COZL/DZP/AK/3411/PN-63/22

Lublin, dnia 12.07.2022 r.

**„Dostawa leków onkologicznych na potrzeby pacjentów COZL.”**

Działając w oparciu o zapisy art. 135 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z póź. zm.), Zamawiający informuje, że w niniejszym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

**Pytanie 1:**

Dotyczy § 4 ust. 2 pkt. 1) wzoru umowy – termin dostawy

Czy Zamawiający wydłuży termin realizacji dostaw na czas niezbędny do ich prawidłowej  
realizacji, tj. na czas min. 2 dni roboczych dla części nr 1?

Obecny zapis wprowadza nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych  
potrzeb Zamawiającego w przypadku leków, które ze względu na specyfikę i konieczność  
planowania podania z wyprzedzeniem nie wymagają dostaw na dzień następny od daty  
złożenia zamówienia.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 2:**

Dotyczy § 4 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy – dostawy „na cito”

Z uwagi na fakt, że wymienione produkty lecznicze w części nr 1 nie są lekami na tzw.  
„ratunek” i nie wymagają dostaw „na cito” w ciągu 12 godz. od złożenia zamówienia, ze  
względu na specyfikę i konieczność planowania podania z wyprzedzeniem, proszę o  
potwierdzenie, że zapisy § 4 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy nie będą miały zastosowania wstosunku do części nr 1.

Zapisy umowy w obecnym brzmieniu dla wyżej wymienionych leków wprowadzają  
nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 3:**

Dotyczy § 6 ust. 1 pkt. c) wzoru umowy – kary umowne

Czy Zamawiający zgodzi się w § 6 ust. 1 pkt. c) wzoru umowy na zmianę kary umownej  
wynoszącej 10% wynagrodzenia Wykonawcy brutto określonego w § 2 ust. 1 wzoru umowy  
na karę wynoszącą 10% wartość brutto niezrealizowanej części umowy odnoszącej siędo danego zadania?

Mając na uwadze wytyczne UZP i wypracowane stanowisko KIO w którym określając  
wysokość kar umownych, Zamawiający powinien kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt  
restrykcyjne kary umowne w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych  
koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do  
negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania  
zamówienia. Powyższy zapis w brzmieniu przewidującym karę umowną zamówienia  
również prawidłowo zrealizowanego pozostaje w sprzeczności funkcją kary umownej  
określonej przez przepisy kodeksu cywilnego.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 4:**

**Dotyczy umowy § 4 ust. 1**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przesyłanie drogą elektroniczną w ciągu godziny po dostawie, za pomocą poczty e-mail łączny rejestr temperatury w formie PDF, z rejestratorów umieszczonych w środkach transportu (samochodzie dostawczym / kontenerze) i komorach przeładunkowych?

Jeżeli tak, prosimy o podanie adresu email na który ma zostać wysłany rejestr.

**Odpowiedź:** **Zamawiający wyraża zgodę. Zamawiający zmienia zapisy §4 ust. 1 załącznika nr 3.1, 3.2 SWZ – Projektowane postanowienia umowy, poprzez dodanie powyższego zapisu. Strony zamienne w załączeniu.**

**Pytanie 5:**

**Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 6 ust. 1 c) w ten sposób, że:**„c) w razie rozwiązania umowy w trybie § 7 ust. 3 przez Zamawiającego, Wykonawca zapłaci karę  
umowną w wysokości 10 % niezrealizowanej wartości wynagrodzenia Wykonawcy brutto określonego w § 2 ust. 1;”

Uzasadnienie  
Zdaniem Wykonawcy niewłaściwym są postanowienia Umowy, w których kara umowna naliczana  
jest od kwoty zamówienia stanowiący przedmiot niniejszej umowy co może skutkować obciążeniem  
Wykonawcy nadmiernym i niewspółmiernie wysokim ryzykiem gospodarczym w stosunku do naruszonych postanowień Umowy. Kara umowna ma pełnić funkcję mobilizującą wykonawcę do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz funkcję odszkodowawczą, jeżeli wykonawca wykona przedmiot umowy nieterminowo lub w sposób nieprawidłowy.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 6:**

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 1.5? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażącą stratą po stronie Wykonawcy.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 7:**

Czy Zamawiający w par. 1.6 zamiast 12 miesięcy wpisze termin 3 miesięcy? Wykonawca nie może zagwarantować dostaw w okresie tak znacząco dłuższym, niż pierwotny, na identycznych zasadach i za tę samą cenę.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 8:**

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w zakresie terminu dostaw na cito. Zgodnie z par. 4.2.2 termin ten określony jest w dni robocze: w przypadku zamówień „na cito” w dni robocze (od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy), natomiast w par. 4.3 zapisano: Jeżeli termin dostawy przypada na dzień wolny od pracy, dostawa nastąpi w pierwszym dniu roboczym po wyznaczonym terminie, za wyjątkiem dostaw „na cito”. Jak zatem należy liczyć termin 12 godzin dla dostaw na cito: tylko w dni robocze (czyli zamówienie złożone np., w piątek po godz. 12.00 jest realizowane w poniedziałek), jak stanowi par. 4.2.2, czy w dni kalendarzowe (zamówienie złożone w piątek po godz. 12.00 jest realizowane w sobotę w nocy), jak stanowi par. 4.3?

**Odpowiedź:** **Zamawiający zmienia zapisy §4 ust. 2 pkt 2) załącznika nr 3.1, 3.2. SWZ – Projektowane postanowienia umowy, nadając mu brzmienie „w przypadku zamówień „na cito” – w jak najkrótszym czasie uzgodnionym z Kierownikiem Apteki Szpitalnej, nie dłuższym niż 12 godzin od złożenia zamówienia”. Strony zamienne w załączeniu.**

**Pytanie 9:**

Czy Zamawiający w par. 5.1 wykreśli zapisy o możliwości zwrotu leków? Skoro leki z określonym terminem ważności zostały (dobrowolnie) przyjęte przez Zamawiającego, to brak podstaw do ich zwrotu po dokonaniu zakupu. Własność towaru przechodzi na nabywcę z chwilą jego wydania. Zapis o możliwości zwrotu zamówionych i dobrowolnie przyjętych produktów jest rażąco sprzeczny z naturą stosunku prawnego łączącego strony, a także, z uwagi na przedmiot dostaw (leki) naraża Wykonawcę na rażącą stratę, gdyż produkty te nie będą nadawać się do dalszej odsprzedaży. Ponadto, z uwagi na przeniesienie własności leków w dacie dostawy, czynność ta jest w istocie odsprzedażą hurtową leków na rzecz Dostawcy, do czego Zamawiający nie jest upoważniony.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapis SWZ.**

**Pytanie 10:**

Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 6.1.b to jest naliczać ją będzie za dzień, a nie godzinę zwłoki? Obecna kara jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź:** **Zamawiający podtrzymuje zapis SWZ.**

**Pytanie 11:**

Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 6.1.d, to jest zamiast trzykrotności różnicy cen naliczy ją jako jednokrotność tej różnicy? Obecna kara jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapis SWZ.**

**Pytanie 12:**

Pakiet 18

Czy zamawiający dopuści lek Paclitaxel, o terminie przydatności po rozpuszczeniu minimum 48h na podstawie zapisu w oświadczeniu.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 13:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.1)

Do §1 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z treści §1 ust. 4 zdania: „Zobowiązanie do zrealizowania przedmiotu umowy w wysokości minimalnej 75% wartości brutto kwoty określonej w § 2 ust. 1 umowy wygasa w przypadku usunięcia leku z wykazu leków objętych refundacją.”. Powyższe zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji 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: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 14:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.1)

Do §1 ust. 7 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 7 wzoru umowy, 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. Aktualna treść §1 ust. 7 wzoru umowy jest na tyle ogólna oraz nieprecyzyjna, że na jej 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażący naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie pozycji asortymentowych. Skoro treść 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 wartość w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z 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 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 tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając sobie w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę brzmienie art. 441 ust. 2 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.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 15:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.1)

Do §5 ust. 1 wzoru umowy. Ze względu na konieczność redystrybucji zwróconego produktu leczniczego, prosimy o zmianę wymogu wskazanego w zdaniu przedostatnim w §5 ust. 1 wzoru umowy, poprzez następujący zapis: "Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwrotu produktu leczniczego w ciągu 7 dni od dnia dostawy."

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 16:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.1)

Do §6 ust. 1 lit. a) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za opóźnienie w realizacji dostawy zwykłej lub za dostawę niezgodną z zamówieniem do wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 17:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.1)

Do §6 ust. 1 lit. b) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za opóźnienie w realizacji dostawy na cito lub za dostawę niezgodną z zamówieniem do wysokości 0,2% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdą godzinę zwłoki?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 18:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.1)

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu naliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym do wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 19:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.1)

Do §6 ust. 2, ust. 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 2 wzoru umowy o treści: „Zamawiający uprawniony jest do zakupu towaru u Wykonawcy Zastępczego na wyłączny koszt i ryzyko Wykonawcy. Wykonawca pokryje wszelkie koszty związane z wykonaniem zakupu zastępczego w tym również niezbędne koszty związane z transportem.” na zdanie następujące: „Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciąży Sprzedawcę” Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłby do niesłusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondek, red. K. Osajda, 2021 r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19). Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 20:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §1 ust. 4, 5 wzoru umowy: Wskazujemy, że zapisy §1 ust. 4, 5 są ogólne i nieprecyzyjne. Na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, gdyż nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia. Wnosimy zatem o doprecyzowanie zapisów §1 ust. 4, 5, w taki sposób, aby były zgodne z zasadami określonymi w ustawie z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. 2019 r., poz.2019 ze zm.), a w szczególności przepisami art. 99 ust. 1 (nakazującym precyzyjne opisywanie przedmiotu zamówienia), art. 433 pkt 4 (nakazującym wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia), art. 454 ust. 2 pkt 3 (zakazującym istotnych zmian umowy, jeśli zmiana w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy) oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 (dopuszczającym zmiany umowy wyłącznie po spełnieniu warunków wskazanych w ustawie PZP).

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 21:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §1 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie treści §1 ust. 6 wzoru umowy, gdyż wskazane zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji 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: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 22:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §1 ust. 9 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 9 wzoru umowy, 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. Aktualna treść §1 ust. 9 wzoru umowy jest na tyle ogólna oraz nieprecyzyjna, że na jej 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażący naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie pozycji asortymentowych. Skoro treść 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 wartość w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia.  
  
Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z 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 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 tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając sobie w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę brzmienie art. 441 ust. 2 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.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 23:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §5 ust. 1 wzoru umowy. Ze względu na konieczność redystrybucji zwróconego leku prosimy o zmianę wymogu wskazanego w zdaniu przedostatnim w §5 ust. 1 wzoru umowy, poprzez następujący zapis: "Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwrotu produktu leczniczego w ciągu 7 dni od dnia dostawy."

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 24:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §6 ust. 1 lit. a) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za opóźnienie w realizacji dostawy zwykłej lub za dostawę niezgodną z zamówieniem do wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 25:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §6 ust. 1 lit. b) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za opóźnienie w realizacji dostawy na cito lub za dostawę niezgodną z zamówieniem do wysokości 0,2% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdą godzinę zwłoki?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 26:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu naliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym do wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 27:**

Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 3.2)

Do §6 ust. 2, ust. 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 2 wzoru umowy o treści: „Zamawiający uprawniony jest do zakupu towaru u Wykonawcy Zastępczego na wyłączny koszt i ryzyko Wykonawcy. Wykonawca pokryje wszelkie koszty związane z wykonaniem zakupu zastępczego w tym również niezbędne koszty związane z transportem.” na zdanie następujące: „Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciąży Sprzedawcę” Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłby do niesłusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondek, red. K. Osajda, 2021 r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19). Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Zmiana Załącznika nr 3.1, 3.2 SWZ – Projektowane postanowienia umowy – Strony zamienne w załączeniu.**

Zmiany wchodzą w życie z dniem podpisania. Pozostałe zapisy SWZ pozostają bez zmian.