

Kraków, 3 kwietnia 2024 r.

DZP.271-65/2024

DO UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA PROWADZONEGO W TRYBIE PODSTAWOWYM – **DOSTARCZANIE LEKÓW RÓŻNYCH WG 8 PAKIETÓW**, numer sprawy: **65/ZP/2024**

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, udziela wyjaśnień na wnioski Wykonawców o wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej Specyfikacją) złożone w Postępowaniu.

Pytanie nr 1

Pytania do wzoru umowy: Do §3 ust. 9 wzoru umowy: Prosimy o usunięcie §3 ust. 9, gdyż powyższe zapisy naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, które obowiązywać będzie w trakcie wykonywania kontraktu, a także przenosząc na wykonawcę odpowiedzialność za gospodarkę lekową Zamawiającego oraz za ewentualne straty wynikające z wykonywanej przez niego działalności. Należy podkreślić, że wszelkie konsekwencje podejmowanych przez personel Zamawiającego decyzji terapeutycznych nie są okolicznościami znajdującymi się w zakresie decyzyjności Wykonawcy zajmującego się dostawą produktów farmaceutycznych i jako nie mające żadnego związku z realizowanym przez niego zamówieniem, w żadnym wypadku nie mogą go obciążać. Ponadto, pozostawienie w umowie przedmiotowej normy, daje Zamawiającemu w zasadzie możliwość zwrotu niczym nieograniczonego wolumenu dostaw, tym samym umożliwiając mu dowolne ograniczenie wielkości zamówienia, z naruszeniem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605) nakazującej wskazanie jego minimalnej wartości. Nadmieniamy, że argumentacja niniejsza znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia udaremniające gwarancję wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

Pytanie nr 2

Do §7 ust. 1 wzoru umowy. Prosimy o dopisanie do §7 ust. 1 wzoru umowy treści: „Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.”

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na powyższe, zgodnie z modyfikacją załącznika 3 do SWZ.

Pytanie nr 3

Do §8 ust. 1 lit. a) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za opóźnienie w dostawie lub dostawę niezgodną z zamówieniem do wysokości 1% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

Pytanie nr 4

Do §8 ust. 1 lit. b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za rozwiązanie lub odstąpienie od umowy do wysokości 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ CZĘŚCI umowy.”?

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

Pytanie nr 5

Do §8 ust. 1 lit. c) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za dostawę niezgodnie z §3 ust. 1-7 wzoru umowy do wysokości 1% wartości brutto nieprawidłowo dostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

Pytanie nr 6

Do §8 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za niedostarczenie dokumentów do wysokości 1% wartości brutto pierwszego zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

Pytanie nr 7

Do §11 ust. 7-10 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §11 ust. 7-10 wzoru umowy, 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.

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ.

Pytanie nr 8

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:

Nie dotyczy SWZ.

Pytanie nr 9

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 wyraża zgody.

Pytanie nr 10

Czy w celu miarkowania kar umownych Nabywca dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 8 ust. 3:

1. Za niewykonanie lub niewłaściwe wykonywanie Umowy (bez względu na przyczynę, z wyłączeniem okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Nabywca) lub uchybienie terminom, o których mowa w niniejszej Umowie (bez względu na przyczynę, z wyłączeniem okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Nabywca), Nabywca jest uprawniony do żądania od Sprzedawcy zapłaty na swoją rzecz kar umownych, na podstawie art. 483 i 484 Kodeksu Cywilnego w nw. przypadkach:

a) w razie uchybienia terminowi w dostarczeniu produktu leczniczego (w tym na podstawie zamówienia w trybie pilnym) lub dostarczenia niezgodnie z zamówieniem (w tym podzielenie zamówienia na części), w wysokości **1% wartości brutto zamówienia, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy**, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki lub dostarczeniu niezgodnie z zamówieniem,

b) w razie wcześniejszego rozwiązania Umowy lub odstąpienia od niej z przyczyn zawinionych, leżących po stronie Sprzedawcy, zobowiązany jest on do zapłaty na rzecz Nabywcy kary umownej w wysokości **10%** wartości brutto całej Umowy,

c) w razie dostarczenia produktu leczniczego niezgodnie z § 3 ust. 1-7 nin. umowy, Sprzedawca zostanie obciążony karą w wysokości **1% wartości brutto zamówienia, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy**, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki,

d) w razie niedostarczenia dokumentów (w tym wymaganych tłumaczeń na język polski), o których mowa w § 4 - w wysokości **1% wartości brutto zamówienia, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy**, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki,

e) w przypadku niedokonania zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 11 ust. 10 umowy Sprzedawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Nabywcy kary umownej – w wysokości **0,05%** wynagrodzenia umownego brutto, za przypadek naruszenia.

Uzasadnienie

Odnosnie § 8 ust. 1 lit. a), c) i d)

Przedmiotowe w niniejszym postępowaniu zamówienie dotyczy sukcesywnych dostaw wyrobów medycznych w okresie 24 miesięcy. W myśl analizowanych projektowanych zapisów umowy, biegnącymi karami umownymi są osankcjonowane następujące naruszenia:

- 1) przekroczenie terminu dostawy,
- 2) dostawa niezgodna z zamówieniem,
- 3) podział zamówienia na 2 lub więcej dostaw,
- 4) brak faktury w dokumentach towarzyszących dostawie,
- 5) wniesienie i rozładowanie dostawy w aptecze szpitala,
- 6) zrealizowanie dostawy niezgodnie z przepisami ustawy o wyrobach medycznych lub rozporządzeniem w sprawie dobrej praktyki dystrybucyjnej,
- 7) przekroczenie terminu dostarczenia charakterystyki wyrobów medycznych, instrukcji obsługi lub ich tłumaczeń na język polski.

Wykonawca rozumie i co do zasady akceptuje wprowadzanie przez zamawiających sankcji w postaci kar umownych za naruszenia umów, jednak kary te nie mogą mieć charakteru nadmiernej sankcji.

Kary umowne z wyżej wymienionych tytułów, odnoszące się co do zasady do naruszeń związanych z poszczególnymi dostawami, zostały określone jako 4% wartości **pakietu** dziennie. Kary te są w oczywisty i rażący sposób nieproporcjonalne do sankcjonowanych naruszeń i pozostają w jaskrawy sposób oderwane od potencjalnej szkody, jaką Zamawiający mógłby ewentualnie ponieść w związku z tymi naruszeniami. Tak skonstruowane kary mogą w łatwy sposób prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, przekraczając tym samym granice wyznaczone zasadą swobody umów.

Uwzględniając drastyczną stawkę kary, wielorakie, częstokroć o niskim stopniu istotności naruszenia osankcjonowane tą karą, długi, dwuletni czas jej trwania oraz objęcie odpowiedzialnością Wykonawcy nawet sytuacji od niego niezależnych, należy przyjąć konkluzję, że w postępowaniu doszło do zaburzenia równowagi stron na korzyść Zamawiającego i to w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nadmiernie obciążający wykonawcę.

Tymczasem, zgodnie z powszechną praktyką rynkową wystarczająco skutecznie pełnią swoje funkcje (prewencyjną i odszkodowawczą) kary za uchybienia przy dostawie liczone od wartości tejże dostawy. Taka kara pozostaje w adekwatnym związku z osankcjonowanym naruszeniem, z jednej strony w wystarczającym stopniu motywując wykonawcę do starannego działania, z drugiej strony pozostając w zgodzie z poczuciem sprawiedliwości i przyjętą praktyką rynkową. Co do samej wysokości kary, to Wykonawca wskazuje, że standardem rynkowym są kary na poziomie 1% wartości dostawy brutto dziennie lub niższe, stąd też wniosek o zastąpienie nadmiernie dolegliwego poziomu 4% przez górną granicę przyjętego standardu rynkowego, tj. 1%.

Wykonawca podkreśla, że utrzymanie kar na dotychczasowym poziomie kreuje nieakceptowalny poziom ryzyka dla wykonawców, szczególnie w kontekście treści projektowanego § 8 ust. 1 umowy, w myśl którego tylko wyłączna odpowiedzialność Zamawiającego uwalnia wykonawców spod sankcji kar umownych. Wykonawcy byliby zmuszeni do poniesienia drastycznych kar nie tylko wtedy, gdy do naruszeń dochodzi skutek ich zawinienia lub niestaranności, lecz również wówczas gdy wyłączoną odpowiedzialność ponoszą osoby trzecie, na które wykonawcy nie mają wpływu, a nawet w razie zdarzeń losowych lub siły wyższej.

Uwzględniając powyższe należy uznać, że projektowane zapisy umowy prowadzą do naruszenia przewidzianej w art. 16 pkt. 3) PZP zasady proporcjonalności, a także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez eliminację tych wykonawców, którzy rozważnie i z należytą starannością oceniają ryzyka rynkowe i pozostawienie tych, którzy, motywowani chęcią uzyskania zamówienia takie nieproporcjonalne ryzyka bagatelizują lub nie biorą ich pod uwagę, w rezultacie narażając interesy samego zamawiającego, który może być zmuszony do udzielenia zamówienia wykonawcy nieodpowiedzialnemu, nierozważnemu, a więc nie dającym należytych gwarancji realizacji umowy.

Rozpatrując z kolei analizowane zapisy w odniesieniu do przepisów k.c. należy wskazać, że sporne zapisy umowne, jako istotnie zaburzające równowagę stron stosunku kontraktowego i w nadmierny, nieadekwatny sposób zabezpieczające interesy zamawiającego z naruszeniem interesów wykonawcy podlegają ocenie z perspektywy ich ważności w oparciu o art. art. 58 k.c. oraz art. 353¹ k.c.

Odniesienie § 8 ust. 1 lit. b)

Nadmierna, a przez to zaburzająca równowagę stron oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji jest również kara naliczana w razie wcześniejszego rozwiązania Umowy lub odstąpienia od niej z przyczyn zawinionych w wysokości 30% wartości umowy brutto. W tym przypadku adekwatny poziom kary został wskazany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., w sprawie KIO 171/13, gdzie KIO orzekła w pkt. 5, jak następuje: „*Kara umowna w wysokości 10% wartości wynagrodzenia określonego w umowie za odstąpienie od umowy jest powszechnie stosowana i nie może uchodzić za nadmiernie wygórowaną.*”

W przypadku utrzymania przez Zamawiającego jako podstawy naliczania kar umownych związanych z realizacją dostaw (§ 8 ust. 1 lit. a), c) i d) wartości pakietu, Wykonawca będzie zmuszony rozważyć zasadność udziału w niniejszym postępowaniu

przetargowym.

Odpowiedź:

Zgodnie z wprowadzonymi modyfikacjami do załącznika 3 do SWZ.

Wskazane powyżej wyjaśnienia treści Specyfikacji są wiążące i stanowią jej integralną część. Pozostałe warunki Specyfikacji pozostają bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy Pzp, na stronie internetowej <https://ezamowienia.gov.pl/> oraz www.szpitalrydygier.pl zamieścił niniejsze wyjaśnienia treści Specyfikacji.