



Nr sprawy: 32/PNE/SW/2023

Sosnowiec, dnia 05.07.2023r.

Dotyczy: postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn **„Dostawa leków do programów lekowych B.141, B.138, B. 56 ”**

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu zgodnie z art. 135 ust. 1, 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, udostępniamy treść zapytań wraz z wyjaśnieniem wszystkim uczestnikom postępowania, bez ujawniania źródła zapytania.

;

ZESTAW 1

Pytanie 1

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 8 ust 7 w ten sposób, że:

*„7. Poza przypadkami określonymi w przepisach art. 456 ustawy Pzp i innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa, bądź pozostałych postanowieniach Umowy, Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy, bez konieczności uprzedniego wzywania Wykonawcy do należytej realizacji Umowy, i naliczyć karę umowną w wysokości
10 % niezrealizowanego wynagrodzenia umownego brutto, w przypadkach, gdy:
.....”*

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 podtrzymuje zapisy umowy.

ZESTAW 2

Pytanie 1

Dotyczy terminu dostaw dla części nr 2

Zamawiający w paragrafie 3 ust. 9 wzoru umowy zastrzegł prawo do składania zamówień, gdzie realizacja zamówienia winna nastąpić w terminie 48 godzin od daty, chwili otrzymania zamówienia.

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy odbywają się w dni robocze, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawy w dni robocze, w ciągu 48 h od momentu złożenia zamówienia dla części nr 2?

Przez dni robocze Wykonawca ma na myśli dni od poniedziałku do piątku (włącznie), nie obejmujące weekendów i dni ustawowo wolnych od pracy.





Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż wyraża zgodę na powyższe. Zamawiający modyfikuje załącznik nr 7- wzór umowy

Pytanie 2

Dotyczy terminu ważności leku dla części nr 2

Zaproponowany przez Zamawiającego termin ważności -12 miesięcy, dla produktu leczniczego Enspryng (satralizumab) nie jest możliwy do spełnienia dla Wykonawcy, ze względu na fakt, iż Roche Polska otrzymuje produkty lecznicze od spółek z grupy kapitałowej według z góry ustalonego harmonogramu dostaw na który ma ograniczony wpływ. W związku z tym Wykonawca nie ma możliwości zmiany harmonogramu dostaw tak aby zagwarantować tak długi termin przydatności produktu.

W związku z powyższym czy Zamawiający wyrazi zgodę na skrócenie terminu ważności do 3 miesięcy od momentu złożenia zamówienia dla części nr 2?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na powyższe. Zgodnie z zapisami wzoru umowy § 2 ust. 6.

Pytanie 3

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 8 ust. 1 pkt 1) i 2) w ten sposób, że:

„1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne:

1) w wysokości **1 % wartości brutto towaru niedostarczonego w ustalonym terminie za każdy dzień zwłoki** względem terminu, o którym mowa w § 3 ust. 9 Umowy,

2) w wysokości **10 % wartości niezrealizowanej umowy brutto** –w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego albo Wykonawcę od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

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 podtrzymuje zapisy umowy.

ZESTAW 3

Pytania do wzoru umowy:

Pytanie 1

1. Do §3 ust. 1 wzoru umowy. Prosimy o doprecyzowanie zapisu §3 ust. 1 umowy, aby Wykonawcy mogli skalkulować cenę oferty w zależności od sposobu realizacji umowy. Wskazujemy, że zupełnie inne koszty ponosi wykonawca zamówienia realizując je sukcesywnie, na każde wezwanie zamawiającego a inne koszty w przypadku dostawy jednorazowej. Zapis §3 ust. 1 umowy w dotychczasowym brzmieniu jest sprzeczny z wymogami zawartymi w art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2021 poz. 1129 ze zm.), który nakazuje przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie sposób realizacji umowy tj. jednorazowa dostawa lub dostawy sukcesywne w okresie 24 miesięcy, ma znaczący wpływ na sporządzenie oferty.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na powyższe.





Pytanie 2

2. Do §3 ust. 6 wzoru umowy. Dlaczego uchybienie terminowi określone w harmonogramie dostaw Zamawiający będzie traktował jako opóźnienie realizacji całego zamówienia? Czy ewentualne kary za opóźnienie w dostawie będą w takiej sytuacji naliczane od wartości całego zamówienia? Wskazujemy, że faktyczne opóźnienie może dotyczyć tylko niewielkiej części złożonego zamówienia, a Wykonawca nie powinien zostać ukarany za tę część zamówienia, którą zrealizował w terminie.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż podtrzymuje zapisy umowy.

Pytanie 3

3. Do §3 ust. 7 i §6 ust. 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający będzie potwierdzał odbiór dostarczonego przedmiotu zamówienia (umowy) na podstawie załączonej do dostawy faktury VAT, która zgodnie z obowiązującymi przepisami jest jednocześnie dokumentem potwierdzającym dostawę (protokołem zdawczo – odbiorczym)?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisami umowy.

Pytanie 4

4. Do §8 ust. 1 lit. a) wzoru umowy. Czy w przypadku dostaw sukcesywnych Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kary umownej za opóźnienie dostaw w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto niedostarczonej części zamówienia za każdy dzień opóźnienia? Dotychczasowe brzmienie §8 ust. 1 lit. a) wzoru umowy jest niejednoznaczne i wskazuje, że kara może być naliczana od wartości całej zawartej umowy lub od wartości części zamówienia. Oba przypadki są jednak nieadekwatne do popełnionego przewinienia, ponieważ opóźnienie w dostawie może dotyczyć niewielkiej części zamówienia, a przewidziana kara obejmuje całą wartość zamówienia przewidzianą w umowie.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisami umowy.

Pytanie 5

5. Do §8 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów: „, pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość dokonania potrącenia wynika z aktualnych, bezwzględnie obowiązujących norm prawnych.”.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody.

Pytanie 6

6. Do §8 ust. 9 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę fragmentu §8 ust. 9 wzoru umowy o treści: „powierzyć wykonanie dostawy Towaru podmiotom trzecim na koszt i ryzyko wykonawcy (wykonanie zastępcze)” na zdanie następujące: „Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciąża 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, prowadziły 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 informuje, iż nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 7

7. Do §12 ust. 3 pkt 8) wzoru umowy. 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 rażąco strata dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody, ponieważ zmiany umowy w takich okolicznościach zostały opisane precyzyjnie

Pytanie 8

8. Do §12 ust. 6 wzoru umowy: Adekwatnie do brzmienia art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021, poz. 1129 z późn. zm.) prosimy o zmianę terminu uprawniającego Wykonawcę do dokonania pierwszej i każdej kolejnej zmiany wynagrodzenia z 12 na 6 miesięcy.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 9

9. Do §12 ust. 8 wzoru umowy: Prosimy o rezygnację z opisanego w §12 ust. 8 wzoru umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia opartego na szczegółowej kalkulacji cen materiałów lub kosztów oraz na możliwości żądania przez Zamawiającego wyjaśnień lub dowodów co do poszczególnych elementów kalkulacji, oraz zastąpienie go automatyczną indeksacją wynagrodzenia Wykonawcy opartą o konkretną obiektywną wartość, taką jak skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS (potocznie inflacja) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji (tabela: Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku, Poprzedni miesiąc = 100). Wyjaśniamy, że „podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją robót budowlanych lub usług w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na powyższe.

p.o. Dyrektor
ds. Ekonomicznych i Zarządzania Majątkiem

Agnieszka Kozak

