

UNIWERSYTECKIE CENTRUM KLINICZNE
WARSZAWSKIEGO UNIWERSYTETU MEDYCZNEGO
Centralny Szpital Kliniczny

Warszawa, dnia 06.06.2019 r.

Oznaczenie sprawy: DZP.262.49.2019

Wszyscy zainteresowani

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia na **dostawę produktów leczniczych**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, udziela odpowiedzi na wnioski wykonawców dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

Pytanie nr 1:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z drugiej części § 7 ust. 2 wzoru umowy, tj. fragmentu: „poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zamówienia podpisanego przez osobę o której mowa §3 ust.3 oraz dokumentu potwierdzającego dostawę zgodną z zamówieniem pod względem ilościowym i jakościowym.”?

Wykonawca nie znajduje podstaw, ani nie posiada też narzędzi do dołączenia do wystawionej przez siebie faktury oryginału zamówienia składanego przez Zamawiającego ponieważ nie posiada takiego dokumentu w oryginale, jego posiadaczem jest wyłącznie Zamawiający.

Ponadto, odnośnie do drugiej części kwestionowanego zapisu, Wykonawca wskazuje, że zgodnie z jego wiedzą dokumentem potwierdzającym dostawę zgodną z zamówieniem pod względem ilościowym i jakościowym jest właśnie faktura, nie jest wobec tego jasne dla Wykonawcy dlaczego dokument ów został wymieniony w treści postanowienia oddzielnie. Ewentualnie, Wykonawca prosi o wyjaśnienie jaki dokument miał na myśli Zamawiający przy formułowaniu kwestionowanego zapisu.

Co więcej, mając na uwadze, że do niniejszej umowy znajduje zastosowanie ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, w świetle art. 13 przywołanej ustawy, nie jest możliwe zakreślanie terminu płatności faktur VAT w sposób wyłączający lub ograniczający uprawnienia Wierzyciela tj., właśnie poprzez nakładanie przez Zamawiającego nadmiernych i nieproporcjonalnych wymogów podczas gdy ww. ustawa wskazuje wprost, iż termin zapłaty liczony jest od dnia doręczenia

dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Reasumując, naliczanie terminu płatności w sposób określony w komentowanym postanowieniu ogranicza uprawnienia Wierzyciela płynące z tej ustawy, co oznacza, że niniejszy zapis jest nieważny, stąd prośba o jego usunięcie lub modyfikacje aby pozostawał w zgodzie z postanowieniami ww. ustawy.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie słów „(...) poświadczoną za zgodność z oryginałem (...)” oraz „(...) oraz dokumentu potwierdzającego dostawę zgodną z zamówieniem pod względem ilościowym i jakościowym”. Udzielając wyjaśnień na powyższe pytanie zmienia treść SIWZ poprzez zmianę Załącznika nr 5 do SIWZ (Wzór umowy) w § 7 ust. 2. Całość zmian § 7 ust. 2 znajduje się w części pisma dotyczącej zmian SIWZ (patrz: Zmiana nr 3) oraz w Załączniku nr 5 do SIWZ (Wzór umowy) po zmianach.

Pytanie nr 2:

Czy Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie postanowień § 7 ust. 3-7 wzoru umowy? Należy zauważyć, że kwestionowane zapisy naruszają zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 PZP w zw. z art. 6 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bowiem Zamawiający uzależnia zawarcie umowy od spełnienia świadczenia (w postaci powstrzymania się od jednego ze sposobów egzekwowania swoich roszczeń) niemającego związku zwyczajowego i rzeczowego z dostawą i sprzedażą produktów leczniczych, będących przedmiotem umowy, a po trzecie – zapis narusza zasadę wolności działalności gospodarczej wykonawców (na tle art. 14 PZP w zw. z art. 487 §2 k.c.), przy czym Wykonawca zostaje pozbawiony możliwości wyegzekwowania należności z tytułu prawidłowo wykonanej umowy (przy zachowaniu takiego uprawnienia przez Zamawiającego) i w praktyce jest uzależniony od dobrej woli Zamawiającego do terminowego realizowania płatności w związku z umową. Zauważyć należy, iż Wykonawca jako podmiot prowadzący hurtownię farmaceutyczną nie jest podmiotem wyspecjalizowanym w zakresie obrotu i zarządzania wierzytelnościami – tak więc podjęcie działalności w tym zakresie łączyłoby się dla Wykonawcy ze znacznymi kosztami.

Co więcej, należy zauważyć, iż ust. 7 omawianego § także jest sprzeczny z art. 54 ust. 5 i ust. 6 ustawy o działalności leczniczej, bowiem przewiduje inną sankcję niż dopuszczoną przez ww. przepisy powszechnie obowiązujące, zaś w ten sposób nie można skutecznie zastrzec kary umownej stąd w/w wskazany zapis będzie dotknięty sankcją nieważności. Poza tym na marginesie wskazać należy, że karę umowną stanowi tu odpowiedni procent (3 %) od całej wartości umowy brutto za każdy przypadek naruszenia co oznaczałoby, że kara umowna naliczana byłaby od wartości hipotetycznej i niepewnej uzależnionej od jednostronnej decyzji Zamawiającego, co także wskazuje na jego nieważność jako sprzeczny z art. 353(1) k.c. Co więcej forma potrącenia tak nieprawidłowo zastrzeżonej kary jest praktyką nadmierną i nieprawidłową.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 3:

§ 7 ust. 9: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z zastrzeżonej w treści przepisu kary umownej nakładanej na Wykonawcę za brak wskazanych w postanowieniu danych na wystawianej fakturze VAT? W ocenie Zamawiającego nałożenie na Wykonawcę w/w kary miałoby charakter nadmierny i nieuzasadniony, także z uwagi na fakt, iż w związku z brakiem na wystawionej przez Wykonawcę fakturze VAT wyszczególnionych w zapisie całości danych, nie spowoduje dla Zamawiającego żadnej szkody, w szczególności nie spowoduje dla Zamawiającego braku możliwości weryfikacji, któremu ze złożonych zamówień faktura odpowiada, a co więcej faktura ta jest prawidłowa pod kątem księgowym.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 4:

Podtrzymując uwagi zawarte w pytaniu do § 7 ust. 2 wzoru umowy wskazujemy, że postanowienia te skutkują przedłużeniem terminu do dokonania przez Zamawiającego zapłaty sprzeczne z ustawą o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. W związku z powyższym, czy Zamawiający wyraża zgodę na rezygnację z postanowień § 7 ust. 10 i 11 wzoru umowy, w szczególności w części dotyczącej wymogu dostarczania wraz z fakturą kopii zamówienia założonego przez Zamawiającego?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 5:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie postanowienia § 7 ust. 12 wzoru umowy z uwagi na jego sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującymi? Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać dla podmiotu publicznego będącego podmiotem leczniczym 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, przy czym nie jest możliwe umowne jakiegokolwiek odroczenie tego terminu poprzez sformułowanie wymogu dostarczenia przez Wykonawcę dodatkowych dokumentów. Mając na uwadze treść art. 13 w/w ustawy, zapis § 7 ust. 12, jako ograniczający uprawnienia wierzyciela wynikające z ustawy jest nieważny. Zamawiający nie może skutecznie odmówić zapłaty za wykonane świadczenie powołując się

na nadmierne i niejasne postanowienia umowy, podczas gdy ustawa wprost wskazuje, że nie może mieć miejsca jakiegokolwiek wyłączenie lub ograniczenie uprawnień wierzyciela lub obowiązki dłużnika.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 6:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zastrzeżenia określającego sposób obliczania wysokości kary umownej poczynionego w § 10 ust. 1, tj. zastrzeżenia, że kara umowna naliczona za każdy dzień zwłoki nie może być mniejsza niż 500,00 zł? W ocenie wykonawcy powyższy zapis jest dotknięty sankcją nieważności w związku ze sprzecznością z art. 353(1) k.c. Podstawą powyższego twierdzenia jest przede wszystkim sprzeczność w/w postanowienia z naturą stosunku zobowiązującego. Pozostawienie postanowienia w obecnym brzmieniu spowodowałaby, iż wysokość kary umownej zostałaby określona przez jedną ze stron umowy zupełnie dowolnie, bez jakiegokolwiek odniesienia i uzasadnienia. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż kwestionowany zapis mógłby prowadzić do absurdalnych konsekwencji, w szczególności kwota naliczonej kary umownej mogłaby wielokrotnie przekraczać wartość zamówienia. Tak więc, wysokość kary umownej powinna zostać każdorazowo naliczana od realnej wartości niezrealizowanego zamówienia lub też od poniesionej przez Wykonawcę szkody.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 7:

Mając na uwadze treść zapytania do § 3 ust. 7, czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie postanowienia § 10 ust. 3 określającego karę umowną za naruszenie § 3 ust. 7-9 wzoru umowy? W przypadku braku zgody Zamawiającego na dokonanie wykreślenia, o którym mowa w poprzednim zdaniu, czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zastrzeżenia określającego sposób obliczania wysokości kary umownej poczynionego w § 3 ust. 7, tj. zastrzeżenia, że kara umowna nie może być mniejsza niż 500,00 zł oraz modyfikację postanowienia mówiącego, że kara umowna naliczana jest jako 0,2% wartości netto umowy poprzez uzależnienia wysokości kary umownej od wartości konkretnej (niezawierającej wskazanych informacji) faktury.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 8:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z § 17 ust. 2-5 wzoru umowy? Wykonawca wskazuje, iż wskazane w treści kwestionowanego zapisu terminy dla Zamawiającego na wyznaczenie posiedzenia

ugodowego 60 dni, a także możliwość jego przedłużenia o kolejne 30 dni może prowadzić do konsekwencji, które nie są do zaakceptowania dla Wykonawcy, a w praktyce mogą doprowadzić do tego, że Wykonawca nie uzyska zapłaty za wystawione faktury VAT przez wiele miesięcy, bez możliwości jej egzekwowania, przy czym spory takie najczęściej dotyczą właśnie niespornych należności z faktur VAT. Ewentualnie, czy Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie zastrzeżenia, iż tryb określony w ust. 2-5 dotyczyć będzie sporów, z wyłączeniem należności wynikających wystawionych przez Wykonawcę faktury VAT? Ponadto, Wykonawca zwraca uwagę na fakt, iż zapisy nie rozstrzygają, która ze stron poniesie koszty postępowania pojednawczego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Ponadto, Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, informuje, że zmienia treść SIWZ w następujący sposób:

- Zmiany dotyczące Załącznika nr 5 do SIWZ (Wzór umowy):

Zmiana nr 1:

Dotyczy §1 ust. 6:

BYŁO:

§1 ust. 6. W okresie obowiązywania umowy, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia aktualnych dokumentów dopuszczających zaoferowane wyroby medyczne do obrotu (w przypadku dokumentów w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski) – w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Dopuszcza się przesłanie dokumentów pocztą elektroniczną lub na płycie CD/DVD.

JEST:

§1 ust. 6. W okresie obowiązywania umowy, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia aktualnych dokumentów dopuszczających zaoferowane produkty lecznicze do obrotu (w przypadku dokumentów w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski) – w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Dopuszcza się przesłanie dokumentów pocztą elektroniczną lub na płycie CD/DVD.

Zmiana nr 2:

Dotyczy §3 ust. 2:

BYŁO:

§3 ust. 2. Szczegółowe terminy dostaw przedmiotu umowy oraz jego asortyment będą podawane przez Zamawiającego w formie pisemnego zamówienia (faksem lub drogą elektroniczną) z 3 dniowym wyprzedzeniem. W przypadku dostaw na cito termin realizacji w terminie 24 godzin od daty złożenia pisemnego zamówienia. Jeżeli dostawy na „cito” realizowane będą po

godzinach pracy Apteki Szpitalnej UNIWERSYTECKIEGO CENTRUM KLINICZNEGO WARSZAWSKIEGO UNIWERSYTETU MEDYCZNEGO, zwanego dalej UCK WUM, należy uzgodnić każdorazowo miejsce i czas tej dostawy z pracownikiem Apteki określonym w § 3 ust 4.

JEST:

§3 ust. 2. Szczegółowe terminy dostaw przedmiotu umowy oraz jego asortyment będą podawane przez Zamawiającego w formie pisemnego zamówienia (faksem lub drogą elektroniczną) z 3 dniowym wyprzedzeniem. W przypadku dostaw na cito termin realizacji w terminie 24 godzin od daty złożenia pisemnego zamówienia. Jeżeli dostawy na „cito” realizowane będą po godzinach pracy Apteki Szpitalnej UNIWERSYTECKIEGO CENTRUM KLINICZNEGO WARSZAWSKIEGO UNIWERSYTETU MEDYCZNEGO, zwanego dalej UCK WUM, należy uzgodnić każdorazowo miejsce i czas tej dostawy z pracownikiem Apteki określonym w § 3 ust 3.

Zmiana nr 3:

Dotyczy §7 ust. 2:

BYŁO:

§7 ust. 2. Termin, o którym mowa w ust. 1 liczony jest od daty doręczenia Zamawiającemu przez Wykonawcę kompletu wszystkich dokumentów rozliczeniowych obejmujących prawidłowo wystawioną fakturę VAT, do której Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń, poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zamówienia podpisanego przez osobę o której mowa w § 3 ust. 3 oraz dokumentu potwierdzającego dostawę zgodną z zamówieniem pod względem ilościowym i jakościowym.

JEST:

§7 ust. 2. Termin, o którym mowa w ust. 1 liczony jest od daty doręczenia Zamawiającemu przez Wykonawcę kompletu wszystkich dokumentów rozliczeniowych obejmujących prawidłowo wystawioną fakturę VAT, do której Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń, kopię zamówienia podpisanego przez osobę o której mowa w § 3 ust. 3.

Zmiana nr 4:

Dotyczy §7 ust. 10:

BYŁO:

§7 ust. 10. Przez wykonanie umowy, w rozumieniu ust. 2 Strony zgodnie rozumieją dostarczenie przedmiotu zamówienia, dostarczenie prawidłowo wystawionej faktury VAT zgodnie z ust. 8 wraz z załączoną poświadczoną za zgodność z oryginałem kopią zamówienia podpisanego przez osobę o której mowa w § 3 ust. 3 oraz dokumentu potwierdzającego dostawę zgodną z zamówieniem pod względem ilościowym i jakościowym.

JEST:

§7 ust. 10. Przez wykonanie umowy, w rozumieniu ust. 2 Strony zgodnie rozumieją dostarczenie przedmiotu zamówienia, dostarczenie prawidłowo wystawionej faktury VAT zgodnie z ust. 8 wraz z załączoną kopią zamówienia podpisanego przez osobę o której mowa w § 3 ust. 3.

Zmiana nr 5:

Dotyczy §7 ust. 11:

BYŁO:

§7 ust. 11. Wykonaniem świadczenia niepieniężnego w rozumieniu niniejszej umowy jest dostarczenie przedmiotu zamówienia wraz z poświadczoną za zgodność z oryginałem kopią zamówienia podpisanego przez osobę o której mowa w § 3 ust. 3 oraz dokumentu potwierdzającego dostawę zgodną z zamówieniem pod względem ilościowym i jakościowym (zgodnie z ust. 2) i umieszczenie danych na fakturze, o których mowa w ust. 8.

JEST:

§7 ust. 11. Wykonaniem świadczenia niepieniężnego w rozumieniu niniejszej umowy jest dostarczenie przedmiotu zamówienia wraz z kopią zamówienia podpisanego przez osobę o której mowa w § 3 ust. 3 i umieszczenie danych na fakturze, o których mowa w ust. 8.

- **Zmiana SIWZ Rozdz. XII :**

Zmianie ulega termin składania i otwarcia ofert. Termin składania ofert upływa w dniu 13.06.2019 r. o godz. 09:30, natomiast otwarcie ofert rozpocznie się w tym samym dniu o godz. 10:00.

W związku z wprowadzanymi zmianami SIWZ, Zamawiający zmienia zapisy Załącznika nr 5 do SIWZ (Wzór umowy). Zmiany wprowadza poprzez umieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego, (jako wiążący), nowego załącznika nr 5 do SIWZ pod nazwą: Załącznik nr 5 do SIWZ (Wzór umowy) po zmianach.