



## SEKCJA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Łódź, 10.10.2023 r.

e-mail: [marta.kieras@barlicki.pl](mailto:marta.kieras@barlicki.pl)

Tel. 42 677-68-24

Znak sprawy: 100/PN/ZP/D/2023

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa produktów farmaceutycznych”**

Szanowni Państwo!

W związku ze zgłoszonymi na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z zm.) pytaniami dotyczącymi Specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający udziela odpowiedzi na **następujące** pytania oraz na podstawie art. 137 ustawy zmienia zapisy dotyczące SWZ:

1. Zamawiający ustala nowy termin składania ofert – do dnia **19.10.2023 r. godz. 09.00.**
2. Zamawiający ustala nowy termin otwarcia ofert – w dniu **19.10.2023 r. o godz. 10.00.**
3. Zamawiający ustala nowy termin wpłaty wadium – do dnia **19.10.2023 r. o godz. 09.00.**
4. Termin związania ofertą – **do dnia 16.01.2024 r.**

### Pytanie 1

§4 ust. 10 wzoru umowy. Wnosimy o zmianę zapisu w §4 ust. 10, poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 80%. Wskazujemy, że wskazany próg realizacji minimum 20%, wypacza ekonomiczny sens zawarcia umowy oraz jest niezgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605), gdyż może doprowadzić do istotnej zmiany umowy i jej charakteru, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 454 ust. 1, ust. 2 pkt 1) i 3) oraz art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP. Ponadto, zwracamy uwagę na sprzeczność z zapisem §4 ust. 11 wzoru umowy, który przewiduje możliwość zmiany ilości w ramach zamawianego asortymentu, nie więcej niż o 20% wartości pierwotnej asortymentu, co może wskazywać, że minimalna wartość, jaką Zamawiający ma obowiązek zrealizować wynosi 80%.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

### Pytanie 2

Do §4 ust. 11 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację §4 ust. 11 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 §4 ust. 11 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, a tym samym, nie są w stanie 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 sporządzonym 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 górnej granicy 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 jej zrealizowania.

**Odpowiedź: Zamawiający zmienia zapis umowy §4 ust. 11 następująco:**

**Zamawiający może zmienić ilości w ramach zamawianego asortymentu w granicach kwoty kontraktu, nie więcej jednak niż o 20% wartości pierwotnej asortymentu podlegającego zwiększeniu w ramach danego pakietu.**

### Pytanie 3

Do §4A wzoru umowy. Prosimy o skonkretyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (20%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, co oznacza, że każdy z produktów określonych w formularzu asortymentowo-cenowym może zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 20% większej niż pierwotnie zakładano. Zastrzeżenie bowiem prawa opcji w aktualnym brzmieniu w praktyce oznaczać może, że niektóre z wycenianych pozycji asortymentowych mogą nie ulec zwiększeniu wcale, natomiast inne pozycje asortymentowe mogą zostać zwiększone o niczym nieograniczoną ilość, uwarukowaną jedynie granicą wynoszącą „20% całkowitej wartości przedmiotu umowy dla zamówienia podstawowego”, a to stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP.

Zwracamy uwagę, że zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1605), aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy przesłanki wskazane przez ustawodawcę:

- 1) określić rodzaj i maksymalną wartość opcji,
- 2) określić okoliczności skorzystania z opcji,
- 3) nie modyfikować ogólnego charakteru umowy.

Spośród wyżej wymienionych warunków, Zamawiający wskazał jedynie procentowo górną granicę wprowadzonego prawa opcji, w rzeczywistości pozostawiając sobie w tym zakresie pełną dowolność, zwłaszcza, że odnosi się do całkowitej wartości przedmiotu umowy dla zamówienia podstawowego. Przedstawiony w projekcie umowy opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji sprawia, że wykonawca jest obciążony pełnym ryzykiem gospodarczym kontraktu oraz uniemożliwia wykonawcy sporządzenie oferty, w tym rzetelne skalkulowanie ceny oferty, gdyż wykonawca nie ma możliwości określenia, jaki będzie jego zakres świadczenia w ramach prawa opcji.

W doktrynie podkreśla się, że wszystkie wymienione w powyższym przepisie przesłanki są niezbędne dla wyceny zamówienia obejmującego opcję, a także do ustalenia zakresu potencjalnego świadczenia. Zatem przy wskazaniu przedmiotu opcji, Zamawiający powinien stosować zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określone w przepisach PZP, odpowiednie do rodzaju przedmiotu zamówienia objętego prawem opcji. Przedmiot zamówienia objęty opcją jest elementem całego przedmiotu zamówienia, jedynie z tą różnicą, że jego realizacja nie jest gwarantowana. Określenie przedmiotu opcji może nastąpić przez odniesienie do zamówienia podstawowego ze wskazaniem, że prawem opcji objęta jest możliwość nabycia większej ilości przedmiotu zamówienia lub poszczególnych jego elementów. Postanowienia umowne muszą też zawierać informację co do okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z opcji, czyli w jakim okresie zamawiający może podjąć decyzję o wykonaniu prawa opcji oraz w jakim zakresie, ewentualnie w jakich przypadkach lub pod jakimi warunkami, a także w jaki sposób poinformuje wykonawcę o uruchomieniu opcji. (Komentarz do art. 441 [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, Legalis).

Zaznaczamy także, że za niewystarczające należy uznać zapisy dokumentacji przetargowej, sprowadzające warunki korzystania z prawa opcji do postanowień, że decyzja o skorzystaniu z opcji należy do zamawiającego, stanowi jego niczym nie obwarowane uprawnienie. „Decyzja o rozszerzeniu zamówienia „pewnego” o zamówienie objęte opcją nie może być uzależniona od swobodnej decyzji zamawiającego, ale od zaistnienia sprecyzowanych w dokumentach zamówienia okoliczności. (...) „Niezależnie bowiem od stopnia jasności opisanego przedmiotu opcji, pozostawienie decyzji o skorzystaniu z tej instytucji wyłącznie swobodnemu uznaniu zamawiającego wyklucza zasadę przejrzystości i może prowadzić do nadużyć, np. poprzez określanie „pewnego” zakresu zamówienia na minimalnym poziomie i dowolnym uruchamianiu opcji opartym na niejasnych podstawach, udaremniając cel konkurencyjnej procedury zamówieniowej.” (A. Elżanowska, Stosowanie prawa opcji na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych. Część pierwsza [w:] ZPDORADCA rok 2020 numer 9, Legalis).

Wymóg zrozumiałego, precyzyjnego oraz jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w zakresie podstawowym, jak również w zakresie objętym prawem opcji, podkreśla również orzecznictwo KIO: „Izba zauważa, że prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12); „Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wymaganie dotyczy także prawa opcji.” (Wyrok KIO z dnia 24.03.2023 r., KIO 636/23).



Podkreślamy także, że ze względu na dosadne brzmienie art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 będzie podlegała unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania prawa opcji.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ**

**Pytanie 4**

Do §6 ust. 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za rozwiązanie umowy w wysokości: 10% wartości netto NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie 5**

Do §10 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §10 ust. 2, ponieważ powyższe zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania umowy, a także 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. z 2023 poz. 1605). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.


**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie 6**

Do §12 ust. 1 lit. a) wzoru umowy: Wnosimy o obniżenie do 5% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia, gdyż proponowany przez Zamawiającego próg 8% 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. Prosimy także o dodanie zastrzeżenia, że gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §12, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

Z poważaniem

p.o. Kierownik  
Działu Zamówień Publicznych  
i Zaopatrzenia Medycznego  
Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Nr 1  
im. N. Barlickiego w Łodzi  
  
mgr Anna Pietrzyk