



Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Targówek



SZPZLO W-T 371/2015
Zamówienia publiczne
Wyjaśnienia do SIWZ ZP/5/2015

Warszawa, dn. 18.12.2015 r.

WYJAŚNIENIE I ZMIANA **SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

**Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego
ZP/5/2015 o udzielenie zamówienia publicznego na**

Dostawę artykułów medycznych jednorazowych dla Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Targówek

Na podstawie art. 38 ust. 2, w związku z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) Zamawiający – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Targówek udziela wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

1. Czy Zamawiający zmniejszy wysokość kar umownych określonych w § 6 ustęp 1 pkt 1 modyfikując umowę w następujący sposób: *za zwłokę z tytułu nieterminowego dostarczenia przedmiotu umowy – w wysokości 5% wartości towaru niedostarczonego za każdy dzień zwłoki?*
Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody.
2. Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o wskazanie, jaki będzie rzeczywisty gwarantowany zakres zamówienia, który zostanie zrealizowany na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym, bowiem z brzmienia § 2 ustęp 3 umowy, będącego częścią siwz wynika, że Zamawiający nie ma obowiązku złożenia zamówienia do pełnej wartości umowy. Brak wskazania zakresu zamówienia, choćby minimalnego, który zostanie przez Zamawiającego zrealizowany na 100% powoduje, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, a wykonawca nie może w prawidłowy sposób oszacować ceny ofertowej, bowiem w toku realizacji umowy może okazać się, że Zamawiający zamówi 5% towaru objętego umową, a zrezygnuje z 95%, w związku z czym zwracamy się o wyjaśnienie treści siwz w ww. zakresie. W związku z powyższym pytaniem proponujemy również następującą modyfikację postanowień umowy: *Ilość asortymentu podana jest szacunkowo i może ulec zmianie w zależności od potrzeb Zamawiającego. Wykonawca nie będzie wnosił roszczeń w stosunku do Zamawiającego w przypadku nie wyczerpania przez okres związania umową asortymentu oraz ilości wymienionych w załączniku nr 1 do umowy, pod warunkiem, że niezrealizowana ilość przedmiotu umowy nie będzie większa niż 20 % wartości tejże umowy?*

Uzasadnienie: Opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie z którym „przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. **Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji**”. Stosownie do postanowienia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 29 ust.1 *in principio* ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać **dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji**. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego i odpowiednio od kontraktu zawartego z NFZ lub wskazań medycznych, gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. **W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego.**

Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które Zamawiający przewidział określone środki finansowe (por. art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, który określa tzw. „prawo opcji”). W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) Izba wskazała, że **niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia.** „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy”.

Należy mieć przy tym na uwadze treść art. 140 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Podkreślenia wymaga również fakt, że również zgodnie z dominującym poglądem doktryny **Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych** (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne 2007 r., nr 4, s. 40)

Mając na względzie powyższe, jak również jednolite stanowisko doktryny i judykatury w zakresie przedmiotowej kwestii, postulowana zmiana zapisu wzoru przyszłej umowy jest konieczna i w pełni uzasadniona. Wprowadzenie żądanej modyfikacji spowoduje, że opis przedmiotu zamówienia będzie jednoznaczny, wyczerpujący i Zamawiającemu nie będzie można postawić zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i pociągnąć go z tego tytułu do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W przypadku proponowanej zmiany zapisu umownego każdy wykonawca będzie miał możliwość prawidłowego skalkulowania wartości oferty. Na Zamawiającym będzie z kolei ciążył wynikający z umowy o zamówienie publiczne obowiązek spełnienia świadczenia co zakresu określonego w umowie z wykonawcą jako minimalny (w tym przypadku 80 % wartości umowy) i uprawnienie do zmniejszenia zakresu zamawianych dostaw maksymalnie o 20% wartości umowy w zakresie objętym opcją.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający ze względu na specyficzny charakter prowadzonej działalności (udzielanie świadczeń zdrowotnych) nie jest w stanie podać procentowego zamówienia. Zużycie materiałów medycznych jednorazowych wynika ze świadczeń zdrowotnych udzielonych przez Zamawiającego, a ilości przyjętych pacjentów oraz rodzaju udzielonych konkretnym osobom świadczeń zdrowotnych Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć. Jednakże podane ilości stanowią szacunek na podstawie zużycia z ostatnich 12 miesięcy.

3. Czy Zamawiający w celu zwiększenia konkurencyjności asortymentowo-cenowej w ramach pakietu nr 4 wyrazi zgodę na wydzielenie pozycji 21 (miejscowy środek hemostatyczny) do osobnego pakietu?

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody na wydzielenie w/w pozycji.

4. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w pakiecie nr 4 pozycja 21 środka hemostatycznego w opakowaniu a'32 z odpowiednim przeliczeniem zamawianych ilości? Pozostałe parametry zgodne z siwz.

Odpowiedź Zamawiającego: Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymaga 20 opakowań po 32 sztuki.

5. W przypadku odpowiedzi pozytywnej na powyższe pytanie zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie w jaki sposób należy prawidłowo przeliczyć ilość opakowań, w sytuacji gdy po przeliczeniu ilość opakowań nie będzie liczbą całkowitą: czy do dwóch miejsc po przecinku czy do pełnego opakowania w górę?

Odpowiedź Zamawiającego: Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymaga 20 opakowań po 32 sztuki.

DYREKTOR
Marcin Jakubowski