



**Do Wykonawców uczestniczących
w postępowaniu o udzielenie zamówienia**

WYJAŚNIENIE 1

W PRZETARGU NIEOGRANICZONYM NA:

dostawy produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii
(zamówienie nr **LAS-244-PN/119-2022.AN**)
ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 20.01.2023 r., nr 2023/S 015-037572

W związku z wniesionymi zapytaniem, zamawiający udziela poniższych odpowiedzi.

Pytania od 1 do 18 dotyczą załącznika nr 2 do SWZ – wzór umowy.

- Pytanie 1:** „Czy Zamawiający w par. 1.4.2 zamiast obowiązku wprowadzi prawo do dostarczenia zamiennika? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażąco stratą po stronie Wykonawcy.”
- Pytanie 2:** „Czy Zamawiający w par. 1.9 zamiast opcji dodatkowego zakupu 50% wpisze opcję dodatkowego zakupu 20% towaru? Wykonawca nie może być związany postanowieniami umowy w zakresie sprzedaży wolumenu większego o 50%, przy niezmienionej cenie towaru; nie jest w takim wypadku możliwe skalkulowanie racjonalnej ceny produktów, a także nie można wykluczyć, że produkt nie będzie dostępny w takiej ilości (np. wskutek zaprzestania produkcji).”
- Pytanie 3:** „Czy Zamawiający w par. 2.2 usunie zdanie drugie? Skoro termin liczony jest w dniach roboczych, to nigdy koniec terminu nie przypadnie w dzień wolny – dni te nie są po prostu liczone w ogóle do biegu terminu. Zapis taki rodzi wątpliwości co do terminu dostawy i sposobu jego liczenia (dno robocze, czy dni kalendarzowe), podczas gdy prawidłowym jest określenie „2 dni robocze”. Dla zamówienia złożonego np. w piątek termin 2 dni roboczych upływa we wtorek, a termin 2 dni – w poniedziałek.”
- Pytanie 4:** „Czy Zamawiający wydłuży termin wskazany w par. 3.3 tiret 1 z 48 godzin do 3 dni roboczych? Rozpatrzenie reklamacji wymaga weryfikacji całego procesu dostawy i kontaktu z poszczególnymi podmiotami uczestniczącymi w tym procesie, a następnie dostarczenia towaru Zamawiającemu. Wykonanie tego w terminie krótszym jest niemożliwe.”
- Pytanie 5:** „Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 5.1 z 2% do wartości max. 0,2%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.”
- Pytanie 6:** „Dotyczy zapisów umowy Proszę o potwierdzenie, iż w razie wystąpienia braku statusu refundacyjnego leku, wstrzymanie lub wycofanie produktu leczniczego z obrotu decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego oraz zaprzestanie produkcji, skutkujących

Telefony:

Kancelaria: 32 429-12-90

Główny Księgowy: 32 429-12-99

Dział Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia: 32 429-12-88

Sekretariat: 32 429-12-54

Dział Organizacyjny: 32 429-26-19

Fax: 32 422-82-72

BNP Paribas Bank Polska S.A. 38 1600 1055 1833 4024 4000 0001

uniemożliwieniem realizacji umowy przez Wykonawcę, przy jednoczesnym udokumentowanym braku możliwości dostarczenia przez Wykonawcę towaru równoważnego/odpowiednika, nastąpi rozwiązanie umowy za porozumieniem stron (bez naliczenia kar umownych) w zakresie w/w produktu z uwagi na niemożność spełnienia świadczenia zgodnie z przepisami KC? Zaoferowanie produktu zamiennego jest możliwe tylko w sytuacji posiadania przez wykonawcę produktu leczniczego zamiennego danego producenta, do którego obrotu jest upoważniony na podstawie koncesji, jako hurtownia farmaceutyczna. Niemożliwy i niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa jest obrót produktami leczniczymi, na które wykonawca nie posiada koncesji.”

- Pytanie 7:** „Dotyczy § 2 ust. 2 wzoru umowy – w zakresie godziny dostaw Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie maksymalnej godziny dostawy przedmiotu zamówienia z 12.00 do godziny 14.00 dla pakietu nr 4? Zapewnienie terminu dostawy do godziny 12.00 nie zawsze możliwe jest do zrealizowania i może generować dodatkowe koszty dla wykonawcy. Zapisy umowy w obecnym brzmieniu dla wyżej wymienionych leków wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.”
- Pytanie 8:** „Dotyczy § 5 ust. 5 wzoru umowy – kary umowne Czy Zamawiający zgodzi się w § 5 ust. 5 wzoru umowy na zmianę kary umownej wynoszącej 10 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 1 ust. 1 umowy, na karę wynoszącą 10% wartość brutto niezrealizowanej części umowy brutto? Mając na uwadze wytyczne UZP i wypracowane stanowisko KIO w którym określając wysokość kar umownych, Zamawiający powinien kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt restrykcyjne kary umowne w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia. Powyższy zapis w brzmieniu przewidującym karę umowną zamówienia również prawidłowo zrealizowanego pozostaje w sprzeczności funkcją kary umownej określonej przez przepisy kodeksu cywilnego.”
- Pytanie 9:** „Do §1 ust. 4 pkt 4.1 - 4.3 wzoru umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?”
- Pytanie 10:** „Do §2 ust. 11 wzoru umowy: Prosimy o dodanie do §2 ust. 11 wzoru umowy słów zgodnych z art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."”
- Pytanie 11:** „Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §4 ust. 1 wzoru umowy słów: "(...), chyba że inne okoliczności uzasadniają wystawienie większej ilości faktur (np. odrębne faktury dla środków kontrolowanych i dla produktów przewożonych w niskiej temperaturze bądź w przypadku, gdy jednorazowo dostarczany będzie asortyment będący przedmiotem różnych umów zawartych z Zamawiającym).”
- Pytanie 12:** „Do §4 ust. 5 wzoru umowy. Adekwatnie do art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), prosimy o zmianę terminu uprawniającego Wykonawcę do dokonania pierwszej zmiany wynagrodzenia na 6 miesięcy.”
- Pytanie 13:** „Do §5 ust. 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §5 ust. 1 wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za ewentualne opóźnienie dostawy lub realizacji reklamacji lub odmowę zrealizowania dostawy w wysokości 1% wartości brutto niedostarczonego przedmiotu zamówienia dziennie oraz dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."?”

- Pytanie 14:** „Do §5 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kary za podzielenie dostawy do wysokości 50,00 zł za każdy przypadek takiego uchybienia bądź w przypadku nieuwzględnienia sugestii Wykonawcy dotyczących brzmienia §2 ust. 2 oraz §4 ust. 1 wzoru umowy, usunie z treści umowy §5 ust. 2 w całości?”
- Pytanie 15:** „Do §5 ust. 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §5 ust. 5 wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej przy odstąpieniu od umowy w wysokości 10%, ale liczonej od wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy?”
- Pytanie 16:** „Do §10 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisów §10 ust. 4 ze wzoru umowy jako niezgodnych z normami współżycia społecznego i będących nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługujących na ochronę prawną. Wyjaśniamy, że rolą kar w zamówieniach publicznych jest ochrona interesów Zamawiającego w zakresie prawidłowych i terminowych dostaw przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zastrzegać kar umownych za realizację uprawnień podmiotowych wykonawcy jak również nie związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawiają ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.”
- Pytanie 17:** „Do §12 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy zmianę brzmienia §12 ust. 2 wzoru umowy poprzez wykreślenie słów: „...nie wymaga aneksu do umowy, a jedynie korekty dokumentu rozliczeniowego w rozumieniu prawa podatkowego.” oraz dodanie w to miejsce zdania: „...może zostać dokonana wyłącznie w drodze porozumienia stron, po uprzedniej pisemnej zgodzie Wykonawcy oraz o ile nie będzie naruszała równowagi ekonomicznej umowy w szczególności skutkując rażąco stratą po stronie Wykonawcy.””
- Pytanie 18:** „Do §12 ust. 3 lit. b) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §12 ust. 3 lit. b), 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. Aktualne brzmienie §12 ust. 3 lit. b) wzoru umowy jest na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na jego podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty. Po pierwsze, wyjaśnić należy, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść przywołanego art. 433 pkt 4 mówi wprost, że „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”, to Zamawiający jest zobowiązany do określenia tych minimalnych wartości w sporządzonym przez siebie opisie przedmiotu zamówienia. Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie w umowie przetargowej, bez względu na zastosowane nazewnictwo, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z regulacją art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy wskazane przez ustawodawcę przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz określić okoliczności skorzystania z niej, a przy tym nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną

dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 PZP), nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej. Dodatkowo, prosimy o usunięcie z treści §12 ust. 3 lit. b) słów: „...zmiana ta nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy.” oraz stosowanie do zmian dokonywanych na podstawie §12 ust. 3 lit. b) reguły wskazanej przez Zamawiającego w §12 ust. 5 („Wszelkie zmiany umowy wymagają zgody obu stron w formie pisemnej, pod rygorem nieważności”). Nadmieniamy, że niedopuszczalna jest próba całkowitego obejścia przez Zamawiającego wszelkich ustawowych zasad dotyczących zmiany treści udzielonego zamówienia publicznego. Nie dość, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość dokonywania dowolnych modyfikacji zakresu udzielonego zamówienia, bez poszanowania zasad wynikających z art. 433 pkt 4 oraz 441 ust. 1 i ust. 2 PZP, o których mowa powyżej, nie opisując w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny tych zmian, nie określając ich zakresu ani warunków ich wprowadzenia, to dodatkowo, zastrzega sobie uprawnienie do jednostronnego podejmowania decyzji w tym zakresie. Tym bardziej, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 455 ust. 1 PZP, aby w ogóle mówić o jakiegokolwiek możliwości dokonywania zmiany umowy niewymagającej przeprowadzenia nowego postępowania, bezwzględnie muszą zostać spełnione wszystkie przesłanki związane z konkretnym i rzetelnym opisem ich warunków – czego Zamawiający się nie podjął. Dodatkowo, Zamawiający nie tylko zastrzegł sobie możliwość dokonywania w umowie zmian, które z uwagi na popełnione uchybienia nie mają prawa się ostać, to jeszcze stara się uniknąć obowiązku zachowania dla tych zmian odpowiedniej formy, która zgodnie z art. 77 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, powinna być identyczna z formą w jakiej zawierana była zmieniana umowa.”

Odpowiedź 1-18: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Ponieważ warunki zamówienia nie ulegają zmianie, aktualny pozostaje termin składania ofert wyznaczony do dnia 02.02.2023 r. do godziny 10.00 oraz termin otwarcia ofert: w tym samym dniu o godzinie 10.30.