

ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW

Dotyczy: postępowania pn. Dostawa leków biologicznych w podziale na zadania, znak sprawy: 19/PN/2024/MM.

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn.zm.) zwanej dalej Ustawą, informuje, iż wpłynęły pytania od Wykonawców, na które Zamawiający udziela następujących wyjaśnień i dokonuje zmian zapisów SWZ:

1. Czy Zamawiający w zadaniu nr 1 dopuści możliwość zaoferowania leku w dawce 162 mg w takiej samej dawce i stężeniu jak forma ampułko-strzykawki formy automatycznego wstrzykiwacza. Wstrzykiwacz ma osłonkę igły przed zakłuciem, przezroczyste okienko, które pozwala mieć kontrolę na przebiegu iniekcji oraz system dźwiękowy, który oznacza rozpoczęcie i zakończenie iniekcji. Aktywacja następuje samoistnie po naciśnięciu na skórę, a cienkościenna igła zmniejsza wysiłek do podania leku. Forma wstrzykiwacza dostępna jest w formie 4- paków. Dla dodatkowej wygody każdy wstrzykiwacz jest pakowany osobno w łatwy do otwarcia blister ?

Odp: Zamawiający dopuszcza, ale nie wymaga.

2. Dotyczy § 1 ust. 3 umowy - Wnosimy o zmodyfikowanie i wyrażenie zgody na wydłużenie terminu dostawy „Na ratunek” do 12 godz. Zmiana korzystnie wpłynie na postępowanie i pozwoli na zaoferowanie korzystniejszej cenowo oferty.

Odp: Zamawiający utrzymuje zapis SWZ.

3. Dotyczy § 8 ust. 1 pkt 2 i 3 umowy - 1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wskazanie jako podstawy do ustalenia wysokości kary umownej wartość niezrealizowanej części umowy? W przypadku zrealizowania zgodnie z umową znacznej części zamówienia, kara naliczana od całości umowy jest wyraźnie zawyżona.

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

4. Do §7 ust. 1 w zw. z §8 ust. 5 wzoru umowy: Czy poprzez sformułowanie w §7 ust. 1 wzoru umowy: „Zamawiający dokona zakupu u innego dostawcy (...) oraz obciąży Wykonawcę poniesionymi kosztami.” Zamawiający rozumie, podobnie jak wyjaśnił to w treści §8 ust. 5 wzoru umowy, „(...) obciążenia Wykonawcy poniesionymi kosztami tj. różnicą między ceną Wykonawcy, a ceną zapłaconą przez Zamawiającego, gdy cena płacona przez Zamawiającego jest wyższa od ceny określonej w niniejszej umowie oraz poniesionymi kosztami zakupu.”?

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

5. Do §8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za opóźnienie w realizacji zamówienia do wysokości 0,01% wartości brutto niezrealizowanej dostawy za każdą godzinę zwłoki? Zwracamy uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 13,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 8 760% w skali roku (1% x 24 x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

Do §8 ust. 1 pkt 2) i 3) wzoru umowy: Prosimy o zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy.

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

6. Do §8 ust. 7 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §8 ust. 7 wzoru umowy w taki sposób, aby kary z tytułu opóźnienia naliczane były do momentu skorzystania z prawa do dokonania zamówienia zastępczego, zamiast do momentu poinformowania o tym fakcie Wykonawcy.

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

7. Do §10 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §10 ust. 2 pkt 2, 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 §10 ust. 2 pkt 2 jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza 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). KIO 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.

KIO uznała, że chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj i ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowy, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP i art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła, że norma wynikająca z art. 433 pkt 4 PZP, która zakazuje wprowadzania postanowień przewidujących możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz norma wynikająca z art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Ponadto, żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączały zastosowania tych norm w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. KIO stwierdziła też, że wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia, w tym przypadku poprzez podanie liczby asortymentu, do której zamierza zmniejszyć lub zwiększyć zakres zamówienia w zakresie każdego produktu. KIO wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. W związku z tym, opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnacją z niektórych pozycji

asortymentu, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zauważyła, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. KIO wywnioskowała także, że gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, opcja stanowi instrument, który pozwala Zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zmian w zakresie jego potrzeb, występujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ma więc możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy też powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z treści art. 433 pkt 4 PZP, natomiast w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

8. Do §10 ust. 14 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie §10 ust. 14, gdyż zapisy te w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.). Niniejsza argumentacja znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie dostosuje cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

9. Do §14 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §14 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.

Odp: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ dotyczące wzoru umowy.

Ponadto, Zamawiający doprecyzowuje zapis par. 10 ust. 3 wzoru umowy nadając brzemienne: Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania postanowień instrumentu dzielenia ryzyka przez cały okres obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem, że podwyższenie ceny leku określonej w tym instrumencie, nie stanowi podstawy do podwyższenia ceny leku dla Zamawiającego. **Zobowiązanie określone w zdaniu pierwszym dotyczy również leku finansowanego w ramach ratunkowego dostępu do technologii lekowych.**

Zamawiający informuje, że zmiany stają się integralną częścią SWZ i tym samym stają się wiążące od dnia ich ogłoszenia.

Sporządził: Małgorzata Marcinkowska