



**Ortopedyczno - Rehabilitacyjny Szpital Kliniczny
im. Wiktora Degi Uniwersytetu Medycznego
im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**



ul. 28 Czerwca 1956r. 135/147
61-545 Poznań
tel. 61 83 10 331/132
fax 61 83 34 421
orsk@orsk.pl
<https://orsk.pl>

znak sprawy: O-RSK.SZP.5.6.(APT/05)..2023.K.K.

Poznań, dnia 27 marca 2023 r.

Strona internetowa prowadzonego postępowania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na zadanie pod nazwą: „**DOSTAWA PRODUKTÓW LECZNICZYCH – PROGRAMY LEKOWE**” nr rejestru: **SZP/APT/05/2023**

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ NR 3

W związku z zapytaniem dotyczącym treści Specyfikacji Warunków Zamówienia złożonym przez Wykonawcę, Zamawiający tj.: Ortopedyczno-Rehabilitacyjny Szpital Kliniczny im. Wiktora Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2022. poz. 1710 ze zm.) udziela wyjaśnień na zadane pytania.

Pytanie nr 1

Do treści §2 ust. 1 wzoru umowy. Skoro Zamawiający przewiduje dostawy sukcesywne, zgodne z bieżącym zapotrzebowaniem, czyli nie przewiduje konieczności dłuższego przechowywania zamówionych produktów w magazynie apteki szpitalnej, to dlaczego wyznacza warunek 12-miesięcznego okresu ważności zamówionych towarów? Wskazujemy przy tym, że zgodnie z Prawem farmaceutycznym produkty lecznicze do ostatniego dnia terminu ważności są pełnowartościowe i dopuszczone do obrotu. W związku z powyższym prosimy o dopisanie do §2 ust. 1 wzoru umowy następującej treści: "Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego."

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na powyższe, w związku z powyższym zmianie ulega §2 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie:

1. Wykonawca zobowiązuje się dostarczać Zamawiającemu produkty lecznicze, których termin ważności w chwili ich dostarczenia do siedziby Zamawiającego wynosić będzie **minimum 12 miesięcy**. Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i **każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić** upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.

Pytanie nr 2

Do treści §3 ust. 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostawy do godziny 13.00?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 3

Do treści §4 ust. 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby termin realizacji reklamacji ilościowej oraz jakościowej w każdym przypadku wynosił 3 dni robocze (w miejsce 24 godzin)?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 4

Do §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §5 ust. 1 lit. b), poprzez skonkretyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (30%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, co oznaczałoby, że każdy z określonych w formularzu asortymentowo – cenowym produktów może zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 30% większej niż pierwotnie zakładano. Aktualna treść §5 ust. 1 lit. b) wzoru umowy jest na tyle ogólna i 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. Zastrzeżenie bowiem prawa opcji jako „30% wartości zamówienia podstawowego” w praktyce oznaczać może, że jedne z wycenianych pozycji mogą nie ulec zwiększeniu wcale, natomiast inne o niczym nieograniczoną ilość uwarukowaną jedynie granicą wynoszącą „30% wartości zamówienia podstawowego”.

Wyjaśniamy, że 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) daleko idącą 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 informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 5

Do treści §6 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę brzmienia §6 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za opóźnienie dostawy w wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonego towaru dziennie, i bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 300 zł? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 300 zł) nie zostaje uzależniona ani od realnej wartości niezrealizowanej terminowo pozycji zamówienia, czy od poniesionej przez Zamawiającego szkody, ani też od żadnych innych obiektywnych czynników. W konsekwencji, taki sposób naliczania budzi zastrzeżenia wykonawcy z uwagi na fakt, iż może być on dotknięty sankcją nieważności na podstawie art. 3531 Kodeksu cywilnego - ze względu na sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego. Reasumując, ww. sankcje wynikające z proponowanej treści umowy nie spełniają zasadniczego celu, dla którego są wprowadzane i uwzględniają jedynie represyjną funkcję kary umownej. Mając na uwadze powyższe, wykonawca wnosi o zmianę wspomnianego zapisu, aby był on zgodny z reżimem prawa cywilnego.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 6

Do treści §6 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę brzmienia §6 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za opóźnienie dostawy w wysokości 0,5% wartości brutto anulowanego zamówienia i bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 300 zł? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww.

kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 300 zł) nie zostaje uzależniona ani od realnej wartości niezrealizowanej terminowo pozycji zamówienia, czy od poniesionej przez Zamawiającego szkody, ani też od żadnych innych obiektywnych czynników. W konsekwencji, taki sposób naliczania budzi zastrzeżenia wykonawcy z uwagi na fakt, iż może być on dotknięty sankcją nieważności na podstawie art. 3531 Kodeksu cywilnego - ze względu na sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego. Reasumując, ww. sankcje wynikające z proponowanej treści umowy nie spełniają zasadniczego celu, dla którego są wprowadzane i uwzględniają jedynie represyjną funkcję kary umownej. Mając na uwadze powyższe, wykonawca wnosi o zmianę wspomnianego zapisu, aby był on zgodny z reżimem prawa cywilnego.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 7

Do treści §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę brzmienia §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 8

Do treści §6 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę brzmienia §6 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za częściowe odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 9

Do treści §6 ust. 3 wzoru umowy prosimy o dodanie słów: „, pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny.”

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 10

Do treści §6 ust. 4 wzoru umowy. Prosimy o dopisanie do treści §6 ust. 4 wzoru umowy 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.". Jednocześnie prosimy o wykreślenie zapisów upoważniających Zamawiającego do naliczania kar umownych, gdyż wcześniejsze zapisy niniejszego przepisu zobowiązują już Wykonawcę do pokrycia różnicy ceny wynikającej z realizacji zamówienia zastępczego.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 11

Do treści §8 ust. 10 wzoru umowy. Czy zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §8 ust. 10 projektu umowy, poprzez skrócenie okresu o jaki umowa może być przedłużona w ten sposób, że w §8 ust. 10 projektu umowy część zdania w brzmieniu „nie więcej niż na okres 48 miesięcy”, zastąpić brzemieniem: „nie więcej niż na okres 1,5 roku od dnia jej podpisania?”. Wprowadzenie możliwości przedłużenia umowy przetargowej nie może powodować rażącej dysproporcji pomiędzy podstawowym czasem na jaki umowa ma być zawarta, a czasem o jaki może być przedłużona. Obecne brzmienie zapisu powoduje, że czas podstawowy tj. 12 miesięcy, jest wielokrotnie mniejszy od czasu o jaki umowa może być przedłużona tj. maksymalnie o kolejne 3 lata. Jeżeli zamawiający chciał zawrzeć umowę na 4 lata, to powinien był rozpisać przetarg obejmujący cały ten okres lub

odwrócić proporcje czasu podstawowego do czasu przedłużonego w ten sposób, aby czas o jaki umowa może być przedłużona nie był dłuższy od czasu podstawowego. Zapis w obecnym kształcie stanowi obejście konieczności rozpisania nowego przetargu po upływie podstawowego czasu obowiązywania umowy.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 12

Do §8 ust. 13 i 14 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §8 ust. 13 i 14. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, umożliwiając Zamawiającemu do dowolnego 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 stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 13

Do §9 ust.7 pkt 9 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §5 ust.1 umowy? Wyjaśniamy, że możliwość taka została przewidziana w art. 48 ust. 1 zdanie wspólne in fine ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185).

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na powyższe.

Niniejszy dokument stanowi integralną część SWZ i jest wiążący dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego

Dokument podpisany elektronicznie

Opracowała: K. Kubiak
Sporządzono w 1 egzemplarzu
1 egz. strona internetowa prowadzonego postępowania /aa