

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA /SWZ/

**dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn.
„Dostawa produktów leczniczych (leków) do SPZOL w Rajczy
przez okres 24 miesiące, czyli od 01.01.2022r. do 31.12.2023r.”**

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 r. ze zmianami) udzielam wyjaśnień na n/w pytania.

Pytanie nr 1

Pakiet 1 pozycja 393. Czy Zamawiający wyraża zgodę na złożenie oferty na potas w postaci kapsułek o przedłużonym uwalnianiu 315 mg jonów potasu (600 mg chlorku potasu) x 100 kapsułek?

Odpowiedź: Tak.

Pytanie nr 2

Czy w Części 1 poz. 183 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu EnteroDr., również zawierającego w swoim składzie 250 mg żywych kultur probiotycznych drożdży *Saccharomyces boulardii* w kapsułce? Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 20 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę). Zawartość żywych kultur probiotycznych drożdży w oferowanym produkcie została potwierdzona w niezależnym badaniu wykonanym w NIL. Produkt nie zawiera laktozy i może być podawany osobom z nietolerancją galaktozy, zespołem złego wchłaniania glukozy-galaktozy i niedoborem laktazy.

Odpowiedź: Tak, jeśli produkt ma status leku, wyrobu medycznego lub dietetycznego środka spożywczego specjalnego przeznaczenia medycznego.

Zgodnie z zapisem rozdz. III pkt 10 Zamawiający dopuszcza możliwość przeliczenia w formularzu asortymentowo - cenowym ogólnej ilości leków wg opakowań obecnie istniejących na rynku, jeśli dany lek jest konfekcjonowany w innych opakowaniach niż wskazanych w załączniku nr 4 do SWZ. Niemniej ostateczna ogólna ilość musi być taka sama jak wskazana w SWZ.

Pytanie nr 3

Czy w Części 1 poz. 286 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu ProbioDr, zawierającego żywe, liofilizowane kultury bakterii probiotycznych najlepiej przebadanego pod względem klinicznym szczepu *Lactobacillus rhamnosus* GG ATTC53103 i *Lactobacillus helveticus* w łącznym stężeniu 2mld CFU/ kaps, identycznym jak w produkcie opisanym w SIWZ?

Zawartość żywych kultur bakterii probiotycznych w oferowanym produkcie została potwierdzona w niezależnym badaniu wykonanym w NIL. Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 60 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

Odpowiedź: Tak, jeśli produkt ma status leku, wyrobu medycznego lub dietetycznego środka spożywczego specjalnego przeznaczenia medycznego.

Czy w Części 1 poz. 286 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu LactoDr, zawierającego żywe, liofilizowane kultury bakterii probiotycznych najlepiej przebadanego pod względem klinicznym szczepu *Lactobacillus rhamnosus* GG ATTC53103 w stężeniu 6 mld CFU/ kaps? Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 20 lub x 30 kapsułek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

Odpowiedź: TAK, jeśli produkt ma status leku, wyrobu medycznego lub dietetycznego środka spożywczego specjalnego przeznaczenia medycznego.

Pytanie nr 4

Do rozdziału XXVII ust. 1 lit. b) SWZ: Wnosimy o zmianę w zakresie kryterium termin dostawy leków CITO dotyczącego minimalnego oraz maksymalnego terminu dostawy. Z uwagi na fakt, iż przyjęcie przez Zamawiającego urealnionych, dostępnych dla większej ilości Wykonawców terminów dokonywania dostaw „na cito” znacząco przyczyni się do wzrostu konkurencyjności w niniejszym postępowaniu, a tym samym korzystnie wpłynie na oferowane ceny, prosimy o zmianę dopuszczalnych terminów dostaw w taki sposób, aby **minimalny czas wynosił 8 godzin od momentu złożenia zamówienia.**

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian.

Pytanie nr 5

Do rozdziału XXVII ust. 1 lit. c) SWZ: Prosimy o zmianę kryterium oceny ofert, polegającego na określeniu godziny dostawy poprzez wydłużenie najwcześniejszego, a co za tym idzie, najwyżej ocenianego przedziału czasowego na okres pomiędzy do godziny 09.00 oraz proporcjonalną zmianę pozostałych progów. Nadmieniamy przy tym, że przyjęcie przez Zamawiającego urealnionych godzin dostaw, którym sprostać będzie mogła większa ilość Wykonawców, również tych posiadających magazyny w większej odległości od siedziby Zamawiającego, znacząco przyczyni się do wzrostu konkurencyjności w niniejszym postępowaniu, a tym samym korzystnie wpłynie na oferowane ceny. Zaznaczyć bowiem, należy, że waga kryterium godziny dostaw będzie miała istotny wpływ na wybór oferty, dlatego też, w przypadku nie urealnienia kryterium godziny dostawy, poprzez wydłużenie najwcześniejszego przedziału czasowego, może dojść do sytuacji, w której Zamawiający wybierze oferty z wcześniejszą godziną dostaw ale wyższymi cenami.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian.

Pytanie nr 6

Do §2 ust. 10 wzoru umowy: W związku z tym, że czynność prawna dokonana przez strony nie może skutkować wyłączeniem ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a taki 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 §2 ust. 10.

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśla w Załączniku nr 3 do SWZ /Projektowane postanowienia umowy/ zapis §2 ust. 10.

Pytanie nr 7

Do §2 ust. 11 wzoru umowy: Czy Zamawiający zrezygnuje z postanowienia zamieszczonego w §2 ust. 11 wzoru umowy, zgodnie z którym: „W razie opóźnienia Zamawiającego w zapłacie wynagrodzenia z przyczyn od niego niezależnych, Dostawca zobowiązuje się do odstąpienia od naliczania odsetek ustawowych.”? Wykonawca wskazuje, że ww. postanowienie wzoru umowy jest obarczone bezpośrednio sankcją nieważności, co literalnie wynika z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, zgodnie z którym "Postanowienia umowy wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5, art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 4 i 4a, art. 10, art. 11 i art. 12, lub mające na celu obejście tych przepisów, są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy ustawy.". Przepis ten jasno stanowi, że strony umowy nie są upoważnione do ważnego w świetle prawa wyłączenia uprawnienia wierzyciela przewidzianego w art. 8 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy, co nadaje temu ostatniemu przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący). Nieważność postanowień sprzecznych z ww. ustawą wielokrotnie potwierdzały również sądy powszechne, m.in. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 26.04.2016 r. (sygn. II C 561/15), Sądu Okręgowego w Radomiu z 16.06.2016 r. (sygn. I C 435/16), Sądu Okręgowego w Łodzi z 20.10.2017 r. (sygn. III Ca 984/17). W doktrynie także powszechnie podnosi się, że „Za niedopuszczalne należy uznać postanowienia umowne abstrakcyjnie wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, tzn. przyjęte przez strony jeszcze przed powstaniem określonego uprawnienia lub obowiązku” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, red. Osajda 2021, wyd. 4/B. Ostrzechowski/K. Riedl). Ponadto, wprost uznaje się, że: „Celem normy wyrażonej w art. 13 TransHandlZapU jest zapobieżenie sytuacji, w której jedna ze stron (dłużnik) transakcji handlowej wykorzystując przewagę negocjacyjną, wymusza na drugiej stronie (wierzycielu) odpowiednie postanowienia umowne, które uszczuplają bądź nawet wyłączają uprawnienia wierzyciela bądź obowiązki dłużnika przewidziane w art. 5, 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 4, 10, 11 i 12 TransHandlZapU” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych red. Osajda 2017, wyd. 1/Cudny). Podkreślić należy natomiast, za wyrokiem KIO z 12.06.2015 r. (KIO 1127/15, LEX nr 1805929), że: „SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności”. W konsekwencji, postanowienie takie, finalnie, zostanie uznane za nieważne w ewentualnym postępowaniu sądowym, stosownie do art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Stąd, Wykonawca wzywa Zamawiającego do nadania wzorowi umowy treści zgodnej z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa już na etapie postępowania przetargowego.

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśla w Załączniku nr 3 do SWZ /Projektowane postanowienia umowy/ zapis §2 ust. 11.

Pytanie nr 8

Do §3 ust. 5 wzoru umowy: Biorąc pod uwagę, że realizacja umowy odbywała się będzie podczas ogólnokrajowego stanu epidemii wywołanej zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, Wykonawca będąc zobowiązanym do zapewnienia pracownikom bezpiecznych warunków pracy, wprowadził system szczególnych środków ostrożności, między innymi w zakresie postępowania z towarem zwracanym z podmiotów leczniczych będących miejscami zwiększonego ryzyka epidemiologicznego. W związku z powyższym, procedura rozpatrzenia reklamacji uległa stosownemu wydłużeniu, co należałoby uwzględnić w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego w §3 ust. 5 wzoru umowy, dlatego też prosimy o wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 4 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian.

Pytanie nr 9

Do §3 ust. 7 wzoru umowy: Czy Zamawiający doprecyzuje, na wzór postanowień zamieszczonych w §7 ust. 5 wzoru umowy, że w razie dokonania zakupu umownego asortymentu od innego dostawcy, obciąży Wykonawcę różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka?

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia w Załączniku nr 3 do SWZ /Projektowane postanowienia umowy/ brzmienie § 3 ust. 7 w następujący sposób:

„W przypadku niedostarczenia przez Dostawcę zamówionego asortymentu w terminie określonym w ust. 1, lub w przypadku wystąpienia braków ilościowych w stosunku do asortymentu stanowiącego przedmiot zgłoszenia Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonania zakupu interwencyjnego od innego dostawcy w ilości i asortymencie nierealizowanej w terminie dostawy przez Dostawcę. W takim przypadku Dostawca zobowiązany jest do zwrotu Zamawiającemu różnicy pomiędzy zapłaconą przez Zamawiającego ceną zakupu interwencyjnego, a ceną dostawy danego zamówienia wynikającą z cen podanych w ofercie Dostawcy, stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszej umowy.”

Pytanie nr 10

Do §4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania, w taki sposób aby wynosiła ona 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian.

Pytanie nr 11

Do §4 ust. 1 pkt 2) oraz pkt 3), 4) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji i / lub gwarancji w taki sposób, aby wynosiła ona 0,5% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każde 12 godzin zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 8,1% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie.

Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara za opóźnienie świadczenia w wysokości, odpowiednio 4 380% w skali roku ($0,5\% \times 24h \times 365$ dni) lub 8 688% w skali roku ($1\% \times 24h \times 365$ dni). Jednocześnie prosimy o usunięcie z wzoru umowy kary zastrzeżonej na wypadek dokonania dostawy asortymentu niezgodnego z umową, skoro Zamawiający dopuszcza wymianę takiego towaru z trybie reklamacyjnym, z zastrzeżeniem na t ą okoliczność odpowiedniego terminu, a ponadto obwarowanie go bardzo wysoką karą umowną.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian.

Pytanie nr 12

Do §4 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy: Zważywszy na fakt, iż warunkiem prawidłowo i skutecznie zastrzeżonej kary umownej jest precyzyjne i konkretnie wskazanie obowiązku strony, którego nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej, prosimy o wskazanie jakie okoliczności Zamawiający ma na myśli jako przypadki nienależytego wykonania umowy, skutkujące obowiązkiem zapłaty kary umownej przez Wykonawcę oraz ustanowienie konkretnego, zamkniętego katalogu tych okoliczności. Zamawiający wskazał, że obowiązek zapłaty kary umownej będzie dotyczył przypadków realizowania umowy nienależytego, sprzecznego z umową, rażącego niedbalstwa lub niezgodnie z prawem, nie wskazując jednak zamkniętego uch katalogu. Określenie takie czyni tą klauzulę nieskuteczną, gdyż Wykonawca nie ma w istocie wiedzy jakie okoliczności mogą powodować wystawienie przez Zamawiającego not obciążeniowych.

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśla w Załączniku nr 3 do SWZ /Projektowane postanowienia umowy/ zapis §4 ust. 1 pkt 5.