

Zielona Góra 30.05.2023 r.

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym zgodnie z art. 275 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), którego przedmiotem zamówienia są : **Sukcesywne dostawy leków refundowanych LA.261.24.2023.**

ZAWIADOMIENIE O UDZIELENIU WYJAŚNIEŃ TREŚCI SWZ

Zamawiający Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o. o. niniejszym informuje, iż na podstawie art. 284 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęły pytania. Zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy Zamawiający udostępnia treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie 1

Dotyczy: Wzoru umowy.

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. Aktualna treść §2 ust. 3 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.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 2**Dotyczy: treści §3 ust.6 wzoru umowy.**

Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to raziło rażąco startą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź: Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 3**Dotyczy: treści §3 ust.1 pkt 10) wzoru umowy.**

Prosimy o wykreślenie §3 ust. 1 pkt 10) wzoru umowy obowiązku fragmentu przedłużenia terminu umowy w przypadku niewykorzystania przez Zamawiającego pełnej wartości przedmiotu umowy określonej w §1 ust. 3 przy zachowaniu dotychczasowych cen oraz zapewnienie, że ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania umowy, następować będzie po obopólnym wyrażeniu zgody przez strony, w formie aneksu. Z aktualnego brzmienia, wynika, że w wyniku złożonego przez Zamawiającego oświadczenia nastąpi automatyczna zmiana terminu zakończenia umowy, z pominięciem wyrażonej w 431 zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy podczas wykonywania zamówienia publicznego, polegającej w tym przypadku na dokonaniu wspólnych ustaleń co do możliwości i zasad zmiany pierwotnych postanowień. Tymczasem, treścią udzielonego zamówienia publicznego, jest zawarcie umowy poprzez zaakceptowanie przez Wykonawcę określonych w niej, konkretnych, treści, a zatem wszelkie ewentualne odstępstwa od tej podstawowej zasady, wymagają uzasadnienia w szczególnych okolicznościach oraz zachowania trybu zmiany umowy, dokonanej w drodze dwustronnie uzgodnionego aneksu.

Odpowiedź: Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 4**Dotyczy: treści §4 ust.8 pkt 2) wzoru umowy.**

Adekwatnie do brzmienia art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021, poz. 1129 z późn. zm.) prosimy o zmianę terminu uprawniającego Wykonawcę do dokonania pierwszej i każdej kolejnej zmiany wynagrodzenia na podstawie §4 ust. 1 lit. e) z 12 na 6 miesięcy.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 5**Dotyczy: treści §4 ust.8 pkt 4) wzoru umowy.**

Czy Zamawiający zgodzi się na usunięcie §4 ust. 8 pkt 4) wzoru oraz wyłączne oparcie się o go postanowienie zawarte w §4 ust. 8 pkt 1) stanowiącym, że Strony są uprawnione do wystąpienia z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia w przypadku, gdy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia z wyłączeniem kosztów wynagrodzeń i pochodnych niezbędnych do realizacji zamówienia, uprawniający Strony do wystąpienia z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia określa się na nie mniej niż 10 % w stosunku do przedmiotowych kosztów na dzień zawarcia umowy, przedstawionych zgodnie z pkt 4, a w przypadku kolejnych zmian w stosunku do przedmiotowych kosztów na dzień składania poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia, bowiem treść postanowienia zawartego w §4 ust. 8 pkt 4) wypacza sens zmiany art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych?

Uzasadniając powyższe wskazać należy, że wymóg przedłożenia przez Dostawcę w ciągu 30 dni od dnia podpisania umowy kalkulacji zawierającej zestawienie kosztów ponoszonych przez Dostawcę i udział procentowy poszczególnych kosztów i elementów cenotwórczych w wynagrodzeniu Dostawcy stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: PZP), albowiem – wbrew woli ustawodawcy – stanowi on jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie zgodnie podnosi się, że celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych powinno być faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt:

KIO 1192/22). Innymi słowy, postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 4, art. 439). W świetle powyższego, wymóg przedłożenia w dniu zawarcia umowy rzeczony kalkulacji ocenić należy jako nadmierne obciążenie Dostawcy, naruszające zasadę równowagi stron umowy oraz ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Takie ukształtowanie sytuacji Dostawcy prowadzi zaś do nieuchronnego wniosku, iż kwestionowane postanowienie wzoru umowy stanowi jedynie pozorną realizację art. 439 PZP i jako takie pozostaje sprzeczne z przepisem ustawy.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że wymóg zawarty w §4 ust. 8 pkt 4) wzoru umowy, stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów) oraz stosowane rozwiązania organizacyjne. Informacje te stanowią zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi zaś istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 149/16; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12). W związku z powyższym – celem doprowadzenia do stanu zgodności postanowień wzoru umowy z prawem – za zasadną należy uznać zmianę treści §4 ust. 8 pkt 4) wzoru umowy w zaproponowany powyżej sposób.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 6

Dotyczy: treści §4 ust.8 pkt 7) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 50% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §1 ust. 4 umowy? Wyjaśniamy, że możliwość taka została przewidziana w art. 48 ust. 1 zdanie wspólne in fine ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185).

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 7

Dotyczy: Dotyczy: treści §4 ust.11 wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na skrócenie okresu wypowiedzenia obowiązującego w razie rozwiązania umowy spowodowanego brakiem porozumienia co do zakresu waloryzacji, oraz dodanie zastrzeżenia, że zakres zamówień Zamawiającego dokonywanych w okresie wypowiedzenia nie przekroczy dotychczasowego (od początku trwania niniejszej umowy), średniego miesięcznego poziomu zamówień dla poszczególnego rodzaju asortymentów?

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 8

Dotyczy: Dotyczy: treści §5 ust.7 wzoru umowy.

Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści 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 pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 9**Dotyczy: Dotyczy: treści §7 ust.1 pkt 1) wzoru umowy.**

W związku z zapisem §7 ust.1 pkt 1) wzoru umowy prosimy o dopisanie następującej treści: "...pod warunkiem, iż wykonawca będzie w odpowiednim czasie poinformowany przez producenta."

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.**Pytanie 10****Dotyczy: Dotyczy: treści §9 ust.1 pkt 1) wzoru umowy.**

Do treści §9 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §9 ust.1 pkt a) poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.**Pytanie 11****Dotyczy: Dotyczy: treści §9 ust.1 pkt 2) wzoru umowy.**

Do treści §9 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości NIEDOSTARCZONEGO w terminie zamówienia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Zamawiającemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczone odsetki w wysokości nie większej niż 14% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla wykonawcy zamówienia jest przewidziana kara w wysokości 3 650% w skali roku (10% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.**Pytanie 12****Dotyczy: Dotyczy: treści §9 ust.5 wzoru umowy.**

Do §9 ust. 5 wzoru umowy prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny.”.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.**Pytanie 13****Dotyczy: Dotyczy: treści §10 ust.2 oraz §10 ust.5 wzoru umowy.**

Prosimy o zmianę treści §10 ust. 2 oraz §10 ust. 5 w taki sposób aby termin zapłaty obliczany był zawsze od momentu dostawy towaru (tym bardziej, że dostawa każdorazowo zaopatrzona będzie w fakturę VAT) oraz potwierdzającej dostawę faktury VAT, a nie od daty otrzymania poprawnie wystawionej faktury lub ostatniego dokumentu korygującego. Wyjaśniamy, że zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 711) w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym, termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni od dnia doręczenia dłużnikowi faktury potwierdzających dostawę towaru. Dodatkowo zgodnie z art. 8 ust. 4a wymienionej ustawy, w przypadku kiedy ustalony w umowie termin zapłaty jest dłuższy niż 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury, potwierdzającej dostawę towaru, wierzycielowi, który spełnił swoje świadczenie, po upływie 60 dni przysługują odsetki. Biorąc zatem pod uwagę ustalony w §9 ust. 9 obowiązek Wykonawcy do wystawiania korekty cenowej do faktury VAT w terminie 14 dni od pierwotnej faktury VAT jeżeli przedmiot zamówienia jest objęty mechanizmem dzielenia ryzyka, dochodzi do sytuacji, że Zamawiający, w wielu przypadkach, zobowiązany będzie do zapłaty nawet po 74 dniach (zamiast po 60). Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2021 r. nr KIO 1066/21 „Sześćdziesięciodniowy termin zapłaty w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym jest terminem maksymalnym. Wobec uchylenia art. 8 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach

handlowych, który umożliwił ustalenie stronom transakcji handlowej termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, pod warunkiem że ustalenie to jest obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, a termin ten nie przekracza 60 dni, stwierdzić należy, iż termin ten ma charakter bezwzględny i nie może zostać przedłużony. Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych ogranicza swobodę umów w zakresie określania maksymalnych terminów zapłaty.” (Legalis nr 2612982).

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie 14

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują 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.60.535 z późn. 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: Na chwilę obecną w stosunku do Zamawiającego nie zachodzą przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością”.

Pytanie 15

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 dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

ZATWIERDZAM

Dyrektor ds. Lecznictwa
Lek. med. Antoni Ciach
(podpis na oryginalne)

UWAGA

Udzielone odpowiedzi i dokonane zmiany mają zastosowanie we wszystkich miejscach SWZ, nawet tam, gdzie w niniejszym piśmie nie zostały wymienione.

Publikacja:

https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_zgora/proceedings

a/a LA.261.24.2023