

Nr sprawy **46/2024/TP**

Bydgoszcz, dnia 13.11.2024r.

strona internetowa prowadzonego postępowania

**WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ
ZMIANA TREŚCI SWZ I OGŁOSZENIA
ZMIANA TERMINU SKŁADANIA OFERT**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.:
**DOSTAWY LEKU STOSOWANEGO W LECZENIU CHORYCH Z AKTYWNA POSTACIĄ
REUMATOIDALNEGO ZAPALENIA STAWÓW I MŁODZIEŃCZYM IDIOPATYCZNYM ZAPALENIU
STAWÓW**

Na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp”) w odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 1:

Do §3 ust. 12 oraz §8 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie §3 ust. 12 wzoru umowy, ponieważ wskazane zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie realizacji umowy, a także umożliwiając 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). Argumentacja ta znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że zapisy zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmieni treści SWZ w w/w zakresie.

Pytanie nr 2:

Do (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 to na uwadze, Wykonawca wnosi o zmianę wspomnianych zapisów, aby były one zgodne z reżimem prawa cywilnego.

Odpowiedź: NIE. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 3:

Do §7 ust. 1 lit. g) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §7 ust. 1 lit. g) 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%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §7 ust. 1 lit. g) 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 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. 2024 poz. 1320 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza 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 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



Województwo
Kujawsko-Pomorskie

obowiązujący. Ponadto, żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączaają 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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 4:

Wnosimy o dodanie zapisu zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w razie zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

- a) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: w oparciu o skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS (potocznie inflacja) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji;
- b) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy wyżej opisane obliczenie (suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS) wyniesie 3% lub więcej;
- c) okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach;



Województwo
Kujawsko-Pomorskie

- d) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 15% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.

Prosimy również o dodanie zastrzeżenia, że gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jak 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.

Wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są dostawy, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji postanowień § 4 Projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ), poprzez dodanie po ust. 7 nowych ustępów 8, 9, 10 i 11 o następującym brzmieniu:

„8. W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 20 % w stosunku do cen netto zaoferowanych przez Wykonawcę w ofercie, każda ze Stron umowy może żądać zmiany wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1, chyba że ceny mają charakter cen urzędowych wprowadzonych obwieszczeniem Ministra Zdrowia. Z żądaniem zmiany wynagrodzenia Strona może wystąpić począwszy od pierwszego dnia miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu w którym nastąpiła zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, o której mowa wyżej.

9. Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 8 następuje w oparciu o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen i towarów konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

10. Z żądaniem zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 8 Strona może wystąpić raz na rok w okresie obowiązywania umowy, ale nie wcześniej niż po sześciu miesiącach obowiązywania umowy. Wykonawca będzie uprawniony do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia pod warunkiem wykazania Zamawiającemu wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w stosunku do cen materiałów lub kosztów przyjętych przez niego w ofercie.

11. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w przypadku, o którym mowa w ust. 8, wynosi 10 % wartości netto pierwotnej umowy.”

W wyniku powyższej zmiany w §4 Projektu umowy, zmienia się kolejność i liczba ustępów. Zamawiający informuje, że w wyniku wprowadzenia powyższych zmian, dołącza do pisma ZAMIENNY Projekt umowy – stanowiący załącznik nr 3 do SWZ. Dokument ten stanowi załącznik do niniejszego pisma i jest wiążący dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.



ZMIANA TREŚCI SWZ

Zamawiający na podstawie art. 284 ust 3 oraz art. 286 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp, dokonuje zmiany:

1) Rozdział XVIII TERMIN ZWIĄZANIA OFERTĄ pkt. 1:

„1. Termin związania ofertą wynosi 30 dni, tj. do dnia **17.12.2024 r.** od ostatecznego terminu składania ofert. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.”

2) Rozdział XIX MIEJSCE I TERMIN SKŁADANIA OFERT pkt. 2:

„2. Termin składania ofert w postępowaniu do dnia **18.11.2024 r.** do godziny 9:00”

3) Rozdział XX OTWARCIE OFERT pkt. 2:

„2. Termin otwarcia ofert: **18.11.2024 r.** godzina 9:15.”

4) Treści §4 Projekt umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ.

W związku z powyższym na podstawie art. 286 ust. 9 ustawy Pzp Zamawiający dokonuje zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania i otwarcia ofert.

Niniejsze pismo stanowi integralną część:

- 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia dot. powyższego zamówienia;
- 2) Ogłoszenia o zamówieniu nr 2024/BZP 00580686/01 z dnia 06.11.2024r.
- 3) Ogłoszenia o zmianie ogłoszenia nr 2024/BZP 00591075/01 z dnia 13.11.2024 r.

Dyrektor
Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego
im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy
Edward Hartwich

Załącznik:

ZAMIENNY Projekt umowy – załącznik nr 3 do SWZ z dnia 13.11.2024 r.

sprawę prowadzi: Magdalena Błaszek
Dział Zamówień Publicznych
Tel. 52 32 62 104, e-mail zamowienia-pub@wsd.org.pl

