



LAS-150/1-PN/74-2023.BS

Rybnik, dnia 03.01.2024 r.

Do Wykonawców uczestniczących
w postępowaniu o udzielenie zamówienia

WYJAŚNIENIE - MODYFIKACJA 1

W PRZETARGU NIEOGRANICZONYM NA:

dostawy produktów farmaceutycznych

(zamówienie nr **LAS-135-PN/65-2023.AN**)

ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

S 239/2023 nr publikacji ogłoszenia 00752309-2023 z dnia 12.12.2023 r.

Pytanie 1: „Dotyczy Pakietu nr 11, pozycja 1 z 1.

Czy Zamawiający zapewnia, że będzie realizował zamówienia na lek Andexanet alfa 200mg w pełnych opakowaniach (1op. / 5 fiolek) ?

Uzasadnienie:

Ze względu na dopuszczenie do obrotu opakowania Andexanet alfa 200mg x 5 fiolek, polskie opakowania Andexanet alfa x 4 fioleki nie będą dostępne. Zamówienia na fioleki mogą być realizowane wyłącznie w ilościach stanowiących wielokrotność 5.

W przypadku braku potwierdzenia, skutkującego koniecznością zapewnienia zamawiającemu możliwości składania zamówień na fioleki (część jednego opakowania) Wykonawca nie będzie miał możliwości złożenia oferty”

Odpowiedź 1: Zamawiający potwierdza, iż zamówienia będą składane na pełne opakowania handlowe.

Pytanie 2: „Czy Zamawiający dopuści w pakiecie nr 5 poz 1 wycenę produktu pakowanego x 48 saszetek w ilości 250 opakowań i podanie ceny jednostkowej netto za opakowanie handlowe?”

Odpowiedź 2: Zamawiający wyraża zgodę na powyższe.

Pytanie 3: „Czy Zamawiający w pakiecie nr 10 poz 1 wyrazi zgodę na podanie ceny jednostkowej netto za ml do czterech miejsc po przecinku?”

Odpowiedź 3: Zamawiający wyraża zgodę na powyższe.

Pytanie 4: „Czy Zamawiający w pakiecie 5 poz 1 wymaga preparatu Makrogol 74 g x 48 saszetek (PEG 4 litry - Fortrans) stosowanego w rutynowym przygotowaniu do kolonoskopii. którego oferta cenowa jest korzystna dla Zamawiającego?”

Odpowiedź 4: Zamawiający nie stawia dodatkowych wymagań poza wymienionymi w SWZ i formularzu cenowym- dopuszcza zaoferowanie preparatu opisanego w pytaniu.

Pytanie 5: „Czy Zamawiający w pakiecie 5 poz 1 wymaga preparatu Makrogol (74 g x 48 saszetek, PEG 4 litry - Fortrans) o składzie chemicznym zgodnym z SWZ?”

Odpowiedź 5: Zamawiający nie stawia dodatkowych wymagań poza wymienionymi w SWZ i formularzu cenowym- dopuszcza zaoferowanie preparatu opisanego w pytaniu.

Telefony:

Kancelaria: 32 429-12-90

Główny Księgowy: 32 429-12-99

Dział Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia: 32 429-12-88

Sekretariat: 32 429-12-54

Dział Organizacyjny: 32 429-26-19

Fax: 32 422-82-72

BNP Paribas Bank Polska S.A. 38 1600 1055 1833 4024 4000 0001

Pytanie 6: „Do §1 ust. 4 pkt 4.1 - 4.3 projektowanych postanowień umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?”

Pytanie 7: „Do §1 ust. 5 lit c) projektowanych postanowień umowy prosimy o dodanie słów: "Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.".”

Pytanie 8: „Do §2 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o modyfikację treści §2, a tym samym formularza cenowego (zał. nr 2), poprzez skonkretyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (20%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, a do ogólnej wartości umowy. W konsekwencji prosimy o oznaczenie przy każdej z pozycji asortymentowej (najlepiej w osobnej kolumnie) maksymalnej wielkości prawa opcji.

Aktualna treść §2 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. Zastrzeżenie bowiem prawa opcji jako „20% maksymalnej wartości umowy brutto” w praktyce oznaczać może, że jedne z wycenianych pozycji mogą nie ulec zwiększeniu wcale, natomiast inne o niemożliwą do przewidzenia ilość uwarukowaną jedynie granicą wynoszącą „20% maksymalnej wartości umowy brutto”.

Wyjaśniamy, że 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) daleko idącą 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.”

Pytanie 9: „Do §5 ust. 1 projektowanych postanowień umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §5 ust. 1 projektowanych postanowień umowy dotyczącego sposobu płatności, poprzez wykreślenie zapisu o fakturach zbiorczych wystawianych miesięcznie i zastąpienie go zapisem umożliwiającymi wystawianie i dostarczanie faktur za każdą zrealizowaną dostawę towaru, z uwagi na uchylenie z dniem 1 stycznia 2014 r. przepisów dopuszczających możliwość wystawiania faktur zbiorczych, a także z uwagi nieważność zapisu w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa tj. art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 403 ze zm.), zakazującego zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminów wystawiania i doręczania faktur? Możliwość wystawiania faktur zbiorczych wynikała z nieobowiązującego już §9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2012 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2012 r. poz. 1428), które to rozporządzenie zostało uchylone z dniem 1 stycznia 2014 r. W aktualnie obowiązującym rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2013 r. w sprawie wystawiania faktur (Dz.U. z 2013 r. poz. 1485 ze zm.), brak jest zapisów dotyczących faktur zbiorczych. Obecnie nie ma więc żadnej podstawy prawnej, z której wynikałaby możliwość postępowania się konstrukcją faktur zbiorczych. Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych „strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi”. Konsekwencją powyższego uregulowania jest brak możliwości zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminu

doręczenia (a więc i wystawiania) faktury lub rachunku. Stąd zapis §4 ust. 1 wzoru umowy dotknięty jest nieważnością.”

Pytanie 10: „Do §6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za ewentualne opóźnienie dostawy lub realizacji reklamacji lub odmowę zrealizowania dostawy w wysokości 1% wartości brutto niedostarczonego przedmiotu zamówienia dziennie.”

Pytanie 11: „Do §6 ust. 2 projektowanych postanowień umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kary za podzielenie dostawy do wysokości 50,00 zł za każdy przypadek takiego uchybienia?”

Pytanie 12: „Do §8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy: Prosimy zmianę brzmienia §8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy poprzez wykreślenie słów: „...nie wymaga aneksu do umowy, a jedynie korekty dokumentu rozliczeniowego w rozumieniu prawa podatkowego.” oraz dodanie w to miejsce zdania: „...może zostać dokonana wyłącznie w drodze porozumienia stron, po uprzedniej pisemnej zgodzie Wykonawcy oraz o ile nie będzie naruszała równowagi ekonomicznej umowy w szczególności skutkując rażąco stratą po stronie Wykonawcy.”

Pytanie 13: „Do §8 ust. 3 lit. c) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §8 ust. 3 lit. c), 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 §8 ust. 3 lit. c) 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.”

Pytanie 14: „Do §10 ust. 4 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o wykreślenie zapisów §10 ust. 4 projektowanych postanowień umowy jako niezgodnych z normami współżycia społecznego i będących nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługujących na ochronę prawną. Wyjaśniamy, że rolą kar w zamówieniach publicznych jest ochrona interesów Zamawiającego w zakresie prawidłowych i terminowych dostaw przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zastrzegać kar umownych za realizację uprawnień podmiotowych wykonawcy jak również nie związanych z realizacją

przedmiotu zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawiają ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.”

Odpowiedź 6-14: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pozostałe warunki zamówienia nie ulegają zmianie, aktualny pozostaje termin składania ofert wyznaczony **do dnia 12.01.2024 r. do godziny 10.00** oraz termin otwarcia ofert: w tym samym dniu o godzinie 10.30.