



Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” Sp. z o.o.

05-510 Konstancin – Jeziorna, ul. Wierzejewskiego 12

tel. 22 711 90 00, fax: 22 711 90 02, e-mail: stocer@stocer.pl

NIP 123-11-94-950 REGON 142013120

Konstancin-Jeziorna, 12.07.2023 r.

Do wszystkich
Uczestników postępowania
Znak sprawy – PN-44/2023

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości **powyżej progu**, którego przedmiotem jest dostawa, **nr ogłoszenia 2023/S 117-364987 z dnia 20.06.2023 r.**

Znak sprawy – PN-44/2023 – dostawę wyrobów leczniczych (programy lekowe) dla Mazowieckiego Centrum Rehabilitacji STOCER Sp. z o.o.

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710) – dalej: p.z.p., wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego (MCR STOCER Sp. z o.o.) z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytanie 1

Dotyczy § 2 ust. 2 wzoru umowy – w zakresie terminu dostawy

Czy z uwagi na fakt, że wymienione produkty lecznicze w pakiecie nr 4 nie są lekami na tzw. „ratunek” i nie wymagają dostaw w ciągu 1 dnia roboczego od momentu złożenia zamówienia, ze względu na specyfikę i konieczność planowania podania z wyprzedzeniem, Zamawiający wydłuży termin dostawy do 2 dni roboczych dla pakietu nr 4?

Obecny zapis wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę (modyfikacja wzoru umowy dostępna na stronie

<https://platformazakupowa.pl/pn/stocer/proceedings>)

Pytanie 2

Dotyczy § 2 ust. 2 wzoru umowy – w zakresie dostaw na „cito”

Z uwagi na fakt, iż wymienione produkty lecznicze w pakiecie nr 4 nie są lekami ratującymi życie tj. nie są lekami na tzw. „ratunek” i nie wymagają dostaw z zastrzeżeniem „na cito” w ciągu 12 godzin od momentu złożenia zamówienia, a ich podawanie odbywa się w trybie planowanym, proszę o potwierdzenie, że zapisy § 2 ust. 2 wzoru umowy w zakresie dostaw „na cito” nie będą miały zastosowania w stosunku do pakietu nr 4. Obecny zapis wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje zapisy wzoru umowy (modyfikacja dostępna na stronie

<https://platformazakupowa.pl/pn/stocer/proceedings>)

Pytanie 3

Dotyczy § 2 ust. 3 wzoru umowy – f-ry w wersji papierowej

Czy Zamawiający zgodzi się na dostarczanie oryginału faktury papierowej wraz z dostawą towaru do apteki szpitalnej dla pakietu nr 4?

Zgodnie ze standardami organizacyjnymi Wykonawcy, faktura w wersji papierowej generowana jest i księgowana automatycznie podczas realizacji każdego zamówienia oraz dostarczana wraz z towarem jednym transportem do apteki szpitalnej.

Odpowiedź: Zamawiający, ze względu na przyjęty u Zamawiającego obieg dokumentów, podtrzymuje SWZ w części dotyczącej faktury elektronicznej. Jednocześnie, Zamawiający modyfikuje § 2 ust. 2 projektu umowy poprzez nadanie brzmienia:

„Realizacja dostaw odbywać się będzie zgodnie z potrzebami Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż /odpowiednio/ dla produktów leczniczych 1 dnia roboczego od złożenia zamówienia, a w przypadku

konieczności zrealizowania dostawy „na cito”, realizacja nastąpi w terminie do 12 godzin od złożenia zamówienia (dostawa do Apteki Szpitalnej/Działu Farmacji). W przypadku, gdy dostawa „na cito” nie może być zrealizowana do godz. 15:00 (czyli w godzinach pracy Apteki Szpitalnej/Działu Farmacji), lek winien być dostarczony bezpośrednio na wskazany w zamówieniu oddział szpitala. Dla wyrobów medycznych dostawy w ciągu 3 dni roboczych. Do dostawy Wykonawca załącza wykaz dostarczonych leków.”

Pytanie 4

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczące dostaw na „cito” w zakresie pakietu 7 (paragraf 2 pkt 2)? Podanie leków opisanych w w/w częściach zawsze poprzedzone jest diagnostyką i nie ma konieczności zamawiania wskazanego leku w trybie „cito”.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę (modyfikacja wzoru umowy dostępna na stronie

<https://platformazakupowa.pl/pn/stocer/proceedings>)

Pytanie 5

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczącego dostawy na „cito” po godz 15.00 „...lek winien być dostarczony bezpośrednio na wskazany w zamówieniu oddział szpitala..” (paragraf 2 pkt 2) w zakresie pakietu 7? Wykonawca może dostarczyć leki tylko do Apteki Szpitalnej – nie ma możliwości dostawy na oddział szpitala.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę (modyfikacja wzoru umowy dostępna na stronie

<https://platformazakupowa.pl/pn/stocer/proceedings>)

Pytanie 6

Czy w formularzu asortymentowo-cenowym w pakiecie nr 7 poz. 2 Zamawiający potwierdza opakowania jako jednostkę miary (brak informacji w formularzu)?

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza.

Pytanie 7

Do §3 ust. 8 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy treści §3 ust. 8, gdyż powyższy zapis w sposób rażąco narusza równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, 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 również 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: Zamawiający podtrzymuje SWZ. W ocenie Zamawiającego § 3 ust. 3 projektu umowy jest niezbędny z uwagi na realizowaną przez Zamawiającego działalność leczniczą oraz cel umowy, obejmujący dostawę wyrobów medycznych znajdujących się na liście leków refundowanych. Jednocześnie Zamawiający nie zgadza się z interpretacją, z której wynika, że wskazane postanowienie prowadzi do nierówności stron postępowania/umowy.

Pytanie 8

Wnosimy o zmianę wzoru umowy poprzez urealnienie warunków zawartych w §9 ust.2 oraz dostosowanie zapisów do wymogów art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez (i) obniżenie poziomu zmiany cen materiałów i kosztów z 15% na 5% (wskazujemy, że maksymalna marża na leki z cenami urzędowymi nie może przekroczyć 5%, co za tym idzie każdy wzrost ceny powyżej 5% powodowałby konieczność sprzedaży poniżej kosztów zakupu) oraz (ii) zmianę zapisu dopuszczającego waloryzację cen co 6 miesięcy (przy czym pierwsza mogłaby nastąpić po 6 miesiącach realizacji umowy).

Dodatkowo prosimy o dodanie zastrzeżenia do §9 ust.2, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jaki 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.

Uzasadniając treść powyższego pytania wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Ponadto, wskazujemy, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie oraz doktrynie stanowiskiem – samo zamieszczenie w umowie przetargowej postanowienia waloryzacyjnego nie może sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku jego zawarcia w umowie, lecz powinno pozwalać na rzeczywiste jego zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, wyd. 4, 2022). Co za tym idzie, Zamawiający winien tak ukształtować treść klauzuli waloryzacyjnej, aby zapewnić równowagę stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych, ekwiwalentność ich świadczeń oraz równomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego (vide: wyrok KIO z dnia 6 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1564/22). Tym samym wykonanie obowiązku z art. 439 PZP powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje § 9 ust. 2 projektu umowy poprzez nadanie brzmienia:

„W przypadku zmiany poziomu cen materiałów lub kosztów o 10 % w stosunku do daty zawarcia umowy, umowa ulegnie zmianie nie więcej jednak niż o 5 % wartości niezrealizowanej części Umowy. Podstawą do ustalenia zmiany cen będzie średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w stosunku do roku podpisania umowy, ogłoszony przez Prezesa GUS. Zmiana ceny nie może następować częściej niż raz na 6 miesięcy.”

Pytanie 9

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: Według wiedzy Zamawiającego takie przesłanki nie aktualizują się oraz Zamawiający nie przewiduje, aby stały się aktualne w trakcie realizacji umowy.

Pytanie 10

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: Zamawiający podtrzymuje SWZ wskazując, że nie stosuje żadnych zabezpieczeń cywilnoprawnych wykonania umowy, ponieważ Zamawiający należycie realizuje swoje zobowiązania.