

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 23.01.2023 roku

ZP/p/33/2023

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

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa leków stosowanych w programie - Leczenie stwardnienia rozsianego oraz w programie – Profilaktyczne leczenie chorych na migrenę przewlekłą”.

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ Nr 2

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 zapytań nr 1

Pytanie 1

1. 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 2

Do §5 ust. 1 lit. a) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary za nienależyte wykonanie umowy do wysokości 5% wartości brutto nienależycie wykonanej części umowy?

Odpowiedź Zamawiającego

Zgodnie z Wyjaśnieniami SWZ nr 1 z dnia 18.01.2023 r.:

Zamawiający modyfikuje § 5 ust. 1 pkt. a wzoru umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

1. **Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający naliczał będzie kary umowne w wysokości:**
 - a) **za nienależyte wykonanie umowy - w wysokości 10% wynagrodzenia brutto niezrealizowanej części umowy; przez nienależyte wykonanie umowy rozumie się w szczególności naruszenie postanowień umowy określonych w § 2, 3, 7, (za wyjątkiem sytuacji opisanej w § 5 ust. 1 lit. b).**

Pytanie 3

Do §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień umowy §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna zastrzeżona na wypadek opóźnienia w realizacji zamówienia była wyłącznie proporcjonalna do wartości pozycji (części) zamówienia zrealizowanej z opóźnieniem - bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 100 zł - i wynosiła 0,5% od wartości tej pozycji (części), za

każdy dzień opóźnienia? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 100 zł) nie zostaje uzależniona ani od realnej wartości niezrealizowanej terminowo pozycji zamówienia, czy od poniesionej przez Zamawiającego szkody, ani też od żadnych innych obiektywnych czynników. W konsekwencji, taki sposób naliczania budzi zastrzeżenia wykonawcy z uwagi na fakt, iż może być on dotknięty sankcją nieważności na podstawie art. 353¹ Kodeksu cywilnego - ze względu na sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego. Reasumując, ww. sankcje wynikające z proponowanej treści umowy nie spełniają zasadniczego celu, dla którego są wprowadzane i uwzględniają jedynie represyjną funkcję kary umownej. Mając na uwadze powyższe, wykonawca wnosi o zmianę wspomnianego zapisu, aby był on zgodny z reżimem prawa cywilnego.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 4

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

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 5

Do §5 ust. 1 lit. f) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z postanowień umowy zapisu §5 ust. 1 lit. h) 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 ostateczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 6

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 nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 7

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 nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 8

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 Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 9

Do §6 ust. 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §6 ust. 5. Wzoru Umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać jako 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 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 obowiązują w trakcie wykonywania kontraktu, a także 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 niewykonania 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 2.1.2017 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 stanowi 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 następujący 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 nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 10

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 nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 11

Do §9 ust. 3 pkt 8) wzoru umowy: Czy Zamawiający dopuści zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w wyniku waloryzacji do łącznie 10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 ?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

**Pytanie 1
dotyczy wzoru umowy**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 5 ust. 1 pkt a) w ten sposób, że:

„§ 5

1. *Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający naliczał będzie kary umowne w wysokości:*

b) za nienależyte wykonanie umowy - w wysokości 10% niewykonanej części umowy brutto, przez nienależyte wykonanie umowy rozumie się w szczególności naruszenie postanowień umowy określonych w § 2, 3, 7, (za wyjątkiem sytuacji opisanej w § 5 ust. 1 lit. b).,”

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 Zamawiającego

Zgodnie z Wyjaśnieniami SWZ nr 1 z dnia 18.01.2023 r.:

Zamawiający modyfikuje § 5 ust. 1 pkt. a wzoru umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

1. *Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający naliczał będzie kary umowne w wysokości:*

a) za nienależyte wykonanie umowy - w wysokości 10% wynagrodzenia brutto niezrealizowanej części umowy; przez nienależyte wykonanie umowy rozumie się w szczególności naruszenie postanowień umowy określonych w § 2, 3, 7, (za wyjątkiem sytuacji opisanej w § 5 ust. 1 lit. b).

**Pytanie 2
dotyczy wzoru umowy**

Zamawiający w paragrafie 2 ust 3 umowy wskazał, iż Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu Towar w dniach roboczych (poniedziałek–piątek) w godzinach od 7.00do11:00 własnym transportem, na własny koszt i ryzyko, nie później niż w ciągu 1 dnia roboczego od daty otrzymania zamówienia, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy.

W nawiązaniu do powyższego czy Zamawiający wyrazi zgodę na o wydłużenie godzin dostaw do 14:00 z powodów logistycznych dla części nr 15.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zestaw zapytań nr 3

Pytanie 1

Dotyczy pakietu nr 2 poz. 1. Czy Zamawiający dopuszcza wycenę wszystkich produktów leczniczych octanu glatirameru, refundowanych w programie lekowym B.29, zgodnie z obwieszczeniem Ministra Zdrowia?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający dopuszcza wycenę wszystkich produktów leczniczych octanu glatirameru, refundowanych w programie lekowym B.29, zgodnie z obwieszczeniem Ministra Zdrowia

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: A.Szylko