

Sosnowiec, dnia 24.12.2024 r.

WYJAŚNIENIA DO TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (podstawa prawna: art. 132 ustawy Pzp) na:

„Dostawa leków w ramach Terapeutycznych Programów Lekowych.”

Nr postępowania: (PZ/25/2024)

Platforma zakupowa: ID 1004260

Działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2024.1320 t.j.), zwanej dalej „ustawą Pzp” Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie nr 1

Do §2 ust. 2 pkt 2.2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostaw w trybie na cito do 8 godzin od chwili złożenia zamówienia?

Odpowiedź:

Zamawiający zwraca uwagę, że w załączonym do SWZ wzorze umowy w ust. 2 §2 nie ma pkt. 2.2. Zamawiający nie przewiduje też zamówień w trybie cito.

Pytanie nr 2

Do §2 ust. 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie przedziału czasowego dla dostaw do godziny 13.00?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 3

Do §6 ust. 1 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §6 ust. 1, poprzez skonkretyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (50%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, co oznaczało będzie, że każdy z określonych w formularzu asortymentowo – cenowym produktów może zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 50% większej niż pierwotnie zakładano.

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 w wyżej przywołanym wyroku 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.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że prawo opcji, zwiększające zakres zamówienia o maksymalnie 50% wartości zamówienia podstawowego dotyczy wszystkich pozycji łącznie.

Pytanie nr 4:

Do §8 ust. 3 pkt 3.4 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §8 ust. 3 pkt 3.4 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 20% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §8 ust. 3 pkt 3.4 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 30%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 19% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 5:

Do §8 ust.3 pkt 3.4 projektu umowy prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §8 ust.3 pkt 3.4 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.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 6

Do §8 ust.3 pkt 3.7 wzoru umowy. Prosimy o zmianę tego zapisu na następujący: „(...)”, okres przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy nie może być dłuższy niż 6 miesięcy, przy czym zgodę na przedłużenie terminu obowiązywania umowy musi wyrazić Wykonawca.”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 7

Do §9 ust. 1 pkt 1.1) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji dostawy w trybie zwykłym w taki sposób, aby wynosiła ona 1% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdy dzień zwłoki? Zwracamy przy tym 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 1 825% w skali roku (5% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 8

Do §9 ust. 1 pkt 1.2) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego wysokości kary z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji reklamacji w taki sposób, aby wynosiła ona 1% wartości brutto reklamowanego towaru za każdy dzień zwłoki? Zwracamy przy tym 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, zaś dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 1 825% w skali roku (5% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 9

Do §9 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §9 ust. 2 wzoru umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ CZĘŚCI umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 10

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §12 ust.3 lit. c) Wzoru Umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, które nie może być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nadto stanowi zakazaną praktykę na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w konsekwencji obarcza czynność prawną sankcją nieważności.

Zastrzeżenie § §12 ust.3 lit. c) wzoru umowy skutkuje przyjęciem niedopuszczalnej praktyki, iż Wykonawca nie będzie w stanie ustalić minimalnej wielkości przyszłego swojego świadczenia oraz wysokości odpowiadającego mu świadczenia Zamawiającego. Próba jednostronnego kształtowania przez Zamawiającego zasad realizacji zamówienia naraża Wykonawcę na realne straty finansowe w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie na etapie składania oferty, podczas gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy może okazać się znikomy albo w ogóle nierealizowany. Powyższe działanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129)- dalej zwane jako PZP, w sposób rażąco naruszając równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia.

Praktyka ta jest również niezgodna z brzmieniem art. 99 ust. 1 PZP ponieważ Zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość niewykonywania zamówienia już na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy zostało zakwestionowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.). KIO uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Podobnie w orzeczeniu z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. 3107/21 KIO stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w przypadku braku zgody wykonawcy na odpowiednie obniżenie ceny, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Takie jednostronne narzucanie warunków realizacji umowy należy kwalifikować jako bezwzględnie zakazane na gruncie z art. 9 ust.2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 poz. 275).

Wreszcie podnieść należy, iż kwestionowane postanowienie umowne wpisuje się w katalog niedozwolonych praktyk Zamawiających, które są publikowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Organ ten w ramach realizacji swoich obowiązków ustawowych przewidzianych w art. 469 pkt 8 PZP jako jedną z przykładowych klauzul umownych, którą należy uznać za niezgodną z art. 433 PZP wskazuje następujące postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej

ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

Mając na uwadze powyższe, Urtica Sp. z o.o. zwraca się o usunięcie kwestionowanego zapisu celem zapewnienia zgodności wzorca umowy z reżimem ustawy PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Przesłanka odstąpienia zawarta w §12 ust.3 lit. c) odnosi się do okoliczności niezależnych od Zamawiającego.

Pytanie nr 11

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odpowiedź:

Pytanie nie dotyczy treści SWZ i załączników do SWZ.

Zamawiający potwierdza, że na chwilę obecną nie materializują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.2003 60.535 z późn. zm.). Według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki nie staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania.

Pytanie nr 12

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia.

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożności odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 13

dotyczy wzoru umowy par 9 ust 2

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 9 ust. 2 umowy w ten sposób, że:

„2. W przypadku odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy jest on zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 10% od niezrealizowanej wartości brutto przedmiotu umowy.”

Uzasadnienie

Zdaniem Wykonawcy niewłaściwym są postanowienia Umowy, w których kara umowna naliczana jest od kwoty zamówienia stanowiący przedmiot niniejszej umowy co może skutkować obciążeniem Wykonawcy nadmiernym i niewspółmiernie wysokim ryzykiem gospodarczym w stosunku do naruszonych postanowień Umowy. Kara umowna ma pełnić funkcję mobilizującą wykonawcę do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz funkcję odszkodowawczą, jeżeli wykonawca wykona przedmiot umowy nieterminowo lub w sposób nieprawidłowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 14

dotyczy wzoru umowy par 2 ust 3 i treści SWZ-dział V pkt 3

Zamawiający w paragrafie 2 ust 3 umowy oraz dziale V pkt 3 SWZ wskazał, iż:

„Dostawa będzie miała miejsce w godzinach pracy Apteki szpitalnej (od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 12.00)”

W nawiązaniu do powyższego czy z powodów logistycznych Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie godzin dostaw do 14:00 dla pakietu nr 8?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 15

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – tabletki na tabletki powlekane lub kapsułki lub kapsułki twarde lub drażetki i odwrotnie?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 16

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – kapsułki na kapsułki twarde lub miękkie i odwrotnie?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 17

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – fiołki na ampułki i odwrotnie?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 18

Czy zamawiający wyraża zgodę na zmianę wielkości opakowań ? Proszę podać sposób przeliczenia – do 2 miejsc po przecinku czy do pełnego opakowania w górę?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 19

Czy Zamawiający dopuści wycenę produktów dostępnych na jednorazowe zezwolenie MZ?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 20

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę – worki na pojemniki i odwrotnie?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję zamiany zapisów i podtrzymuje zapisy SWZ.

PREZES ZARZĄDU
Centrum Zdrowia Dziecka i Rodziny
im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o.

dr n. med. Andrzej Siwiec