



Bydgoszcz, dnia 08-04-2025r.

**Nr sprawy: NZP/20/P/25**

**Wszyscy Wykonawcy**

### **WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ**

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego:  
***Dostawa produktów leczniczych - wyroby medyczne***

Działając na podstawie art. 135 ust. 1, 2 i 6 oraz art. 137 ust 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, w związku z pytaniami zadanyymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ww. sprawie, Zamawiający udziela odpowiedzi/wyjaśnień oraz zmienia treść SWZ.

#### **Pytanie 1. – dotyczy projektu umowy**

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 4 ust. 20:

20. W przypadku rozwiązania, w tym odstąpienia od umowy, z winy Wykonawcy, Zamawiający ma prawo obciążyć go karą umowną w wysokości 5% wartości netto **niezrealizowanej części** przedmiotu niniejszej umowy przewidzianej do realizacji, o której mowa w ustępie 5 niniejszego paragrafu, chyba że umowa przewiduje w danym przypadku karę w innej wysokości.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

#### **Pytanie 2. - Dotyczy § 4 ust. 6 Załącznika nr 3 do swz.**

„... 6. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwiększenia zamówienia ilości niektórych pozycji asortymentowych, przy równoczesnym zmniejszeniu ilości innych pozycji asortymentowych oraz zachowaniu niezmiennionej całkowitej wartości umowy netto (bez podatku VAT). Zmiany ilości nie mogą przekraczać 30% całkowitej wartości umowy netto (bez podatku VAT).

Mając na względzie fakt, że postępowanie realizowane jest w częściach (grupach), a Zamawiający zawrze Umowę z jednym podmiotem, na kilka tych części (grup), czy ewentualna zmiana w zakresie z 30% asortymentu dotyczyć będzie odpowiednio każdej części (grupy) osobno, czy całkowitego zakresu przedmiotu zamówienia pomiędzy tymi grupami?

Dodatkowo wnosimy o ograniczenie zmiany asortymentu i ilości, do chociażby określonej wielkości danej grupy, (zadania, części) ze względu na fakt, że przygotowanie racjonalnej oferty dla nieznanego faktycznie przedmiotu zamówienia, graniczy z cudem oraz pozostaje w konflikcie z przepisami ustawy PZP, w zakresie określania przedmiotu zamówienia. Oczywiście jest, że Zamawiający korzystając z powołanego uprawnienia, może żądać dostarczenia przedmiotu zamówienia, który faktycznie nie był określony w SWZ, powodując niejednokrotnie konieczność realizacji dostaw powyżej kosztów zakupu, gdyż producenci przedmiotu zamówienia ograniczają swoje oferty tylko i wyłącznie do zakresu i ilości wskazanych w SWZ.

**Odpowiedź: Zamawiający informuje, że zmiany w zakresie 30% dotyczą całej umowy.**

#### **Pytanie 3. - Dotyczy § 4 ust. 13 Załącznika nr 3 do swz.**

„... 13. W przypadku zwłoki w dostawie przekraczającej o 2 dni robocze termin określony w ust. 2 lub o 1 dzień roboczy termin określony w ust. 3 (w przypadku dostawy pilnej ) albo w przypadku zwłoki w załatwieniu reklamacji przekraczającej o 2 dni robocze termin określony w ust. 10, w przypadku dostawy „zwykłej” i jednego dnia w przypadku dostawy „na cito”, Wykonawca wyraża zgodę na dokonanie przez Zamawiającego, bez wezwania Wykonawcy do należytego wykonania umowy, w miejsce niedostarczonego lub reklamowanego przedmiotu dostawy, zakupu u osoby trzeciej, a w przypadku wyższej ceny zakupu niż cena wynikająca z niniejszej umowy na obciążenie go różnicą, którą Wykonawca ma obowiązek uregulować należność w terminie 14 dni od daty otrzymania noty obciążeniowej. Zapisu powyższego nie stosuje się, jeżeli Zamawiający skorzysta z uprawnień, o których mowa w ust. 16. Zakup w drodze określonego w niniejszym ustępie wykonania zastępczego pomniejsza

odpowiednio ilość i odpowiadającą jej (zgodnie ze szczegółowym formularzem cenowym) wartość przedmiotu umowy przewidzianego do nabycia przez Zamawiającego na podstawie niniejszej umowy.

1. Czy Zamawiający mając na względzie powołane zapisy przewiduje poinformować Wykonawcę o zakupie „u osoby trzeciej” oraz o przewidywanych kosztach zakupu?
2. Czy Zamawiający przewiduje możliwość wskazania Wykonawcy miejsca tego zakupu „u osoby trzeciej”?
3. Mając na względzie fakt, że Zamawiający może obciążyć Wykonawcę kosztem zakupu „u osoby trzeciej”, wnosimy o wskazanie środków odwoławczych, które będą uwzględniały fakt, że Zamawiający może dokonać obliczenia kwot obciążenia niezgodnych ze stanem faktycznym lub pomyłką. W obecnym stanie faktycznym zgodnie z ust. 13 Wykonawca ma zapłacić określoną przez Zamawiającego kwotę w terminie 14 dni od dnia powzięcia wezwania, bez żadnych środków odwoławczych. Czyli tym samym nieważne jaka wielkość obciążenia Wykonawca zobowiązany jest zapłacić.
4. W jaki sposób Wykonawca zostanie poinformowany o fakcie, że Zamawiający skorzystał z ust. 13 zdanie pierwsze lub ust. 16?

**Odpowiedź:**

**Ad. 1. Zamawiający nie ma takiego obowiązku, jednakże Wykonawca zostanie o nich poinformowany po dokonaniu zakupu.**

**Ad. 2. Zamawiający przedstawi Wykonawcy dokument rozliczeniowy.**

**Ad. 3. Zamawiający nie wie jakie „środki odwoławcze” ma na myśli Wykonawca. Wykonawca może kwestionować wysokość obciążenia na zasadach ogólnych.**

**Ad. 4. Przekazanie informacji może nastąpić w formie e-mail lub korespondencyjnie pocztą tradycyjną.**

**Pytanie 4. – dotyczy projektu umowy**

Do §4 ust. 6 oraz §7 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 6 oraz §7 ust. 1 lit. d) wzoru umowy poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający dopuszcza zrealizować w ramach prawa opcji. Jako przykładowe rozwiązania wskazujemy na możliwość dokonania zastrzeżenia ogólnego odnoszącego się do wszystkich pozycji, np. poprzez podanie, że całkowita ilość przedmiotu zamówienia, określona dla każdej z pozycji, zamówiona i dostarczona w ramach opcji nie przekroczy 30% lub 50% wartości tej pozycji, lub zastrzeżenia szczegółowego poprzez dodanie w tabeli asortymentowej nowej kolumny zawierającej ilości opcji odrębnie dla każdego produktu. Aktualna treść §4 ust. 6 oraz §7 ust. 1 lit. d) 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 w konsekwencji nie są również w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO 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 ze zm.) i nakazała Zamawiającemu zmianę postanowienia wzoru umowy, dotyczącego opcji, poprzez zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne określenie w zakresie każdego produktu leczniczego wymienionego SWZ liczby (ilości) produktu leczniczego, do której zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia. W wyroku tym KIO stwierdziła, 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 prawa opcji, co wynika z art. 441 ust. 1 PZP.

Izba 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 ich zaistnienie nie ma wpływu na postanowienia umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła również, że norma wynikająca z treści art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, a także spełniać wszystkie zawarte w nim przesłanki, ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Izba zauważyła przy tym, że żadne inne przepisy PZP nie ograniczają, ani nie wyłączają zastosowania tej normy w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. Dlatego też, wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych

produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z bezwzględnie obowiązującą normą z art. 99 ust. 1 PZP.

KIO doszła do wniosku, że sformułowanie „zakres zamówienia” należy rozumieć jako „pojedyncze świadczenie”, nie zaś jako „ogólne świadczenie”, obejmujące wszystkie produkty, które wykonawca zobowiązany jest sprzedać zamawiającemu w danej części (pakiecie) zamówienia. Izba wskazała także, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. KIO stwierdziła zatem, że treść art. 433 pkt 4 PZP, nakazującą określenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia należy odnieść do każdej pojedynczej pozycji asortymentowej, czyli do każdego zamawianego produktu, stanowiącego świadczenie zgodnie z treścią art. 433 pkt 4 PZP. Takie same wnioski dotyczą art. 441 ust. 1 PZP oraz wskazania w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilości, która może zostać zwiększona.

Doniosłość wyżej wskazanego orzeczenia i zawartej w nim wykładni potwierdza fakt, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych postanowił wpisać je na listę klauzul abuzywnych prowadzoną na podstawie art. 469 pkt 8) pzp prowadzoną pod adresem <https://www.gov.pl/web/uzp/wyroki-kio-w-ktorych-izba-stwierdzila-naruszenie-art-433-pzp>. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający decydując się na zaniechanie sprecyzowania zastrzeżonego w §4 ust. 6 oraz §7 ust. 1 lit. d) prawa opcji naraża je na unieważnienie na podstawie art. 441 ust. 2 PZP, tym samym świadomie ryzykując ewentualnością doprowadzenia do sporu sądowego na tle stosowania przedmiotowej klauzuli w trakcie próby jej wprowadzenia w życie.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 5. – dotyczy projektu umowy**

Do §4 ust. 9 wzoru umowy. Prosimy o zmianę brzmienia tego zapisu w ten sposób, aby Zamawiający zgłaszał reklamacje jakościowe w terminie 7 dni od dnia stwierdzenia wady.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 6. – dotyczy projektu umowy**

Do §7 ust. 1 lit. b), c) wzoru umowy. Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 7. – dotyczy projektu umowy**

Do §7 ust. 1 lit. e) wzoru umowy: Prosimy o zapewnienie, że ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania umowy nastąpi po wyrażeniu obopólnej zgody stron w formie aneksu.

**Odpowiedź: Dotyczy § 7 ust 1 lit e) wzoru umowy. Zamawiający tę kwestię uregulował w § 7 ust. 14 projektu umowy. "Jakikolwiek zmiany niniejszej umowy wymagają formy pisemnej lub postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności". Zmiana może nastąpić za zgodą obu stron.**

**Pytanie 8. – dotyczy projektu umowy**

Do §7 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie słów: „W przypadku przedłużenia czasu obowiązywania umowy, zgodnie z ust. 1 lit. e niniejszego paragrafu” i w związku z tym umożliwienie wykonawcom dokonywania waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości stawki vat w terminie podstawowym trwania umowy. Zgodnie z art. 436 pkt 4) PZP zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego dotyczą umów zawieranych już na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a niniejsze postępowanie.

Zamawiający planuje realizować w ciągu 24 miesięcy (w terminie podstawowym).

**Odpowiedź: Zamawiający informuje, że w § 7 ust. 4 projektu umowy nie ma zapisu wskazanego przez Wykonawcę.**

**Pytanie 9. – dotyczy projektu umowy**

Do §7 ust. 19 do ust. 25 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §7 ust. 20 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że Strony dopuszczają zmianę cen określonych w niniejszej umowie w przypadku, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszony przez GUS za miesiąc poprzedzający złożenie wniosku o zmianę umowy ulegnie zmianie, w stosunku do wskaźnika ogłoszonego za miesiąc zawarcia umowy, o



minimum 10 % poprzez zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 3%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego.

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że §7 ust. 20 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 7%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych 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 6% (co stanowi dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając niskie marże w zamówieniach publicznych) 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.

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia – w ślad za uprzednio złożonym zapytaniem - że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §7 ust. 19 do ust. 25 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: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Zamawiający**