

Mrągowo, 19.12.2023r.

NZ-13/23

UCZESTNICY POSTĘPOWANIA

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy zamówienia pn.: „Dostawa leków – powtórka zadań unieważnionych”

Szpital Mrągowski im. Michała Kajki Sp. z o.o. będący Zamawiającym, działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, udziela odpowiedzi na pytania zadane przez uczestników postępowania:

1. Do §1 ust. 1.1 oraz §11 ust.2 lit.i) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 1.1 oraz §11 ust.2 lit.i), 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. Aktualne postanowienia §1 ust. 1.1 oraz §11 ust.2 lit.i) 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 jej.

Odp. Zamawiający informuje, iż w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SWZ przedstawił ilości jakie zamierza zamówić w okresie 12 miesięcy.

2. Do §1 ust. 1.2 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z treści §1 ust. 1.2 wzoru umowy fragmentu „na podstawie oświadczenia, złożonego Dostawcy.” oraz zapewnienie, że ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania umowy, następować będzie po obopólnym wyrażeniu zgody przez strony, w formie aneksu. Z aktualnego brzmienia, wynika, że w wyniku złożonego przez Zamawiającego oświadczenia nastąpi automatyczna zmiana terminu zakończenia umowy, z pominięciem wyrażonej w 431 zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy podczas wykonywania zamówienia publicznego, polegającej w tym przypadku na dokonaniu wspólnych ustaleń co do możliwości i zasad zmiany pierwotnych postanowień. Tymczasem, treścią udzielonego zamówienia publicznego, jest zawarcie umowy poprzez zaakceptowanie przez Wykonawcę określonych w niej, konkretnych, treści, a zatem wszelkie ewentualne odstępstwa od tej podstawowej zasady, wymagają uzasadnienia w szczególnych okolicznościach oraz zachowania trybu zmiany umowy, dokonanej w drodze dwustronnie uzgodnionego aneksu.

Odp. Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

3. Do §1 ust. 13 projektu 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 startą 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?

Odp. Zamawiający informuje, że zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 13 „W przypadku prowadzenia promocji w stosunku do innych odbiorców leków objętych umową, Dostawca zobowiązany jest objąć promocją produkty z przedmiotowej umowy”. Warunki postępowania w przypadku zaprzestania produkcji asortymentu przez producenta lub braku asortymentu na rynku polskim określone zostały w § 1 ust. 12 projektu umowy.

4. Do §5 projektu umowy prosimy o dodanie słów, zgodnych z przesłanką wynikającą z art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

5. Do §6 ust. 1 wzoru umowy: Skoro Zamawiający przewiduje dostawy sukcesywne, zgodne z bieżącym zapotrzebowaniem, czyli nie przewiduje konieczności dłuższego przechowywania zamówionych produktów w magazynie apteki szpitalnej, to dlaczego wyznacza warunek 12-miesięcznego okresu ważności zamówionych towarów? Wskazujemy przy tym, że zgodnie z Prawem farmaceutycznym produkty lecznicze do ostatniego dnia terminu ważności są pełnowartościowe i dopuszczone do obrotu. W związku z powyższym prosimy o dopisanie do §6 ust. 1 projektu umowy następującej treści: "Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego."

Odp. Zgodnie z zapisami § 6 ust. 1.1.

6. Do §8 ust. 1 lit. a) projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary z tytułu opóźnienia lub niezgodności z zamówieniem dostawy do 1% wartości brutto niezrealizowanej części zamówienia dziennie?

Odp. Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian wskazując jednocześnie, że pytanie nie dotyczy wyjaśnienia, a zmiany treści SWZ.

7. Do §8 ust. 1 lit. b) projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary z tytułu rozwiązania lub odstąpienia od umowy do 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

Odp. Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian wskazując jednocześnie, że pytanie nie dotyczy wyjaśnienia, a zmiany treści SWZ.

8. Do §8 ust. 1 lit. c) projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary z tytułu nieprzebrzegania wymogów dot. wykonywania dostawy do 1% wynagrodzenia brutto dla pozycji, której dotyczy uchybienie dziennie?

Odp. Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian wskazując jednocześnie, że pytanie nie dotyczy wyjaśnienia, a zmiany treści SWZ.

9. Do §8 ust. 1 lit. d) projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary z tytułu niedostarczenia wymaganych dokumentów do 2% umownej wartości brutto pierwszego zamówienia dziennie?

Odp. Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian wskazując jednocześnie, że pytanie nie dotyczy wyjaśnienia, a zmiany treści SWZ.

10. Do §11 ust.1 pkt h) projektu umowy prosimy o dopisanie: "...na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące za obopólną zgodą stron w formie aneksu do umowy.

Odp. Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian wskazując jednocześnie, że pytanie nie dotyczy wyjaśnienia, a zmiany treści SWZ.

11. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę wzoru umowy poprzez dodanie wymaganego postanowienia zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

a. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: w oparciu o 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);

b. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy wyżej opisane obliczenie (suma sześciu miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS) wyniesie 5% lub więcej;

c. okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach;

d. maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 15% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.

Odp. Zgodnie z zapisami § 11 Projektu Umowy.

12. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003r. – 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. Pytanie nie dotyczy treści SWZ.

13. 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 niemożliwości 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. 1.01.2016r. – Prawo

restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody wskazując jednocześnie, że pytanie nie dotyczy treści SWZ.

14. Czy w Pakiecie nr 9 poz. 64 Zamawiający dopuści zaferowanie produktu LactoDr, zawierającego 6 mld CFU bakterii *Lactobacillus rhamnosus* GG ATCC53103 w stężeniu 6 mld CFU/ kaps? Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 30 kapsulek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

15. Czy w Pakiecie nr 11 poz. 16 Zamawiający dopuści zaferowanie produktu o składzie: Aqua, Zinc Oxide, Paraffinum Liquidum, Dicocoyl Pentaerythrityl Distearyl Citrate, Sorbitan Sesquioleate, Cera Alba, Aluminum Stearates, Lanolin, Glycerin, Magnesium Sulfate, Paraffin, C10-C18 Triglyceride, Stearic Acid, Cera Microcrystallina, Benzyl Alcohol, Potassium Sorbate, Sodium Benzoate, Citric Acid, Lavandula Angustifolia, Oil, Limonene, Linalool, BHA?

Odp. Zamawiający dopuszcza.

16. Czy w Pakiecie nr 11 poz. 44 Zamawiający dopuści zaferowanie glukozy 75 g - będącej dietetycznym środkiem spożywczym specjalnego przeznaczenia medycznego do postępowania dietetycznego w celu wykonania krzywej cukrowej? Surowiec stosowany do produkcji jest surowcem farmaceutycznym. Nie zawiera substancji barwiących ani innych dodatków, które wpływają na wchłanianie i metabolizm glukozy.

Odp. Zamawiający dopuszcza.

17. Czy w Pakiecie nr 11 poz. 44 Zamawiający dopuści zaferowanie glukozy 75 g o smaku cytrynowym - będącej dietetycznym środkiem spożywczym specjalnego przeznaczenia medycznego do postępowania dietetycznego w celu wykonania krzywej cukrowej? Surowiec stosowany do produkcji jest surowcem farmaceutycznym. Nie zawiera substancji barwiących ani innych dodatków, które wpływają na wchłanianie i metabolizm glukozy. Oferowany preparat, ze względu na walory smakowe zmniejsza uczucie nudności, znacznie ułatwiając wykonanie testu.

Odp. Zamawiający dopuszcza.

Wskazane powyżej wyjaśnienia treści Specyfikacji są wiążące i stanowią jej integralną część. Pozostałe warunki SWZ pozostają bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy Pzp niniejsze wyjaśnienia do SWZ zamieszczone zostały na stronie postępowania, tj. <https://platformazakupowa.pl/transakcja/864289>.

Prezes Zarządu
Brygida Schlueter-Górska