



Znak: AE/ZP-27-61/23

Tarnów, 2023-09-12

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej progi unijne (powyżej 215.000 EURO) na dostawy leków i preparatów do żywienia pozajelitowego.

W związku z zapytaniami Wykonawców o następującej treści:

- 1. Dotyczy pkt 12 lit. b) wzoru umowy** - Prosimy o rezygnację z kary umownej zastrzeżonej na wypadek dokonania dostawy niezgodnej pod względem ilości, jakości i asortymentu, gdyż Zamawiający w pkt 12 lit. c) zastrzegł już karę za nieusunięcie wad towaru w wyznaczonym terminie.
- 2. Dotyczy pkt 13 wzoru umowy** - Prosimy o usunięcie zapisów pkt 13 nakładającego na Wykonawcę dodatkową karę umowną w wysokości 300,00 zł naliczaną za każdy przypadek dokonania zakupu interwencyjnego spowodowanego niedostarczeniem towaru w terminie. Zamawiający zastrzegł w umowie inne środki dyscyplinujące oraz kompensacyjne, możliwe do wykorzystania w okolicznościach opóźnienia dostawy bądź jej braku. Wśród nich wymienić należy zastrzeżoną w pkt 12 lit. a) możliwość naliczenia kary umownej za opóźnienia w dostawie czy wynikającą z treści pkt 12 lit. a) możliwość rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym w przypadku niewywiązania się z terminu dostawy oraz zastrzeżoną w pkt 13 konieczność pokrycia przez Wykonawcę ewentualnej różnicy w cenie pomiędzy asortymentem oferowanym, a tym zakupionym w trybie interwencyjnym. Uważamy dodanie, do i tak już obszernego katalogu, kolejnego rodzaju kary za rażąco wygórowane oraz przekraczające granice motywacji Wykonawcy do realizacji zamówienia, a zatem mogące stanowić przyczynek dla Zamawiającego do wzbogacenia się.
- 3. Dotyczy pkt 14 wzoru umowy** - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej w pkt 14 za wypowiedzenie, rozwiązanie lub odstąpienie od umowy do wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?
- 4. Dotyczy pkt 19 wzoru umowy** - Prosimy o modyfikację treści pkt 19, 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 pkt 19 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 zaniechał obowiązku 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.

5. **Dotyczy pkt 29 lit. c) i h) wzoru umowy** - Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to rażąca stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?
6. **Dotyczy pkt 31-40 wzoru umowy** - Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia pkt 31-40 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jak 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.
7. **Dotyczy pkt 23.1 wzoru umowy** - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie zapisu w pkt. 23.1. projektowanych postanowień Umowy: „Zamówienia będą składane do godziny 13:00. Zamówienia złożone po godzinie 13:00 należy traktować jako złożone w kolejnym dniu roboczym. Jeżeli dostawa wypada w dniu wolnym od pracy, w sobotę, bądź poza godzinami pracy Apteki Szpitala dostawa nastąpi w kolejnym dniu roboczym po wyznaczonym terminie.”
8. **Dotyczy pkt 23.13 wzoru umowy** - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie zapisu: „(...) a Zamawiający każdorazowo naliczy karę umowną w wysokości 300 złotych za niezrealizowane przez Wykonawcę zamówienie.”
9. **Dotyczy pkt 23.14 wzoru umowy** - Czy Zamawiający w pkt 23.14. Umowy wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy i rozwiązania/wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy, z 20% na 10% niezrealizowanej wartości umowy brutto?
10. **Dotyczy pkt 23.24 wzoru umowy** - Czy Zamawiający w pkt 23.24. Umowy wyrazi zgodę na dodanie zapisu „Jednocześnie, Zamawiający zastrzega sobie prawo do zakupu asortymentu o wartości mniejszej niż wskazana w zdaniu pierwszym, jednak nie mniejszym niż 50% wartości umowy brutto, w sytuacji wystąpienia okoliczności niebędących po stronie Zamawiającego, których nie dało się przewidzieć, w szczególności: w sytuacji znacznego zmniejszenia liczby pacjentów, zamknięcia oddziału, bądź z innych ważnych przyczyn. W przypadku zmniejszenia zakresu zamówienia, o których mowa w zdaniach poprzedzających, Wykonawcy nie przysługują wobec Zamawiającego jakiegokolwiek roszczenia.”
11. **Dotyczy Pakietu Nr 2 poz. 1** - W związku z wstrzymaniem w obrocie przez GIF produktu leczniczego „Diprophos (6,43mg+2,63mg)/ml 1ml x 5amp.”, czy Zamawiający dopuści produkt leczniczy na czasowe dopuszczenie „BETASTAL-BD (4mg+10mg)/2ml inj.10amp/obc” ?

Specjalistyczny Szpital im. E. Szczeklika w Tarnowie udziela następujących odpowiedzi:

Ad 1-4 i 6

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian w dotychczasowych zapisach SWZ.

Ad 5.

Zamawiający wyraża zgodę na umieszczenie adnotacji pod pakietem dla pozycji, dla których występuje przerwa w produkcji, okresowy brak dostępności w sprzedaży lub zakończenie produkcji, pod warunkiem, że brak lub zakończenie produkcji, wstrzymanie bądź wycofanie dotyczy każdego leku spełniającego wymagania Zamawiającego, w tym również leku równoważnego. Jednocześnie Zamawiający wymaga wyceny pozycji, dla których umieszczona jest adnotacja pod pakietem, a w przypadku wznowienia produkcji leku wycenionego lub równoważnego, Zamawiający zastrzega sobie możliwość zakupu wycenionego leku lub równoważnego w cenie podanej w ofercie.



Ad 7 - 10

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian w dotychczasowych zapisach SWZ.

Ad 11

Zamawiający w Pakiecie Nr 2 poz. 1 dopuszcza również zaoferowanie produktu leczniczego na czasowe dopuszczenie Ministra Zdrowia Betastal BD (4mg+10mg)/2ml inj. 10 amp/obc. Jednocześnie w przypadku wyczerpania puli dopuszczonego produktu leczniczego Betastal BD oraz wznowienia dostępności produktu leczniczego Diprophos dopuszczonego do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający zastrzega sobie prawo zakupu w/w leku w cenie podanej w Formularzu cenowym.

Otrzymują:

Platforma Zamawiającego

a/a

Zastępca Dyrektora

mgr Danuta Nosek

