



Kup, dn. 4 września 2023 r.

Nr sprawy ZP/12/2023

Do wiadomości

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: **dostawa produktów farmaceutycznych.**

W odpowiedzi na pytania Wykonawców, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie w cz. 2 poz. 2 leku w dawce 150 mg/ ml x 1 wstrzykiwacz?

Uzasadnienie: Od dnia 1 stycznia 2023r. zgodnie z obwieszczenia Ministra Zdrowia lek Skyrizi 150 mg/ml x 1 wstrzykiwacz jest objęty refundacją w zakresie programu lekowego „B.47. LECZENIE UMIARKOWANEJ I CIĘŻKIEJ POSTACI ŁUSZCZYCY PLACKOWATEJ”. Objęty refundacją wstrzykiwacz to pełna, zalecana w terapii łuszczycy i łuszczycowego zapalenia stawów, dawka leku w jednym wstrzyknięciu, dlatego Wykonawca będzie sukcesywnie zastępować opakowaniem 150 mg/ml x 1 wstrzykiwacz dotychczasową postacią. Lek jest także refundowany w programie B.35?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

2. Dotyczy § 3 ust. 1 wzoru umowy – termin dostawy. Czy Zamawiający wydłuży termin realizacji dostaw na czas niezbędny do ich prawidłowej realizacji, tj. na czas min. 48 godzin dla części nr 2? Obecny zapis wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego w przypadku leków, które ze względu na specyfikę i konieczność planowania podania z wyprzedzeniem nie wymagają dostaw na dzień następnego od daty złożenia zamówienia.

Odp.: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisów. W związku z powyższym zmianie ulegają zapisy w § 3 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, które otrzymują brzmienie:

„§ 3 ust. 1 pkt. Wykonawca zobowiązuje się do sukcesywnej dostawy asortymentu w pozycjach i ilościach wynikających z bieżących potrzeb Zamawiającego, po uprzednim zgłoszeniu zamówienia faksem bądź w formie dokumentu elektronicznego doręzonego na adres e-mail: apteka@szpital-kup.eu w ciągu:

- a) **24 godzin** od momentu złożenia zamówienia w godzinach od 7:30 do 14:00, loco Apteka Szpitalna/Dział Farmacji a zamówienia złożone przed dniem wolnym od pracy dostarczane będą w najbliższy dzień roboczy do godziny 10:00 – dla zakresu określonego w zestawie 1 – leki różne,
- b) **48 godzin** od momentu złożenia zamówienia w godzinach od 7:30 do 14:00, loco Apteka Szpitalna/Dział Farmacji a zamówienia złożone przed dniem wolnym od pracy dostarczane będą w najbliższy dzień roboczy do godziny 10:00 – dla zakresu określonego w zestawie 2 – leki biologiczne,

3. Dotyczy § 8 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy – kary umowne - Czy Zamawiający zgodzi się w § 8 ust. 1 pkt. 1 wzoru umowy na zmianę kary umownej wynoszącej 5,00% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy brutto określonego w postanowieniu § 6 ust. 1 na karę wynoszącą 5,00% wartość brutto niezrealizowanej części umowy? Mając na uwadze wytyczne UZP i wypracowane stanowisko KIO w którym określając wysokość kar umownych, Zamawiający powinien kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt restrykcyjne kary umowne w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia. Powyższy zapis w brzmieniu przewidującym karę umowną zamówienia również prawidłowo zrealizowanego pozostaje w sprzeczności funkcją kary umownej określonej przez przepisy kodeksu cywilnego.

Odp.: Zapisy pozostają bez zmian.

4. Zwracamy się z prośbą o określenie w jaki sposób postąpić w przypadku tymczasowego braku dostępności lub zakończonej produkcji danego preparatu. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podanie ostatniej ceny oraz zawarcie stosownej informacji pod pakietem?

Odp.: W przypadku tymczasowego braku dostępności lub zakończonej produkcji danego preparatu należy podać ostatnią cenę oraz zawrzeć stosowną informację pod pakietem.

5. Pak. 1 poz. 9. Czy Zamawiający dopuści wycenę produktu MIG dla dzieci Forte, 40 mg/ml, zaw. doustna, o pojemn. 100 ml x25 opak.?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

6. Pak. 1 poz. 12. Czy Zamawiający dopuści postać tabl. powl.?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

7. Pak. 1 poz. 14. Czy Zamawiający dopuści wycenę produktu aer. do nosa, 10 ml, butel.?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

8. Do §4 ust. 8 oraz §7 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 kodeksu cywilnego: „(...)”, z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odp.: Postanowienia pozostają bez zmian.

9. Do §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za rozwiązanie umowy, w ten sposób, aby wynosiła ona 5% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odp.: Postanowienia pozostają bez zmian.

10. Do §8 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub podlegającego reklamacji/gwarancji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odp.: Postanowienia pozostają bez zmian.

11. Do §8 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy. Prosimy o wyjaśnienie, naruszenie jakiego zobowiązania ma Zamawiający na myśli, powołując się na zapis §1 ust. 7 wzoru umowy, który stanowi, że integralną częścią umowy są SWZ wraz z załącznikami oraz oferta Wykonawcy?

Odp.: Odesłanie winno być do postanowienia § 1 ust. 6 umowy.

12. Do §9 ust. 2 pkt 1 lit. e) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §9 ust. 2 pkt 1 lit. e) poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §9 ust. 2 pkt 1 lit. e) jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie 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 sporządzonym 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, a tym samym 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 nieokreślonego 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.

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian. Dla zastosowania tego postanowienia wymagana jest zgoda obydwu stron umowy. Oznacza to, że zmiana w tym zakresie nie może zostać dokonana jednostronnie (poprzez jednostronne oświadczenie woli). Kwestia wskazania w treści umowy potencjalnych, umownych podstaw do jej przyszłej zmiany jest instytucją zupełnie inną od chociażby prawa opcji, które jest prawem jednostronnym i faktycznie musi określać wskazane przez Państwa parametry.

13. Do §10 ust. 5 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §10 ust. 5 poprzez usunięcie fragmentu o dołączaniu do wniosku o waloryzację wynagrodzenia szczegółowej kalkulacji kosztów, mających wpływ na przedmiotową zmianę, albowiem uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę ww. kalkulacji uznać należy za nieuprawnione w świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP, a określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia - zgodnie z zamysłem ustawodawcy, a także ideą oraz istotą samej waloryzacji - powinno następować poprzez odesłanie do obiektywnych, jednoznacznych oraz niezależnych od stron umowy wskaźników makroekonomicznych. Zatem, do uruchomienia mechanizmu waloryzacji wystarczającym winno być złożenie przez Wykonawcę wniosku, w którym powoła się na wzrost wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Wymóg przedłożenia przez Wykonawcę kalkulacji zawierającej zestawienie kosztów ponoszonych przez Wykonawcę wraz ze stosownymi obliczeniami i uzasadnieniem stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 PZP, albowiem – wbrew woli ustawodawcy – stanowi on jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP nie jest bowiem uprawnionym obciążanie Wykonawcy tak daleko idącymi obowiązkami celem przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się, że zmiana wynagrodzenia winna być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem obiektywnym, jednoznacznym, łatwo dostępnym, niezależnym od stron umowy, jak najbliżej związanym z przedmiotem zamówienia (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439), np. wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanym w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Tym samym podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie może wymagać 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 zamówienia w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika (tak: E. Wiatrowska... op. cit.). Poprzez wprowadzenie do PZP obligatoryjnego wymogu zawarcia w umowie postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ustawodawcy należy przypisać zamiar zastosowania automatyzmu właściwego dla instytucji waloryzacji.

Ponadto, wymóg zawarty w §10 ust. 5 stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zgodnie ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie KIO, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów), stosowane rozwiązania organizacyjne.

Odp.: Postanowienie pozostaje bez zmian. Wnioski Wykonawcy są zbyt daleko idące. Sam wzrost cen towarów i usług (sam fakt inflacji) nie oznacza jeszcze faktycznego wzrostu kosztów dostawy po stronie Wykonawcy. Fakt ten otwiera tylko drogę do waloryzacji cen, ponieważ wskazuje nam, że na rynku coś się dzieje. Na późniejszym etapie Wykonawca musi wykazać, że w przypadku jego produktu (np. konkretnego leku) doszło do wzrostu wartości poszczególnych kosztów, który powoduje konieczność zmiany (podwyższenia) ceny jednostkowej). Przyjęcie rozumowania Wykonawcy doprowadziłoby do sytuacji, kiedy Wykonawca składałby roszczenia waloryzacyjne nawet, jeżeli po jego stronie nie doszłoby do wzrostu kosztów dostawy.

14. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odp.: Nie zachodzą.

15. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:
- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
 - cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia.

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożności odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody.

PROKURENT SAMOISTNY

/-/ mgr Sonia Cebulla