

D/Kw.Zp.2232.9.2022.BK

Barczewo, dn. 9 stycznia 2023 r.

do wiadomości Wykonawców

Zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) zawiadamiam, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na **sukcesywne dostawy produktów farmaceutycznych na potrzeby apteki Zakładu Karnego w Barczewie**, zostały złożone następujące pytania:

Pytanie 1:

Czy w pakiecie zbiorczym poz. 268 i 269 Zamawiający dopuści zaferowanie produktu ProbioDr, zawierającego 2 mld CFU bakterii *Lactobacillus rhamnosus* GG ATCC53103 i *Lactobacillus helveticus*? Zawartość oferowanego produktu została potwierdzona w niezależnym badaniu wykonanym w Narodowym Instytucie Leków. Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 60 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę)

Odpowiedź: Zamawiający wymaga produktu zarejestrowanego jako lek. W przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, kapsułek, ampułek itp.) należy ilość opakowań przeliczyć do 2 miejsc po przecinku – ułamkową ilość opakowań tak aby można było porównać oferty z tą samą ilością przedmiotu zamówienia.

Pytanie 2:

Czy w pakiecie zbiorczym poz. 268 i 269 Zamawiający dopuści zaferowanie produktu LactoDr, zawierającego 6 mld CFU bakterii *Lactobacillus rhamnosus* GG ATCC53103 w stężeniu 6 mld CFU/kaps? Skład oferowanego produktu został potwierdzony w niezależnym badaniu wykonanym w Narodowym Instytucie Leków. Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 20 lub x 30 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę)

Odpowiedź: Zamawiający wymaga produktu zarejestrowanego jako lek. W przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, kapsułek, ampułek itp.) należy ilość opakowań przeliczyć do 2 miejsc po przecinku – ułamkową ilość opakowań tak aby można było porównać oferty z tą samą ilością przedmiotu zamówienia.

Pytanie 3:

Czy w pakiecie zbiorczym poz. 446 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu EnteroDr, również zawierającego 250 mg drożdżaków *Saccharomyces boulardii* /kaps.? Zawartość *Saccharomyces boulardii* w oferowanym produkcie została potwierdzona w niezależnym badaniu wykonanym w Narodowym Instytucie Leków. Produkt nie zawiera laktozy i może być podawany osobom z nietolerancją laktozy, zespołem złego wchłaniania glukozy-galaktozy i niedoborem laktazy.

Odpowiedź: Zamawiający wymaga produktu zarejestrowanego jako lek.

Pytanie 4:

Zwracamy się z prośbą o określenie w jaki sposób postąpić w przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podanie ostatniej ceny i informacji pod pakietem?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na podanie ostatniej ceny danego preparatu i informacji pod pakietem.

Pytanie 5:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę w przypadku braku leku oryginalnego na wycenę preparatów z dopuszczenia Ministra Zdrowia.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 6:

Czy w Pakiecie zbiorczym poz. 376 Zamawiający dopuści jako produkt równoważny paski testowe do glukometrów DIAVUE ToGo (wraz z dostarczeniem kompatybilnych glukometrów), spełniające wszystkie warunki opisane w SIWZ?

Odpowiedź: W przypadku spełniania wszystkich warunków produktu równoważnego opisanego w formularzu asortymentowo-cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 7:

Do §2 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 3, 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. Aktualne postanowienia §2 ust. 3 wzoru umowy są na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na ich 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.

Odpowiedź: Zamawiający wykreśla zapis §2 ust. 3 wzoru umowy. Jednocześnie modyfikuje zapis §2 ust. 2 wzoru umowy poprzez:

Było:

Podane ilości należy traktować jako szacunkowe potrzeby w okresie trwania umowy, służące określeniu górnej granicy wartości zamówienia. Zamawiający zakupi artykuły o wartości nie mniejszej niż 70% maksymalnej wartości zamówienia.

Jest:

Podane ilości należy traktować jako szacunkowe potrzeby w okresie trwania umowy, służące określeniu górnej wartości i ilości przedmiotu zamówieni. Zamawiający zakupi artykuły o wartości nie mniejszej niż 70% maksymalnej wartości zamówienia.

Pytanie 8:

Do §2 ust.13 wzoru umowy. Prosimy o dodanie do §2 ust.13 wzoru umowy słów zgodnych z art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Jednocześnie informujemy, iż nie dokonujemy zmiany, albowiem zapisy umowne z oczywistych względów nie mogą uchylać przepisów powszechnie obowiązujących i takich intencji nie ma również zamawiający.

Pytanie 9:

Do §5 ust.3 projektu umowy prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowa będzie miała charakter bezsporny i wymagalny.”

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 10:

Do §6 ust. 7 wzoru umowy: Prosimy o wskazanie w §6 ust. 7 dalszych elementów klauzuli waloryzacyjnej wynagrodzenia Wykonawcy ze względu na dyspozycję zawartą w przepisach art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), która zobowiązuje do zawierania w umowach, których przedmiotem są dostawy, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mając na uwadze, że wskazana umowa będzie zawarta z wykonawcą na okres 18 miesięcy lub 12 miesięcy, z możliwością jej przedłużenia do czasu wyczerpania jej wartości, istotnym jest odzwierciedlenie zmian ekonomicznych, które mogą następować w czasie realizacji umowy (w szczególności zmian powodowanych zmianą wskaźnika inflacji). Wskazana waloryzacja byłaby wymagana, gdyż niewątpliwym jest, że koszty nabycia produktów od dostawców jak i koszty realizacji usługi do zamawiającego będą podlegać zmianie.

W konsekwencji, waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy przyczyniłaby się do zachowania równowagi finansowej oraz oddawałaby rzeczywiste realia kosztów wykonania danego zamówienia publicznego jak i byłaby odzwierciedleniem zasady uczciwości kupieckiej w realiach zawieranej umowy

Odpowiedź: Zamawiający dodaje pkt 7 w §6 ust. 7 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ o treści:

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy każda ze stron jest uprawniona do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za okres poprzedzający dzień złożenia wniosku wzrośnie lub spadnie o co najmniej 10% w stosunku do wysokości tego wskaźnika aktualnego na dzień zawarcia umowy. Waloryzacja dopuszczalna jest nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i dotyczyć może wyłącznie części niewykonanej jeszcze umowy. Waloryzacja polegać będzie na wzroście lub obniżeniu wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej wskaźnikowi GUS, na którym się opiera, ale nie więcej niż 2% wynagrodzenia, o którym mowa w paragrafie §4 ust. 1.

DYREKTOR
Zakładu Karnego w Barczewie
płk Marek Kulwicki

