



Puck, dn. 04.06.2024 r.

**dotyczy: postępowania w trybie podstawowym bez negocjacji na sukcesywne dostawy płynów infuzyjnych oraz preparatów do żywienia dojelitowego i pozajelitowego, znak ZP/12/2024**

Działając na podstawie art. 284 ust 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) Zamawiający, w odpowiedzi na pytania zgłoszone w toku przedmiotowego postępowania przez Wykonawców, udziela następujących wyjaśnień dotyczących treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz dokonuje zmiany terminu składania ofert.

**Pytanie 1**

Do §1 ust.3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust.3, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych (a nie jak zamawiający wskazał, dla poszczególnych grup asortymentowych) , jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 25%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 25% mniejszych lub o 25% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §1 ust.3 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 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**

Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy. §1 ust. 3 wzoru umowy otrzymuje brzmienie:

*Ilości przedmiotu zamówienia określone w załączniku do umowy są wielkościami szacunkowymi i mogą ulec zmianie w zależności od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Ilość zamawianego asortymentu, w ramach realizacji umowy może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, lecz nie więcej niż o 25% (dwadzieścia pięć procent) w poszczególnych grupach asortymentowych, w zależności od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego na podstawie*

*złożonych zamówień, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający rozumie możliwość zamówienia o 25% mniejszych lub o 25% większych ilości, każdego z asortymentów wymienionych w załączniku nr 1 do umowy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z dostaw do 25% wartości umowy, bez roszczeń finansowych ze strony Wykonawcy.*

#### Pytanie 2

Do §4 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §4 ust. 4 wzoru umowy 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**

W §4 ust. 4 wzoru umowy po kropce dopisuje się zdanie o treści: Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.

#### Pytanie 3

Do §5 ust. 2 wzoru umowy: Wskazujemy, że zapis §5 ust. 3 wzoru umowy jest nazbyt ogólny oraz nieprecyzyjny. Na jego podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, gdyż nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia. Zapis ten w obecnym brzmieniu daje Zamawiającemu uprawnienie do dowolnego 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 2021 poz. 1129 z późn. zm.). 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 stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21). W związku z tym, wnosimy o doprecyzowanie zapisu §5 ust. 3 wzoru umowy, w taki sposób, aby był zgodny z zasadami określonymi w ustawie PZP, a w szczególności przepisami art. 99 ust. 1 (nakazującym precyzyjne opisywanie przedmiotu zamówienia), art. 433 pkt 4 (nakazującym wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia), art. 454 ust. 2 pkt 3 (zakazującym istotnych zmian umowy, jeśli zmiana w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy) oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 (dopuszczającym zmiany umowy wyłącznie po spełnieniu warunków wskazanych w ustawie PZP).

#### **Odpowiedź**

Zgodnie z §5 ust. 2 wzoru umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku wyczerpania środków finansowych Zamawiającego, przeznaczonych na realizację niniejszej umowy. Wysokość środków przeznaczonych na realizację umowy stanowi wartość umowy, czyli zobowiązanie Zamawiającego podjęte w wyniku jej zawarcia. Zapis powyższy dotyczy sytuacji, w której w wyniku realizacji 100% zakresu zamówienia objętego umową, środki określone w umowie na ten cel zostaną wyczerpane, nie zachodzi zatem tutaj okoliczność opisana w pytaniu, powodująca zmniejszenie zakresu zamówienia.

#### Pytanie 4

Do §7 ust. 5 wzoru umowy. W związku z tym, że wykonawca jest hurtownią farmaceutyczną, a zatem pozostaje dysponentem urządzeń, a ich właścicielem jest producent, to prosimy o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: "Przedmiotem użyczenia, o którym mowa w §7 ust. 1 niniejszej umowy, Wykonawca może swobodnie dysponować i sprzęt jest wolny od roszczeń osób trzecich".

#### **Odpowiedź**

Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy. Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której w wyniku swobodnego dysponowania użyczonym sprzętem, zostałyby pozbawiony narzędzi niezbędnych do prawidłowej, nieprzerwanej działalności związanej z realizacją zadań szpitala.

#### Pytanie 5

Do §9 ust. 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej za opóźnienie w realizacji dostawy, w ten sposób, aby wynosiła ona 0,5% wartości brutto NIEDOSTARCZONEGO w terminie towaru za każdy dzień opóźnienia?

#### **Odpowiedź**

W §9 ust. 1 wzoru umowy nie zawarto zapisów, o których mowa w pytaniu. Jeśli chodzi o §9 ust. 2 lit. a) wzoru umowy, to zgodnie z treścią tego paragrafu, wysokość kary liczona będzie niezrealizowanego zamówienia częściowego.

#### Pytanie 6

Do §9 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej za opóźnienie w realizacji reklamacji, w ten sposób, aby wynosiła ona 0,5% wartości brutto REKLAMOWANEGO towaru za każdy dzień opóźnienia?

#### **Odpowiedź**

Do §9 ust. 2 lit. b) wzoru umowy przewiduje naliczenie kar od wartości brutto wadliwej lub niepełnej dostawy.

#### Pytanie 7

Do §9 ust. 3 wzoru umowy. Prosimy o dodanie słów zgodnych z art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Dostawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

#### **Odpowiedź**

Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.

#### Pytanie 8

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. 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

Nie, w stosunku do Zamawiającego nie aktualizują się przesłanki opisane w pytaniu.

### Pytanie 9

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.

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości 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 dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

## Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy. Zgodnie z §12 ust. 7 wzoru umowy Wykonawca nie może dokonać cesji wierzytelności ani przeniesienia praw z niniejszej umowy na osoby trzecie bez uprzedniej zgody Zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

W wyniku udzielonych wyjaśnień, w celu umożliwienia wykonawcom ich uwzględnienia w treści składanych ofert, dokonuje się zmiany terminu składania ofert.

Oferty należy składać w terminie do dnia 06.06.2024 r. do godz. 10.30

Otwarcie ofert nastąpi w dniu 06.06.2024 o godz. 10.35

Termin związania ofertą: 05.07.2024 r.

Z poważaniem

Członek Zarządu  
Iwona Topka

Wyk. K.T.

Data wyk.: 04.062024 r.