



LAS-75/1-PN/28-2024.AN

Rybnik, dnia 12.06.2024 r.

Do Wykonawców uczestniczących
w postępowaniu o udzielenie zamówienia

WYJAŚNIENIE-MODYFIKACJA 1

W PRZETARGU NIEOGRANICZONYM NA:

dostawy produktów farmaceutycznych (zamówienie nr LAS-75-PN/28-2024.AN)
ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 23.05.2024 r., nr 2024/S 99-302478

W związku z wniesionymi zapytaniem, zamawiający udziela poniższych odpowiedzi. Ponadto zamawiający wprowadza niżej podaną modyfikację.

Pytanie 1: „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 1: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. W przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu Wykonawca winien zwrócić się do Zamawiającego z pytaniem o wykreślenie danej pozycji lub zgodę na możliwość zaoferowania innego preparatu o tożsamym opisie przedmiotu zamówienia.

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

Odpowiedź 2: Zamawiający wyraża zgodę na powyższe z przeliczeniem ilości opakowań do dwóch miejsc po przecinku w celu porównywalności ofert, przy czym w przypadku pakietów 9-14 zaoferowany preparat musi być objęty aktualnym Obwieszczeniem MZ w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

Pytanie 3: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – tabletki na tabletki powlekane lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie?”

Odpowiedź 3: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 4: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – fiołki na ampułki lub ampułko-strzykawki i odwrotnie?”

Odpowiedź 4: W pozycjach gdzie jako jednostkę miary wskazano „fiol/amp” Zamawiający dopuszcza zaoferowanie dowolnej postaci leku - fiołki lub ampułki. W pozostałych pozycjach wymaga zaoferowania postaci leku zgodnie z opisem.

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 5: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wielkości opakowań płynów, syropów, maści, kremów itp. celem zaproponowania oferty korzystniejszej cenowo (przeliczenie ilości opakowań miałyby miejsce w oparciu o mg, ml itp.)”

Odpowiedź 5: Zamawiający wyraża zgodę na powyższe z przeliczeniem ilości opakowań do dwóch miejsc po przecinku w celu porównywalności ofert.

Pytanie 6: „Prosimy o podanie, w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, kilogramów itp.), niż umieszczone w SIWZ; a także w przypadku, gdy wycena innych opakowań leków spełniających właściwości terapeutyczne jest korzystniejsza pod względem ekonomicznym (czy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku)?

Odpowiedź 6: Zamawiający udzielił odpowiedzi w tej kwestii odpowiadając na pytanie nr 2.

Pytanie 7: „Czy Zamawiający dopuści wycenę produktów dostępnych na jednorazowe zezwolenie MZ ?
W sytuacji jeśli aktualnie tylko takie produkty są dostępne na rynku.

Odpowiedź 7: Zamawiający dopuszcza taka możliwość.

Pytanie 8: „W nawiązaniu do ww. Postępowania prosimy o udzielenie jednoznacznych, precyzyjnych, rzetelnych, wyjaśnień i odpowiedzi na zadane pytania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 505/20) Zamawiający nie może pozostawiać pytań Wykonawcy bez merytorycznej odpowiedzi, tj. udzielać odpowiedzi: „Zgodnie z SIWZ (SWZ)”, ponieważ SWZ nie rozwiewa wątpliwości Wykonawcy i może prowadzić do złożenia nieważnej oferty. Zamawiający w każdym przypadku oświadczając "Zgodnie z SWZ", nie udzielił odpowiedzi na pytania, nie wyjaśnił treści SWZ, a jedynie odsyła do niejednoznacznych zapisów SWZ.

Obowiązkiem wykonawcy jest współdziałanie z zamawiającym polegające na zadawaniu pytań wyjaśniających treść SIWZ (SWZ) (wyrok SN z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt CSK 626/13), analogicznym obowiązkiem zamawiającego jest udzielanie rzetelnych i precyzyjnych wyjaśnień.”

Pakiet Odpowiedź negatywna lub „zgodnie z SIWZ” uniemożliwi złożenie prawidłowej oferty.”

Odpowiedź 8: Zamawiający stara się z sposób jednoznaczny, precyzyjny oraz rzetelny udzielać odpowiedzi na pytania składane przez wykonawców.

Pytanie 9: „Dotyczy §4, ust. 2-4 – pakiet nr. 5

Zwracamy się z prośbą 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. zmieniające 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 posługiwania 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 §3 ust. 1 wzoru umowy dotknięty jest nieważnością. Jednocześnie, prosimy o odstąpienie od wymogu wystawiania dokumentu WZ, gdyż zapewniamy, że dołączana do każdorazowej dostawy faktura VAT spełniać będzie wymogi dla dokumentu przekazania produktu leczniczego, a tym samym zawierała będzie między innymi takie informacje jak numer serii czy data ważności dostarczonego przedmiotu umowy. Dodatkowo pragniemy zauważyć, iż produkty w zakresie części nr 5 są lekami sprowadzanymi na teren RP w ramach importu a Hurtownia Farmaceutyczna ma obowiązek zraportowania sprzedaży do organów nadrzędnych (m.in. do ZSMOPL) i nie ma możliwości wydania produktu bez dokumentu sprzedaży, czyli faktury. Zgodnie z przepisami prawa dokument WZ nie jest dokumentem sprzedaży, a jedynie dokumentem magazynowym. Pozostawienie zapisów w obecnym brzmieniu jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa.”

Odpowiedź 9: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 10: „Czy w sytuacji, kiedy Hurtownia Farmaceutyczna nie otrzyma z MZ własnej czasowej zgody na sprowadzenie produktu z za granicy (import interwencyjny), Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania produktu sprowadzanego do kraju na wniosek Zamawiającego (w trybie art. 4 ust. 1 Ustawy Prawo Farmaceutyczne).”

Odpowiedź 10: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 11: „W przypadku importu docelowego, prosimy o wydłużenie terminu dostawy dla produktów sprowadzanych w ramach importu docelowego do 3 tygodni”

Odpowiedź 11: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 12: „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 rażącą 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?”

Odpowiedź 12: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 13: „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.”.

Odpowiedź 13: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 14: „Do §4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §4 ust. 21 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 uchylene 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. zmieniające 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 posługiwania 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. 2 wzoru umowy dotknięty jest nieważnością.”

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

Pytanie 15: „Do §5 ust. 1 projektowanych postanowień umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §5 ust. 1 projektowanych postanowień umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za ewentualne opóźnienie dostawy w wysokości 1% wartości brutto niedostarczonego przedmiotu zamówienia dziennie w miejsce sztywnej kary wynoszącej każdorazowo 200 zł dziennie?”

Odpowiedź 15: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 16: „Do §7 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o modyfikację treści §7 wzoru umowy poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający dopuszcza zrealizować w ramach prawa opcji. Jako przykładowe rozwiązania wskazujemy na możliwość dokonania zastrzeżenia ogólnego odnoszącego się do wszystkich pozycji, np. poprzez podanie, że całkowita ilość przedmiotu zamówienia, określona dla każdej z pozycji, zamówiona i dostarczona w ramach opcji nie przekroczy 30% wartości tej pozycji, lub zastrzeżenia szczegółowego poprzez dodanie w tabeli asortymentowej nowej kolumny zawierającej ilości opcji odrębnie dla każdego produktu. Aktualna treść §7 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 a w konsekwencji nie są również w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO 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 ze zm.) i nakazała Zamawiającemu zmianę postanowienia wzoru umowy, dotyczącego opcji, poprzez zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne określenie w zakresie każdego produktu leczniczego wymienionego SWZ liczby (ilości) produktu leczniczego, do której zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia. W wyroku tym KIO stwierdziła, 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 prawa opcji, co wynika z art. 441 ust. 1 PZP.

Izba uznała, że chociaż Zamawiający rzeczywiście 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 ich zaistnienie nie ma wpływu na postanowienia umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła również, że norma wynikająca z treści art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, a także spełniać wszystkie zawarte w nim przesłanki, ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Izba zauważyła przy tym, że żadne inne przepisy PZP nie ograniczają, ani nie wyłączają zastosowania tej normy w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. Dlatego też, wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z bezwzględnie obowiązującą normą z art. 99 ust. 1 PZP.

KIO doszła do wniosku, że sformułowanie „zakres zamówienia” należy rozumieć jako „pojedyncze świadczenie”, nie zaś jako „ogólne świadczenie”, obejmujące wszystkie produkty, które wykonawca zobowiązany jest sprzedać zamawiającemu w danej części (pakiecie) zamówienia. Izba wskazała także, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. KIO stwierdziła zatem, że treść art. 433 pkt 4 PZP, nakazującą określenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia należy odnieść do każdej pojedynczej pozycji asortymentowej, czyli do każdego zamawianego produktu, stanowiącego świadczenie zgodnie z treścią art. 433 pkt 4 PZP. Takie same wnioski dotyczą art. 441 ust. 1 PZP oraz wskazania w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilości, która może zostać zwiększona.

Doniosłość wyżej wskazanego orzeczenia i zawartej w nim wykładni potwierdza fakt, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych postanowił wpisać je na listę klauzul abuzywnych prowadzoną na podstawie art. 469 pkt 8) pzp prowadzoną pod adresem <https://www.gov.pl/web/uzp/wyroki-kio-w-ktorych-izba-stwierdzila-naruszenie-art-433-pzp>.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający decydując się na zaniechanie sprecyzowania zastrzeżonego w §7 prawa opcji naraża je na unieważnienie na podstawie art. 441 ust. 2 PZP, tym samym świadomie ryzykując ewentualnością doprowadzenia do sporu sądowego na tle stosowania przedmiotowej klauzuli w trakcie próby jej wprowadzenia w życie.”

Odpowiedź 16: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 17: „Do §10 ust. 4 projektowanych postanowień umowy: Prosimy zmianę brzmienia §7 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.”.

Odpowiedź 17: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 18: „Do §11 ust. 4 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o wykreślenie zapisów §11 ust. 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 18: 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 26.06.2024 r. do godziny 10.00** oraz termin otwarcia ofert: w tym samym dniu o godzinie 10.30.