

Augustów, dnia 02 września 2024 r.

19/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 płynów infuzyjnych na potrzeby Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki
Zdrowotnej w Augustowie”**

Na podstawie art. 284 ust. 3 i ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień (Dz. U. z 2023, poz. 1605 ze zm.) Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Augustowie, ul. Szpitalna 12, 16-300 Augustów:

1. przekazuje treść zapytań dotyczących Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z udzielonymi odpowiedziami:

PYTANIA Z DNIA 22-08-2024 r.

Pytanie nr 1 dotyczy Części nr 1 i 2:

Czy Zamawiający dopuści przeliczenie płynów infuzyjnych na opakowania zbiorcze handlowe - w przeliczeniu sztuk na pełne opakowania handlowe?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 2 dotyczy Części nr 1 poz. 3:

Czy Zamawiający dopuści Mannitol 15% w poj. 100 ml ?

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza.

PYTANIA Z DNIA 27-08-2024 r.

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 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% 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>.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający decydując się na zaniechanie sprecyzowania zastrzeżonego w §1 ust. 8 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 zmienia treść SWZ:****w Rozdziale 4 w pkt 8 SWZ przed zmianą jest:**

Podane w formularzu asortymentowo – cenowym- Załączniku nr 2 do SWZ ilości poszczególnych produktów są jedynie wielkościami szacunkowymi. Zamawiający zastrzega, że ilość dostaw w poszczególnych pakietach może ulec zmianie $\pm 30\%$. Oznacza to, że w ramach przedmiotu umowy Zamawiający uprawniony jest do skorzystania z prawa opcji na zasadach i trybie opisanym poniżej:

- a) Zamawiający może z opisanego w SWZ prawa opcji skorzystać w całości lub w części;
- b) Zamówienie realizowane w ramach opcji jest jednostronnym uprawnieniem Zamawiającego, dlatego też nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji nie stanowi podstawy dla Wykonawcy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego;
- c) Zamówienie objęte prawem opcji Wykonawca będzie zobowiązany wykonać po uprzednim otrzymaniu zawiadomienia od Zamawiającego, że zamierza z prawa opcji skorzystać, zawierającego liczbę i nazwę asortymentu w ramach przedmiotowego uprawnienia Zamawiającego;

w Rozdziale 4 w pkt 8 SWZ po zmianie jest:

Podane w formularzu asortymentowo – cenowym- Załączniku nr 2 do SWZ ilości poszczególnych produktów są jedynie wielkościami szacunkowymi. Zamawiający zastrzega, że ilość dostaw w poszczególnych pakietach może ulec zmianie $\pm 30\%$.

W ramach przedmiotu umowy Zamawiający, uprawniony jest do skorzystania z prawa opcji na zasadach i trybie opisanym poniżej:

- a) Całkowita ilość przedmiotu zamówienia określona dla każdej pozycji, zamówiona i dostarczona w ramach opcji nie przekroczy 30% wartości tej pozycji.
- b) Zamawiający może z opisanego w SWZ prawa opcji skorzystać w całości lub w części;
- c) Zamówienie realizowane w ramach opcji jest jednostronnym uprawnieniem Zamawiającego, dlatego też nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji nie stanowi podstawy dla Wykonawcy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego;
- d) Zamówienie objęte prawem opcji Wykonawca będzie zobowiązany wykonać po uprzednim otrzymaniu zawiadomienia od Zamawiającego, że zamierza z prawa opcji skorzystać, zawierającego liczbę i nazwę asortymentu w ramach przedmiotowego uprawnienia Zamawiającego;

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

Podane w formularzu asortymentowo – cenowym- Załączniku nr 2 do SWZ ilości poszczególnych produktów są jedynie wielkościami szacunkowymi. Zamawiający zastrzega, że ilość dostaw w poszczególnych pakietach może ulec zmianie $\pm 30\%$. Oznacza to, że w ramach przedmiotu umowy Zamawiający uprawniony jest do skorzystania z prawa opcji na zasadach i trybie opisanym poniżej:

- a) Zamawiający może z opisanego w SWZ prawa opcji skorzystać w całości lub w części;
- b) Zamówienie realizowane w ramach opcji jest jednostronnym uprawnieniem Zamawiającego, dlatego też nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji nie stanowi podstawy dla Wykonawcy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego;
- c) Zamówienie objęte prawem opcji Wykonawca będzie zobowiązany wykonać po uprzednim otrzymaniu zawiadomienia od Zamawiającego, że zamierza z prawa opcji skorzystać,

zawierającego liczbę i nazwę asortymentu w ramach przedmiotowego uprawnienia Zamawiającego;

w §1 ust. 8 wzoru umowy po zmianie jest:

Podane w formularzu asortymentowo – cenowym- Załączniku nr 2 do SWZ ilości poszczególnych produktów są jedynie wielkościami szacunkowymi. Zamawiający zastrzega, że ilość dostaw w poszczególnych pakietach może ulec zmianie $\pm 30\%$.

W ramach przedmiotu umowy Zamawiający, uprawniony jest do skorzystania z prawa opcji na zasadach i trybie opisanym poniżej:

- a) Całkowita ilość przedmiotu zamówienia określona dla każdej pozycji, zamówiona i dostarczona w ramach opcji nie przekroczy 30% wartości tej pozycji.
- b) Zamawiający może z opisanego w SWZ prawa opcji skorzystać w całości lub w części;
- c) Zamówienie realizowane w ramach opcji jest jednostronnym uprawnieniem Zamawiającego, dlatego też nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji nie stanowi podstawy dla Wykonawcy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego;
- d) Zamówienie objęte prawem opcji Wykonawca będzie zobowiązany wykonać po uprzednim otrzymaniu zawiadomienia od Zamawiającego, że zamierza z prawa opcji skorzystać, zawierającego liczbę i nazwę asortymentu w ramach przedmiotowego uprawnienia Zamawiającego;

2. **Do §7 ust. 2 wzoru umowy.** Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kary za opóźnienie w realizacji dostawy w wysokości 0,2% wartości NIEDOSTARCZONEJ partii towaru dziennie?

Odpowiedź: Zamawiający zmienia zapisy §7 ust. 2 wzoru umowy w sposób następujący:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości **niedostarczonej** partii towaru za każdy rozpoczęty dzień (§ 3 ust 1 pkt 1)-

3. **Do §7 ust. 3, 4 wzoru umowy.** Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kar za opóźnienie w realizacji reklamacji w wysokości 0,2% wartości REKLAMOWANEJ partii towaru dziennie?

Odpowiedź: Zamawiający zmienia zapisy §7 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy w sposób następujący:

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości **reklamowanej** partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości.

4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości **reklamowanej** partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu reklamacji uznanej jako zasadnej w przypadku o którym mowa w § 5 ust. 6 i 7 niniejszej umowy.

4. **Do §8 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy.** Wnosimy o obniżenie do 5% 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 5%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

5. **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.

6. **Do §8 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy.** Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §6 ust. 1 wzoru umowy?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

7. **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.

2. zmienia treść SWZ:

w Rozdziale 10 w pkt 1 i pkt 2 SWZ przed zmianą jest:

1. **Ofertę wraz z wymaganymi załącznikami należy złożyć w terminie do dnia 02.09.2024 r., do godz. 10:00.,** za pośrednictwem Formularza do złożenia oferty dostępnego na platformie E-Zamówienia: <https://ezamowienia.gov.pl>

Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w „Centrum pomocy”, dostępnej na stronie: <https://media.ezamowienia.gov.pl/pod/2021/10/Oferty-5.1.pdf>.

2. **Otwarcie ofert nastąpi niezwłocznie po upływie terminu składania ofert tj. w dniu 02.09.2024 r., o godz. 10:10.**

w Rozdziale 10 w pkt 1 i w pkt 2 SWZ po zmianie jest:

1. Ofertę wraz z wymaganymi załącznikami należy złożyć w terminie do dnia **06.09.2024 r., do godz. 10:00.**, za pośrednictwem Formularza do złożenia oferty dostępnego na platformie E-Zamówienia: <https://ezamowienia.gov.pl>

Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w „Centrum pomocy”, dostępnej na stronie: <https://media.ezamowienia.gov.pl/pod/2021/10/Oferty-5.1.pdf>.

2. **Otwarcie ofert** nastąpi niezwłocznie po upływie terminu składania ofert tj. **w dniu 06.09.2024 r., o godz. 10:10.**
3. Zamawiający informuje, że pytania wraz z odpowiedziami stają się integralną częścią Specyfikacji Warunków Zmówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.
4. Zamawiający informuje, iż pozostała treść Specyfikacji Warunków Zamówienia pozostaje bez zmian.

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

/-/ Adam Dębski