

Zielona Góra 10.01.2023 r.

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 132 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.280.19.2022.**

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 udostępnił treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie 1

Dotyczy: Zadanie 25

Czy Zamawiający, ze względu na potencjalne korzyści cenowe i umożliwienie przystąpienia do postępowania większej liczbie wykonawców, w Zadaniu nr 25 poz. 1 (Rituximabum 10 mg/ ml Koncentrat do sporządzania roztworu do infuzji 2 fiole.a10 ml) dopuści zaoferowanie produktu leczniczego w opakowaniu a' 1 fiołka z przeliczeniem ilości?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie nr 2

Dotyczy par 5 ust 5 i 6 umowy

Zamawiający w paragrafie 5 ust. 5 i 6 projektu umowy zastrzegł, iż:

„5. Dostawa towaru wraz z dokumentami dostawy nastąpi do Zamawiającego – Magazyn Apteki Szpitalnej, w dni robocze (poniedziałek – piątek) w godzinach 07:00 – 14:30 z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy z zastrzeżeniem § 5 ust. 6.

6. W przypadkach nagłych Wykonawca dostarczy towar w ciągu 24 godzin do magazynu Apteki Szpitalnej lub do miejsca uprzednio uzgodnionego z Kierownikiem Apteki Szpitalnej.”

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy odbywają się od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem sobót, świąt i dni wolnych od pracy. W związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawę w trybach określonych w par 5 ust 6 od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w zadaniu nr 1 i 12?

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 3

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 9 ust. 1 pkt 1) w ten sposób, że:

1. W przypadku naruszenia postanowień niniejszej umowy Zamawiający uprawniony jest do naliczenia Wykonawcy kar umownych zgodnie z poniższymi zasadami.

1) 10% niezrealizowanej wartości umowy za rozwiązanie lub odstąpienie od umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca

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 pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 4

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 9 ust. 1 pkt 2) w ten sposób, że:

„1. W przypadku naruszenia postanowień niniejszej umowy Zamawiający uprawniony jest do naliczenia Wykonawcy kar umownych zgodnie z poniższymi zasadami.

2) 2% wartości niezrealizowanej części dostawy towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu dostawy”

Uzasadnienie

Zdaniem Wykonawcy pierwotne zapisy umowy dotyczące kar są zbyt restrykcyjne i mogą skutkować obciążeniem Wykonawcy nadmiernym i niewspółmiernie wysokim ryzykiem gospodarczym w stosunku do naruszonych postanowień Umowy.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 5

Dotyczy wzoru umowy

Czy w par. 4.4 – 4.7 Zamawiający wprowadzi automatyzm zmiany stawki podatku VAT? Zmiana stawki podatku VAT powinna wchodzić automatycznie, z dniem wprowadzenia stosownych przepisów; inaczej grozi to Wykonawcy rażąca stratą. Wykonawca musi oczekiwać na akceptację propozycji zmian, w tym czasie przecież jednak będzie wystawiać faktury za bieżące dostawy. To samo stanie się w razie odmowy zawarcia aneksu w przedmiotowej kwestii.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 6

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający wykreśli w par. 6.4 wymagania co do oznaczenia dostarczanych paczek (opakowań)?

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 7

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej w par. 9.1.1 z 20 % do wartości max. 5%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 8

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej w par. 9.1.2 z 10 % do wartości max. 0,2%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 9

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający w par. 11.1 usunie zapisy o ‘niewykonalności’ oraz „nieskuteczności” zapisy, pozostawiając tylko zapisy o nieważności postanowień umowy? Dobrą praktyką jest powstrzymanie się od zawierania w umowach zapisów, które mają zastosowanie jako ogólne przepisy prawa cywilnego, w tym wypadku zgodnie z treścią art. 58 ust. 3 KC. Jeśli jednak cytuje się w umowie kodeks cywilny lub inny akt prawny, to cytat powinien odpowiadać treści cytowanego artykułu, co w tym wypadku oznacza, że należy mówić o nieważności, a nie niewykonalności lub nieskuteczności postanowień. Pojęcie „niewykonalny” „nieskuteczny” nie jest zdefiniowane ani używane w KC, zaś art. 58 par 3 mówi o

nieważności zapisów. Dodatkowe frazy wprowadzane umową powodują, że w razie sporu sąd musi dokonać ich własnej interpretacji, co może rodzić ryzyko (dla obu stron umowy). Zapisy te rodzą pytanie, jakie procedury wdrożyć, jeśli niewykonalna – z jakichkolwiek względów – okaże się dostawa (np., z powodu braków magazynowych) – to czy i w jakiej formie zapis ten znajdzie zastosowanie? Jakie postanowienia zostaną wprowadzone w miejsce zapisów „niewykonalnych”? Należy zwrócić uwagę, że w wypadku, gdy dostawa jest „niewykonalna” należy stosować zapis par. 11.1, a nie naliczać kary umowne za zwłokę, gdyż zapis par 11.1 powinien mieć pierwszeństwo.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 10

Ze względu na brak wiedzy Wykonawcy na temat sposobu dystrybucji produktu leczniczego zawartego w Zadaniu 13 (Cemiplimabum 350mg) w 2023r., czy Zamawiający określi maksymalny okres realizacji zamówienia na „do dnia 31.12.2023r.,” bez możliwości przedłużenia umowy o dodatkowy okres w przypadku nie wykorzystania ilości, w odniesieniu do zapisów par. 3 ust. 1.10 umowy?

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 11

Dotyczy: Zadanie 5

Czy Zamawiający dla zadania 5 wyrazi zgodę na dodanie do wzoru umowy ustępu o następującej treści: „W przypadku dostarczania leku podawanego podskórnie, który może być wydany pacjentowi celem podania w warunkach domowych, Zamawiający może wymagać ponadto od Wykonawcy dostarczania toreb termicznych niezbędnych do przenoszenia leku.

Odpowiedź: Zgodnie z formularzem cenowym w zadaniu 5 punkt 4 „4. Zamawiający wymaga dostarczenia toreb termicznych niezbędnych do transportu leku ze szpitala do domu pacjenta.”

Pytanie nr 12

Dotyczy wzoru umowy

Do treści §2 ust. 3 i 4 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 3 i 4, 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 treści §2 ust. 3 i 4 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 we wzorze umowy – Załącznik nr 28 do SWZ, zastrzegł prawo do zakupu mniejszej od przewidzianej we właściwych załącznikach do umowy ilości poszczególnych produktów objętych przedmiotem zamówienia, jednak nie mniej niż 70 % wskazanej w § 1 ust. 3 wartości przedmiotu umowy, co wypełnia wymóg postawiony w art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych (Ustawa zabrania przewidywania możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia). Ilości przewidziane w formularzach cenowych oszacowane zostały na podstawie poprzednio obowiązujących umów. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć struktury zachorowalności, z tego też powodu przewidział możliwość zamienności asortymentowej w przedmiotowym postępowaniu.

Pytanie nr 13

Dotyczy wzoru umowy

Do treści §3 ust. 1 pkt 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: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 14

Dotyczy wzoru umowy

Do treści §3 ust. 1 pkt 10) wzoru umowy prosimy o dodanie słów: „przy czym ewentualne przedłużenie terminu obowiązywania umowy wymagało będzie zgody Wykonawcy wyrażonej na piśmie.”.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 15

Dotyczy wzoru umowy

Do §4 ust. 8 pkt 7) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podwyższenie maksymalnej możliwej zmiany wartości umowy do 15%?

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 16

Dotyczy wzoru umowy

Do 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: Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 17

Dotyczy 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 nr 18

Dotyczy 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 nr 19

Dotyczy 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 nr 20

Dotyczy wzoru umowy

Do treści §10 ust. 9 wzoru umowy: W związku z tym, że czynność prawna dokonana przez strony nie może skutkować wyłączeniem ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a takim jest art. 552 Kodeksu Cywilnego uprawniającego Sprzedawcę do wstrzymania dostaw w przypadku gdy Kupujący dopuszcza się zwłoki z dokonaniem zapłaty za dostarczoną część zamówienia, prosimy o usunięcie z umowy odpowiednich postanowień §10 ust. 9.

Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 21

Dotyczy wzoru umowy

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 nr 22

Dotyczy wzoru umowy

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 niemożliwości 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.

W związku z udzielonymi wyjaśnieniami Zamawiający w miejsce dotychczasowych załączników:

Załącznik nr 26 do SWZ – formularz cenowy zadanie 25

wprowadza załączniki:

Załącznik nr 26 po zmianach z dnia 10.01.2023 do SWZ – formularz cenowy zadanie 25

PREZES ZARZĄDU
dr Marek Działoszyński
podpis na oryginale

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.280.19.2022