



Olsztyn, dn. 9 listopada 2023 r.

Nr sprawy 40/2023

Wszyscy uczestnicy postępowania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem zamówienia jest „Dostawa immunoglobulin oraz leków stosowanych w leczeniu SM - Program lekowy”.

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania zadane przez uczestników postępowania.

PYTANIA I ODPOWIEDZI

ZESTAW 1.

Pytania:

1. Do §4 ust. 7 oraz §5 ust. 10 pkt 5) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 7 oraz §5 ust. 10 pkt 5), 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. Aktualna treść §4 ust. 7 oraz §5 ust. 10 pkt 5) wzoru umowy jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej 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.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z treścią SWZ.

2. Do §5 ust. 10 pkt 4) wzoru umowy: Prosimy o potwierdzenie, że ewentualne przedłużenie terminu obowiązywania umowy wymagało będzie zgody Wykonawcy i nastąpi w drodze podpisanego aneksu.

Odpowiedź:

Zmiany postanowień umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności i będą dokonywane w formie aneksu do umowy. Aneks wymaga podpisania przez Strony umowy. Należy podkreślić, że § 5 wzoru umowy stanowi o możliwości dokonania określonych w jego treści zmian postanowień umowy.

3. Do §6 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w taki sposób, aby obliczana ona była od wartości NIEZREALIZOWANEJ CZĘŚCI umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z treścią SWZ.

4. Do §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy: Prosimy o rezygnację z dodatkowej kary w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z zamówienia zastępczego, gdyż zapis §3 ust. 7 pkt 3) umowy zobowiązuje już Wykonawcę do zapłaty różnicy między ceną umowną, a ceną u innego dostawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z treścią SWZ.

5. Do §9 ust. 7 wzoru umowy. Prosimy o odstąpienie od zapisów umownych nakładających na Wykonawcę obowiązek raportowania postępów w realizacji umowy. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania umowy w zgodzie z bieżącymi potrzebami Zamawiającego poprzez ścisłą realizację składanych zamówień, zatem Zamawiający, na każdym etapie wykonywania zamówienia, jest w posiadaniu aktualnej wiedzy na temat postępów jego realizacji.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z treścią SWZ.

6. Do §10 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o zmianę zapisu §10 ust. 6 poprzez nadanie mu charakteru fakultatywnego i zastąpienie go następującym brzmieniem: „W przypadku sporu wynikającego z umowy lub w związku z nią, odnoszącego się również do jej istnienia, ważności lub rozwiązania, Strony dopuszczają możliwość skierowania sporu do Ośrodka Mediacji Gospodarczych przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Olsztynie celem przeprowadzenia mediacji.”.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z treścią SWZ.

ZESTAW 2.

1. Dotyczy zapisów umowy

Proszę o wyjaśnienie czy w razie wystąpienia braku statusu refundacyjnego leku, wstrzymania lub wycofania produktu leczniczego z obrotu decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego oraz zaprzestania produkcji, skutkujących uniemożliwieniem realizacji umowy przez Wykonawcę, przy jednoczesnym udokumentowanym braku możliwości dostarczenia przez Wykonawcę towaru równoważnego/odpowiednika, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie umowy za porozumieniem stron lub wyłączenie w/w produktu z umowy (bez naliczenia kar umownych) 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.

Odpowiedź:

Zgodnie z § 5 ust. 10 pkt 3 wzoru umowy Strony przewidują możliwość dokonania zmiany postanowień Umowy w przypadku gdy produkt stanowiący przedmiot oferty został wycofany z rynku, zaprzestano jego produkcji lub wprowadzono do obrotu jego nowszą wersję, a proponowany przez Wykonawcę produkt posiada nie gorsze cechy, parametry i funkcjonalności niż produkt będący przedmiotem oferty, w zakresie cech, parametrów i funkcjonalności wymaganych w SWZ oraz w zakresie pozostałych parametrów, zmiana jest korzystna dla Zamawiającego oraz Zamawiający wyraził na to zgodę. Powyższe zmiany nie wpłyną na warunki i zasady realizacji Umowy.

2. Dotyczy § 6 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy – kary umowne

Czy Zamawiający zgodzi się w § 6 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy na zmianę kary umownej wynoszącej 10 % wartości brutto Umowy, na karę wynoszącą 10% wartość brutto niezrealizowanej wartości umowy?

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.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z treścią SWZ.

Ponadto Zamawiający informuje, że w § 3 ust. 7 pkt 3 Projektu umowy podana jest omyłkowo niewłaściwa podstawa prawna naliczenia kary umownej – ma być § 6 ust. 1 pkt 3.

Informacja przeznaczona do publikacji na stronie Zamawiającego:
https://platformazakupowa.pl/pn/usk_olsztyn/proceedings