



SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ  
**CENTRALNY SZPITAL KLINICZNY**

**UNIwersytetu Medycznego w Łodzi**

☒ 92-213 Łódź, ul. Pomorska 251

REGON:472147559 NIP:728-22-46-128 KRS:0000149790

✉ zam.publ@csk.umed.pl 🌐 www.csk.umed.pl

Sprawa nr ZP/108/2023

Łódź, dnia 30.10.2023 r.

**„Dostawa leków w ramach programów lekowych, na potrzeby Kliniki Immunologii i Alergii dla SP ZOZ  
CSK UM w Łodzi”**

**Wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia Nr 1**

**W związku ze zgłoszonymi na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) pytaniami dotyczącymi Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający wyjaśnia co następuje:**

**Pytanie nr 1**

Dot. pakietu nr 2 poz.2 pompa infuzyjna

W związku ze zmianą dystrybutora dostawcy pomp z dniem 01.03.2020r. przeznaczonych do programu lekowego Apomorphini hydrochloridum roztwór do infuzji 5mg/ml, 5 fiole 20 ml (Dacepton) zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o wykreślenie pozycji nr 2 z pakietu nr 2.

Odpowiedź: **Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie z pakietu Nr 2 poz. Nr 2**

**Pytanie Nr 2**

Pytania do wzoru umowy:

Do §1 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy: Prosimy o zmniejszenie zakresu procentowego prawa opcji do 40%.

Zwracamy uwagę, że Zamawiający w §1 ust. 2 i ust. 4 umowy wskazał, że określone w załączniku do umowy szacunkowe ilości mogą ulec zmniejszeniu do 50% pierwotnego zamówienia. Tymczasem, w §1 ust. 3 umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, podając, że będzie to zamówienie o dodatkowe 80% ilości produktów (wielkości świadczenia) przedstawionych w SWZ. Z tego wynika, że zamówieniem gwarantowanym objęte jest tylko 50% pierwotnie wskazanych wartości, a opcja odnosi się de facto nie tylko do wspomnianych w §1 ust. 3 pkt 1) dodatkowych 80%, ale również ewentualnie zredukowanych 50%.

Treść klauzuli opcyjnej jest zatem niejasna, a wykonawcy nie są w stanie odczytać woli Zamawiającego, czy możliwość zwiększenia zamówienia o 80% należy pojmować wartościowo, czy ilościowo, oraz czy dotyczy to każdego pakietu („... w zależności od danego pakietu.”). Zakres zmiany na poziomie 80% wypacza sens akcesoryjnego charakteru prawa opcji, ponieważ zastrzeżenie możliwości skorzystania z opcji w rozmiarze wynoszącym 80% zamówienia podstawowego stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego, prowadzące do przerzucenia na Wykonawcę nadmiernego ryzyka realizacji zamówienia.

Ustanowienie prawa opcji w rozmiarze bardzo zbliżonym do zakresu świadczenia podstawowego może świadczyć o sprzeczności z art. 441 PZP, co uzasadnia orzecznictwo KIO: „Izba uznała, że (...) nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. (...) W przedmiotowym stanie faktycznym de facto prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia. Izba uznała, że obecny stan rzeczy można zakwalifikować jako działanie stanowiące obejście przepisów ZamPublU.” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12).

Przy wskazaniu przedmiotu opcji, Zamawiający powinien stosować zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określone w przepisach PZP, gdyż zamówienie opcyjne jest elementem całego przedmiotu zamówienia, jedynie z tą różnicą, że jego realizacja nie jest gwarantowana. Określenie przedmiotu opcji może nastąpić przez odniesienie do zamówienia podstawowego ze wskazaniem, że prawem opcji objęta jest możliwość nabycia większej ilości



SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ  
**CENTRALNY SZPITAL KLINICZNY**

**UNIwersYTETU MEDYCZNEGO W ŁÓDZI**

☒ 92-213 Łódź, ul. Pomorska 251

REGON:472147559 NIP:728-22-46-128 KRS:0000149790

✉ zam.publ@csk.umed.pl 🌐 www.csk.umed.pl

przedmiotu zamówienia lub poszczególnych jego elementów. Postanowienia umowne muszą też zawierać informację co do okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z opcji, czyli w jakim okresie zamawiający może podjąć decyzję o wykonaniu prawa opcji oraz w jakim zakresie, ewentualnie w jakich przypadkach lub pod jakimi warunkami, a także w jaki sposób poinformuje wykonawcę o uruchomieniu opcji. (Komentarz do art. 441 [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, Legalis).

Powyższe stwierdzenia potwierdza orzecznictwo KIO: „Zarówno zakres objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, powinny być opisane zgodnie z zasadami stosowanymi przy opisie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz umożliwiający wykonawcy złożenie oferty. Prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12); „Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wymaganie dotyczy także prawa opcji.” (Wyrok KIO z dnia 24.03.2023 r., KIO 636/23).

Reasumując, podkreślamy, że ze względu na dosadne brzmienie art. 441 ust. 2 PZP: „Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.”, każda próba skorzystania przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy z tak dalece niedookreślonego oraz nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 PZP będzie dotknięta sankcją nieważności, a tym samym, nie będzie stanowić źródła zobowiązania dla wykonawcy do realizacji dodatkowych dostaw.

**Odpowiedź: Zamawiający w przypadku leków, programów lekowych nie jest w stanie podać dokładnej ilości danego leku do zamówienia, z uwagi na fakt, iż o ile pacjenci są prognozowani do przyjęcia na podstawie skierowań o tyle zdarzają się pacjenci, w szczególności w ramach programów lekowych, którzy muszą zostać przyjęci w innych przypadkach czy też nagle. Zamawiający, musi wtedy działać bez zbędnej zwłoki, w trosce o zdrowie i życie pacjenta. Zrozumiałym jest, iż nie ma możliwości z dnia na dzień przeprowadzić procedury udzielenie zamówienia publicznego, stąd też stosowne zapisy w umowie. Nadmienię, iż umowa przewiduje, możliwości zwiększenia ceny produktu w przypadkach określonych w umowie, tak by chronić interes Wykonawcy. Opcja dotyczy ilości produktów w ramach danego pakietu na jaki Wykonawca podpisze umowę - (cyt. „w zależności od danego pakietu). Zamawiający pozostawia zapis w zakresie opcji bez zmian.**

### **Pytanie Nr 3:**

Do §5 ust. 7 wzoru umowy: Czy Zamawiający potwierdza, że nie będzie obejmował jednym zamówieniem produktów obejmujących różne umowy (w sytuacji kiedy ten sam Wykonawca ma zawarte z Zamawiającym więcej niż jedną umowę)?

**Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że nie będzie obejmował jednym zamówieniem produktów obejmujących różne umowy.**

### **Pytanie Nr 4:**

Do §7 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 1 pkt 3) do wysokości 0,05% wartości niedostarczonego w terminie asortymentu dziennie?

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę w przedmiotowym zakresie.**

**Udzielone odpowiedzi należy czytać łącznie z dokumentami zamówienia.**

**Kinga Miśkiewicz**