



SZPITAL SPECJALISTYCZNY

w PILE

im. Stanisława Staszica

64-920 Piła, ul. Rydygiera 1

Sekretariat 67 210 62 05
Centrala 67 210 66 66
Fax 67 212 40 85
e-mail: kancelaria@szpital.pila.pl
www.szpitalpila.pl



Piła, dn. 14.03.2023 roku

FZP.III-241/10/23

Wszyscy uczestnicy postępowania

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „LEKI DO PROGRAMÓW LEKOWYCH”

Szpital Specjalistyczny w Pile informuje, że do wyżej wymienionego przetargu wpłynęły następujące pytania:

Pytanie nr 1.

Dotyczy paragrafu 6 ust 12 oraz paragrafu 11 ust 5 umowy

Zamawiający w paragrafie 6 ust 12 oraz paragrafie 11 ust 5 umowy wskazał:

„W przypadku zaprzestania produkcji leku przez producenta Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia leku synonimowego tj. o tej samej substancji czynnej, postaci i dawce, w cenie leku zaoferowanego w ofercie.”

„W przypadku wprowadzenia na rynek nowego, tańszego zamiennika produktu farmaceutycznego Zamawiający ma prawo żądać zmiany zaproponowanego w ofercie produktu farmaceutycznego na nowy, tańszy zamiennik.”.

Tak sformułowane postanowienia w sposób nieuzasadniony zakładają, że każdy wykonawca posiada w swoim portfolio komplet leków referencyjnych i generycznych lub biopodobnych, podczas gdy Roche Polska dystrybuuje bezpośrednio produkty lecznicze, w odniesieniu do których jest przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego, a zatem w przypadku zaprzestania produkcji leku z oferty oraz pojawienia się tańszego odpowiednika, Wykonawca nie jest w stanie dostarczyć innego leku o tej samej nazwie międzynarodowej na żądanie Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, czy Zamawiający dopuszcza możliwość usunięcia wskazanych powyżej zapisów lub odpowiednią modyfikację ze wskazaniem wyłączenia ich stosowania w odniesieniu do zadania nr 2 ?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody

Pytanie nr 2.

Dotyczy paragrafu 6 ust 3 umowy

Zamawiający w paragrafie 6 ust. 3 wzoru umowy zastrzegł, iż:

„Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia przedmiotu umowy w ciągu 24 godzin od momentu złożenia zamówienia lub w ciągu 12 godzin od momentu zamówienia w przypadku zamówienia opatrzonego hasłem „cito”. Jeżeli dostawa wypada w dniu wolnym od pracy lub poza godzinami pracy apteki szpitalnej, dostawa nastąpi w pierwszym dniu roboczym po wyznaczonym terminie, jednak nie dotyczy to dostaw na hasło cito.

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy „na cito” odbywają się od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni wolnych od pracy.

W związku z powyższym czy Zamawiający wyrazi zgodę na termin dostaw „na cito” do 12 godzin od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni wolnych od pracy, od momentu złożenia zamówienia dla zadania nr 2?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę i zmienia treść ust 3 w § 6 na:

„3. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia przedmiotu umowy w ciągu 24 godzin od momentu złożenia zamówienia lub w ciągu 12 godzin od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni wolnych od pracy, od momentu zamówienia w przypadku zamówienia opatrzonego hasłem „cito”. Jeżeli dostawa wypada w dniu wolnym od pracy lub poza godzinami pracy apteki szpitalnej, dostawa nastąpi w pierwszym dniu roboczym po wyznaczonym terminie, jednak nie dotyczy to dostaw na hasło cito.”

Pytanie nr 3.

Dotyczy zapisów w paragrafie 8 ust 2 umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji § 8 ust. 2 w ten sposób, że:

„W przypadku odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy lub Zamawiającego druga strona może dochodzić od strony winnej kary umownej w wysokości 10% niezrealizowanej wartości brutto zadania,”

Uzasadnienie

Zdaniem Wykonawcy niewłaściwym są postanowienia Umowy, w których kara umowna naliczana jest od kwoty zamówienia stanowiącej 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 nie wyraża zgody

Pytanie nr 4.

Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą startą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę (dotyczy zapisów §6 ust.12, §11 ust.3 ppkt c), d) i ust.5 projektu umowy)?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody

Pytanie nr 5.

Do treści §6 ust.15 projektu 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 nie wyraża zgody

Pytanie nr 6.

Do §8 ust.1 projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie bardziej jednoznacznego zapisu o karze w wysokości 0,3% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody

Pytanie nr 7.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §8 ust.2 poprzez zapis o ewentualnej karze w przypadku wypowiedzenia umowy lub jej rozwiązania z winy Wykonawcy, w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody

Pytanie nr 8.

Do §9 ust. 3 lit. a) wzoru umowy. Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy treści §9 ust. 3 lit. a). W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższy zapis w sposób rażąco narusza równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, które obowiązywać będą w trakcie realizacji umowy, a także umożliwiając Zamawiającemu 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 2021 poz. 1129 ze 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 stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody

Pytanie nr 9.

Do §9 ust. 3 lit. b) wzoru umowy. Wnosimy o wykreślenie z wzoru umowy zapisu §9 ust. 3 lit. b). Wskazujemy, że Wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na wycenę finansowania procedur medycznych przez NFZ i w związku z tym nie może być obarczany ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności rozwiązania umowy w związku ze zmniejszeniem lub odstąpieniem od finansowania procedury medycznej przez NFZ.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody

Pytanie nr 10.

Do §9 ust. 3 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia wskazanego w §9 ust. 3 lit. c) 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 §9 ust. 3 lit. c) 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).

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: Zamawiający nie wyraża zgody