

DZP.271.25.2023-6

Bielsko-Biała, dnia 30.06.2023 r.

dotyczy: postępowania przetargowego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwymi negocjacjami art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych na dostawę generatorów molibdenowo-technetowych wraz z ligandami oraz radiofarmaceutykami dla potrzeb Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II przy ul. Wyzwolenia 18, w Bielsku – Białej, znak sprawy: DZP.271.25.2023

Uprzejmie informujemy, iż do siedziby Zamawiającego wpłynęły zapytania do SWZ o treści :

Pytanie do SWZ: 1. Do Roz. IV pkt 10 SWZ: Prosimy o zmianę miejsca dostawy przedmiotu umowy dla pakietu nr 2 w taki sposób, aby następowała ona w tym zakresie wyłącznie do pomieszczeń apteki szpitalnej Zamawiającego. Jednocześnie wyjaśniamy, że wymienione w pakiecie nr 2 produkt nie zawiera otwartych źródeł promieniowania, nie jest zatem uznawane za materiały radioaktywne, w konsekwencji czego ich dostawa nie odbywa się w reżimie określonym przez Prawo atomowe (czyli na przykład do dedykowanych pomieszczeń Zakładu Medycyny Nuklearnej Zamawiającego), a co za tym idzie podlega ogólnym regułom określonym przez Prawo farmaceutyczne i DPD. Dostawa takiego produktu do podmiotu leczniczego, analogicznie jak wszystkich innych produktów leczniczych, może być prowadzona wyłącznie do pomieszczeń apteki szpitalnej.

ODPOWIEDŹ:

W odpowiedzi Zamawiający modyfikuje zgodnie z art. 286 ust. 1 Pzp zapisy Rozdziału IV pkt 10 SWZ poprzez dopisanie „za wyjątkiem Pakietu nr 2, gdzie miejscem dostawy będzie Apteka Szpitalna mieszcząca się przy ul. Wyzwolenia 18.”

Pytania do wzoru umowy:

1. Do §2 ust.2, 3 wzoru umowy:

Prosimy o modyfikację treści §2 ust.2, 3 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 §4 ust. 2 oraz powiązanych z nim §2 ust.2, 3 wzoru umowy są 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.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający odmawia dokonania zmiany zgodnie z wskazaniem Wykonawcy i kwestionuje twierdzenia Wykonawcy zawarte w „pytaniu”.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 pzp „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”. Umowa w treści kwestionowanego § 4 ust. 2 wskazano, że „Zamawiający zobowiązuje się do wykonania umowy na poziomie co najmniej 70% wartości zamówienia określonej w § 3 ust. 1 umowy.”, a zatem minimalna wartość świadczenia stron wskazana jest wprost i jednoznacznie, zatem wbrew twierdzeniom Wykonawcy umowa nie zawiera klauzul abuzywnych i jest zgodna z założeniami przepisów art. 433 i art. 99 pzp.

Po drugie Wykonawca błędnie rozumie opisane w treści art. 444 prawo opcji, ponieważ brzmienie projektu umowy wcale nie wskazuje na zamiar realizacji zamówienia w zakresie podstawowym i dodatkowym. Zgodnie z poglądami nauki prawa i orzecznictwa „*prawo opcji można zdefiniować jako jednostronne uprawnienie zamawiającego do kształtowania zakresu zamówienia, polegające na możliwości rozszerzenia zamówienia podstawowego (nazywanego również głównym) o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania może wystąpić na etapie realizacji zamówienia.*” (M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2022). W przypadku prawa opcji zakres nim objęty niekoniecznie musi być tożsamy przedmiotowo z częścią, której realizacja jest pewna (np. leasing z opcją wykupu), a prawo opcji nie jest w żadnym razie instytucją, która pozwala procentowo rozszerzać pierwotnie określony przedmiot umowy, na co z nieuzasadnionych względów wskazuje Wykonawca.

Zamawiający precyzyjnie określił dla każdej pozycji asortymentowej, na jakim poziomie szacuje wykonanie zamówienia poprzez wskazanie liczby żądanych opakowań konkretnego asortymentu, a zatem Wykonawca nie powinien mieć problemu z oszacowaniem swojego wynagrodzenia, co wymaga przemnożenia żądanej kwoty za poszczególną pozycję przez wskazaną przez zamawiającego żadaną liczbę opakowań. Z postanowień umowy wynika ponadto wprost, że ewentualne zmiany pomiędzy poszczególnymi pozycjami nie spowodują wzrostu wynagrodzenia za cały przedmiot umowy.

Uwzględniając powyższe wbrew twierdzeniom Wykonawcy:

1. informacje wynikające z dokumentów zamówienia pozwalają na określenie wartości wynagrodzenia do podania w ofercie;
2. zapisy umowy nie wiążą się z ryzykiem dokonania zmiany umowy w sposób sprzeczny z przepisem art. 455 pzp i nie przewidują zwiększania ustalonej w umowie wartości wynagrodzenia;
3. Zamawiający jednoznacznie i konkretnie wskazał minimalną wartość świadczenia stron;



7. W związku z zamiarem przystąpienia do przetargu w zakresie części 2, gdzie oferujemy produkt leczniczy, zwracamy się z prośbą o odstąpienie w zakresie tej części od wymogu dostarczenia na wezwanie: - Zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na transport materiałów promieniotwórczych objętych niniejszym zamówieniem. i dostarczenia na wezwanie Zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej. Jednocześnie wyjaśniamy, że produkt ten nie należy do materiałów promieniotwórczych w związku z czym jego dostawa odbywa się specjalistycznym transportem z zachowaniem ściśle określonych wymogów (takich jak temperatura przewozu), w oparciu o zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej podlegającym ścisłej kontroli GIF.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający modyfikuje zapisy SWZ zgodnie z art. 286 ust. 1 ustawy Pzp zapisy Rozdziału VIII pkt 1 ppkt 2, tiret 2 SWZ poprzez dopisanie „, nie dotyczy ofert składanych na Pakiet nr 2.

Zmianie ulegają również zapisy Rozdziału IX pkt 2 ppkt 2.1. tiret 2 na „aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności związanej z obrotem materiałami promieniotwórczymi zgodnie z ustawą z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1941) – nie dotyczy ofert składanych na Pakiet nr 2;”.

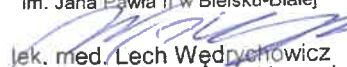
Zamawiający modyfikuje również zapisy §4 ust. 3 załącznika nr 3 do SWZ – projektu umowy poprzez dopisanie w ust. 3 „, nie dotyczy Pakietu nr 2, gdzie transport będzie się odbywał specjalistycznym transportem z zachowaniem ściśle określonych wymogów (takich jak temperatura przewozu), w oparciu o zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej podlegającym ścisłej kontroli GIF.

Jednocześnie Zamawiający zgodnie z art. 286 ust. 3 przesuwa na:

10.07.2023 r. godz.10:00 termin składania ofert,

10.07.2023 r. godz. 10:30 termin otwarcia ofert

08.08.2023 r. – termin związania ofertą

Z poważaniem
Kierownik Zakładu
Medycyny Nuklearnej
Beskidzkiego Centrum Onkologii-Szpitala Miejskiego
im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej

lek. med. Lech Wędrzychowicz
Specjalista Medycyny Nuklearnej



4. umowa nie przewiduje prawa opcji.

2. Do §3 ust. 11 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 7% 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:

Zamawiający nie wyraża zgody na wskazaną przez Wykonawcę zmianę.

Zamawiający wskazuje, że pomiędzy wartością 5% a 7% są zaledwie 2 punkty procentowe, zatem całkowicie niezrozumiałym jest, dlaczego zmiana wskaźnika na poziomie 5% będzie korzystna dla Wykonawcy, natomiast zmiana na poziomie 7% będzie wiązała się ze stratami i to na poziomie rażącym.

4. Do §3 ust. 11 pkt 6) 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 §2 ust. 1 wzoru umowy?

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na wskazaną przez Wykonawcę zmianę.

5. Do §3 ust. 11 wzoru umowy.

Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §3 ust. 11 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jak 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:

Zamawiający nie wyraża zgody na wskazaną przez Wykonawcę zmianę.

6. Dotyczy rozdziału IX SWZ pkt 2 ppkt 2.2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w rozdziale VIII SWZ dotyczącego wykazu dostaw poprzez wykazanie, iż wykonawca w ciągu ostatnich trzech lat wykonał co najmniej dwie dostawy produktów leczniczych – dotyczy pakietu nr 2 ? Jednocześnie wyjaśniamy, że zaoferowany w pakiecie nr 2 produkt jest zarejestrowany jako produkt leczniczy i jego dostawa odbywa się specjalistycznym transportem z zachowaniem ściśle określonych wymogów (takich jak temperatura przewozu), w oparciu o zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej podlegającym ścisłej kontroli GIF.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający pod pojęciem ligandów, rozumie również produkty lecznicze służące do sporządzenia radiofarmaceutyku podawanego pacjentowi w celu wykonania badania scyntygraficznego, dlatego Zamawiający uzna za spełnienie warunku określonego w rozdziale VIII pkt 1, ppkt 4 na podstawie potwierdzenia wykonania co najmniej 2 dostaw produktów leczniczych.

