

Poznań, dnia 26.01.2010 r.

EZ/.....7768/6..../2010

**wg rozdzielnika:
do wszystkich zainteresowanych postępowaniem o zamówienie publiczne.**

dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 149/2009 – LEKI.

Wielkopolskie Centrum Onkologii uprzejmie informuje, iż wpłynęły kolejne zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które udzielamy odpowiedzi.

Zamawiający dokonuje **ZMIANY TERMINÓW POSTĘPOWANIA.**

Ustala się:

- **Termin składania ofert do dnia 02-02-2010 r. do godz. 9.00**
 - **Termin otwarcia ofert w dniu 02-02-2010 r. o godz. 10.00**
-

PYTANIA I ODPOWIEDZI:

- 1) § 2 ust. 11 Umowy – czy Zamawiający wyrazi zgodę na uzupełnienie treści ustępu następującym postanowieniem. „*Kwota kary umownej, o której mowa w niniejszym ustępie nie przekroczy 15 % wartości zamówionych Leków nie dostarczony przez Wykonawcę, według cen oferowanych przez Wykonawcę.*”?

ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 4 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 2 ust. 10 (błędnie oznaczonego w pytaniu jako § 2 ust. 11) w sposób zaproponowany przez wykonawcę. Wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępuje w sposób świadomy, kierując się między innymi wymogami zamawiającego odnośnie terminów dostawy objętego zamówieniem publicznym sprzętu, a także konsekwencjami niedotrzymania tych terminów, w szczególności w zakresie uprawnienia zamawiającego do żądania od pozostającego w zwłoce ze spełnieniem świadczenia wykonawcy kar umownych. Nie podlega wątpliwości, iż niedostarczenie przez wykonawcę w terminie objętego zamówieniem publicznym sprzętu spowodować może daleko idące konsekwencje po stronie zamawiającego,

wiążące się w szczególności z powstaniem po jego stronie szkody. W szczególności w przypadku niedostarczenia przez wykonawcę stanowiących przedmiot zamówienia leków w umówionym terminie, zamawiający może być zmuszony do poniesienia dodatkowych kosztów związanych z koniecznością nabycia przedmiotowych leków u innego podmiotu, co może wiązać się z zapłatą wyższej ceny niż zaoferowana przez wykonawcę. Różnica w cenie stanowi w takim przypadku niewątpliwie szkodę poniesioną przez zamawiającego, mającą przy tym związek przyczynowy z niewykonaniem przez wykonawcę zobowiązania do dostarczenia leków we wskazanym w umowie terminie. W związku z powyższym istnieje konieczność zastrzeżenia kary umownej stanowiącej substytut odszkodowania w wysokości określonej z góry przy zawieraniu umowy i odpowiadającej różnicy pomiędzy ceną rzeczywiście uiszczoną przez zamawiającego a przedmiotowe leki, a ceną zaoferowaną przez wykonawcę. W ocenie Zamawiającego nie ma podstaw do zmiany kwestionowanego postanowienia poprzez wprowadzenie maksymalnego limitu wysokości kary umownej. Jej podstawową funkcją jest dyscyplinowanie wykonawcy, który zawarł umowę w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do wykonania swoich zobowiązań wynikających z tejże umowy w sposób całkowicie z nią zgodny, w tym w szczególności z zachowaniem terminów wskazanych w umowie. Nie ma żadnych podstaw do obarczania zamawiającego skutkami niezgodnego z umową zachowania wykonawcy. Jest zaś przy tym oczywiste, iż biorąc pod uwagę specyfikę działalności prowadzonej przez zamawiającego, terminowe zaopatrzenie szpitala w lei jest, z tego punktu widzenia, kwestią o podstawowym znaczeniu.

- 2) § 2 ust. 14 Umowy - czy Zamawiający wyrazi zgodę na skrócenie terminu do złożenia reklamacji do dnia następnego po dostarczeniu towaru? Brak jest podstaw do ustalania tak długiego okresu, w szczególności w zakresie braków ilościowych, które powinny być co do zasady stwierdzone przy odbiorze. Brak stwierdzenia braków przy odbiorze ogranicza możliwość dochodzenia roszczeń wobec przewoźnika dokonującego dostawy.

ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 4 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 2 ust. 14 w sposób zaproponowany przez wykonawcę. Ograniczenie terminu do złożenia reklamacji (w szczególności reklamacji jakościowych) w sposób wskazany przez wykonawcę nie jest możliwe, albowiem biorąc pod uwagę bardzo dużą ilość leków dostarczanych zamawiającemu nie ma fizycznej możliwości kompleksowego sprawdzenia zawartości wszystkich opakowań zbiorczych pod kątem zgodności ich zawartości z treścią umowy. Nie można przy tym wykluczyć sytuacji, że niezgodność odnośnie ilości dostarczonych leków ujawni się dopiero po pewnym czasie, niemożliwym do sprecyzowania w chwili zawierania umowy. W takim przypadku zamawiający musi dysponować instrumentami prawnymi umożliwiającymi mu wyegzekwowanie prawidłowego wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Należy przy tym podkreślić, iż odpowiedzialność za całkowicie zgodne z umową wykonanie zobowiązania do dostarczenia leków, w tym także w zakresie prawidłowej ich ilości, ponosi wyłącznie wykonawca. Na marginesie należy także podnieść, iż kwestionowany zapis dotyczy wszelkich reklamacji, w tym w szczególności reklamacji jakościowych, zaś w tym zakresie możliwość ujawnienia się wadliwości produktu jest ograniczona praktycznie jedynie terminem jego ważności limitującym możliwość jego bezpiecznego użycia. Jednocześnie zamawiający zapewnia, że dołoży wszelkich starań, aby wszelkie reklamacje składane były niezwłocznie po

ujawnieniu wad stanowiących podstawę ich złożenia, a w odniesieniu do reklamacji ilościowych także, aby były zgłaszane w miarę możliwości w jak najkrótszym czasie po dostarczeniu leków przez wykonawcę.

- 3) § 2 ust. 19 Umowy - czy Zamawiający wyrazi zgodę na skreślenie zdania drugiego wskazanego ustępu. Brak jest podstaw do udzielania Zamawiającemu prawa do kwestionowania ilości dostarczonych leków w chwili późniejszej niż data odbioru dostawy. Wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność za braki ilościowe do chwili przekazania leków Zamawiającemu.

ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 4 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 2 ust. 19 w sposób zaproponowany przez wykonawcę. Zamawiający z uwagi na znaczne ilości dostarczanych mu leków nie jest w stanie weryfikować zgodności ilości wszystkich leków z zamówieniem przy dokonywaniu ich odbioru. Badanie ilościowo-asortymentowe, o którym mowa w § 2 ust. 19 projektu umowy ma po pierwsze charakter ewentualny, co oznacza, iż nie musi być przeprowadzane każdorazowo jako standardowa procedura odbioru, po drugie zaś prowadzone jest wybiórczo w odniesieniu do losowo wybranych partii dostarczonych towarów. Co za tym idzie nie może ono stanowić podstawy do zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie zobowiązania do dostarczenia wymaganej przez zamawiającego ilości leków. Nie można przy tym wykluczyć sytuacji, że niezgodność odnośnie ilości dostarczonych leków ujawni się dopiero po pewnym czasie, niemożliwym do sprecyzowania w chwili zawierania umowy. W takim zaś przypadku zamawiający musi dysponować instrumentami prawnymi umożliwiającymi mu wyegzekwowanie prawidłowego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

- 4) § 4 ust. 1 i 2 Umowy – czy Zamawiający wyrazi zgodę na skreślenie wskazanych ustępów? Zwracamy uwagę, że wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferuje określony przedmiot, o określonych parametrach, za określoną skalkulowaną w oparciu o warunki SIWZ (w tym wartość całego zamówienia i okres w którym leki o danej wartości mają być sprzedane) cenę, a w treści oferty opisuje wszelkie warunki na jakich zgadza się dostarczać konkretny produkt. Dlatego też zmiana ilościowa zakupionego towaru (w szczególności jego zmniejszenie), jak również wydłużenie czasu umowy, przy pozostawieniu niezmiennych pozostałych warunków umowy, wymagałaby co najmniej akceptacji obu stron, nie zaś wyłącznie woli Zamawiającego określonej we wzorcu umowy. Tego rodzaju postanowienia i zastrzeżenia umowne sprzeczne są z zasadą równości stron. Zamawiający nie może w sposób arbitralny narzucać Wykonawcy nazbyt uciążliwych warunków umowy. Postanowienia takie mogą być również uznane jako czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami zagrażające interesom innego przedsiębiorcy.

ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 4 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 4 ust. 1 i 2 w sposób zaproponowany przez wykonawcę. Wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępuje w sposób świadomy, uwzględniając między innymi warunkami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym także dotyczącymi możliwości niewykorzystania całej ilości asortymentu

objętego siwz oraz wydłużenia terminu obowiązywania umowy. Zamawiający nie jest bowiem w stanie przewidzieć w sposób precyzyjny zapotrzebowania na leki będące przedmiotem zamówienia publicznego na okres 24 miesięcy. Możliwe jest w związku z powyższym, iż niemożliwe do wcześniejszego przewidzenia zmniejszenie ich zużycia spowoduje, iż nie zostanie wykorzystana cała ilość wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim przypadku, aby uniknąć konieczności przeprowadzania kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewiduje możliwość wydłużenia okresu obowiązywania umowy (co wynika także z dyspozycji art. 144 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych zakazującego dokonywania zmian w treści umowy w sprawie wykonawcy, o ile możliwość dokonania takiej zmiany nie zostały przewidziane w siwz). Oczywiście jest przy tym, iż dokonanie takiej zmiany uzależnione jest od złożenia zgodnych oświadczeń woli przez obie strony umowy, wbrew twierdzeniu wykonawcy nie jest zatem możliwe jednostronne przedłużenie okresu obowiązywania umowy przez zamawiającego. Dokonywane ono jest zawsze w drodze zmiany umowy poprzez sporządzenia i zawarcie stosownego aneksu, a zatem zawarte w pytaniu obawy wykonawcy pozbawione są uzasadnionych podstaw. Na marginesie należy nadto zauważyć, iż wykonawcy przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i składając ofertę winni, kalkulując proponowaną cenę, uwzględnić w niej także ponoszone przez siebie ryzyko gospodarcze, w tym także związane z przewidzianą przez zamawiającego w siwz możliwością niewykorzystania całej ilości leków stanowiących przedmiot zamówienia publicznego. Jednocześnie wypada wskazać, iż żaden przepis prawa nie zobowiązuje zamawiającego do identycznego traktowania stron umowy o zamówienie publiczne, zatem brak równoprawności stron, na który powołuje się wykonawca nie może stanowić podstawy zmiany treści projektu umowy zgodnie z jego żądaniem. Zamawiający nie widzi także możliwości uznania kwestionowanych postanowień za czyn nieuczciwej konkurencji naruszający którykolwiek z przepisów Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

- 5) § 6 ust. 2 Umowy - czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie tego postanowienia, a w przypadku nie wyrażenia zgody na jego usunięcia na uzupełnienie ustępu o następujące zdanie: „Zamawiający nie może odmówić zgody bez uzasadnionej przyczyny”? Wykonawca jest zobowiązany do spełnienia swojego świadczenia przed Zamawiającym i jednocześnie udziela mu kredytu. Wypełniając swoje zobowiązanie Wykonawca czyni to w przekonaniu, iż otrzyma ekwiwalent swego świadczenia. Nie zrealizowanie, w przewidzianym w umowie terminie, obowiązku zapłaty za dostarczony towar stanowi w świetle przepisów Kodeksu cywilnego niewykonanie zobowiązania. W związku z czym, Wykonawca powinien mieć prawo, w sytuacji gdy dojdzie do naruszenia przez Zamawiającego, postanowień umownych w tym zakresie, do odzyskania należnego mu wynagrodzenia na drodze prawem przewidzianych środków. Jednym z takich środków, przewidzianych przepisami Kodeksu Cywilnego jest prawo przeniesienia wierzytelności na osobę trzecią. Zamawiający ogranicza uprawnienia Wykonawcy w tym zakresie zastrzegając sobie prawo do nie wyrażenia zgody na cesję, tym samym wyłączając prawo do dochodzenia należnego Wykonawcy świadczenia, poza drogą przymusu sądowego. Tak skonstruowany zapis daje Zamawiającemu pełną swobodę i dowolność w podejmowaniu przedmiotowej decyzji, co w istocie jest narzuceniem Wykonawcy uciążliwych warunków umownych w zakresie egzekwowania swoich praw.

Dlatego też działając w ramach zasady równości praw i obowiązków stron Wykonawca prosi o uzupełnienia zapisu, o zwrot, iż zgody takiej nie może bezpodstawnie odmówić ?

ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 4 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 6 ust. 2 w sposób zaproponowany przez wykonawcę. Zamawiający nie widzi uzasadnienia dla wyłączenia zakazu dokonywania przelewu wierzytelności przysługujących wykonawcy wobec zamawiającego na rzecz podmiotów trzecich. W razie nieuiszczenia należności przez zamawiającego wykonawcy przysługuje prawo dochodzenia ich na drodze sądowej, co niewątpliwie zabezpiecza w sposób wystarczający jego interesy. Wykonawcy w razie opóźnienia się przez zamawiającego z zapłatą należności przysługują także, na podstawie art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, odsetki ustawowe. Natomiast uzależnienie możliwości dokonania cesji wierzytelności od wyrażenia zgody przez dłużnika (tu: zamawiającego) dopuszczalne jest z mocy art. 509 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego przedmiotowe postanowienie jest stosowane powszechnie i w żadnym razie nie można uznać go za nadmiernie uciążliwe. Jednocześnie wypada wskazać, iż żaden przepis prawa nie zobowiązuje zamawiającego do identycznego traktowania stron umowy o zamówienie publiczne, zatem brak równoprawności stron, na który powołuje się wykonawca (a którego to poglądu zamawiający nie podziela) nie może stanowić podstawy zmiany treści projektu umowy zgodnie z jego żądaniem.

- 6) W związku z faktem, iż występujące na rynku preparaty z grupy inhibitorów pompy protonowej różnią się między sobą m.in. zarejestrowanymi wskazaniami do stosowania, oraz w celu zabezpieczenia terapii wszystkich pacjentów szpitala zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie:

Czy w Pakiecie nr 6 Zamawiający wymaga aby zaoferowany preparat Omeprazol posiadał wśród zarejestrowanych wskazań do stosowania :

- w eradykacji zakażenia Helicobakter pylori u pacjentów z chorobą wrzodową żołądka i dwunastnicy, oraz

- w profilaktyce zarzucania kwaśnej treści żołądka w przypadkach, gdy istnieje ryzyko zachłyśnięcia się treścią żołądkową podczas znieczulenia ogólnego (zespół Mendelzona)?

ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody. Ofertę należy złożyć cc zgodnie z zapisami SIWZ

- 7) Czy w związku z ewentualnością zastosowania terapii inhibitorem pompy protonowej u pacjenta ze stwierdzoną cukrzycą Zamawiający wymaga, aby zaproponowany w Pakiecie nr 6 preparat Omeprazol miał możliwość rozpuszczenia również w roztworze soli fizjologicznej a nie tylko w glukozie (co jest zdecydowanie przeciwwskazaniem w przypadku chorych na cukrzycę)?

ODPOWIEDŹ: Nie, zdaniem Zamawiającego jest to indywidualna decyzja lekarza w oparciu o pozostałe leki tej samej grupy indeksu terapeutycznego centrum onkologii.

- 8) Czy Zamawiający wymaga aby preparat Omeprazol zaoferowany w Pakiecie nr 6 nie posiadał ograniczeń w czasie jego zastosowania?

ODPOWIEDŹ: Nie, zdaniem Zamawiającego jest to indywidualna decyzja lekarza w oparciu o pozostałe leki tej samej grupy indeksu terapeutycznego centrum onkologii.

Z poważaniem,
Z-ca Dyr. ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna