

Dzierżoniów, 21.08.2024r.

znak sprawy: ZP.261.8.2024.IW

## WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.:

**„Dostawa produktów leczniczych oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego”**

Zamawiający:

NZOZ Szpital Powiatowy w Dzierżoniowie Sp. z o. o. na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych w odpowiedzi na zapytania zgłoszone w toku przedmiotowego postępowania udziela następujących wyjaśnień:

### I.

#### Pytanie 1

Czy w pakiecie 6 poz. 1 Zamawiający wyrazi zgodę na wycenę produktu leczniczego Glucosum 10%, 100 ml pakowanego x 1 szt.?

#### Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza.

#### Pytanie 2

Czy w pakiecie 10 poz. 1 Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie worka 3-komorowego Smofkabiven do wkłucia centralnego o poj. 1477 ml zawierającego 12 g azotu, pozostałe parametry zgodnie z SWZ?

#### Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

#### Pytanie 3

Czy w pakiecie 10 poz. 2 Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie worka 3-komorowego Smofkabiven do wkłucia centralnego o poj. 1970 ml zawierającego 16 g azotu, pozostałe parametry zgodnie z SWZ?

#### Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

### II

#### Pytanie 1

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 11 ust. 1:

1. W przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości:
  - b) **25 zł** w przypadku niepoinformowania Zamawiającego o braku dostępności towaru u Wykonawcy zgodnie z § 7 pkt 5.
  - c) 10 % wartości brutto **niezrealizowanej części** umowy – w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy.

#### Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

### III

#### Pytanie 1

Prosimy o dodanie w treści umowy zastrzeżenia, że zmiana stawki podatku VAT następuje z dniem wejścia w życie aktu prawnego zmieniającego tę stawkę.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

**Pytanie 2**

Do §2 ust. 2 wzoru umowy.

Prosimy o zmianę tego zapisu na następujący: „Okres przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy nie może być dłuższy niż 6 miesięcy, przy czym zgodę na przedłużenie terminu obowiązywania umowy musi wyrazić Wykonawca.”.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

**Pytanie 3**

Do §2 ust. 3 wzoru umowy.

Wnosimy o usunięcie zapisu, gdyż na jego podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, ponieważ nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia. Powyższy zapis w sposób rażąco narusza równowagę stron, umożliwiając Zamawiającemu 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 2022 poz. 1710 ze zm.). Ponadto, wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na decyzje dotyczące finansowania procedur medycznych przez NFZ i w związku z tym nie może być obarczany ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności rozwiązania umowy w związku ze zmniejszeniem lub odstąpieniem od finansowania procedury medycznej przez NFZ. Niniejsza argumentacja znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

**Pytanie 4**

Do §4 ust. 2 i §13 ust. 1 lit. i) wzoru umowy.

Prosimy o 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 tych zapisów jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego 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. oraz 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 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 wyłączają 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 projektu umowy.

**Pytanie 5**

Do §5 ust. 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 oraz 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 podtrzymuje zapisy projektu umowy.

**Pytanie 6**

Do §5 ust. 3 wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 20% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §3 ust. 1 wzoru umowy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

### **Pytanie 7**

Do §5 wzoru umowy.

Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §5 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 projektu umowy.

### **Pytanie 8**

Do §11 ust. 1 lit. a) wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień §11 ust. 1 lit. a) wzoru umowy w taki sposób, aby kary umowne zastrzeżone na wypadek opóźnienia w realizacji zamówienia były wyłącznie proporcjonalne do wartości części zamówienia zrealizowanej z opóźnieniem - bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 50,00 zł - i wynosiły 0,5% od wartości tej części, za każdy dzień opóźnienia? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww. kara umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (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. 353<sup>1</sup> 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 na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o zmianę wspomnianych zapisów, aby były one zgodne z reżimem prawa cywilnego.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

### **Pytanie 9**

Do §11 ust. 1 lit. c) wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §11 ust. 1 lit. c) wzoru umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

### **Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy.

### **Pytanie 10**

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

### **Odpowiedź:**

Pytanie nie dotyczy wyjaśnienia treści SWZ.

### **Pytanie 11**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia.

**KONTO BANKOWE: 69 1440 1101 0000 0000 0820 1398**

Spółka wpisana do Rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Fabrycznej  
we Wrocławiu IX wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego KRS 0000300119 KAPITAŁ ZAKŁADOWY 27.213.000 zł  
**NIP 882 20 52 381 REGON 020680960**



Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

PREZES ZARZĄDU

Maciej Smolarz

**KONTO BANKOWE: 69 1440 1101 0000 0000 0820 1398**

Spółka wpisana do Rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Fabrycznej  
we Wrocławiu IX wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego KRS 0000300119 KAPITAŁ ZAKŁADOWY 27.213.000 zł

**NIP 882 20 52 381 REGON 020680960**

