

COZL/DZP/AK/3411/PN-91/22

Lublin, dnia 21.09.2022 r.

„Dostawa leków (rekombinowany ludzki hormon tyreotropowy, naproxen, diclofenac, szczepionka przeciw pneumokokom) na potrzeby COZL.”

Działając w oparciu o zapisy art. 135 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z póź. zm.), Zamawiający informuje, że w niniejszym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

Pytanie 1:

Do §1 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §1 ust. 4. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu do dowolnego 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 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje również 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, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 2:

Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy obowiązku ustanowionego treścią §4 ust. 1 polegającego na rozładunku asortymentu w miejsca wskazane przez Zamawiającego.

Mając na uwadze treść art. 86 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, zgodnie z którym to przepisem, apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a zatem należałoby wywodzić, że do przebywania i wykonywania czynności w pomieszczeniu apteki uprawniony jest wyłącznie ograniczony krąg osób, tj. przede wszystkim ograniczony do farmaceutów oraz techników farmaceutycznych, zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie postanowienia §4 ust. 1 wzoru umowy.

Ponadto mając na uwadze zastrzeżony w art. 99 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przepis, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, natomiast zaproponowany przez zamawiającego zapis umowy wyklucza po stronie wykonawcy możliwość przeprowadzenia dokładnej kalkulacji i oszacowania kosztów, skoro:

STARSZY INSPEKTOR
Działu Zamówień Publicznych
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
im. św. Jana z Dukli

mgr Anna Kwiatkowska

- to od zamawiającego, a właściwie od wolumenu składanych przez niego zamówień, na który przecież wykonawca nie ma wpływu, wynikać będzie zakres wymaganych po stronie wykonawcy czynności;
- na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania odległości punktu wyładunku zamówienia ze środka transportu do pomieszczenia apteki szpitalnej;
- w konsekwencji zaś, na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania czasu, który konieczny będzie na dokonanie danej dostawy, a zatem oszacowania usługi, zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie postanowienia §4 ust. 1 wzoru umowy, ewentualnie zaś jego dookreślenia poprzez uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie usługi polegającej na rozmieszczeniu przedmiotu dostawy na półkach w aptece szpitalnej Zamawiającego, w tym poprzez wskazanie odległości pomiędzy miejscem rozładunku a miejscem usytuowania apteki szpitalnej, metrażu apteki szpitalnej, wysokości półek w aptece szpitalnej itp., tak aby możliwa była wycena kosztów omawianej usługi.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 3:

Do treści §5 ust. 1 wzoru umowy. Ze względu na konieczność redystrybucji zwróconego leku prosimy o zmianę wymogu wskazanego w zdaniu przedostatnim w §5 ust. 1 wzoru umowy, poprzez następujący zapis: "Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwrotu produktu leczniczego na w ciągu 30 dni od daty dostawy."

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 4:

Do treści §6 ust. 1 lit. b) wzoru umowy. Prosimy o obniżenie wysokości kary zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w dostawie produktów leczniczych lub w przypadku dostarczenia produktów leczniczych niezgodnie ze złożonym przez Zamawiającego zamówieniem, kara w wysokości 0,4% wartości brutto niezrealizowanej części dostawy (złożonego zamówienia), za każdą godzinę zwłoki."

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 5:

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy: Prosimy o zmian sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania umowy w taki sposób, aby wynosiła 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 6:

Do treści §6 ust. 2 oraz 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 2 Umowy o treści: „Zamawiający uprawniony jest do zakupu towaru u Wykonawcy Zastępczego na wyłączny koszt i ryzyko Wykonawcy. Wykonawca pokryje wszelkie koszty związane z wykonaniem zakupu zastępczego w tym również niezbędne koszty związane z transportem.” na zdanie następujące: „Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciąży Sprzedawcę” Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłyby do niesłusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondek, red. K. Osajda, 2021 r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I

ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19). Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 7:

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 1.5? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażąco stratą po stronie Wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 8:

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 1.6? Zgodnie z art. 433 pkt. 4 ustawy PZP umowa winna wskazywać minimalną wartość zamówienia. Realizacja każdej umowy obarczona jest ryzykiem i w toku jej wykonywania zająć może wiele zdarzeń losowych, ograniczających zamówienie. Mimo to ustawodawca zdecydował o obowiązkowym zapisie umowy, który musi gwarantować Wykonawcy realizację określonego minimum wartościowego. Jeśli zatem minimum takie określono, to nie są dopuszczalne dalsze wyłączenia lub warunki w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 9:

Czy Zamawiający w par. 1.6 zamiast 12 miesięcy wpisze termin 3 miesięcy? Wykonawca nie może zagwarantować dostaw w okresie tak znacząco dłuższym, niż pierwotny, na identycznych zasadach i za tę samą cenę.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 10:

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w zakresie terminu dostaw na cito. Zgodnie z par. 4.2.2 termin ten określony jest w dni robocze: w przypadku zamówień „na cito” w dni robocze (od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy), natomiast w par. 4.3 zapisano: Jeżeli termin dostawy przypada na dzień wolny od pracy, dostawa nastąpi w pierwszym dniu roboczym po wyznaczonym terminie, za wyjątkiem dostaw „na cito”. Jak zatem należy liczyć termin 12 godzin dla dostaw na cito: tylko w dni robocze (czyli zamówienie złożone np., w piątek po godz. 12.00 jest realizowane w poniedziałek), jak stanowi par. 4.2.2, czy w dni kalendarzowe (zamówienie złożone w piątek po godz. 12.00 jest realizowane w sobotę w nocy), jak stanowi par. 4.3?

Odpowiedź: Zamawiający zmienia zapisy §4 ust. 2 pkt 2) załącznika nr 3 SWZ – Projektowane postanowienia umowy, nadając mu brzmienie „w przypadku zamówień „na cito” – w jak najkrótszym czasie uzgodnionym z Kierownikiem Apteki Szpitalnej, nie dłuższym niż 12 godzin od złożenia zamówienia”. Strony zamienne w załączeniu.

Pytanie 11:

Czy Zamawiający w par. 5.1 wykreśli zapisy o możliwości zwrotu leków? Skoro leki z określonym terminem ważności zostały (dobrowolnie) przyjęte przez Zamawiającego, to brak podstaw do ich zwrotu po dokonaniu zakupu. Własność towaru przechodzi na nabywcę z chwilą jego wydania. Zapis o możliwości zwrotu zamówionych i dobrowolnie przyjętych produktów jest rażąco sprzeczny z naturą stosunku prawnego łączącego strony, a także, z uwagi na przedmiot dostaw (leki) naraża Wykonawcę na rażącą stratę, gdyż produkty te nie będą nadawać się do dalszej odsprzedaży. Ponadto, z uwagi na przeniesienie własności leków w dacie dostawy, czynność ta jest w istocie odsprzedażą hurtową leków na rzecz Dostawcy, do czego Zamawiający nie jest upoważniony.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 12:

Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 6.1.b to jest naliczać ją będzie za dzień, a nie godzinę zwłoki? Obecna kara jest rażąco wygórowana.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 13:

Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 6.1.d, to jest zamiast trzykrotności różnicy cen naliczy ją jako jednokrotność tej różnicy? Obecna kara jest rażąco wygórowana.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zmiana Załącznika nr 3 – Projektowane postanowienia umowy – Strony zamienne w załączeniu.

Zmiany wchodzi w życie z dniem podpisania. Pozostałe zapisy SWZ pozostają bez zmian.

ZASTĘPCA DYREKTORA
ds. Finansowych i Infrastruktury
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
im. Św. Jana z Dukli
mgr Dariusz Ciwiński

KIEROWNIK
DZIAŁU ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
im. Św. Jana z Dukli
mgr Mariena Koziej

STARSZY INSPEKTOR
Działu Zamówień Publicznych
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
im. św. Jana z Dukli
mgr Anna Kwiatkowska
Anna Kwiatkowska