

Numer referencyjny postępowania:
ZP.272.6.2024

Pruszków, dnia 21 lutego 2024 roku

**Wszyscy Wykonawcy ubiegający się
o udzielenie zamówienia publicznego**

Dotyczy: postępowania o udzielenie Zamówienia Publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, o wartości zamówienia mniejszej niż progi unijne, na zadanie pod nazwą: „**Zakup i dostawa leków**”.

Odpowiedź na zapytania w sprawie SWZ

Działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „*Ustawą Pzp.*”), Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – zwanej dalej „*SWZ*”. Zamawiający niniejszym udziela odpowiedzi na zadane pytania:

Treść pytania nr 1:

Czy zamawiający wydłuży zmieniony termin dostaw w trybie CITO do 12 godzin?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 2:

Czy Zamawiający odstąpi od wymogu określonego we wzorze umowy w paragrafie 2 ustęp 2 dotyczącego poziomu wykorzystania wartościowego umowy. Wykonawca może taką informację przekazać Zamawiającemu na każde żądanie mailowo.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 3:

Do §1 ust. 2 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §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 asortymentowo – cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, przy czym 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 ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (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. 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 uznała, że chociaż Zamawiający rzeczywiście dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj i ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowy, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP i art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła, że norma wynikająca z art. 433 pkt 4 PZP, która zakazuje wprowadzania postanowień przewidujących możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz norma wynikająca z art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Ponadto, żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączają zastosowania tych norm w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. KIO stwierdziła też, że wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia, w tym przypadku poprzez podanie liczby asortymentu, do której zamierza zmniejszyć lub zwiększyć zakres zamówienia w zakresie każdego produktu.

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.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 4:

Do §1 ust. 4 wzoru umowy. Prosimy o dopisanie do §1 ust. 4 następującej treści: „Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.”.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na powyższe.

Treść pytania nr 5:

Do §2 ust. 2 wzoru umowy. Prosimy o rezygnację z dodatkowego obowiązku dla Wykonawcy w postaci konieczności przekazywania informacji o poziomie wykorzystania wartości umowy, gdyż monitorowanie stanu realizacji zakupów powinno leżeć po stronie Zamawiającego. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania umowy w zgodzie z bieżącymi potrzebami poprzez ścisłą realizację składanych zamówień, zatem Zamawiający na każdym etapie wykonywania zamówienia jest w posiadaniu aktualnej wiedzy na temat postępów jego realizacji.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 6:

Do §3 ust. 9 wzoru umowy. Adekwatnie do art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023, poz. 1605 ze zm.) prosimy o zmianę terminu uprawniającego do dokonania pierwszej i każdej kolejnej zmiany wynagrodzenia z 12 na 6 miesięcy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 7:

Do §3 ust. 10 wzoru umowy. 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 §3 ust. 1 wzoru umowy?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 8:

Do §3 ust 6-10 wzoru umowy. Prosimy o zmianę brzmienia tego zapisu w taki sposób, aby w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §3 ust. 6-10 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 Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 9:

Do §4 ust. 2, 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu na realizację dostawy w trybie na cito do 10 godzin od chwili złożenia zamówienia?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 10:

Do §5 ust. 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §5 ust. 1 wzoru umowy dotyczącego sposobu płatności, poprzez wykreślenie zapisu o fakturach zbiorczych wystawianych miesięcznie i zastąpienie go zapisem umożliwiającymi każdorazowo wystawianie i dostarczanie faktur

za każdą zrealizowaną dostawę towaru, z uwagi na uchylenie z dniem 1 stycznia 2014 r. przepisów dopuszczających możliwość wystawiania faktur zbiorczych, a także z uwagi nieważność zapisu w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa tj. art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 403 ze zm.), zakazującego zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminów wystawiania i doręczania faktur? Możliwość wystawiania faktur zbiorczych wynikała z nieobowiązującego już §9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2012 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2012 r. poz. 1428), które to rozporządzenie zostało uchylone z dniem 1 stycznia 2014 r. W aktualnie obowiązującym rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2013 r. w sprawie wystawiania faktur (Dz.U. z 2013 r. poz. 1485 ze zm.), brak jest zapisów dotyczących faktur zbiorczych. Obecnie nie ma więc żadnej podstawy prawnej, z której wynikałaby możliwości posługiwania się konstrukcją faktur zbiorczych. Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych „strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi”. Konsekwencją powyższego uregulowania jest brak możliwości zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminu doręczenia (a więc i wystawiania) faktury lub rachunku. Stąd zapis §5 ust. 1 wzoru umowy dotknięty jest nieważnością. Jednocześnie, prosimy o odstąpienie od wymogu dostarczania dokumentu WZ/protokołu odbioru. Zapewniamy, że dołączana do każdej dostawy faktura VAT spełniać będzie wymogi dla dokumentu przekazania produktu leczniczego, a tym samym zawierała będzie między innymi takie informacje jak numer serii czy data ważności dostarczonego przedmiotu umowy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 11:

Do §8 ust. 3, 10 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wymiany wadliwych produktów przy dostawach standardowych do 72 godzin, a przy dostawach na cito do 24 godzin?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 12:

Do §9 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy. Prosimy o dodanie następujących słów: „(...)”, przy czym, przedłużenie terminu obowiązywania umowy może nastąpić jedynie po wcześniejszym wyrażeniu zgody przez Wykonawcę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności.”

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 13:

Do §11 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §11 ust. 1 pkt 1 do wysokości 0,1% wartości brutto niedostarczonego w terminie przedmiotu umowy za każdą godzinę opóźnienia?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 14:

Do §11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §11 ust. 1 pkt 2 w taki sposób, aby kara umowna zastrzeżona na wypadek przekroczenia obowiązującego terminu wymiany wadliwego przedmiotu umowy na wolny od wad, była wyłącznie proporcjonalna do wartości pozycji (części) zamówienia zrealizowanej z opóźnieniem - bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 150,00 zł - i wynosiła 0,1% od wartości tej pozycji (części), za każdą godzinę opóźnienia? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 150,00 zł) nie zostaje uzależniona ani od realnej wartości niezrealizowanej terminowo pozycji zamówienia, czy od poniesionej przez Zamawiającego szkody, ani też od żadnych innych obiektywnych czynników. W konsekwencji, taki sposób naliczania budzi zastrzeżenia wykonawcy z uwagi na fakt, iż może być on dotknięty sankcją nieważności na podstawie art. 353¹ Kodeksu cywilnego - ze względu na sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego. Reasumując, ww. sankcje wynikające z proponowanej treści umowy nie spełniają zasadniczego celu, dla którego są wprowadzane i uwzględniają jedynie represyjną funkcję kary umownej. Mając na uwadze powyższe, wykonawca wnosi o zmianę wspomnianego zapisu, aby był on zgodny z reżimem prawa cywilnego.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 15:

Do §11 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień §11 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna zastrzeżona na wypadek zwłoki w uzupełnieniu różnicy w ilości wynikającej z zamówienia jednostkowego i faktycznie zrealizowanej dostawy, była wyłącznie proporcjonalna do wartości pozycji (części) zamówienia zrealizowanej z opóźnieniem - bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 50,00 zł - i wynosiła 0,1% od wartości tej pozycji (części), za każdą godzinę opóźnienia?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 16:

Do §11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie z projektu umowy zapisu §11 ust. 1 pkt 4 jako niezgodnego z normami współżycia społecznego i będącego nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługującego 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 orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Treść pytania nr 17:

Do §11 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień §11 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna za odstąpienie od umowy wynosiła 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Informacje uzupełniające

Zamawiający informuje, że termin składania i otwarcia ofert pozostaje bez zmian.

Niniejszy dokument stanowi integralną część SWZ i jest wiążący dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego Zamówienia.