

SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ

Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji

w Poznaniu

im. prof. Ludwika Bierkowskiego



Dział Zamówień Publicznych

ul. Dojazd 34, 60-631 Poznań

tel. 61-846-47-70,

www.szpitalmswia.poznan.pl

zamowienia@szpitalmswia.poznan.pl

Poznań, dnia 21.08.2023 roku

ZP/p/26/2023

**Do wszystkich Wykonawców
ubiegających się udzielenie
zamówienia publicznego**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „**DOSTAWA PRODUKTÓW LECZNICZYCH STOSOWANYCH W RAMACH CHEMIOTERAPII ORAZ PROGRAMÓW LEKOWYCH WRAZ ZE SPRZĘTEM JEDNORAZOWYM STOSOWANYM DO PRZYGOTOWANIA LEKU CYTOTOKSYCZNEGO**”.

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ Nr 1

Zgodnie z art. 135 ust. 2 i 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Poznaniu, im. prof. Ludwika Bierkowskiego, informuje, że w przedmiotowym zwrócono się o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Zamawiający niniejszym publikuje treść zapytań wraz udzielonymi wyjaśnieniami.

Zestaw pytań nr 1

Pytanie 1

Dotyczy części 12 pozycja 8, czy Zamawiający dopuści do wyceny Hydrosorb Gel, żel, jałowy, 15 g, 1 strzyk. w ilości 200 op (brak opakowani x 10 sztuk)?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający dopuszcza wycenę w ilości 200 op x1 szt

Zestaw pytań nr 2

Pytanie 1

Dotyczy części 12 pozycja 3, czy Zamawiający dopuści wycenę leku w postaci fiołki (Monover, 100 mgFe3+/ml;5ml, roztw.do wstrz,infuz., 5 fioł) obecnie dostępna postać?

Dotyczy części 3 i 12, czy Zamawiający dopuści wycenę za opakowanie a nie za sztukę (opis kolumny wskazuje na" Cena netto za szt."i Cena brutto za szt.) podane ilości wskazują na ilości opakowań a nie sztuk ?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający w części 12 pozycja 3 dopuszcza wycenę leku Monover w postaci fiołek

Zamawiający w częściach 1-9,11-12 wymaga wycenę opakowań. W formularzu cenowym został umieszczony błędny zapis, poprawny zapis brzmi :”Cena netto za opakowanie”, „Cena brutto za opakowanie”

Zestaw pytań nr 3

Pytania do wzoru umowy:

Pytanie 1

1. Do §1 ust. 7, §3 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 7, §3 ust. 1 wzoru umowy, 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. 7, §3 ust. 1 wzoru umowy jest na tyle ogólna oraz 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające 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 Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 2

Do §1 ust. 8 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie minimalnego gwarantowanego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70% wartości brutto zamówienia dla danej części?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 3

Do §1 ust. 8 lit. b), §6 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z umowy §1 ust. 8 lit.b) oraz §6 ust. 6. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że zapisy te w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania umowy, a także umożliwiając dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 4

Do §2 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu realizacji dostaw do godziny 13.00?

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 5

Do §5 ust. 1 lit. a) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §5 ust. 1 lit. a) wzoru umowy do wysokości 5% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 6

Do §5 ust. 1 lit. e) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §5 ust. 1 lit. e) wzoru umowy do wysokości 100,00 zł brutto za każde tego rodzaju zdarzenie?

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 7

Do §5 ust. 1 lit. f) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z projektu umowy zapisu §5 ust. 1 lit. f) jako niezgodnego z normami współżycia społecznego i będącego nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługującego 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 Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 8

Do §5 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów: „, pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość dokonania potrącenia wynikać będzie z aktualnych oraz bezwzględnie obowiązujących norm prawnych.”.

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 9

Do §5 ust. 8 wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie zapisu dotyczącego naliczenia dodatkowej kary umownej przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia zastępczego, gdyż zapis §5 ust. 6 wzoru umowy zobowiązuje Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego wykonawcy oraz kosztów transportu.

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 10

Do §6 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Dostawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedawcę do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”.

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 11

Do §6 ust. 5 oraz §8 ust. 7 pkt 14 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §6 ust. 5 oraz §8 ust. 7 pkt 14 wzoru umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać za 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 §6 ust. 5 oraz §8 ust. 7 pkt 14 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 będą w trakcie wykonywania kontraktu oraz 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 2.01.2017 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 stanowią 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.*

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 12

Do §8 ust. 7 pkt 1, pkt 12, pkt 13 wzoru umowy: Prosimy o informację czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 13

Do §9 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy. Wnosimy o obniżenie do 5% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia. Wskazujemy przy tym, że proponowany przez Zamawiającego próg 8% spowodować może konieczność ponoszenia rażących strat po stronie wykonawcy zamówienia

i sprzedaż poniżej kosztów zakupu (maksymalne marże, w których zawierają się koszty i zysk wykonawcy najczęściej nie przekraczają 5%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 14

Do §9 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy: Prosimy o dopuszczenie ponownej waloryzacji wynagrodzenia, gdyż umowa ma być zawarta na okres 24 miesiące, a ponadto na podstawie zapisu §8 ust. 7 pkt 9 wzoru umowy, istnieje możliwość wydłużenia okresu jej obowiązywania.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 15

Do §9 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §3 ust. 1 wzoru umowy?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 16

Do §9 ust. 3 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §9 ust. 3 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 Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zestaw pytań nr 4

Pytanie 1

Czy Zamawiający w Pakiecie nr 9 - BCG ad immunocurationem (Proszek i rozpuszczalnik do sporządzania zawiesiny do podawania do pęcherza moczowego, nie mniej niż 200 mln żywych prątków BCG) - wymagał będzie wlewki do pęcherza moczowego, produktu leczniczego w systemie zamkniętym, bezpiecznym dla pacjenta i personelu medycznego?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający wymaga systemu zamkniętego dołączonego do wyposażenia leku.

Zestaw pytań nr 5

Pytanie 1

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 5 ust. 1:

1. Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający naliczał będzie kary umowne w wysokości:
 - a) za niedostarczenie przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 3 – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto należnego za niedostarczoną część zamówienia, za każdy dzień zwłoki, jednak nie mniej niż **50 zł i nie więcej niż 10% wynagrodzenia brutto należnego za niedostarczoną część zamówienia.**

e) za nieudostępnienie dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 3 albo § 1 ust. 6 w terminie 5 dni od dnia otrzymania pisemnego wezwania do ich przedstawienia w wysokości **100,00 zł.** brutto za każde tego rodzaju zdarzenie.

f) za przeniesienie wierzytelności (cesja wierzytelności) wynikających z niniejszej umowy z naruszeniem zapisów § 3 ust. 7, w wysokości **5 %** wartości brutto umowy.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 2

W celu zapewnienia równego traktowania stron umowy i umożliwienia Wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o wprowadzenie w § 7 ust. 2 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji oraz zamianę słów z „...od daty zgłoszenia reklamacji” na „...od daty uznania reklamacji”

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 3

3. Czy Zamawiający uzupełni projekt umowy o zapis, że na podstawie art. 106n ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług udziela Wykonawcy zgody na wystawianie i przesyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formacie pliku elektronicznego PDF na wskazany przez siebie adres poczty e-mail, ze wskazanych w umowie adresów poczty e-mail Wykonawcy?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający informuje, że dopuszcza możliwość przesyłania:
faktur i ich korekt na adres:

apteka@szpitalmswia.poznan.pl

Not obciążeniowych i not korygujących na adres:

ksiegowosc@szpitalmswia.poznan.pl

Niniejszy dokument stanowi integralną część SWZ i jest wiążący dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego.

Wyk. w 1 egz.

1/ strona internetowa

2/ a/a

Druk: M. Flis

KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych
mgr Michał Flis