



**„PGF URTICA” Sp. z o.o.  
54-613 Wrocław  
ul.Krzemieniecka 120**

**AE/ZP-27-33/09**

Tarnów, 29-04-2009r.

**Dotyczy: przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 206 000 EURO na dostawy płynów infuzyjnych dla Specjalistycznego Szpitala im. E.Szczeklika w Tarnowie.**

### **ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU**

W związku z protestem złożonym w dniu 2009.04.23 przez „PGF URTICA” Sp z o.o. 54-613 Wrocław, ul.Krzemieniecka 120 (dalej: Protestujący) - Specjalistyczny Szpital im. Szczeklika w Tarnowie, ul. Szpitalna 13 (dalej: Zamawiający) na podstawie art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa”) informuje, że protest został częściowo uwzględniony.

### **UZASADNIENIE**

Wykonawca - „PGF URTICA” Sp z o.o. 54-613 Wrocław, ul.Krzemieniecka 120 (dalej: Protestujący) wniósł w dniu 23 kwietnia 2009r. (datowany na 22.04.2009r.) protest.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.5 ustawy oraz art. 353<sup>1</sup> kc i wniósł o:

1. Zmianę treści pkt 12 ogólnych warunków umowy (dalej: OWU),
2. Wykreślenie pkt. 16 ppkt i) OWU
3. Zmianę pkt 16 ppkt d) OWU

Protestujący podniósł, że - Jego zdaniem – treść pkt. 12 i pkt. 16 ppkt i) OWU jest sprzeczna z art.5 ustawy oraz art. 353<sup>1</sup> kc oraz sprzeczna z art. 140 ust.1 ustawy, gdyż Zamawiający zastrzegł sobie prawo wprowadzenia zmian zamówienia publicznego w stosunku do jego wielkości oraz dawek określonych w siwz, co pozostaje w sprzeczności z oferta Wykonawcy.: Uznał, że zastrzeżenia o możliwości tylko częściowej realizacji zamówienia jest bezprawne i przytoczył pogląd, według którego Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmianie, o ile Zamawiający wskaże minimalny i maksymalny próg, do jakiego będzie zobowiązany wykonać zamówienia.

Wskazał, że – w Jego ocenie – treść pkt 16 ppkt d) OWU jest sprzeczna z art.140 ust1 ustawy, przy czym zaznaczył, że „nie rości pretensji do zastosowania ww. przepisu zawartego w projekcie umowy w przypadku braku leku wyłącznie w magazynach Protestującego”, a Jego protest dotyczy sytuacji, w których zaoferowany lek nie może być dostarczony Zamawiającemu na skutek okoliczności niezależnych od Wykonawcy, a wówczas sankcje nakładane w takich sytuacjach na Wykonawcę przez Zamawiającego stoją w rażącej sprzeczności z zasadą równości stron a także zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji wniósł o wprowadzenie do OWU zapisu mówiącego o możliwości dostarczania

leków równoważnych w cenach rynkowych lub „w cenach będących następstwem dodatkowych negocjacji pomiędzy stronami” lub zapisu umożliwiającego wypowiedzenie umowy w zakresie spornego leku za porozumieniem stron, bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę.

**W toku rozpatrywania treści protestu Zamawiający ustalił, co następuje:**

Jest całkowicie niezrozumiałe, dlaczego Protestujący uznaje, że Zamawiający naruszył przepisy art. 5, skoro przepisy te nie mają zastosowania do przedmiotowego postępowania.

1. Pierwszy podniesiony zarzut, w celu doprecyzowania warunków umowy, może zostać uwzględniony.

Odnosnie tego zarzutu Zamawiający wskazuje, że w przypadku Szpitala nie jest możliwe dokładne określenie zapotrzebowania na zamówione płyny infuzyjne i to z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, gdyż liczba pacjentów i proces ich leczenia nie podlega regułom deterministycznym, gdyż liczba i rodzaj zachorowań jest procesem statystycznym. Niewątpliwie zapis w pkt. 12 OWU nie jest nadmiernym obciążeniem dla Wykonawcy, który dokonuje sprowadzania i sprzedaży towarów również dla innych podmiotów, natomiast ma istotne znaczenie dla Zamawiającego, który nie może przechowywać płynów infuzyjnych dowolnie długo.

Zamawiający dokonał należytego rozeznania potrzeb w tym zakresie i z należytą starannością podał szacunkową wartość zamówienia, jednakże z podanych wyżej przyczyn nie może zobowiązać się do zakupu 100% zamówionej ilości w każdej pozycji asortymentowej.

Jednakże wychodząc naprzeciw stanowisku Protestującego zmienia brzmienie pkt.12 na następujące (zmiany wytłuszczono):

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do wprowadzenia zmian w obrębie asortymentu w ramach ustalonej wartości zamówienia **w każdym pakiecie** w zależności od potrzeb Szpitala, **przy czym minimalny poziom realizacji w każdej z pozycji ujętej w formularzu cenowym w ramach pakietu wyniesie nie mniej, niż 70%**”

2. Drugi podniesiony zarzut jest całkowicie bezzasadny. Zamawiający jedynie dopuszcza możliwość zmiany umowy w wyniku zmiany dawki leku, przy czym nie zastrzega z oczywistych względów stałości ceny. Należy podkreślić, że w obecnym brzmieniu art.144 ust.1. zmiany umowy nie są zakazane jedynie wtedy, gdy Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Obecny zapis pkt.16 ppkt i) OWU jest obustronnie korzystny; także Wykonawca, jeśli wprowadzi do obrotu lek (płyn) o innej dawce substancji czynnej, z jednoczesnym zamiarem zaniechania produkcji (lub wycofaniem z obrotu) oferowanego leku może zabiegać o zmianę umowy, a do ważności aneksu, zgodnie z pkt.17 OWU, potrzebna jest zgoda obu stron.

3. Trzeci zarzut także nie zasługuje na uwzględnienie. Obawy Protestującego dotyczące nałożenia kar umownych (pkt 8 OWU) lub zlecenia wykonawstwa zastępczego (pkt 14 OWU) są całkowicie bezpodstawne, bowiem w przypadku zapisów ujętych w pkt 16 ppkt d) OWU nie może być mowy o zaistnieniu **winy** Wykonawcy, a zarówno zapisy w pkt. 8 jak też w pkt.14 uprawniają Zamawiającego do podjęcia stosownych kroków w przypadku zaistnienia okoliczności zawinionych przez Wykonawcę lub za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Jeżeli zatem Wykonawca, jak podnosi Protestujący, nie może zaoferować leków z powodu od niego niezależnych, a lek nie będzie dostępny na rynku np. wskutek

decyzji nadzoru farmaceutycznego, to jest oczywiste, że wystąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności i Zamawiający nie ma żadnych podstaw do nakładania kar umownych na Wykonawcę.

Należy dodać, że sytuacje, w których jedna ze stron umowy w wyniku jej realizacji mogłaby ponieść rażącą stratę, normują przepisy art.357<sup>1</sup> kc.

Zamawiający nie może zgodzić się na zapis w umowie o dowolnym kształtowaniu cen za ewentualne zamienniki, taki zapis bowiem otwierałby możliwości do negocjacji cenowych, które są jednoznacznie zakazane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Mając powyższe na uwadze uwzględniono zarzut pierwszy, w pozostałej części protest został oddalony.**

### **POUCZENIE**

Zgodnie z art. 184 ust.1 pzp od niniejszego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu.

Otrzymują:

1.Adresat

2. a/a

3.Do opublikowania na stronie internetowej Zamawiającego ( [www.ssz.tar.pl](http://www.ssz.tar.pl))