



Znak sprawy: ZP/30/PN/2024

Zabrze, 17.05.2024 r.

Dyrektor

dr n. med.  
Dariusz Budziński

ul. 3-go Maja 13-15  
41-800 Zabrze

SEKRETARIAT  
tel. (32) 370 43 07  
fax: (32) 370 45 22  
sekretariat@szpital.zabrze.pl

[www.szpital.zabrze.pl](http://www.szpital.zabrze.pl)

## ODPOWIEDŹ nr 1 na zapytania w sprawie SWZ

Informujemy, że do Zamawiającego wpłynęła prośba o wyjaśnienie zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r., poz. 1605) w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

### DOSTAWA PRODUKTÓW LECZNICZYCH I WYROBÓW MEDYCZNYCH

Zamawiający udziela wyjaśnień zgodnie z **art. 135 ust. 2** ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r., poz. 1605).

Treść wspomnianej prośby jest następująca:

#### Pytanie nr 1 Dotyczy zapisów wzoru umowy

W związku z zawartym w § 5 ust. 1 projektu umowy uprawnieniem Zamawiającego do zmniejszenia zakresu zamówienia o 90% względem wartości wskazanej w załączniku nr 2 do umowy oraz zawartym w § 5 ust. 2 projektu umowy uprawnieniem Zamawiającego do zmniejszeniem ilości przedmiotu umowy (jej wartości względem ilości i wartości wskazanych w załączniku nr 2) o 99% oraz mając na uwadze fakt, że Wykonawca kalkuluje swoją ofertę biorąc pod uwagę cały zakres przedmiotu zamówienia, wnosimy o doprecyzowanie przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy.

W świetle art. 433 pkt 4 PZP zamawiający jest uprawniony do ograniczenia zakresu zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego (M. Sieradzka, Komentarz do art. 433 PZP (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022). Projekt umowy w § 5 ust. 1 oraz § 5 ust. 2 wprowadza możliwość zmniejszenia zakresu zamówienia i ilości przedmiotu umowy odpowiednio aż o 90% oraz 99% i nie określa minimalnej wartości zamówienia lub wielkości świadczenia Wykonawcy, zatem wymaga doprecyzowania w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji (a do takiej sprowadzają wprowadzone w tym wypadku odsetki 90% i 99%) w ilość zamawianych dostaw poprzez ich zmniejszenie na etapie realizacji umowy to niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty (wyr. KIO z 2.1.2017 r. KIO 2346/16). Także w piśmiennictwie podkreśla się, że „postanowienia projektowanej umowy muszą wskazywać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron, poniżej których zamawiający nie będzie mógł dokonywać zmiany. Zatem minimalna wartość lub wielkość świadczenia stron musi zostać podana wykonawcom” (M. Sieradzka, Komentarz do art. 433 PZP (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022).

#### Odpowiedź:

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**



**Pytanie nr 2 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Wnosimy o obniżenie kar w § 7 ust. 2 lit. a i b na:

- a) w wysokości 10,00 złotych brutto (słownie: sto złotych 00/100), za każdy dzień zwłoki w realizacji dostaw częściowych przedmiotu umowy zgodnie z § 4 ust. 3;
- b) w wysokości 10,00 złotych brutto (słownie: sto złotych 00/100), za każdy dzień zwłoki w realizacji któregokolwiek z obowiązków określonych w § 4 ust. 15.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Pytanie nr 3 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Wnosimy o obniżenie w § 7 ust. 2 lit. c) projektu umowy wysokości kary umownej z 1 000,00 zł na 100,00 zł – wskazana kara nie jest wygórowana.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Pytanie nr 4 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Wnosimy o zmianę sposobu wyliczenia określonej w § 7 ust. 2 lit. d) kary umownej za niewywiązanie się z obowiązku określonego w § 4 ust. 5 umowy tj. brak powiadomienia o terminie dostawy w dniu ją poprzedzającym określonej jako „0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 2” poprzez odniesienie jej do wartości aktualnej dostawy, której ma dotyczyć powiadomienie wskazane w § 4 ust. 5 umowy, a nie całości wynagrodzenia Wykonawcy.

Zgodnie z orzecznictwem pomiędzy zdarzeniem wywołującym szkodę, a naliczaną karą umowną musi występować bezpośredni związek. Naliczanie kary umownej od wartości całego kontraktu, w sytuacji, gdy opóźnienie dotyczy braku powiadomienia o konkretnej dostawie w dniu jej poprzedzającym jest nieadekwatne i może prowadzić do wątpliwości, czy naliczana kara umowna nie jest wygórowana.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Pytanie nr 5 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Wnosimy o obniżenie w § 7 ust. 2 lit. e) projektu umowy wysokości kary umownej w przypadku rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym na dane zadania przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy z 20% do 10% jako, że zawarta w tym postanowieniu kara umowna jest rażąco wygórowana. Uzasadnienie dla pytania, jak wskazane powyżej w pkt 2.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Pytanie nr 6 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Wnosimy o obniżenie w § 7 ust. 6 projektu umowy łącznej wysokości kar umownych wynikających z umowy z „30 % ogólnej maksymalnej wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 2 umowy” do „17 % ogólnej maksymalnej wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 2 umowy” jako, że zawarta w tym postanowieniu kara umowna jest rażąco wygórowana.

Kara będąca surogatem odszkodowania powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej (por. wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2574/18). W orzecznictwie uznaje się, że już 20% wynagrodzenia umownego może być karą rażąco wygórowaną (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2022 r., II CSKP 59/22, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 czerwca 2022 r., I AGa 205/21), w związku z powyższym zasadne jest zmniejszenie wysokości określonej w projekcie umowy kary umownej.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż modyfikuje zapis §7 ust. 6 wzoru umowy – patrz Modyfikacja nr 1 SWZ.**

**Pytanie nr 7 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Do §3 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §3 ust. 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 informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Pytanie nr 8 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Do §5 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy: Wnosimy o zmianę zapisu w §5 ust. 1 i ust. 2 umowy poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70%. Wskazujemy, że wskazany próg realizacji minimum 1%, 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:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

#### **Pytanie nr 9 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Do §5 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §5 ust. 3 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 §5 ust. 3 jest na tyle nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie 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) 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. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający ma obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały i jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia, co wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

W dodatku, z treści art. 31 ust. 2 PZP wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Ponadto, Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia na podstawie art. 99 ust. 1 PZP. Zalicza się do tego określenie ilości produktu, którego zakres Zamawiający zamierza zwiększyć, ponieważ w przypadku zamówienia na dostawy, opis przedmiotu zamówienia to nie tylko określenie rodzaju rzeczy, ale także jej liczby, wykonawca zaś musi wiedzieć, jaką ilość rzeczy ma zbyć lub być gotowy zbyć Zamawiającemu. 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 art. 99 ust. 1 PZP. Chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj oraz ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

#### **Pytanie nr 10 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Do §7 ust. 2 lit. a), b) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień §7 ust. 2 lit. a), b) wzoru umowy w taki sposób, aby kary umowne zastrzeżone na wypadek opóźnienia w realizacji zamówienia i załatwienia reklamacji były wyłącznie proporcjonalne do wartości części zamówienia zrealizowanej z opóźnieniem - bez sztywnej kary, tj. 100 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 100 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 informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

#### **Pytanie nr 11 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Do §7 ust. 2 lit. d) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §7 ust. 2 lit. d) wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za brak powiadomienia o terminie dostawy w dniu ją poprzedzającym w wysokości 0,05% wartości danej dostawy?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Pytanie nr 12 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Do §7 ust. 2 lit. e) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §7 ust. 2 lit. e) wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym w wysokości 10% wartości niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Pytanie nr 13 Dotyczy zapisów wzoru umowy**

Do §10 ust. 7 wzoru umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i 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?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ. Ponadto Zamawiający informuje, iż każdorazowo wypadek wycofania leku z produkcji lub wstrzymania tej produkcji i ewentualnych konsekwencji tych faktów będzie przedmiotem indywidualnego rozpatrzenia przez Zamawiającego.**

Zamawiający  
z up. **DYREKTORA**  
Kierownik Działu Zamówień Publicznych  
**Adam Strzyżewski**