



Sprawa nr ZP/144/2023

Łódź, dnia 12.02.2024 r.

„Dostawa leków w ramach programów lekowych oraz w ramach RDTL 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:

1. Pytanie nr 1:

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 50-80% 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 50-80%, 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 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. Grzeškowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, Legalis).



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

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 stanowiła źródła zobowiązania dla wykonawcy do realizacji dodatkowych dostaw.

Odpowiedź: **Zamawiający w zakresie opcji jasno wskazał:**

Zamawiający zgodnie z art. 441 ust. 1 korzysta z prawa opcji, w związku z czym precyzuje:

- **określenie rodzaju i maksymalnej wartości: zamówienie o dodatkowe – do max. 80% ilości produktów (wielkości świadczenia) przedstawionych w SWZ – w zależności od danego pakietu. W takim przypadku warunki realizacji pozostają bez zmian.**

Zakres zmian dotyczy każdej umowy (pakietu) odrębnie.

2. Pytanie Nr 2:

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.**

3. Pytanie nr 3:

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 nie wyraża zgodę na zmianę**

Udzielone odpowiedzi należy czytać łącznie z dokumentami zamówienia.

Kinga Miśkiewicz