



Olsztyn, dn. 28 lutego 2024 r.

Nr sprawy 13/2024

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.

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:

W razie zaistnienia okoliczności opisanych powyżej, a nie leżących po stronie Wykonawcy (za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności), Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania umowy poprzez wyłączenie w/w produktu z umowy w razie zaistnienia po należytych wykazaniu (udowodnieniu) przez Wykonawcę zaistnienia tychże okoliczności.

Ciężar udowodnienia stanu niemożliwości świadczenia, jak i udowodnienia, że przeszkody, które uniemożliwiają wykonanie świadczenia, leżą poza Wykonawcą, obciążają bowiem Wykonawcę jako dłużnika świadczenia. Tylko gdy niemożliwość świadczenia jest

następstwem okoliczności, za które Wykonawca jako dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie z umowy wygasa. Od momentu, gdy świadczenie jednej ze stron stało się niemożliwe do wykonania, całe zobowiązanie wygasa ex nunc (przy niemożliwości częściowej zobowiązanie wygasa tylko częściowo). Wykonawca jako dłużnik w takiej sytuacji zostaje zwolniony z obowiązku świadczenia i nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej.

2. Dotyczy § 6 ust. 1 pkt. 4) wzoru umowy – kary umowne

Czy Zamawiający zgodzi się w § 6 ust. 1 pkt. 4) wzoru umowy na zmianę kary umownej wynoszącej 10 % wartości brutto Umowy określonej w § 4 ust. 1 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 nie wyraża zgody.

dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 6 ust. 1 pkt 4) w ten sposób, że:

1. Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu kary umowne

4) w wysokości 10% wartości niezrealizowanej umowy brutto, gdy którakolwiek ze Stron odstąpi, rozwiąże lub wypowiedzie umowę z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca

Uzasadnienie

Zdaniem Wykonawcy niewłaściwym są postanowienia Umowy, w których kara umowna naliczana jest od kwoty zamówienia stanowiący przedmiot niniejszej umowy co może skutkować obciążeniem Wykonawcy nadmiernym i niewspółmiernie wysokim ryzykiem gospodarczym w stosunku do naruszonych postanowień Umowy. Kara umowna ma pełnić funkcję mobilizującą wykonawcę do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz funkcję odszkodowawczą, jeżeli wykonawca wykona przedmiot umowy nieterminowo lub w sposób nieprawidłowy.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie postanowieniami SWZ.

Zestaw 2.

1. Czy Zamawiający w par. 2.5 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 strata po stronie Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie postanowieniami SWZ.

2. Czy Zamawiający w par. 2.7 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. skutek zaprzestania produkcji).

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

3. Czy Wykonawca wykreśli w par. 3.6 zapis o zastąpieniu reklamowanego produktu na czas reklamacji? Czyni on wszelkie postępowania reklamacyjne bezprzedmiotowymi, skoro niezależnie od wyniku reklamacji (która przecież może zostać zasadnie odrzucona przez Wykonawcę) Zamawiający i tak otrzyma towar zastępczy w tym czasie. Rodzi się zatem pytanie, po co przeprowadzać proces reklamacyjny, skoro i tak

jest on z góry rozstrzygnięty przez Zamawiającego? Jak rozliczony będzie towar dostarczony przez Wykonawcę w ramach uznania reklamacji, skoro Zamawiający posiada już dany produkt dostarczony bez oczekiwania na wynik reklamacji? Jeśli Wykonawca dostarczy w ramach uznania reklamacji towar wolny od wad, a jednocześnie zmuszony będzie dostarczyć towar zastępczy, oznacza to dwukrotny wydatek w tytułu jednej reklamacji, co jest sprzeczne z prawem - prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie w §3 ust. 6 zapisu o zastąpieniu reklamowanego produktu na czas reklamacji. Zamawiający modyfikuje termin rozpatrzenia reklamacji z 7 na 2 dni. W związku z powyższym zostają zmodyfikowane zapisy w § 6 ust. 1 pkt 3.

4. Czy w par. 5.3 Zamawiający wprowadzi automatyzm zmiany stawki podatku VAT? Zmiana stawki podatku VAT powinna wchodzić automatycznie, z dniem wprowadzenia stosownych przepisów; inaczej grozi to Wykonawcy rażącą stratą. Wykonawca musi oczekiwać na akceptację propozycji zmian, w tym czasie przecież jednak będzie wystawiać faktury za bieżące dostawy. To samo stanie się w razie odmowy zawarcia aneksu w przedmiotowej kwestii.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

5. Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 10.9 - 10.11 dotyczące mediacji? Procedury windykacyjne Wykonawcy nie przewidują mediacji, a podkreślić należy, że zgodnie z przepisami jest ona dobrowolna. Doświadczenie wskazuje, że jedyną osią sporu z umów dostawy jest fakt niepłacenia za zakupione, przyjęte, niereklamowane przez Zamawiającego leki. Trudno zatem wskazać, jaki – poza przewleczeniem sprawy i odroczeniem płatności – miałyby być cel i przedmiot mediacji, skoro okoliczności prawne i faktyczne sprawy są z reguły niesporne, zaś jedynym „sporem” jest brak zapłaty za zakupione leki.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Zestaw 3.

Dotyczy pak. nr 8

Czy zamawiający planuje stosowanie preparatu w ramach programów lekowych B.17, B.62, B.67?

Odpowiedź:

Zamawiający planuje stosowanie preparatu w ramach programów lekowych B.67.

Pytania do Umowy:

1. Do §2 ust.7 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust.7 wzoru umowy, poprzez skonkretyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (50%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, w ten sposób, aby każdy z produktów określonych w formularzu asortymentowo-cenowym mógł zostać zamówiony w ilości maksymalnie o 10% większej niż pierwotnie zakładano.

Zwracamy uwagę, że prawo opcji w obecnym brzmieniu w praktyce oznaczać może, że niektóre z wycenianych pozycji asortymentowych mogą nie ulec zwiększeniu wcale, zaś inne pozycje asortymentowe mogą zostać zwiększone o niczym nieograniczoną ilość, co stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1605).

Zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający jest zobowiązany opisać to uprawnienie w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz

jednoznacznych postanowień, a tym samym, spełnić łącznie trzy przesłanki wskazane przez ustawodawcę: 1) określić rodzaj i maksymalną wartość opcji, 2) określić okoliczności skorzystania z opcji, 3) nie modyfikować ogólnego charakteru umowy.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej przywołanym wyroku stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, a także uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że w odniesieniu do punktu 2, a mianowicie określenia okoliczności skorzystania z opcji jest zakwalifikowanie i włączenie do leczenia nowego pacjenta.

2. Do §5 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §5 ust.1 pkt 2) wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 25% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §5 ust.1 pkt 2) wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 30%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 29% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Odpowiedź:

Zamawiający w projekcie umowy przewidział, że poziom zmian ceny materiałów lub kosztów uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 25%. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

3. Do §5 ust.1 projektu umowy prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §5 ust.1 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem

jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Odpowiedź:

W §5 projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w określonych okolicznościach, co nie oznacza obowiązku dokonania zmiany wynagrodzenia. W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie powyższej zmiany i wymaga złożenia oferty zgodnie z postanowieniami SWZ.

4. Do §5 ust. 11 pkt 4) wzoru umowy: Prosimy o potwierdzenie, że ewentualne przedłużenie terminu obowiązywania umowy wymagało będzie zgody Wykonawcy i nastąpi w drodze podpisanego aneksu.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza.

5. Do §6 ust. 1 pkt 2) 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 nie wyraża zgody i wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

6. Do §6 ust. 1 pkt 4) 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 nie wyraża zgody i wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

7. 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:

Projekt umowy przewiduje obowiązek raportowania od wniosku Zamawiającego, nie oznacza to stałego obowiązku Wykonawcy informowania o realizacji umowy. Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę i wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

8. Do §10 ust. 10 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 nie wyraża zgody i wymaga złożenia oferty zgodnie z SWZ.

Informacja przeznaczona do publikacji na stronie Zamawiającego:

https://platformazakupowa.pl/pn/usk_olsztyn/proceedings