

EP.26.49.2025

Warszawa, dnia 22/04/2025r.

ODPOWIEDZI
na zapytania do SWZ.

Dotyczy: postępowania na „**Zakup i sukcesywną dostawę produktów do żywienia pozajelitowego**” – **sprawa nr EP/48/2025/BT.**

Szanowni Państwo,

uprzejmie informujemy, iż w postępowaniu na „**Zakup i sukcesywną dostawę produktów do żywienia pozajelitowego**” – **sprawa nr EP/48/2025/BT**, prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 poz. 1320 z późn. zm.) wpłynęły do Zamawiającego zapytania dotyczące zapisów specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający, działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odpowiada na zadane pytania.

Pytania do wzoru umowy:

1. Do §5 ust. 2 wzoru umowy.

Prosimy o dopisanie do §5 ust. 2 następującego wyrażenia: „Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.”

Odpowiedź: Tak, wyrażamy zgodę.

2. Do §5 ust. 3 zdanie pierwsze wzoru umowy:

Prosimy o dopisanie następującego wyrażenia: „(...)”, nie dłuższej jednak niż aktualny w momencie dostawy termin ważności.”

Odpowiedź: Tak, wyrażamy zgodę.

3. Do §6 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 1 pkt 1 poprzez zapis o karze w wysokości 0,5% wartości niedostarczonej dostawy za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

4. Do §6 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 1 pkt 2 poprzez zapis o karze w wysokości 1% wartości reklamowanej dostawy za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

5. Do §6 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 1 pkt 3 poprzez zapis o karze w wysokości 0,5% wartości wadliwej dostawy za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

6. Do §6 ust. 1 pkt 4, 5 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 1 pkt 4, 5 poprzez zapis o karze w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

7. Do §6 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kar przewidzianych w treści §6 ust. 1 pkt 8) wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „w przypadku naruszenia umowy, w przypadku innym niż wskazane w pkt 1-7, w wysokości 50,00 zł za każdy dzień zwłoki w realizacji czynności, dla której umowa określa termin wykonania oraz w wysokości 100,00 zł za każde zdarzenie dotyczące nienależytej realizacji umowy w zakresie czynności (czynności), dla której nie określono terminu wykonania.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

8. Do §9 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy:

Wnosimy o modyfikację wskazanych postanowień umowy, które dopuszczają dowolne zmiany ilości asortymentu w ramach wartości zadania, w ten sposób, aby uszczegółowione zostały w postaci procentowej graniczne wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, które Zamawiający zamierza zrealizować. Proponujemy, aby przykładowo granica ta wynosiła 20%, co będzie oznaczać, że ilości poszczególnych towarów w formularzu asortymentowo-cenowym będą mogły ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%. Wówczas, Zamawiający będzie miał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości każdej, pojedynczej pozycji asortymentowej. Aktualna treść wskazanych postanowień wzoru umowy może wskazywać na prawo Zamawiającego do zakupów dowolnych ilości jednego produktu, przy jednoczesnej rezygnacji z zakupu innych produktów, zaś jedynym warunkiem tych swobodnych zmian ma być brak przekroczenia wartości zadania. Obecne, niejednoznaczne zapisy umowy powodują, że wykonawcy nie mają wiedzy dotyczącej nawet przybliżonych ilości produktów, które będą musieli dostarczać w trakcie realizacji umowy. Wskazanie jako górnej granicy wyłącznie wartości zadania, utrudnia wykonawcom prawidłową kalkulację cen na potrzeby składanej oferty oraz nie pozwala im na właściwe przygotowanie do wykonywania umowy, gdyż nie znają faktycznej wielkości zamówienia. Nasza prośba znajduje uzasadnienie w wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn.: KIO 3212/23), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dotyczące analogicznych postanowień umownych, w postępowaniu zorganizowanym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu, którego przedmiotem były dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4 oraz art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2024 poz. 1320 ze zm.). We wspomnianym wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza nie tylko stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, lecz przede wszystkim uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której zamierza zwiększyć zakres zamówienia w ramach korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że 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, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Krajowa Izba Odwoławcza 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. Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła więc, że 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 treści art. 441 ust. 1 PZP. Z powyższych wyjaśnień wynika, że Zamawiający ma możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia, a także „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy lub powiązanie ich ze sobą, ale trzeba mieć na uwadze, że postanowienia umowy dotyczące zmian ilości asortymentu będą pozostawać zgodne z art. 433 pkt 4 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP wyłącznie w przypadku, kiedy w treści umowy zostaną dokładnie określone granice zmian ilościowych „w dół” i „w górę” w odniesieniu do poszczególnych pozycji asortymentowych. Ponadto, wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów będzie potrzebował do udzielania świadczeń zdrowotnych, nie stanowią uzasadnienia dla naruszania art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4 oraz art. 441 ust. 1 PZP, ponieważ normy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem nie podlegają ani ograniczeniu, ani wyłączeniu przez inne przepisy. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, wykonawca wnosi również o dodanie zastrzeżenia, że możliwość zwiększenia ilości poszczególnych pozycji asortymentowych, przy jednoczesnym zmniejszeniu ilości innych pozycji asortymentowych w sytuacji, kiedy wartość zadania nie zostaje przekroczona, będzie wymagała każdorazowej pisemnej zgody udzielonej przez wykonawcę w formie aneksu (przy czym wykonawca nie ma tutaj na myśli zwiększenia ilości asortymentu w ramach korzystania z prawa opcji, które przewyższa wartość zamówienia podstawowego).

Odpowiedź: Zakres dotyczący zmniejszenia znajduje się w paragrafie 9 ust. 18.

9. Do §9 ust. 2 pkt 15, 16 wzoru umowy:

Prosimy o dopisanie następującego wyrażenia: (...), przy czym przedłużenie terminu obowiązywania umowy może nastąpić na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy, natomiast wykonawca musi wyrazić zgodę na przedłużenie terminu obowiązywania umowy w formie pisemnej, pod rygorem nieważności.”

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów umowy. Jednocześnie wskazuje, że zgodnie z paragrafem 9 ust. 1 zmiana umowy wymaga formy pisemnej, pod rygorem nieważności.

10. Do §9 ust. 2 pkt 16 wzoru umowy.

Ze względu na niejednoznaczność zapisu umożliwiającego zwiększenie wartości zamówienia podstawowego maksymalnie do 10%, wnosimy o doprecyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (10%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych. Będzie to oznaczać, że każdy produkt określony w formularzu asortymentowo-cenowym może zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 10% większej, niż pierwotnie zakładano. Aktualne zastrzeżenie prawa opcji w praktyce oznaczać może, że niektóre z wycenianych pozycji asortymentowych mogą nie ulec zwiększeniu wcale, zaś inne pozycje asortymentowe mogą zostać zwiększone o niczym nieograniczoną ilość, uwarunkowaną jedynie granicą prawa opcji (10%) odnoszącą się do wielkości zamówienia podstawowego w danym zadaniu, co może stanowić naruszenie art. 441 ust. 1 i 2 PZP. Wyjaśniamy, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17.11.2023 r. (sygn.: KIO 3212/23) uznała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. Natomiast wyrażenie „zakres zamówienia” należy rozumieć jako „pojedyncze świadczenie”, czyli każdą pojedynczą pozycję asortymentową umieszczoną w zestawieniu asortymentowo-cenowym dla danej części. Nieprawidłowe jest traktowanie wyrażenia „zakres zamówienia” jako „ogólnego świadczenia” obejmującego wszystkie produkty stanowiące przedmiot zamówienia w ramach danej części. W związku z tym, wynikający z art. 441 ust. 1 PZP obowiązek do określenia maksymalnej wartości opcji, należy odnieść do każdej pozycji asortymentowej, znajdującej się w formularzu asortymentowo-cenowym, co wiąże się z wymogiem wskazania maksymalnej ilości w ramach opcji osobno dla każdego zamawianego produktu.

Odpowiedź: Postanowienia paragrafu 9 ust. 2 pkt. 16 są odpowiednikiem art. 455 ust. 2 Pzp.

11. Do §10 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w taki sposób, aby wynosiła ona łącznie 15%?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

12. Do §10 wzoru umowy.

Wykonawca wnosi o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w oparciu o §10 wzoru umowy, zarówno Wykonawca, jak również Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania umowy w tej spornej części za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

13. 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. 2024 poz. 1428 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2024 poz. 794 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: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

14. 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, - poręczenia dokonanego przez inną Spółkę/Organ, do kwoty wynikającej z faktur VAT wraz z odsetkami na czas określony, tj. do dnia spłaty zobowiązań wynikających z niniejszej umowy i innych należności pieniężnych. Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożności 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. 2024 poz. 1428 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2024 poz. 794 ze zm.)

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

15. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w Zadaniu 2 w pozycji 1-5, 7, 12 worków trzykomorowych w opakowaniu x 4 sztuki z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań i zaokrągleniem do pełnego opakowania w górę?

Odpowiedź: TAK, wyrażamy zgodę.

16. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w Zadaniu 2 w pozycji 6 worków trzykomorowych w opakowaniu x 5 sztuk z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań i zaokrągleniem do pełnego opakowania w górę?

Odpowiedź: TAK, wyrażamy zgodę.

17. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w Zadaniu 2 w pozycji 10 produktów w opakowaniu x 10 sztuk z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań i zaokrągleniem do pełnego opakowania w górę?

Odpowiedź: TAK, wyrażamy zgodę.

18. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w Zadaniu 2 w pozycji 11 produktu w opakowaniu 20 ampułek w ilości 22 opakowania?

Odpowiedź: TAK, wyrażamy zgodę.

19. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w Zadaniu 3 w pozycji 1 produktów w opakowaniu x 20 ampułek z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań i zaokrągleniem do pełnego opakowania w górę?

Odpowiedź: TAK, wyrażamy zgodę.

20. Czy Zamawiający w Zadaniu 2 w pozycji 5 w kolumnie dawka ma na myśli pojemność 1400-1500 ml?

Odpowiedź: Tak.

21. Dotyczy § 5 ust. 3 umowy.

Czy Zamawiający wydłuży termin do rozpatrzenia reklamacji jakościowej przez Wykonawcę do 14 dni roboczych? Zgłoszona reklamacja wymaga rozpatrzenia z uwzględnieniem i tu np. wyjaśnień firmy kurierskiej dostarczającej leki bądź zbadania jakościowo wadliwego towaru, a następnie (przy uwzględnieniu reklamacji) dostarczenia towaru. Wykonanie tego w krótszym czasie jest niemożliwe.

Odpowiedź: TAK, wyrażamy zgodę.

22. Dotyczy § 6 ust. 1 punkt 4 umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wskazanie jako podstawy do ustalenia wysokości kary umownej wartość niezrealizowanej części umowy? W przypadku zrealizowania zgodnie z umową znacznej części zamówienia, kara naliczana od całości umowy jest wyraźnie zawyżona?

Odpowiedź: Postanowienia paragrafu 6 dotyczącego wysokości i okoliczności naliczania kar umownych pozostają bez zmian.

Zamawiający informuje, że zmiany stają się integralną częścią SWZ i tym samym stają się wiążące od dnia ich ogłoszenia.

Sporządził: Beata Tarach