„Zakup i dostawa leków biologicznych 2” ZP/1168/22

ZP/1168/22 Katowice, dnia 23.06.2022 r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.:

„Zakup i dostawa leków biologicznych 2” ZP/1168/22

Dnia 21.06.2022 r. do Zamawiającego wpłynęło następujące pytania:

1. Zwracamy się z prośbą o wykreślenie zapisu z umowy § 4 pkt.9 „ Zamawiający jest obowiązany do odbierania od wykonawcy ustrukturyzowanych faktur elektronicznych przesłanych za pośrednictwem dedykowanej do tego platformy, której funkcjonowanie zapewnia minister właściwy do spraw gospodarki. Zamawiający oświadcza, że w dniu podpisania umowy posiada konto na ww. platformie. „przesyłanie faktur przez platformę jest jedna z możliwości a nie obowiązkiem Wkonawcy. Wykonawca ma możliwość przesyłania faktur elektronicznych droga emailowa jak do tej pory.

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie zapisu, gdyż jego zawarcie w umowie jest obowiązkiem ustawowym Zamawiającego. Zarazem należy zauważyć, że zapis stanowi o obowiązku Zamawiającego odbierania FV za pośrednictwem platformy, a nie o obowiązku korzystania z platformy przez Wykonawcę.*

1. Pytanie dotyczące postanowień wzoru umowy i zapisów swz

Zamawiający w paragrafie 3 ust. 3 wzoru umowy oraz dziale IV pkt 2 zastrzegł, iż:

Wykonawca zrealizuje zamówienie towaru w godzinach przyjęć Apteki Szpitalnej Zamawiającego (7.00 – 14.00) w ciągu

a. 24 godzin od złożenia zamówienia.

b. 12 godzin w trybie zamówienia „ NA CITO”

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy dostawa odbywa się

od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem sobót , świąt i dni wolnych od pracy, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na termin dostawy w trybie pilnym 12 h i dostawy w trybie zwykłym - 24 h (od momentu złożenia zamówienia) od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem sobót , świąt i dni wolnych od pracy pakietu nr 2?

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający działa w trybie 24/7.*

1. Pytanie dotyczące postanowieńdotyczące postanowień wzoru umowy

Zamawiający w paragrafie 5 ust. 7 wzoru umowy zastrzegł, iż:

*„****Opóźnienia w płatnościach przez Zamawiającego nie spowodują zaprzestania realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę****.”*

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wykreślenie par 5 ust 7 ze wzoru umowy.

**Uzasadnienie:**

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie umowne skutkuje obowiązkiem wykonywania umowy przez Wykonawcę w przypadku niewykonywania obowiązku zapłaty przez Zamawiającego. Co więcej konstrukcja postanowienia nie wskazuje na żadne ograniczenia czasowe, co oznacza, iż przy opóźnieniu w płatnościach po stronie Zamawiającego, niezależnie od ich wysokości oraz terminu opóźnienia płatności, Wykonawca ma obowiązek nieprzerwanego wykonywania umowy.

Tak ukształtowane postanowienie należy uznać za sprzeczne z art. 552 Kodeksu Cywilnego poprzez ograniczenie prawa Wykonawcy do powstrzymania się z realizacją dostaw w przypadku, gdy Zamawiający dopuści się zwłoki z zapłatą ceny za dostarczoną część rzeczy sprzedanych.

Jednocześnie na podstawie aktualnie wykonywanych umów przetargowych zawartych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, Wykonawca ma uzasadnione obawy w zakresie terminowych płatności ze strony Zamawiającego, co w przypadku pozostawienia powyższego postanowienia w umowie stanowi naruszenie zasady proporcjonalności. Zgodnie z Komentarzem do Prawa zamówień publicznych: “*Zamawiający, przygotowując i prowadząc postępowanie, może stawiać określone wymagania – powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. Podobnie w zakresie warunków zamówienia określanych przez zamawiającego, w tym postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego – zachowanie proporcjonalności oznacza znalezienie równowagi pomiędzy interesami zamawiającego i poszczególnych wykonawców (por. wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl.)*”1.

Z powyższych powodów postanowienie zaproponowane przez Zamawiającego we wzorze umowy narusza przepisy Kodeksu Cywilnego oraz zasady współżycia społecznego i powinno ulec zmianie.

1M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody.*

Do §1 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 2, 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. 2 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 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. PZP, powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, w sposób rażący naruszające równowagę stron, 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 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 wartość w sporządzonym przez siebie 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 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 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 tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając sobie w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę brzmienie art. 441 ust. 2 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.

Odpowiedź: *Zamawiający wprowadza zmiany zapisów projektowanych postanowień umowy – SWZ wraz z projektowanymi postanowieniami umowy stanowi załącznik do niniejszego pisma.*

5. Do §3 ust. 5 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: *Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektowanych postanowień umowy.*

6. Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie obowiązku ustanowionego w treści §4 ust. 1 wzoru umowy, polegającego na rozładunku asortymentu w pomieszczeniach apteki szpitalnej w siedzibie Zamawiającego.

Wyjaśniamy, że mając na uwadze treść art. 86 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, zgodnie z którym to przepisem, apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a zatem należałoby wywodzić, że do przebywania i wykonywania czynności w pomieszczeniu apteki uprawniony jest wyłącznie krąg osób, tj. przede wszystkim ograniczony do farmaceutów oraz techników farmaceutycznych.

Ponadto, zważywszy na wyrażony w art. 99 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przepis, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, natomiast zaproponowany przez zamawiającego zapis umowny wyklucza po stronie wykonawcy możliwość przeprowadzenia dokładnej kalkulacji i oszacowania kosztów, skoro:  
- to od zamawiającego, a właściwie od wolumenu składanych przez niego zamówień, na który przecież wykonawca nie ma wpływu, wynikać będzie zakres wymaganych po stronie wykonawcy czynności;  
- na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania odległości punktu wyładunku zamówienia ze środka transportu do pomieszczenia apteki szpitalnej;  
- w konsekwencji zaś, na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania czasu, który konieczny będzie na dokonanie danej dostawy, a zatem oszacowania usługi,  
zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie zapisów §4 ust. 1 wzoru umowy, ewentualnie zaś ich dookreślenia poprzez uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie usługi polegającej na rozmieszczeniu przedmiotu dostawy na półkach w aptece szpitalnej Zamawiającego, w tym poprzez wskazanie odległości pomiędzy miejscem rozładunku a miejscem usytuowania apteki szpitalnej, metrażu apteki szpitalnej, wysokości półek w aptece szpitalnej itp., tak aby możliwa była wycena kosztów omawianej usługi.

Odpowiedź: *Zamawiający wyjaśnia, iż dostarczenie towaru ma następować do Apteki szpitalnej (komora przyjęć) bez konieczności rozmieszczenia leków w innych pomieszczeniach apteki.*

7. Do §4 ust. 9, §9 ust. 2 lit. b) 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?

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektowanych postanowień umowy.*

8. Do §5 ust. 7 wzoru umowy: W związku z tym, że czynność prawna dokonana przez strony nie może skutkować wyłączeniem ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a takim jest art. 552 Kodeksu Cywilnego uprawniający Sprzedawcę do wstrzymania dostaw w przypadku, gdy Kupujący dopuszcza się zwłoki z dokonaniem zapłaty za dostarczoną część zamówienia, prosimy o usunięcie z umowy odpowiednich postanowień §5 ust. 7.

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektowanych postanowień umowy.*

9. Do §8 ust. 1 lit. a), b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za opóźnienie dostawy lub opóźnienie w realizacji reklamacji do wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonej lub reklamowanej części zamówienia jednostkowego dziennie?

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektowanych postanowień umowy.*

10. Do §8 ust. 3 wzoru umowy. Prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość jej potrącenia będzie uzasadniona aktualnymi oraz powszechnie obowiązującymi normami prawnymi.”.

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektowanych postanowień umowy.*

11. 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?

Odpowiedź: *Wniosek wykonawcy nie dotyczy spraw, które wchodzą w zakres udzielania wyjaśnień treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań, stąd zamawiający pozostawia pytanie bez odpowiedzi*.

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 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.).

Odpowiedź: *Wniosek wykonawcy nie dotyczy spraw, które wchodzą w zakres udzielania wyjaśnień treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań, stąd zamawiający pozostawia pytanie bez odpowiedzi.*

W związku z powyższymi zmianami Zamawiający przedłuża termin składania ofert do dnia **12.07.2022 r.**

Było:

**X. TERMIN ZWIĄZANIA OFERTĄ:**

Wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia **30.09.2022 r.**

**XII. SPOSÓB ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT:**

Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy przekazać za pośrednictwem Platformy pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/szpitalmurcki> **do dnia 05.07.2022 r. do godz. 10:00 .**

Otwarcie ofert nastąpi w dniu **05.07.2022 r.** o godz. **10:15** za pośrednictwem Platformy. W przypadku awarii Platformy, która spowoduje brak możliwości otwarcia ofert w powyższym terminie, otwarcie ofert nastąpi niezwłocznie po usunięciu awarii.

Jest:

**X. TERMIN ZWIĄZANIA OFERTĄ:**

Wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia **07.10.2022 r.**

**XII. SPOSÓB ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT:**

Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy przekazać za pośrednictwem Platformy pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/szpitalmurcki> **do dnia 12.07.2022 r. do godz. 10:00 .**

Otwarcie ofert nastąpi w dniu **12.07.2022 r.** o godz. **10:15** za pośrednictwem Platformy. W przypadku awarii Platformy, która spowoduje brak możliwości otwarcia ofert w powyższym terminie, otwarcie ofert nastąpi niezwłocznie po usunięciu awarii.