



**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej  
Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Kielcach  
im. św. Jana Pawła II**

25-375 Kielce ul. Wojska Polskiego 51

☎ (41) 260-42-00 Fax. (41) 260-42-05  
NIP:657-18-13-314 REGON: 290391139



✉ [zoz@zozmswiakielce.pl](mailto:zoz@zozmswiakielce.pl)

🌐 [www.zozmswiakielce.pl](http://www.zozmswiakielce.pl)

Kielce, dnia 8 września 2023 r.

Znak postępowania: **03/PN/2023**

**WYKONAWCY BIORĄCY UDZIAŁ W POSTĘPOWANIU**

*dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.  
„Sukcesywna dostawa produktów leczniczych dla SP ZOZ MSWiA w Kielcach im. św. Jana Pawła II”*

SP ZOZ MSWiA w Kielcach im. św. Jana Pawła II działając na podstawie art. 135 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2023, poz. 16505 ze zm.), udziela wyjaśnień na wnioski Wykonawców w ramach wyżej wymienionego postępowania:

**Pyt.1** Do §2 ust. 9 pkt 1, 2) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 9 pkt 1, 2), poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu 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 §2 ust. 9 pkt 1, 2) jest na tyle ogólna oraz nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro treść art. 433 pkt 4 mówi wprost, że „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”, to Zamawiający jest zobowiązany do określenia tych minimalnych wartości w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1, 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz określić okoliczności skorzystania z niej, a przy tym nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy prawa opcji, pozostawiając sobie w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający,

w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał obowiązku zrealizowania jej.

Wyjaśnienie:

Projektowane zapisy umowne pozostają bez zmian.

Zamawiający nie ma możliwości zmniejszania i zwiększania ilości każdego z asortymentów w sposób dowolny. Zamawiający zastrzegł bowiem w § 2 ust. 9 jako górną granicę zwiększenia bądź zmniejszenia **20% każdego z zamówionych asortymentów**. Ponadto powyższe zastrzeżenie również zostało ograniczone do ogólnej wartości netto umowy. W § 2 ust. 9 Zamawiający zastrzegł sobie możliwość do: 1) zamówienia niektórych pozycji asortymentowych w ilościach mniejszych od określonych w załączniku nr 2 do niniejszej umowy, w przypadku niewystąpienia okoliczności uzasadniających niezbędność ich zastosowania w ilości nie większej niż **20 % każdego z zamówionych asortymentów**, 2) zamówienia niektórych pozycji asortymentowych w ilościach większych od określonych w załączniku nr 2 do niniejszej umowy, w przypadku okoliczności uzasadniających niezbędność ich zastosowania w ilości nie większej niż **20 % każdego z zamówionych asortymentów** oraz 3) zmniejszenia wartości zamówienia w zależności od potrzeb Zamawiającego, **przy czym zmniejszenie nie przekroczy 20% wartości netto umowy** określonej w § 4 ust.1 tj.: [...] zł netto (słownie: [...] zł<sup>00/100</sup>). Zamawiający nie ma obowiązku dokonania zamówienia pozostałej części towaru niezrealizowanej w okresie trwania umowy z uwagi na zmniejszone zapotrzebowanie.

Zamawiający nie ma również możliwości zwiększania w sposób dowolny ogólnej wartości netto umowy. Zamawiający nie zaniedbał obowiązku ustalenia górnej granicy prawa opcji. Zapisy dotyczące prawa opcji zostały uregulowane w § 5 (Prawo opcji) Projektowanych zapisów umownych. W ramach zakupu opcjonalnego zamówienia – w przypadku uruchomienia przez Zamawiającego zastrzeżonego prawa opcji zgodnie z zapisami §5 niniejszej umowy – w §1 ust.4 pkt. b Umowy zastrzeżono górną granicę w postaci **do 20 % wartości zamówienia podstawowego, w ilościach i asortymencie określonych w formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy w czasie jej obowiązywania**

**Pyt. 2** 2. Do §7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obliczanie kary za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pyt. 3** Do §8 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz 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? Jednocześnie, prosimy o dopuszczenie dostawy zamienników również w innych poza wymienionymi przez Zamawiającego okolicznościach powodujących czasową niedostępność asortymentu w obrocie.

Wyjaśnienie:

Tak. Zamawiający na podstawie §8 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy przewiduje możliwość zmiany umowy w sytuacji konieczności zamiany produktu, gdy produkt zostanie wycofany z produkcji lub zmodyfikowany/udoskoniony – pod warunkiem, że produkty nie będą gorsze niż te wskazane w SWZ

oraz gwarantować będą zachowanie parametrów i funkcjonalności opisanych w SWZ. Wykonawca w tym przypadku musi wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego oraz uzyskać zgodę Zamawiającego na taką zmianę.

W przypadku zaprzestania produkcji potwierdzonej oświadczeniem producenta lub kończącym się okresem ważności dopuszczenia należy wykreślić pozycję z wyceny. W przypadku okresowych braków Zamawiający prosi o wycenę z podaniem ceny obowiązującej po przywróceniu preparatu do sprzedaży. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania zamienników poza wymienionymi przez Zamawiającego we wzorze umowy okolicznościami powodującymi trwałą/czasową niedostępność asortymentu w obrocie.

**Pyt. 4** Do §9 ust. 2 lit. c) wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §9 ust. 2 lit. c) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że strony dokonują waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy pod warunkiem, że suma wskaźników wzrostu cen towarów i usług wynikających z komunikatów Prezesa GUS za dwa kolejne kwartały obowiązywania umowy przekroczy 15% oraz 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 §9 ust. 2 lit. c) wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 15%, 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 14% (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 §9 ust. 2 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.

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowane zmiany.

**Pyt. 5.** W celu zapewnienia równego traktowania stron umowy i umożliwienia Wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o zmianę zapisu w § 6 ust. 1 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji oraz zamianę słów z "...od otrzymania reklamacji" na „...od dnia uznania reklamacji”

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę

**Pyt. 6.** Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 1 pkt. 2, 3:

2) za odstąpienie od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność – w wysokości 10% **niezrealizowanej części** wynagrodzenia brutto określonego w §4 ust. 1.

3) w razie zwłoki w dostarczeniu towaru, albo zwłoki w usunięciu stwierdzonych wad tj. braków, niezgodności towaru, z umową ponad terminy określone w §2 ust 1 pkt 1 lub §5 ust 1 ust. 2 , ust. 5 niniejszej umowy, Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości **0,5%** wartości brutto niezrealizowanej dostawy, licząc za każdy dzień zwłoki, **jednak nie więcej niż 10 % wartości brutto niezrealizowanej dostawy**

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę i nie modyfikuje treści projektowanych postanowień umowy.

Z CA DYREKTORA  
ds. administracyjno - gospodarczych  
SP ZOZ MSWiA w Kielcach  
im. św. Jana Pawła II

Szymon Mazurkiewicz

.....  
(podpis osoby upoważnionej)