



Zielona Góra 15.11.2022 r.

Nr referencyjny: LA.280.26.2022

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym na: **Sukcesywne dostawy produktów leczniczych**

**ZAWIADOMIENIE
o udzieleniu wyjaśnień treści Specyfikacji Warunków Zamówienia**

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o., zgodnie z art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), niniejszym udostępnia treść złożonych przez Wykonawców zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie nr 1

1. Do treści §2 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 3, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualne treści §2 ust. 3 wzoru umowy jest na tyle ogólny i nieprecyzyjny, że na jego podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, wyjaśnić należy, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść przywołanego art. 433 pkt 4 mówi wprost, że „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”, to Zamawiający jest zobowiązany do określenia tych minimalnych wartości w sporządzonym przez siebie opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie w umowie przetargowej, bez względu na zastosowane nazewnictwo, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z regulacją art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy wskazane przez ustawodawcę przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz określić okoliczności skorzystania z niej, a przy tym nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 PZP), nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie

próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej.

Odpowiedź:

Zamawiający we wzorze umowy – Załącznik nr 3 do SWZ, zastrzegł prawo do zakupu mniejszej od przewidzianej we właściwych załącznikach do umowy ilości poszczególnych produktów objętych przedmiotem zamówienia, jednak nie mniej niż 70 % wskazanej w § 1 ust. 3 wartości przedmiotu umowy, co wypełnia wymóg postawiony w art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych (Ustawa zabrania przewidywania możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia). Ilości przewidziane w formularzach cenowych oszacowane zostały na podstawie poprzednio obowiązujących umów. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć struktury zachorowalności, z tego też powodu przewidział możliwość zamienności asortymentowej w przedmiotowym postępowaniu.

Pytanie nr 2

2. Do treści §3 ust. 1 pkt 8) wzoru umowy. Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to raziło raziącą startą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 3

3. Do treści §3 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy prosimy o dodanie słów: „przy czym ewentualne przedłużenie terminu obowiązywania umowy wymagało będzie zgody Wykonawcy wyrażonej na piśmie.”

Odpowiedź:

Powyższe zostało uwzględnione w §15 wzoru umowy.

Pytanie nr 4

4. Do treści §4 ust.7 oraz §7 ust.6 wzoru umowy prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż zgodnie z § 17 w sprawach nieuregulowanych umową stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w zakresie przez nią nieuregulowanym - przepisy Kodeksu cywilnego oraz ustawy z dnia 08 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Pytanie nr 5

5. W związku z zapisem §6 ust.2 wzoru umowy prosimy o dopisanie następującej treści:"...pod warunkiem, iż wykonawca będzie w odpowiednim czasie poinformowany przez producenta."

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 6

6. Do treści §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §8 ust.1 pkt 1) poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 7

7. Do treści §8 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości NIEDOSTARCZONEGO w terminie zamówienia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Zamawiającemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 14% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla wykonawcy zamówienia jest przewidziana kara w wysokości 3650% w skali roku (10% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 8

8. Do treści §8 ust.7 wzoru umowy. Wnosimy o wykreślenie lub znaczne zmodyfikowanie zapisu §8 ust.7 wzoru umowy. Wskazujemy, że w przypadku odstąpienia od umowy (np. z winy Dostawcy), strony nie są związane umową, w związku z czym nie można realizować tzw. wykonania zastępczego na koszt i ryzyko Dostawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 9

9. Do treści §9 ust. 9 wzoru umowy: W związku z tym, że czynność prawna dokonana przez strony nie może skutkować wyłączeniem ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a takim 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 §10 ust. 9.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Pytanie nr 9

10. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003r. – 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:

Na chwilę obecną w stosunku do Zamawiającego nie zachodzą przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Pytanie nr 11

11. 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. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe oraz informuje, że nie 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.).

Udzielone odpowiedzi i dokonane zmiany mają zastosowanie we wszystkich miejscach SWZ, nawet tam, gdzie w niniejszym piśmie nie zostały wymienione.

PREZES ZARZĄDU
dr Marek Działoszyński
(podpis na oryginale)