofercie, poprzez 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.

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapisy §12 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, ustanawiające poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na minimum 30%, 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 19% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) 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 kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §12 ust. 1-6 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:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie postanowienia § 12 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy.

Zamawiający nie wyraża również zgody na zmianę wzoru umowy poprzez dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy Strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o § 12 ust. 1-6 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.

Celem regulacji wynikającej z art. 439 Prawa zamówień publicznych było wprowadzenie waloryzacji umownej jako mechanizmu urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy. Jednakże, co jednoznacznie wynika z przywołanego art. 439 Prawa zamówień publicznych, dla zastosowania klauzuli waloryzacyjnej nie jest wystarczającą przesłanką zaistnienie zmiany cen materiałów lub kosztów. Niezbędne jest ustalenie wpływu zmiany użytych do realizacji zamówienia materiałów lub kosztów na wskazane w umowie wynagrodzenie za jej wykonanie. Brak jest podstaw do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap. Zamawiający ustalając wysokość poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w art. 439 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniającym strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, na poziomie określonym w umowie, brał pod uwagę przesłanki ustawowe, w tym optymalizację rozkładu ryzyka związanych z realizacją umowy.