

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 07.09.2022 roku

ZP/p/16/2022

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

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa produktów leczniczych w tym leków stosowanych w leczeniu chorób hematologicznych i leków stosowanych w leczeniu stwardnienia rozsianego oraz jednorazowych wyrobów medycznych”.

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ Nr 1

Zgodnie z art. 135 ust. 2 i 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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

Dotyczy pak. 7 poz. 3

Czy Zamawiający dopuści do wyceny:

EnteroDr., kaps.twarde, 20 szt w ilości 150 op. ?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zestaw zapytań nr 2

Pytanie 1

Czy Zamawiający uzupełni projekt umowy o zapis, że na podstawie art. 106n ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług udziela Wykonawcy zgody na wystawianie i przysyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formacie pliku elektronicznego PDF na wskazany przez siebie adres poczty e-mail, ze wskazanych w umowie adresów poczty e-mail Wykonawcy?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający wyraża zgodę na wystawianie i przysyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt.

Pytanie 2

W celu zapewnienia równego traktowania stron umowy i umożliwienia Wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o wprowadzenie w § 7 ust. 2 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji oraz zamianę słów: „...od daty zgłoszenia reklamacji” na „...od daty uznania reklamacji”.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 3

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 5 ust. 1:

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

b) za nienależyte wykonanie umowy - w wysokości **5%** łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 umowy; przez nienależyte wykonanie umowy rozumie się w szczególności naruszenie postanowień umowy określonych w § 2, 3, 7,

c) za niedostarczenie przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 3 – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto należnego za niedostarczoną część zamówienia, za każdy dzień zwłoki, jednak nie mniej niż **50 zł i nie więcej niż 10% wartości brutto niedostarczonej części zamówienia**,

f) za nieudostępnienie dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 4 w terminie 5 dni od dnia otrzymania pisemnego wezwania do ich przedstawienia w wysokości **50,00 zł** brutto za każde tego rodzaju zdarzenie.

g) za przeniesienie wierzycelności (cesja wierzycelności) wynikających z niniejszej umowy z naruszeniem zapisów § 3 ust. 7, w wysokości **5%** wartości brutto umowy.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zestaw zapytań nr 3

Pytanie 1

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 5 ust. 1 pkt b) 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,”

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

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 2

Zamawiający w paragrafie 2 ust 3 umowy wskazał, iż Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu Towar w dniach roboczych (poniedziałek – piątek) w godzinach od 7.00 do 11:00 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 4.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zestaw zapytań nr 4

Pytanie 1

Czy w Części 7 poz. 3 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu EnteroDr., również zawierającego 250 mg drożdżaków *Saccharomyces boulardii* / kaps.? Produkt nie zawiera laktozy i może być podawany osobom z nietolerancją laktozy, zespołem złego wchłaniania glukozy-galaktozy i niedoborem laktazy.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zestaw zapytań nr 5

Pytanie 1

1. Do §1 ust. 7, §3 ust. 1, §8 ust. 7 pkt 11 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 7, §3 ust. 1, §8 ust. 7 pkt 11 wzoru umowy, 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. Aktualna treść §1 ust. 7, §3 ust. 1, §8 ust. 7 pkt 11 wzoru umowy jest na tyle ogólna oraz nieprecyzyjna, że na jej 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające 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.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 2

2. Do §1 ust. 9, §6 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z umowy §1 ust. 9 oraz §6 ust. 6. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że zapisy te w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania umowy, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zestaw zapytań nr 6**Pytanie 1**

3. 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

4. Do §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy: Prosimy o wskazanie jakie okoliczności Zamawiający ma na myśli jako przypadki nienależytego wykonania umowy, skutkujące obowiązkiem zapłaty kary umownej przez Wykonawcę oraz ustanowienie zamkniętego katalogu tych okoliczności, ze względu na fakt, że warunkiem prawidłowo i skutecznie zastrzeżonej kary umownej jest precyzyjne i konkretnie wskazanie obowiązku strony, którego nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej.

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 3

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

Odpowiedź Zamawiającego
Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 4

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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 5

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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 6

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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 7

9. Do §6 ust. 5 oraz §8 ust. 7 pkt 14 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §6 ust. 5 oraz §8 ust. 7 pkt 14 wzoru umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać za 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 oraz §8 ust. 7 pkt 14 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 obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu oraz 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 niewykonywania 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 2.01.2017 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 stanowią 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 następujące 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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie 8

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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Niniejszy dokument stanowi integralną część SWZ i jest wiążący dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego.

Z-ca Kierownika
Działu Zamówień Publicznych

mgr Michał Flis

Wyk. w 1 egz.
1/ strona internetowa
2/ a/a
Druk: M. Flis