



DZP/267/DM/24

Tychy, dn. 5.06.2024r.

**Wykonawcy biorący udział
w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa leków i wyrobów medycznych” – nr sprawy: 13/24/ZP/PN

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 1 – dotyczy pakietu nr 8, pozycja 1

Phenobarbitalum sodium lyophilise 40 mg liofilizat fiołka: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dopuszczenie leku FENOBARBITALE SODICO S.A.L.F, 100MG/2 ML, ROZTWÓR DO WSTRZYKIWAŃ, 5 FIOLEK X 2 ML z odpowiednim przeliczeniem ilości?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 2 – dotyczy wzoru Umowy § 4 ust 14

Zamawiający w paragrafie 4 ust. 14 projektu umowy zastrzegł, iż:

„Wykonawca zobowiązuje się do dostarczania przedmiotu umowy w przypadkach zamówienia określonego, jako NA RATUNEK w ciągu 12 godzin od zamówienia, bez jakichkolwiek dodatkowych roszczeń ze strony Wykonawcy”.

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy odbywają się od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawę „na ratunek” do 12 godzin od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy, od momentu złożenia zamówienia dla asortymentu znajdującego się w pakiecie nr 15 i 16 ?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 3 – dotyczy wzoru Umowy § 4 ust 10

Zgodnie z treścią § 4 ust. 10 Projektu Umowy Zamawiający podał, że:

„Przyjmowanie dostaw przedmiotu zamówienia Zamawiający zapewnia w każdy dzień roboczy w godzinach 7:00 do 13:00 po telefonicznym powiadomieniu o terminie dostawy upoważnionego pracownika.

MEGREZ Sp. z o.o.

Ul. Edukacji 102, 43-100 Tychy, Tel. +48 32 32 55 171, fax. +48 32 32 55 284, e-mail: sekretariat@szpitalmegrez.pl, NIP 634 267 03 10, REGON 240872286, KRS 0000302837 MEGREZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym, Sąd Rejonowy Katowice – Wschód w Katowicach, VIII Wydział Gospodarczy KRS, Kapitał zakładowy w wysokości 132 867 750,00 zł



Zawiadomienie o terminie dostawy przez Wykonawcę winno nastąpić w dniu poprzedzającym dostawę do godz. 15.00”

Obowiązek określony w § 4 ust. 10 polega na konieczności informowania Zamawiającego o dostawie danego zamówienia w dniu poprzedzającym dostawę. Wykonawca podnosi, że wymóg ten wydaje się być niecelowy oraz nadmiernie uciążliwy z logistycznego punktu widzenia zarówno dla Wykonawcy jak i dla Zamawiającego. W takim wypadku, konieczność informowania Zamawiającego jest celowa w przypadku, w którym Wykonawca nie będzie w stanie wykonać dostawy na czas (zgodnie z SWZ do 3 dni roboczych), nie zaś każdorazowego informowania Zamawiającego o dostawie w dniu ją poprzedzającym.

Wobec powyższego prosimy o wskazanie czy Zamawiający dopuszcza zmianę zapisu, o którym mowa w §4 ust. 10 Projektu Umowy poprzez nałożenie obowiązku informowania Zamawiającego o braku możliwości dostawy danego zamówienia w terminie w dniu poprzedzającym dostawę?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zmianę postanowień projektowanych postanowień umowy w wskazanym zakresie.

Pytanie nr 4 – dotyczy wzoru Umowy § 6 ust 2 pkt 3)

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji § 6 ust 2 pkt 3) w ten sposób, że:

„2. Zamawiający może obciążyć Wykonawcę następującymi karami umownymi:

3) w wysokości 10% niezrealizowanego wynagrodzenia netto niniejszej umowy w przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca,”

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: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 5 – dotyczy pakietu nr 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wyodrębnienie z pakietu nr 2 pozycji nr 1,2 „Profilaktyka odleżyn u pacjentów długotrwale unieruchomionych, niepełnosprawnych motorycznie czy stosujących protezy, pasy przepuklinowe lub opatrunki gipsowe. Pomocny w przypadku już powstałych zmian na skórze oraz po oparzeniach I stopnia. Płyn o pojemności” do odrębnego pakietu? Wydzielenie ww. pozycji pozwoli na przystąpienie większej ilości wykonawców a co za tym idzie umożliwi zwiększenie konkurencyjności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 6 – dotyczy pakietu nr 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na składanie ofert częściowych w zakresie pakietu nr 2 na poszczególne pozycje w pakiecie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 7 – dotyczy wzoru umowy §3 ust. 12

Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §2 ust. 12 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.

Pytanie nr 8 – dotyczy wzoru umowy §4 ust. 5, §8 ust. 1 pkt 1)

Prosimy o modyfikację §4 ust. 5, §8 ust. 1 pkt 1) poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu 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 §4 ust. 5, §8 ust. 1 pkt 1) 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.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z art. 433 pkt 4 PZP oraz uznała również, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach prawa opcji, co wynika z art. 441 ust. 1 PZP.

Izba wskazała, że opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnację z niektórych pozycji asortymentu, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zastrzeżenie sobie przez Zamawiającego możliwości dokonania jednostronnej oraz arbitralnej zmiany ilości poszczególnego asortymentu, stanowi niedozwoloną klauzulę abuzywną ze względu na brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji składających się na przedmiot zamówienia oraz brak precyzyjnego wskazania okoliczności skorzystania z opcji.

Izba zauważyła, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, nawet jeżeli Zamawiający w postanowieniach umowy nie powołał się bezpośrednio na art. 441 ust. 1 PZP. Natomiast z treści art. 31 ust. 2 PZP wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji, co potwierdza, że skutkiem skorzystania z opcji jest zwiększenie zakresu zamówienia. Mamy z nim do czynienia, gdy umowa przewiduje „zamówienie większej ilości produktów z jednej pozycji asortymentu, niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik do umowy, także w sytuacji, gdy następuje ono równocześnie z zamówieniem mniejszej ilości produktów z innej pozycji asortymentu, niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik do umowy”. Powoduje to, że Zamawiający może dowolnie zwiększać ilość jednego produktu oraz dowolnie zmniejszać ilość innego produktu, więc niewątpliwie dochodzi do zwiększania zakresu zamówienia, przynajmniej w zakresie tego produktu, którego zamówiono w większej ilości.

Izba uznała, że gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, opcja stanowi instrument, który pozwala Zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zmian w zakresie jego potrzeb, występujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ma więc możliwość zastrzeżenia w umowie zarówno „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia, jak również „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia, jednak należy się tutaj zastosować do wymogu określenia „minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron” wynikającego z art. 433 pkt 4 PZP. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu rzeczonych możliwości w jednym postanowieniu umowy, czy nawet powiązanie

ich ze sobą, ale w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, to aby skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z art. 441 ust. 1 PZP, należy skonstruować precyzyjne, zrozumiałe oraz jednoznaczne postanowienia umowne oraz wskazać okoliczności, w jakich prawo opcji znajdzie zastosowanie.

Izba wskazała również, że nawet jeśli zwiększenie zakresu zamówienia nie stanowi opcji, o której mowa w art. 441 ust. 1 PZP, to Zamawiający nadal ma obowiązek jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia poprzez podanie ilości asortymentu, do której zamierza zwiększyć zakres zamówienia, a także okoliczności skorzystania z tej możliwości w zakresie każdego produktu, gdyż bezwzględnie zobowiązuje go do tego art. 99 ust. 1 PZP: „Jeżeli zamówienie dotyczy dostawy, to opis przedmiotu zamówienia musi stanowić nie tylko określenie rodzaju rzeczy, jaką Zamawiający zamierza nabyć, ale także jej ilości, ponieważ Wykonawca, który chce złożyć ofertę w postępowaniu musi posiadać wiedzę, jaką ilość rzeczy ma zbyć lub ma być gotowy zbyć Zamawiającemu”.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów umowy w powyższym zakresie.

Jednocześnie nadmienia, iż wypełnił przesłanki z art. 433 ust. 4 ustawy Pzp – wskazał minimalną wartość świadczenia stron w projektowanych postanowieniach umowy – załącznik nr 4 do SWZ. Zgodnie z § 4 ust. 7: „Zamawiający zastrzega sobie prawo realizowania zamówień na towar w ilościach uzależnionych od swoich rzeczywistych potrzeb, przy czym minimalna ilość, która zostanie zrealizowana obejmuje co najmniej 40% wartości brutto niniejszej umowy określonej w § 3 ust. 1.” Zatem twierdzenie, iż zapisy §4 ust. 5 i §8 ust. 1 pkt 1) projektowanych postanowień umowy noszą znamiona klauzul abuzywnych są bezzasadne.

Natomiast art. 441 p.z.p. pozwala zamawiającemu na ukształtowanie przedmiotu zamówienia lub jego zakresu, w sposób gwarantujący elastyczną realizację zamówienia, dostosowaną do zmieniających się potrzeb zamawiającego w okresie obowiązywania umowy, pod warunkiem, że zasady te zostaną w sposób przejrzysty wprowadzone w dokumentach zamówienia.

Specyfika działalności Zamawiającego polega na ochronie zdrowia, zatem kierunek i zakres jego działalności uzależniony jest od zmiennych ilości obsługiwanych pacjentów w danym czasie oraz występujących jednostek chorobowych i ich zmian.

Pytanie nr 9 – dotyczy wzoru umowy §6 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2)

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kary za opóźnienie dostawy zwykłej lub w realizacji reklamacji w wysokości 1% wartości niedostarczonego towaru dziennie? Zwracamy uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 14,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy zwłoka, zaś dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 1825% w skali roku (5% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 10 – dotyczy wzoru umowy §6 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2)

Do §6 ust. 2 pkt 3) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów wzoru umowy w §6 ust. 2 pkt 3 poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 11

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz.

U. 2022 poz. 1520 ze zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odpowiedź: Zamawiający nie odpowiada na przesłane pytanie. Zakres pytania nie dotyczy zapisów SWZ. Przepis art. 135 ust. 1 i art. 284 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Takie rozumowanie art. 135 ust. 1 i art. 284 ust. 1 ustawy Pzp jest istotne, ponieważ przepisy Pzp nie obligują zamawiającego do obowiązku udzielania wyjaśnień, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego w innym celu niż wyjaśnienie treści SWZ.

Pytanie nr 12

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 dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

Odpowiedź: Zamawiający nie ustanowi wskazanych zabezpieczeń.

Powyższe wyjaśnienia oraz modyfikacja treści SWZ są integralną częścią SWZ. Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższą zmianę podczas sporządzania i składania ofert, w tym załączników, druków i wymaganych dokumentów.

*Kierownik Działu Zamówień Publicznych
równocześnie pełniąca obowiązki Kierownika
Działu Organizacyjno-Prawnego
Karolina Filipowska*