

Szpital Chorób Płuc im. Św. Józefa w Pilchowicach

ul. Dworcowa 31

44-145 Pilchowice

Znak sprawy: **19/ZP/2022/U**

Pilchowice, 2022-10-04

WSZYSCY ZAINTERESOWANI WYKONAWCY

ODPOWIEDŹ NA ZAPYTANIA

Informujemy, że do Zamawiającego wpłynęła prośba o wyjaśnienie zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

Dostawa produktów leczniczych – 3 zadania

Zamawiający udziela wyjaśnień zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 z późn. zm.).

Treść wspomnianej prośby jest następująca:

Pytanie 1 Pytania do wzoru umowy na dostawę leków dla zadania nr 1 i 2 do §1 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 5, 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 §1 ust. 5 wzoru umowy jest 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 rażący 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 informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 2 Pytania do wzoru umowy na dostawę leków dla zadania nr 1 i 2 do treści §6 ust. 1 lit. a) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy 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 mogą zostać naliczone odsetki w wysokości nie większej niż 9,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 1 825% w skali roku ($5\% \times 365$ dni) za opóźnienie świadczenia. Jednocześnie 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 informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 3. Pytania do wzoru umowy na dostawę leków dla zadania nr 1 i 2 do treści §6 ust. 1 lit. b) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za niewykonanie dostawy w wysokości 1% wartości tej dostawy z pokryciem różnicy ceny zamówienia zastępczego?

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 4. Pytania do wzoru umowy na dostawę leków dla zadania nr 1 i 2 do §6 ust. 1 lit. d, e) wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę aby kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy obliczana była w wysokości 10% wartości niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 5 Pytania do wzoru umowy na dostawę leków dla zadania nr 3, do §1 ust. 5 wzoru umowy.

Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 5, 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 §1 ust. 5 wzoru umowy jest 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 informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 6 Pytania do wzoru umowy na dostawę na dostawę leków dla zadania nr 3 do treści §6 ust. 1 lit. a) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy 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 mogą zostać naliczone odsetki w wysokości nie większej niż 9,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 1 825% w skali roku ($5\% \times 365$ dni) za opóźnienie świadczenia. Jednocześnie 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 informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 7 Pytania do wzoru umowy na dostawę na dostawę leków dla zadania nr 3 do treści §6 ust. 1 lit. b) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za niewykonanie dostawy w wysokości 1% wartości tej dostawy z pokryciem różnicy ceny zamówienia zastępczego?

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 8 Pytania do wzoru umowy na dostawę na dostawę leków dla zadania nr 3 do §6 ust. 1 lit. d, e) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę aby kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy obliczana była w wysokości 10% wartości niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 9

Dotyczy wzoru umowy tj. załącznika nr 3b do SWZ

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 6 ust. 1 pkt d i e wzoru umowy tj. załącznika nr 3b do SWZ w ten sposób, że: 1. Wykonawca zapłaci karę umowną: d) za odstąpienie od umowy lub za jej wcześniejsze rozwiązanie przez którąkolwiek ze Stron(w danym zadaniu), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10% wartości niezrealizowanej umowy brutto (danego zadania), e) za odstąpienie od umowy (w danym zadaniu) lub za jej wcześniejsze rozwiązanie w części przez którąkolwiek ze Stron, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10% wartości niezrealizowanej umowy brutto (danego zadania), które przysługiwałoby Wykonawcy za wykonanie części umowy, od której odstąpiono. 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 informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.

Pytanie 10 Dotyczy wzoru umowy tj. załącznika nr 3b do SWZ

Zamawiający w par. 4 ust 14 pkt f) wzoru umowy tj. załącznika nr 3b do SWZ wskazał, iż: „za pisemne potwierdzenie kontroli warunków transportu, Zamawiający uznaje wydruk z automatycznego systemu monitorującego temperaturę w pojeździe.” Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przesyłanie drogą elektroniczną w ciągu godziny po dostawie, za pomocą poczty e-mail łączny rejestr temperatury w formie PDF, z rejestratorów umieszczonych w środkach transportu (samochodzie dostawczym / kontenerze) i komorach przeładunkowych? Jeżeli tak, prosimy o podanie adresu email na który ma zostać wysłany rejestr.

Odpowiedź

Zamawiający wyraża zgodę, adresem e-mail na który należy przesać ww. rejestr jest: farmacja@szpital-pilchowice.pl

Pytanie 11 Dotyczy wzoru umowy tj. załącznika nr 3b do SWZ

Zamawiający w par. 5 ust. 4 wzoru umowy tj. załącznika nr 3b wskazał, iż: „W przypadku, gdy produkt objęty niniejszą umową podlega rygorom ustawy o cenach lub ustawy o refundacji leków, cena w jakiej Wykonawca dostarcza produkt nie może być wyższa niż limit finansowania wynikający z aktualnego na datę dostawy Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie listy leków refundowanych lub cena urzędowa, jeżeli nie jest przewidziany limit finansowania. Jeżeli cena umowna produktu jest wyższa niż limit finansowania lub cena urzędowa, ulega ona automatycznemu obniżeniu do ceny wynikającej z właściwego aktu prawnego i zmiana ta nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy. Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić powyższe w wystawianych fakturach od dnia dostawy po zmianie cen.” W nawiązaniu do powyższych zapisów czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby zmiana ceny produktu leczniczego, która jest wyższa niż limit finansowania wymagała aneksu do umowy, a brak obojętnej zgody na podpisanie aneksu, dotyczącego dostosowania ceny do limitu finansowania, wynikającego z Obwieszczenia Ministra Zdrowia, może stanowić podstawę do rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę? Uzasadnienie: Zgodnie z art. 15 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Ustawa refundacyjna) Minister Zdrowia ustala grupy leków, w ramach których wyznacza się podstawę limitu (grupy limitowe). Do grupy limitowej kwalifikują się leki posiadające tę samą nazwę międzynarodową albo inne nazwy międzynarodowe, ale podobne działanie terapeutyczne i zbliżony mechanizm działania przy zastosowaniu następujących kryteriów: (i) tych samych wskazań lub przeznaczeń, w których są refundowane i (ii) podobnej skuteczności. Podstawa limitu w danej grupie limitowej (tzw. limit finansowania) jest zmienna w czasie i zależy od aktualnych warunków rynkowych, które dotyczą danego produktu. Jednocześnie, Wykonawca nie ma realnego wpływu na finalną wysokość limitu finansowania, ponieważ decydem w tym zakresie jest Minister Zdrowia. Nieuzasadnione jest więc przerzucanie przez Zamawiającego na Wykonawcę ryzyka związanego ze zmianą limitu finansowania, która nie jest od niego zależna. Dla porównania zmiana ceny hurtowej brutto lub ceny dla świadczeniodawców, wynikającej z zawartego instrumentu dzielenia ryzyka, jest elementem negocjacji pomiędzy wnioskodawcą refundacyjnym a Ministrem Zdrowia i tym samym może stanowić podstawę zmiany ceny określonej przez Wykonawcę w ofercie bez konieczności zawierania aneksu.

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy. Sprzedaż Zamawiającemu produktu leczniczego powyżej ceny urzędowej jest niezgodna z Ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, za którą ustawodawca przewidział sankcje dla sprzedającego.

Zamawiający

**Z-CA DYREKTORA
ds. PIELĘGNIARSTWA
mgr piel. Danuta Markłowska**