

L.dz. DAG / 242 / 159 / 2024

Dotyczy: **postępowania nr PN-9/24 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktu leczniczego tebentafuspum.**

Stosownie do postanowienia art. 135 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U z 2024 poz. 1320) ZAMAWIAJĄCY Zachodniopomorskie Centrum Onkologii z siedzibą w Szczecinie, przekazuje, poniżej, treść otrzymanych zapytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie nr 1:

Pytanie do wzoru umowy:

Do §1 ust. 3 wzoru umowy: Wnosimy o zmianę zapisu w §1 ust. 3 umowy poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70%. Wskazujemy, że wskazany próg realizacji minimum 10%, wypacza ekonomiczny sens zawarcia umowy oraz jest niezgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) ponieważ może doprowadzić do istotnej zmiany umowy i jej charakteru, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 454 ust.1, ust.2 pkt 1) i 3) oraz art.455 ust.1 pkt 1) ww. ustawy.

Odpowiedź nr 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Zapis § 1 ust. 3 projektu umowy przewiduje ewentualne zmiany ilościowe w przedmiocie zamówienia – w zależności od aktualnych potrzeb Zamawiającego, w ramach zawartej umowy. Zamawiający z założenia ustala wartość i ilość potrzebnych produktów z należytą starannością, zakładając przewidywane ich wykorzystanie, niemniej nie może dać Wykonawcy w tym zakresie gwarancji, bowiem ilość zamawianych produktów uzależniona jest od bieżących potrzeb pacjentów onkologicznych. Ustawa PZP nakłada w tym zakresie obowiązek określenia w umowie minimalnej wartości, jaką Zamawiający gwarantuje Wykonawcy zamówić, natomiast nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń. Dopuszczalne jest zatem określenie tejże gwarancji w sposób opisany w § 1 ust. 3 projektu umowy.

Pytanie nr 2:

Pytanie do wzoru umowy:

Do §3 ust. 11 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §3 ust.11 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 10% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ. W praktyce Zamawiającego przy zamówieniach na produkty lecznicze zawsze stosowane były zapisy przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany czynników cenotwórczych o 10% i takie ukształtowanie uprawnień i obowiązków stron, jak pokazuje doświadczenie Zamawiającego, zapewniało odpowiednią realizacją umowy. Zamawiający zwraca uwagę, że zapis uwzględnia interesy obu stron, gdyż wskazany próg 10% dotyczy zarówno uprawnień Zamawiającego jak i Wykonawcy.



tel. 91 42 51 410 / fax: 91 42 51 406



szpital@onkologia.szczecin.pl



www.onkologia.szczecin.pl

Pytanie nr 3:

Pytanie do wzoru umowy:

Do §3 ust.11-14 projektu umowy prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §3 ust.16 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 nr 3:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Kary umowne przewidziane są za konkretne zdarzenia, które nie obejmują kwestii wzrostu cen. Do czasu uzgodnienia (albo nie) nowych cen, na zasadach określonych w § 3 umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji umowy zgodnie z jej dotychczasowymi postanowieniami.

Pytanie nr 4:

Pytanie do wzoru umowy:

Do treści §4 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez zapis o karze w wysokości 1% dziennie, ale liczonej od wartości brutto nie dostarczonego w terminie przedmiotu zamówienia bez górnego limitu 50 zł za każdy dzień opóźnienia?

Odpowiedź nr 4:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Kary umowne mają za zadanie m.in. zdyscyplinować Wykonawcę do terminowego realizowania dostaw, co ma szczególne znaczenie w przypadku produktów leczniczych i realizowania świadczeń dla pacjentów. Jednocześnie w celu ochrony Wykonawcy i spełnienia zobowiązań ustawowych określono również łączną, maksymalną wysokość kar umownych jaka może być dochodzona przez Zamawiającego.

Pytanie nr 5:

Do §1 ust.3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust.3, poprzez 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 §1 ust.3 jest na tyle ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji 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. 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 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 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 nr 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Prawo opcji przewiduje rozszerzenie przedmiotu zamówienia. Natomiast zapis § 1 ust. 3 projektu umowy nie przewiduje zwiększenia wartości umowy, lecz ewentualne zmiany ilościowe w przedmiocie zamówienia – w zależności od aktualnych potrzeb Zamawiającego, w ramach zawartej umowy. Zamawiający z założenia ustala wartość i ilość potrzebnych produktów z należytą starannością, zakładając przewidywane ich wykorzystanie, niemniej nie może dać Wykonawcy w tym zakresie gwarancji, bowiem ilość zamawianych produktów uzależniona jest od bieżących potrzeb pacjentów onkologicznych. Ustawa PZP nakłada



w tym zakresie obowiązek określenia w umowie minimalnej wartości, jaką Zamawiający gwarantuje Wykonawcy zamówić, natomiast nie wprowadza w tym zakresie ograniczeń. Dopuszczalne jest zatem określenie tejże gwarancji w sposób opisany w § 1 ust. 3 projektu umowy.

Osoba upoważniona do kontaktów w sprawie: Adrianna Zalewska, nr tel.: 91 42 51 433.

**Dyrektor
Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii**



tel. 91 42 51 410 / fax: 91 42 51 406



szpital@onkologia.szczecin.pl



www.onkologia.szczecin.pl