

Kluczbork 27.03.2025r.

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Dostawa płynów infuzyjnych dla Powiatowego Centrum Zdrowia S.A. w Kluczborku 4/2025/ZP

W odpowiedzi na skierowane do zamawiającego zapytania dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia informujemy:

Pytanie nr 1

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 9 Ust. 2:

W przypadku niewykonania dostawy lub jej części, Zamawiający nalicza karę umowną w wysokości 5% wartości brutto niewykonanej dostawy, przy czym za niewykonanie dostawy Zamawiający uzna brak realizacji całej dostawy lub jej części powyżej 7 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający dokonuje zmian § 9 ust. 2 wzorów umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

„W przypadku niewykonania dostawy lub jej części, Zamawiający nalicza karę umowną w wysokości 5% wartości brutto niewykonanej dostawy, przy czym za niewykonanie dostawy Zamawiający uzna brak realizacji całej dostawy lub jej części powyżej 7 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia.”

Pytanie nr 2

Czy Zamawiający obniży łączny maksymalny limit kar umownych do poziomu w granicach pomiędzy 10 a 30%? Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych winien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 ustawy Pzp. Limit kar na poziomie 10-30% jest standardem rynkowym stosowanym w praktyce udzielania zamówień publicznych, a zasadność ustalenia limitu kar na takim poziomie potwierdza stanowisko Krajowej Izby odwoławczej w wyroku KIO 2327/23.)

Odpowiedź Zamawiającego: : Zamawiający dokonuje zmian § 9 ust. 9 wzorów umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 25% łącznej wartości brutto przedmiotu umowy, o której mowa § 6 ust. 3.”

Pytanie nr 3

Do §1 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 5 wzoru umowy, 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%, zaś 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 jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym, nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty. W wyroku z dnia 17.11.2023 r. (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu zorganizowanym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu, którego przedmiotem były dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych postanowień umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. oraz 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2024 poz. 1320). Krajowa Izba Odwoławcza 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. Krajowa Izba Odwoławcza 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, a także 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. Krajowa Izba Odwoławcza 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. Trzeba zatem uznać, że postanowienia umowy będą skonstruowane zgodnie z wcześniej wymienionymi przepisami ustawy PZP wyłącznie w przypadku, kiedy w treści umowy zostaną dokładnie określone granice zmian ilościowych „w dół” oraz „w górę” w odniesieniu do poszczególnych pozycji asortymentowych.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający dokonuje zmian § 1 ust. 5 wzorów umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania przesunięć ilościowych pomiędzy poszczególnymi pozycjami asortymentowymi w ramach poszczególnych pakietów bez zmiany wartości umowy ogółem, przy niezmienionej cenie jednostkowej asortymentu, w zależności od potrzeb, z zastrzeżeniem, że zmiana przesunięć pomiędzy poszczególnymi pozycjami asortymentowymi nie będzie przekraczała 20%. Przez zmianę przesunięć pomiędzy poszczególnymi pozycjami Zamawiający rozumie zarówno możliwość zmniejszenia, jak i zwiększenia ilości danej pozycji asortymentu o 20%.”

Pytanie nr 4

Do §7 ust. 15 pkt 5 wzoru umowy. Prosimy o ograniczenie terminu, na jaki możliwe będzie ewentualne przedłużenie obowiązywania umowy do 6 miesięcy oraz o dodanie zastrzeżenia, że ewentualne przedłużenie terminu obowiązywania umowy nastąpi za zgodą wykonawcy wyrażoną w formie pisemnej, pod rygorem nieważności. Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości przedłużenia terminu umowy do 48 miesięcy jest nieproporcjonalnie duże w stosunku do terminu podstawowego (12-miesięcznego). W wyroku z dnia 20.09.2021 r. nr KIO 2450/21 (Legalis nr 2839179) Izba krytycznie odnosi się do tego rodzaju modyfikacji: „W przedmiotowym postępowaniu w świetle postanowień projektu umowy dotyczących opcji, wykonawca w stosunku do przeważającego zakresu przedmiotu zamówienia nie zna ostatecznego czasu trwania usługi ani poszczególnych okresów jej trwania, ani okoliczności, od których zależy, czy zamawiający skorzysta z opcji. Przy czym podkreślić należy, że o ile niepewność wykonawców co do skorzystania przez zamawiających z prawa opcji jest naturalną cechą tej instytucji, o tyle w niniejszym stanie faktycznym, niepewność ta dotyczy przedmiotu zamówienia w zdecydowanie przeważającej jego części (44 miesiące opcji wobec 3 miesięcy zamówienia podstawowego) i w dodatku bez dookreślenia dalszych zasad, na jakich będzie realizowana opcja.”. Powyższe naruszenie art. 99 ust. 1 PrZamPubl wiąże się też z naruszeniem art. 16 PrZamPubl, w kontekście braku zachowania przez zamawiającego zasady przejrzystości, a ponadto wiąże się z naruszeniem art. 353¹ KC, gdyż projekt umowy w zakresie dotyczącym opcji sprzeciwia się ustawie, a także zasadom współżycia społecznego. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala wykonawcy powziąć wiedzy co do przeważającego zakresu umowy, a w konsekwencji co do ryzyka

związanego z realizacją tej umowy. Również w wyroku o sygn. akt KIO 1807/12 Izba wyraziła pogląd, zgodnie z którym „mimo braku wyraźnego ograniczenia, nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji, w ramach której zamówienie podstawowe będzie miało charakter mniejszościowy wobec zamówienia objętego prawem opcji”. W ww. wyroku Izba wskazała zatem, że nie ma przeszkód, aby zamówienie przewidywało prawo opcji, lecz jako pewny margines realizacji całego zamówienia, nie zaś jako jego przeważającą część.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający dokonuje zmiany § 7 ust. 15 pkt 5, który otrzymuje brzmienie: „przedłużenia terminu obowiązywania umowy ponad czas określony w § 12 ust.1, w przypadku niezrealizowania dostaw asortymentu określonego w załączniku nr 1 do umowy, w terminie określonym w § 12, limicie cenowym wynikającym z § 6 ust. 3 umowy. Okres ten zostanie wydłużony maksymalnie do czasu osiągnięcia wartości objętych umową, jednak nie dłużej niż do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, z zastrzeżeniem, że zgodę na przedłużenie terminu obowiązywania umowy musi wyrazić Wykonawca;”

Pytanie nr 5

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2024 poz. 1428 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2024 poz. 794 ze zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odpowiedź Zamawiającego: Nie ma takich przesłanek.

Pytanie nr 6

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, - poręczenia dokonanego przez inną Spółkę/Organ, do kwoty wynikającej z faktur VAT wraz z odsetkami na czas określony, tj. do dnia spłaty zobowiązań wynikających z niniejszej umowy i innych należności pieniężnych. 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 dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2024 poz. 1428 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2024 poz. 794 ze zm.)

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody, nie zamierz korzystać z ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2024 poz. 1428 ze zm.) oraz ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2024 poz. 794 ze zm.) W ocenie Zamawiającego nie istnieją przesłanki, które wskazywałyby na ryzyko Wykonawcy w zakresie niemożności wyegzekwowania przysługujących należności z tytułu realizacji przedmiotu umowy.

Pozostałe warunki SWZ bez zmian.

Do wiadomości:
- wszyscy uczestnicy

PROKURENT

Dr n. med. Józef Donocik