

Sprawa ZP/39/2024

Wszyscy zainteresowani

Dotyczy: postępowania w trybie podstawowym na „*Zakup i dostawy leków - powtórzenie*” ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00513688/01 z dnia 24.09.2024 r.

Działając na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) zwanej dalej ustawą Pzp Zamawiający: Wielospecjalistyczny Szpital w Ostrowcu Świętokrzyskim udostępnia treść zapytań wykonawców wraz z wyjaśnieniami zamawiającego:

1. Do §5 ust. 1 pkt 1.5 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §5 ust. 1 pkt 1.5, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowym 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 §5 ust. 1 pkt 1.5 jest na tyle nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro treść 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 opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, Zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1, 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień oraz spełnić łącznie trzy przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz okoliczności skorzystania z niej, a przy tym, nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy, 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 obowiązku zrealizowania jej.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

2. Do §5 ust. 3 pkt 3.1 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę? Ponadto prosimy o zmianę zapisów zobowiązujących Wykonawcę do dostarczenia próbek leków w celu dokonania akceptacji równoważnika. W związku z tym, że przedmiotem zamówienia są dostawy produktów leczniczych, zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa farmaceutycznego w obrocie hurtowym, nie mogą występować próbki leków, a wyłącznie zarejestrowane i dopuszczone do obrotu pełne opakowania produktów leczniczych. Podkreślenia ponadto wymaga fakt,

że zakazany jest obrót produktami leczniczymi nieodpowiadającymi ustalonym wymaganiom jakościowym, oraz że wszystkie produkty lecznicze będące dopuszczone do obrotu w Polsce posiadają stosowną dokumentację w postaci np. dokumentów dopuszczenia do obrotu oraz zatwierdzoną przez stosowane organy charakterystykę produktu leczniczego. Ww. dokumenty zawierają szczegółowy opis leku, który może służyć również do weryfikacji właściwości zaferowanego produktu oraz jego zgodności z wymogami Zamawiającego zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający dokona zmiany zapisu §5 ust. 3 pkt 3.1 wzoru umowy na:

„wprowadzony zostanie na rynek produkt zmodyfikowany bądź udoskonalony i po analizie dokumentów dopuszczenia do obrotu oraz charakterystykę produktu leczniczego, Zamawiający uzna że, jest on takiej samej lub lepszej jakości, bądź”.

3. Do §6 ust. 1 lit. a wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §6 ust. 1 lit. a wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że Strony dokonają zmiany wynagrodzenia Wykonawcy gdy wysokość ceny danego produktu może ulec zmianie w przypadku zmiany ceny jego zakupu przez Dostawcę lub zmiany kosztów jego wyprodukowania i dostawy, o co najmniej 12% poprzez zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 3%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego.

Wskazać należy, że §6 ust. 1 lit. a wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 12%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 14% (co stanowi dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając niskie marże w zamówieniach publicznych) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

4. Do §11 ust. 1 lit. b wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień §11 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 szytywnej kary, tj. 100,00 zł - i wynosiła 1% od wartości tej pozycji (części), za każdy dzień opóźnienia? Wskazujemy, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 100,00 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 tego zapisu, aby był on zgodny z reżimem prawa cywilnego.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Zamawiający informuje, że odpowiedzi na wnioski Wykonawców, a także wyjaśnienia stają się integralną częścią specyfikacji i są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia przy składaniu ofert.

Zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania wyjaśnienia i odpowiedzi na wnioski Wykonawców, bez dodatkowego wyodrębniania wprowadzonych zmian.

z upoważnienia Dyrektora

WIELOSPECJALISTYCZNY SZPITAL
w Ostrowcu Świętokrzyskim
Z-CIA DYREKTORA DS. FINANSOWYCH
Główny Księgowy
mgr JOANNA GAŁĘZIA

Robert Kalkowski