

L.dz. DAG / 382 / 153 / 2024

Dotyczy: postępowania nr PN-8/24 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktu leczniczego vinorelbinum.

Stosownie do postanowienia art. 135 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U z 2023 poz. 1605 ze zm.) ZAMAWIAJĄCY Zachodniopomorskie Centrum Onkologii z siedzibą w Szczecinie, przekazuje, poniżej, treść otrzymanych zapytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie nr 1, dotyczy §1 ust. 3 wzoru umowy:

Prosimy o 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 tych zapisów 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 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.

Odpowiedź nr 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Prawo opcji przewiduje rozszerzenie przedmiotu zamówienia. Natomiast zapis §1 ust. 3 projektu umowy nie przewiduje zwiększenia wartości umowy, lecz ewentualne zmiany ilościowe poszczególnych pozycji - w zależności od aktualnych potrzeb Zamawiającego, w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający z założenia ustala wartość i ilość potrzebnych produktów z należytą starannością, zakładając przewidywane ich wykorzystanie, niemniej nie może dać Wykonawcy w tym zakresie gwarancji, bowiem ilość zamawianych produktów uzależniona jest od bieżących potrzeb pacjentów onkologicznych. Ustawa PZP nakłada w tym zakresie obowiązek określenia w umowie minimalnej wartości jaką Zamawiający gwarantuje



Wykonawcy zamówić, natomiast nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń. Dopuszczalne jest zatem określenie tejże gwarancji w sposób opisany w §1 ust. 3 projektu umowy.

Pytanie nr 2, dotyczy §3 ust. 14 wzoru umowy:

Wnosimy o obniżenie do 3% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia. Wskazujemy przy tym, że proponowany przez Zamawiającego próg 10% spowodować może konieczność ponoszenia rażących strat po stronie wykonawcy zamówienia i sprzedaż poniżej kosztów zakupu (maksymalne marże, w których zawierają się koszty i zysk wykonawcy najczęściej nie przekraczają 5%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ. W praktyce Zamawiającego przy zamówieniach na produkty lecznicze zawsze stosowane były zapisy przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany czynników cenotwórczych o 10% i takie ukształtowanie uprawnień i obowiązków stron, jak pokazuje doświadczenie Zamawiającego, zapewniało odpowiednią realizacją umowy. Zamawiający zwraca uwagę, że zapis uwzględnia interesy obu stron, gdyż wskazany próg 10% dotyczy zarówno uprawnień Zamawiającego jak i Wykonawcy.

Pytanie nr 3, dotyczy §3 ust. 17 wzoru umowy:

Prosimy o podwyższenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający do wysokości 20% wartości pierwotnej umowy.

Odpowiedź nr 3:

ZAMAWIAJĄCY, uwzględniając swoje dotychczasowe doświadczenia związane z dostawą produktów leczniczych, nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 4, dotyczy §3 ust. 13-19 wzoru umowy:

Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §3 ust. 13-19 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jak i Zamawiający nabeżdą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Odpowiedź nr 4:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, kary umowne przewidziane są za konkretne zdarzenia, które nie obejmują kwestii wzrostu cen. Do czasu uzgodnienia (albo nie) nowych cen, na zasadach określonych w par. 3, Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji umowy zgodnie z jej dotychczasowymi postanowieniami.

Pytanie nr 5, dotyczy §4 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień §4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w taki sposób, aby kary umowne zastrzeżone na wypadek opóźnienia w realizacji zamówienia były wyłącznie proporcjonalne do wartości części zamówienia zrealizowanej



z opóźnieniem - bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 50,00 zł - i wynosily 1% od wartości tej części, za każdy dzień opóźnienia? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 50,00 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 wspomnianych zapisów, aby były one zgodne z reżimem prawa cywilnego.

Odpowiedź nr 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Kary umowne mają za zadanie m.in. dyscyplinować Wykonawcę do terminowego realizowania dostaw, co ma szczególne znaczenie w przypadku produktów leczniczych i realizowania świadczeń dla pacjentów. Jednocześnie w celu ochrony Wykonawcy i spełnienia zobowiązań ustawowych określono również łączną, maksymalną wysokość kar umownych jaka może być dochodzona przez Zamawiającego.

Pytanie nr 6, dotyczy §6 ust. 4 wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §6 ust. 4 wzoru umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, które nie może być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nadto stanowi zakazaną praktykę na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w konsekwencji obarcza czynność prawną sankcją nieważności. Zastrzeżenie §6 ust. 4 wzoru umowy skutkuje przyjęciem niedopuszczalnej praktyki. Próba jednostronnego kształtowania przez Zamawiającego zasad realizacji zamówienia naraża Wykonawcę na realne straty finansowe w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie na etapie składania oferty, podczas gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy może okazać się znikomy albo w ogóle nierealizowany. Powyższe działanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129) - dalej zwane jako PZP, w sposób rażąco naruszając równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia. Praktyka ta jest również niezgodna z brzmieniem art. 99 ust. 1 PZP ponieważ Zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość niewykonywania zamówienia już na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy zostało zakwestionowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyr. z 2.01.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.). KIO uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Podobnie w orzeczeniu z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. 3107/21 KIO stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia



w minimalnym zakresie, również w przypadku braku zgody wykonawcy na odpowiednie obniżenie ceny, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Takie jednostronne narzucanie warunków realizacji umowy należy kwalifikować jako bezwzględnie zakazane na gruncie z art. 9 ust.2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 poz. 275). Wreszcie podnieść należy, iż kwestionowane postanowienie umowne wpisuje się w katalog niedozwolonych praktyk Zamawiających, które są publikowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Organ ten w ramach realizacji swoich obowiązków ustawowych przewidzianych w art. 469 pkt 8 PZP jako jedną z przykładowych klauzul umownych, którą należy uznać za niezgodną z art. 433 PZP wskazuje następujące postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

Odpowiedź nr 6:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ i wskazuje, że par. 6 ust.4 projektu umowy nie może być uznany za abuzywny. Zamawiający zwraca uwagę, że w przypadku wspólnego postępowania szpital otrzymywał będzie finansowanie w granicach ceny uzyskanej w tym postępowaniu. Kontynuowanie przez szpital umowy po cenie wyższej niż otrzymywane finansowanie narażałoby Zamawiającego na poważne straty finansowe i uchybienie dyscyplinie finansów publicznych. W związku z powyższym wprowadzono zapis uprawniający Zamawiającego do wypowiedzenia umowy (w całości lub w zakresie danej pozycji lub pakietu) z zachowaniem 2 tygodniowego okresu wypowiedzenia z tym zastrzeżeniem, że nadal na Zamawiającym ciąży obowiązek zrealizowania minimalnej wartości w zakresie całej umowy na poziomie 10% jej wartości. Na Wykonawcę nie został nałożony obowiązek dostosowania swojej ceny do ceny ze wspólnego postępowania. Jednocześnie Wykonawcy zagwarantowano minimalny poziom realizacji umowy (dla całej umowy), określony – zgodnie z art. 433 pkt 4 PZP – w odniesieniu do wartości zamówienia (10%). Ustawa PZP nakłada obowiązek określenia w umowie minimalnej wartości jaką ZAMAWIAJĄCY gwarantuje WYKONAWCY zamówić, natomiast nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń.

Osoba upoważniona do kontaktów w sprawie: Agnieszka Metlerska, nr tel. 91 42 51 431.

Zatwierdzam:
Dyrektor Zachodniopomorskiego
Centrum Onkologii

