



Olsztyn, dn. 20 lutego 2024 r.

Nr sprawy 10/2024

## Wszyscy uczestnicy postępowania

### **Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem zamówienia jest „Dostawa leków”.**

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania zadane przez uczestników postępowania.

### **PYTANIA I ODPOWIEDZI**

#### **Zestaw 1.**

Pytania do wzoru umowy:

1. Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 7, §5 ust. 11 pkt 5, 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 §4 ust. 7, §5 ust. 11 pkt 5, 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 wyłączały 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:**

W §4 ust. 4 projektu umowy Zamawiający zastrzegł sobie możliwość niewykorzystania środków finansowych wymienionych w ust. 1, a tym samym obniżenia wartości umowy o 20% wynikających z faktycznego zapotrzebowania, którego nie mógł przewidzieć w chwili udzielania zamówienia, z tytułu czego Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia. Należy podkreślić, że wskazany wyżej limit procentowy niewykorzystania środków odnosi się zarówno do poszczególnej pozycji, jak i ogółu asortymentu objętego przedmiotem umowy.

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

2. Do §5 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §5 ust.1 pkt 2) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 30% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §5 ust.1 pkt 2) wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 30%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 29% (co stanowi bardzo dużą wartość,

zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

**Odpowiedź:**

Zamawiający w projekcie umowy przewidział, że poziom zmian ceny materiałów lub kosztów uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 25%. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

3. Do §5 ust.1 projektu umowy prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §5 ust.1 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki 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:**

W §5 projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w określonych okolicznościach, co nie oznacza obowiązku dokonania zmiany wynagrodzenia. W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie powyższej zmiany i wymaga złożenia oferty zgodnie z postanowieniami SWZ.

4. Do §5 ust. 11 pkt 4) wzoru umowy: Prosimy o potwierdzenie, że ewentualne przedłużenie terminu obowiązywania umowy wymagało będzie zgody Wykonawcy i nastąpi w drodze podpisanego aneksu.

**Odpowiedź:**

Zamawiający potwierdza.

5. Do §6 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy: Prosimy o rezygnację z dodatkowej kary w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z zamówienia zastępczego, gdyż zapis §3 ust. 7 pkt 3) umowy zobowiązuje już Wykonawcę do zapłaty różnicy między ceną umowną, a ceną u innego dostawcy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

6. Do §6 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w taki sposób, aby obliczana ona była od wartości NIEZREALIZOWANEJ CZĘŚCI umowy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

7. Do §9 ust. 7 wzoru umowy. Prosimy o odstąpienie od zapisów umownych nakładających na Wykonawcę obowiązek raportowania postępów w realizacji umowy. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania umowy w zgodzie z bieżącymi potrzebami Zamawiającego poprzez ścisłą realizację składanych zamówień, zatem Zamawiający, na każdym etapie wykonywania zamówienia, jest w posiadaniu aktualnej wiedzy na temat postępów jego realizacji.

**Odpowiedź:**

Projekt umowy przewiduje obowiązek raportowania od wniosku Zamawiającego, nie oznacza to stałego obowiązku Wykonawcy informowania o realizacji umowy. Zamawiający

nie wyraża zgody na proponowaną zmianę i wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

8. Do §10 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o zmianę zapisu §10 ust. 6 poprzez nadanie mu charakteru fakultatywnego i zastąpienie go następującym brzmieniem: „W przypadku sporu wynikającego z umowy lub w związku z nią, odnoszącego się również do jej istnienia, ważności lub rozwiązania, Strony dopuszczają możliwość skierowania sporu do Ośrodka Mediacji Gospodarczych przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Olsztynie celem przeprowadzenia mediacji.”.

**Odpowiedź:**

§10 ust. 6 stanowi, że strona niezwłocznie poinformuje drugą Stronę o ujawnieniu informacji, organie, któremu informacje zostały ujawnione oraz zakresie ujawnienia, ponadto Wykonawca zobowiązuje się do przedstawienia Zamawiającemu kopii dokumentów związanych z ujawnieniem. Propozycja zmiany odnosi się natomiast do §10 ust. 11 i w tym zakresie Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy.

**Zestaw 2.**

1. Czy Zamawiający w pakiecie 2 w pozycji 1 dopuści preparat Lipoflex Peri o pojemności 1250 ml (azot 5,7 g, 795 kcal)?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza, nie wymaga.

2. Czy Zamawiający w pakiecie 2 w pozycji 2 dopuści preparat Lipoflex Peri o pojemności 1875 ml (azot 8,6 g, 1195 kcal)?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza, nie wymaga.

3. Czy Zamawiający w pakiecie 2 w pozycji 3 dopuści preparat Omegaflex Plus o pojemności 1250 ml (azot 6,8 g, 1265 kcal)?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza, nie wymaga.

4. Czy Zamawiający w pakiecie 2 pozycji 4 dopuści preparat Omegaflex Special 625 ml (azot 5 g, 740 kcal)?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza, nie wymaga.

5. Czy Zamawiający w pakiecie 2 w pozycji 5 dopuści preparat Omegaflex Special 1250 ml (azot 10 g, 1475 kcal)?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza, nie wymaga.

6. Czy Zamawiający w pakiecie 4 w pozycji 1 dopuści preparat Nutriflex Plus o pojemności 2000 ml (azot 13,6 g, 1580 kcal)?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza, nie wymaga.

---

Informacja przeznaczona do publikacji na stronie Zamawiającego:  
[https://platformazakupowa.pl/pn/usk\\_olsztyn/proceedings](https://platformazakupowa.pl/pn/usk_olsztyn/proceedings)