

22/ZP/2024

- strona prowadzonego postępowania -  
- wszyscy Wykonawcy -

### **Wyjaśnienie i zmiana treści SWZ**

w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp pn.:  
**„Dostawa środków kontrastowych”**

Na podstawie art. 284 ust. 2 i ust. 6 oraz art. 286 ust. 1 i ust. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień (Dz. U. z 2024, poz. 1320) Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Augustowie, ul. Szpitalna 12, 16-300 Augustów przekazuje treść zapytań dotyczących SWZ wraz z udzielonymi odpowiedziami oraz zmienia treść SWZ:

#### **PYTANIA Z DNIA 18-10-2024 r.**

Pytania do wzoru umowy:

1. Do §1 ust.8 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust.8 wzoru umowy poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający dopuszcza zrealizować w ramach przesunięć asortymentowo - ilościowych. 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 40% wartości tej pozycji, lub zastrzeżenia szczegółowego poprzez dodanie w tabeli asortymentowej nowej kolumny zawierającej ilości opcji odrębnie dla każdego produktu. Aktualna treść §1 ust.8 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. oraz 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. art. 469 pkt 8) pzp prowadzoną pod adresem <https://www.gov.pl/web/uzp/wyroki-kio-w-ktorych-izba-stwierdzila-naruszenie-art-433-pzp>.

#### **Odpowiedź: Zamawiający zmienia treść SWZ.**

**w Rozdziale 4 w pkt 8 SWZ przed zmianą jest:**

Ilości towaru określone w Załączniku nr 2 do SWZ stanowią szacunkową ilość przewidzianego do zakupu w okresie obowiązywania umowy, a jego faktyczna ilość wynikać będzie z bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego. Ilość zamawianego asortymentu może ulec zmianie w trakcie trwania umowy w ramach dostaw zamiennie bilansujących się w całkowitej wartości brutto umowy. Wykonawca oświadcza, że z tego tytułu nie będzie dochodził jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego.

**w Rozdziale 4 w pkt 8 SWZ po zmianie będzie:**

Ilości towaru określone w Załączniku nr 2 do SWZ stanowią szacunkową ilość przewidzianego do zakupu w okresie obowiązywania umowy, a jego faktyczna ilość wynikać będzie z bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego. Ilość zamawianego asortymentu może ulec zmianie w trakcie trwania umowy w ramach dostaw zamiennie bilansujących się w całkowitej wartości brutto umowy, z zastrzeżeniem że całkowita ilość przedmiotu zamówienia określona dla każdej pozycji w ramach dostaw zamiennie bilansujących się nie przekroczy 30% pierwotnej wartości tej pozycji. Wykonawca oświadcza, że z tego tytułu nie będzie dochodził jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego.

**w § 1 ust. 8 wzoru umowy przed zmianą jest:**

Ilości towaru określone w Załączniku nr 2 do SWZ stanowią szacunkową ilość przewidzianego do zakupu w okresie obowiązywania umowy, a jego faktyczna ilość wynikać będzie z bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego. Ilość zamawianego asortymentu może ulec zmianie w trakcie trwania umowy w ramach dostaw zamiennie bilansujących się w całkowitej wartości brutto umowy. Wykonawca oświadcza, że z tego tytułu nie będzie dochodził jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego .

**w § 1 ust. 8 wzoru umowy po zmianie będzie:**

Ilości towaru określone w Załączniku nr 2 do SWZ stanowią szacunkową ilość przewidzianego do zakupu w okresie obowiązywania umowy, a jego faktyczna ilość wynikać będzie z bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego. Ilość zamawianego asortymentu może ulec zmianie w trakcie trwania umowy w ramach dostaw zamiennie bilansujących się w całkowitej wartości brutto umowy, z zastrzeżeniem że całkowita ilość przedmiotu zamówienia określona dla każdej pozycji w ramach dostaw zamiennie bilansujących się nie przekroczy 30% pierwotnej wartości tej pozycji. Wykonawca oświadcza, że z tego tytułu nie będzie dochodził jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego.

2. Do §8 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy: Wnosimy o obniżenie do 3% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia. Wskazujemy przy tym, że proponowany przez Zamawiającego próg 10% 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 3%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

3. Do §8 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie wymogów dotyczących dołączenia do wniosku o waloryzację wynagrodzenia wykonawcy dowodów zmian cen materiałów lub kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Jak bowiem wynika ze stanowiska doktryny: „(...) podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę (...) w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439). Zwracamy uwagę, że obowiązek dołączenia do wniosku dowodów zmian cen materiałów lub kosztów związanych z wykonaniem zamówienia dubluje warunki waloryzacji oraz de facto nakazuje potwierdzać dokumentami obiektywny wskaźnik zmiany cen publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

4. Do §8 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §8 ust. 4 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jak 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 nie wyraża zgody.**

Zamawiający informuje, że pytania wraz z odpowiedziami stają się integralną częścią SWZ i będą wiążące przy składaniu ofert, zaś pozostała treść SWZ pozostaje bez zmian.

p.o. Dyrektora  
Samodzielnego Publicznego  
Zakładu Opieki Zdrowotnej  
w Augustowie

/-/ Adam Dębski