

Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o.
ul. Jana Pawła II 68
95-200 Pabianice

Pabianice, dn. 10.09.2024 r.

Nr sprawy 37/ZP/TP1/D/24

WYKONAWCY
ubiegający się o zamówienie publiczne

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowy bez negocjacji – art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp pn. **Dostawa leków dla PCM Sp. z o.o.**

I. WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Zamawiający, **Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o.**, informuje, iż na podstawie art. 284 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2024.1320 t.j. z dnia 2024.08.30), dalej zwaną ustawą Pzp zostały złożone wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej SWZ). W związku z powyższym zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający udostępni poniżej treść zapytań do SWZ i działając zgodnie z art. 284. ust. 2 ustawy Pzp udziela poniższych wyjaśnień:

/zachowano oryginalną pisownię pytań/

Pytanie nr 1

Do §2 ust. 6 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostawy w trybie na cito do 10 godzin od chwili złożenia zamówienia?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie nr 2

Do §5 ust. 8 wzoru umowy. Ze względu na konieczność redystrybucji zwróconego towaru, prosimy o zmianę treści §5 ust. 8 wzoru umowy, w ten sposób, aby Zamawiający miał możliwość zwrotu towaru w ciągu 7 dni od dnia dostawy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 3

Do §7 ust. 10 wzoru umowy: Wnosimy o obniżenie do 3% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia. Wskazujemy przy tym, że proponowany przez Zamawiającego próg 8% spowodować może konieczność ponoszenia rażących strat po stronie wykonawcy zamówienia i sprzedaż poniżej kosztów zakupu (maksymalne marże, w których zawierają się koszty i zysk wykonawcy najczęściej nie przekraczają 5%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 4

Do §7 ust. 9 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się na usunięcie postanowienia nakładającego na Wykonawcę obowiązek doręczenia Zamawiającemu w terminie 30 dni od zawarcia umowy szczegółowego zestawienia obejmującego szczegółową kalkulację ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia pod rygorem utraty prawa do zwiększenia wysokości wynagrodzenia. Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że wymóg przedłożenia przez Wykonawcę w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy szczegółowej kalkulacji cen materiałów oraz kosztów realizacji zamówienia pod rygorem utraty prawa do waloryzacji stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 ustawy – Prawo zamówień

publicznych (dalej jako: PZP).

W kwestii obowiązku przedłożenia kalkulacji podkreślenia wymaga, że przesłanka ta w sposób nadmierny i niezgodny z prawem ogranicza ustawowe uprawnienie Wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia. Jakkolwiek prawodawca przyznał Zamawiającym pewną swobodę w kształtowaniu treści klauzul waloryzacyjnych, tak nie należy tracić z pola widzenia, że Zamawiający zobowiązany jest dostosować jej kształt do charakteru oraz specyfiki konkretnego zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1085/22). Mając na uwadze, że w przedmiotowej sprawie realizacja zamówienia polegać ma na dostawie produktów leczniczych - których oferowana cena ustalana jest wyłącznie na podstawie cen producenta oraz przyjętej przez Wykonawcę marży – za niedopuszczalne uznać należy nałożenie na Wykonawcę obowiązku przedstawienia ww. kalkulacji. Wymóg ten sprzeciwia się przepisom powszechnie obowiązującego prawa oraz stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Ponadto wymóg ten stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów) oraz stosowane rozwiązania organizacyjne. Informacje te stanowią zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi zaś istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 149/16; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12).

Co do rygoru utraty prawa do waloryzacji w razie nieprzedłożenia ww. kalkulacji należy wskazać, że takie ukształtowanie pozycji Wykonawcy wypacza sens ww. regulacji i stanowi jedynie pozorną realizację art. 439 PZP i jako takie pozostaje w jawnej sprzeczności z przepisem ustawy. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie zgodnie podnosi się, że celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych powinno być faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.06.2022 r., sygn. akt: KIO 1192/22). Innymi słowy, postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 4, art. 439). Przenosząc powyższe konstatacje na grunt kwestionowanego zapisu, nie ulega wątpliwości, że zapis ten stanowi jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający uzależnia możliwość skorzystania przez Wykonawcę z ustawowego uprawnienia do waloryzacji od realizacji wymogu sprzecznego z prawem, a przy tym narażającego go na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odpowiedź: Zamawiający wyrażą zgodę.

Pytanie nr 5

Do §8 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o zmniejszenie zakresu procentowego prawa opcji do 40% w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Wyjaśniamy, że zakres zmiany na poziomie 100% wypacza sens akcesoryjnego charakteru prawa opcji, ponieważ zastrzeżenie możliwości skorzystania z opcji w rozmiarze wynoszącym 100% zamówienia podstawowego stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego, prowadzące

do przerzucenia na Wykonawcę nadmiernego ryzyka realizacji zamówienia.

Ustanowienie prawa opcji w rozmiarze bardzo zbliżonym do zakresu świadczenia podstawowego może świadczyć o sprzeczności z art. 441 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024 poz. 1320), co uzasadnia orzecznictwo KIO: „Izba uznała, że (...) nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji, w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. (...) W przedmiotowym stanie faktycznym de facto prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia. Izba uznała, że obecny stan rzeczy można zakwalifikować jako działanie stanowiące obejście przepisów ZamPubLU.” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12).

Podkreślamy, że ze względu na dosadne brzmienie art. 441 ust. 2 PZP: „Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.”, każda próba skorzystania w trakcie realizacji umowy z nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 PZP może zostać dotknięta sankcją nieważności, a tym samym, nie będzie wówczas stanowić źródła zobowiązania dla wykonawcy do realizacji dodatkowych dostaw.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 6

Do §9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy: Prosimy o 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.

W wyroku z dnia 17.11.2023 r. (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. oraz 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605). KIO w wyżej przywołanym wyroku stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, a także uznała, 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 korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. W związku z tym, 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, nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zauważyła również, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Zamawiającemu przysługuje możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia

oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy też powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z treści art. 433 pkt 4 PZP, natomiast w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź: Zamawiający w §1 ust. 5 zadeklarował minimalną wartość wykonania umowy tj.: 50% wartości umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę zapisów projektu umowy. Kwestię minimalnego zakresu zamówienia określono według deklarowanej minimalnej wartości wynoszącej 50% wartości umowy towaru wyszczególnionego w załączniku nr 1, co zostało uregulowane w §1 ust. 5 projektowanych postanowień umowy, co wyczerpuje wymogi ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający oszacował ilość zamawianego towaru z należytą starannością, w oparciu o dane z lat ubiegłych i bieżące zapotrzebowanie, jednakże ze względu na losowy charakter zapotrzebowania, które uzależnione jest od czynników od Zamawiającego niezależnych (tj. liczba pacjentów i rodzaj schorzeń). Z uwagi na profil działalności, którym jest świadczenie usług ochrony zdrowia i pomimo zachowania należytej staranności przy oszacowaniu ilości zamówienia realizacja przedmiotowej umowy uzależniona jest od faktycznej ilości pacjentów dla których leczenia niezbędny okaże się zakup produktów farmaceutycznych danego rodzaju. Zamawiający nie jest w stanie zapewnić większego niż wskazany w dokumentach zamówienia poziomu realizacji umowy. Bowiernie nie będzie realizował zakupu środków farmaceutycznych, jeżeli nie będzie takiej potrzeby, np. z uwagi na mniejszą liczbę procedur medycznych niż te, które stanowiły podstawę oszacowania ilości leków.

Ponadto Zamawiający podkreśla, iż zgodnie z zapisami SWZ każdy pakiet będzie stanowił odrębną umowę, celem zrealizowania zadeklarowanej minimalnej wartości wykonania umowy na poziomie 50% wartości umowy.

Pytanie nr 7

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: W stosunku do Zamawiającego nie aktualizują się na chwilę obecną przesłanki „niewypłacalności”. Według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki nie staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania.

Pytanie nr 8

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z 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 wyraża zgody.

Pytanie nr 9

Prosimy o podanie, w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, fiolek, kilogramów, gramów, mililitrów, litrów, itp.), niż zamieszczona w SIWZ; a także w przypadku, gdy wycena innych opakowań leków spełniających właściwości terapeutyczne jest korzystniejsza pod względem ekonomicznym (czy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku)?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga podania pełnych ilości opakowań zaokrąglonych w górę.

Ponadto Zamawiający podkreśla, iż wskazał sposób przeliczenia opakowań w Rozdziale nr 4 ust. 2 do SWZ.

Pytanie nr 10

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę postaci form doustnych, tj. wycenę:

zamiast tabletek – tabletki powlekane, kapsułki (w tym twarde i elastyczne) lub drażetki?

zamiast tabletek powlekanych –tabletki, kapsułki (w tym twarde i elastyczne) lub drażetki?

zamiast kapsułek (w tym twardych i elastycznych)-tabletki powlekane, tabletki, lub drażetki?

Zamiast drażetek – kapsułki, tabletki lub tabletki powlekane?

Zamiast: tabletek, tabletek powl., drażetek, kapsułek twardych, elastycznych o przedłużonym uwalnianiu na tabletki, tabletki powl., drażetek, kapsułki twarde, elastyczne o zmodyfikowanym uwalnianiu i odwrotnie.

Odpowiedź: Zamawiający może wyrazić zgodę na powyższe tylko i wyłącznie w przypadku zadania pytania do konkretnej pozycji w danym pakiecie.

Pytanie 11

Czy Zamawiający dopuści wycenę produktów dostępnych na jednorazowe zezwolenie MZ ? W sytuacji jeśli aktualnie tylko takie produkty są dostępne na rynku.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie 12

Czy w sytuacji, braku dostępności na rynku produktu zamawiający wyraża zgodę na podanie ostatniej ceny i informacje pod pakietem?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 13

Pakiet 14 poz. 9 Czy zamawiający dopuszcza: produkt w opakowaniu 4x200 ml w ilości którą zamawiający przedstawił w specyfikacji ? Pozostałe parametry bez zmian.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

II. ZMIANA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Zamawiający – Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o. działając na podstawie art. 286 ust. 1 w zw. z art. 284 ust. 3 ustawy Pzp, dokonuje zmiany treści SWZ w następującym zakresie:

1. Ust. 1 w Rozdziale 21 **Termin związania ofertą** otrzymuje brzmienie:
„Wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert przez okres 30 dni, tj. do dnia 12.10.2024 roku.”



Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o.

95-200 Pabianice, ul. Jana Pawła II 68
tel: 42 22 53 503 fax: 42 214 92 99, e-mail: sekretariat@pcm-szpital.pl
www.pcm-szpital.pl
NIP: 731-20-02-395, REGON: 100682491

Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Łódź – Śródmieście,
Sąd Gospodarczy, XX Wydział KRS pod numerem KRS 0000330633.
Wysokość kapitału zakładowego 71 954 900,00 zł. Rok założenia: 2009 r.

-
2. Ust. 4 w Rozdziale 24 **Sposób oraz termin składania ofert** otrzymuje brzmienie:
„Termin składania ofert – **13.09.2024 r. godz. 10:00.**”
 3. Ust. 2 w Rozdziale 25 Termin otwarcia ofert otrzymuje brzmienie:
„Otwarcie ofert nastąpi w dniu - **13.09.2024 r. o godz. 10:30.**”

Powyższe zmiany treści SWZ prowadzą do **zmiany ogłoszenia o zamówieniu**. Zmianę treści SWZ oraz zmianę ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zamieszcza na stronie internetowej prowadzonego postępowania tj. zmodyfikowane dokumenty znajdują się na platformie zakupowej Zamawiającego w miejscu publikacji przedmiotowego postępowania.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest do uwzględnienia w ofercie treści powyższej zmiany treści SWZ.

Z up. Kierownik Działu Zamówień Publicznych