

# SAMODZIELNY PUBLICZNY KLINICZNY SZPITAL OKULISTYCZNY

## KATEDRA I KLINIKA OKULISTYKI WYDZIAŁU LEKARSKIEGO WARSZAWSKIEGO UNIWERSYTETU MEDYCZNEGO



Dyrektor - Kierownik Katedry i Kliniki:

**prof. dr hab. n. med. Jacek P. Szaflik**

03-709 Warszawa, ul. J. Sierakowskiego 13

Tymczasowa lokalizacja: 00-576 Warszawa, ul. Marszałkowska 24/26

NIP 113-21-68-300 • REGON 016084355 • KRS 0000113950

PN-EN ISO 9001:2015-10 • [www.spkso.waw.pl](http://www.spkso.waw.pl) • e-mail: [klinika@spkso.waw.pl](mailto:klinika@spkso.waw.pl)

Telefon: + 48 22 511-62-00 (centrala), +48 22 511-63-17 (kancelaria)

+48 22 511-62-10 do 11 (rejestracja), +48 22 511-63-16 (fax kancelaria)

Warszawa, dnia 10.03.2023 r.

Wszyscy uczestnicy postępowania

Nr sprawy ZP/01/2023

Przedmiot postępowania:

**DOSTAWA PRODUKTÓW LECZNICZYCH, PŁYNÓW INFUZYJNYCH I WYROBÓW MEDYCZNYCH  
do Samodzielnego Publicznego Klinicznego Szpitala Okulistycznego**

### **PYTANIA WYKONAWCÓW I WYJAŚNIENIA ZAMAWIAJĄCEGO**

Zamawiający, tj. Samodzielny Publiczny Kliniczny Szpital Okulistyczny działając zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, udziela wyjaśnień do treści specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, sporządzonej w niniejszym postępowaniu:

#### **1. Pytanie dotyczy pakietu 15**

Czy Zamawiający dopuści w pakiecie nr 15 zaoferowanie sterylnego roztworu fizjologicznego do przepłukiwania śródocznego w opakowaniu zawierającym 6 sztuk? Jeśli tak, to czy należy zaoferować 234 opakowania?

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuści w pakiecie nr 15 opakowania zbiorcze zawierające 6 szt. z odpowiednim przeliczeniem ilości i ewentualnym zaokrągleniem w górę przy zachowaniu ogólnej wymaganej ilości roztworu.

#### **2. Pytanie dot. wzoru umowy - pak. 15-16 /załącznik nr 9e/**

Czy Zamawiający zgodzi się na dodanie w §2 ust. 14 umowy kolejnego zdania w następującym brzmieniu: **„Jeżeli cena rynkowa zamiennika będzie wyższa niż cena towaru ujętego w umowie, Wykonawca dostarczy zamiennik w cenie rynkowej.”?**

**Uzasadnienie:** Strony nie mogą przewidzieć, jak będzie w przyszłości wyglądała sytuacja na rynku producenckim. Wykonawca nie powinien być zmuszany do realizowania zamówień ze stratą. Jeśli cena rynkowa będzie wyższa – zamiennik zostanie dostarczany w cenie rynkowej.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w §2 ust.14 wzoru umowy proponowanego zapisu.

#### **3. Pytanie dot. wzoru umowy - pak. 15-16 /załącznik nr 9e/**

Czy Zamawiający zgodzi się dodać w §2 ust. 17 umowy kolejne zdanie w następującym brzmieniu: **„Zakup zastępczy jest dopuszczalny, gdy brak terminowej dostawy wynika z okoliczności zależnych od Wykonawcy.”?**

Uzasadnienie: Zakup zastępczy powinien być dopuszczalny, gdy brak dostawy wynika z okoliczności, za które odpowiada Wykonawca, a nie osoby trzecie lub np. zdarzenia o charakterze siły wyższej.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie takiego zapisu. Dotychczasowa treść §2 ust. 17 pozostaje bez zmian.

#### **4. Pytanie dot. wzoru umowy - pak. 15-16 /załącznik nr 9e/**

Czy Zamawiający zgodzi się podnieść gwarantowany próg zamówień wskazany w §2 ust. 15 **do 80%**?

Uzasadnienie: W ocenie Wykonawcy minimalny próg zamówień powinien wynosić przynajmniej 80% wartości umowy, niższa wartość uniemożliwia rzetelną ocenę ryzyka i skalkulowanie oferty jak najkorzystniejszej dla obu stron.

**Odpowiedź:** Zamawiający utrzymuje gwarantowany próg realizacji na poziomie 70%. Zamawiający stoi na stanowisku, że taka jednoznaczna informacja przekazana wykonawcom przed złożeniem ofert umożliwi rzetelną ocenę ryzyka i skalkulowanie oferty w sposób uwzględniający to ryzyko.

#### **5. Pytanie dot. wzoru umowy - pak. 15-16 /załącznik nr 9e/**

Czy Zamawiający zgodzi się na przyjęcie §7 ust. 5 umowy w następującym brzmieniu: „*W przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 4, Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia Produktów na własny koszt odpowiednio: w żądanej ilości, pełnowartościowego lub spełniającego wymagania Zamawiającego określone w Załączniku nr 1 do Umowy, w terminie:*

- 1) *5-u dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego reklamacji - w przypadku reklamacji ilościowej lub asortymentowej,*
- 2) *5-u dni roboczych od dnia dostarczenia reklamowanego towaru do Wykonawcy - w przypadku reklamacji jakościowej.*

*lub udzielić Zamawiającemu, w tym terminie, pisemnej odpowiedzi zawierającej uzasadnienie nie uznania reklamacji.”?*

Uzasadnienie: Wykonawca nie może odnieść się do reklamacji jakościowej bez naoczego zbadania reklamowanego asortymentu, zasadnym jest więc, aby termin na jej rozpatrzenie biegł od dnia doręczenia mu reklamowanego towaru.

**Odpowiedź:** Zamawiający uznaje przytoczone argumenty za zasadne i w tej sytuacji proponowane zapisy zostaną wprowadzone do wszystkich umów zawieranych w wyniku przeprowadzonego postępowania.

#### **6. Pytanie dot. wzoru umowy - pak. 15-16 /załącznik nr 9e/**

Czy Zamawiający zgodzi się na przyjęcie §8 ust. 4 umowy w następującym brzmieniu: „*Kary umowne naliczone na podstawie ust. 2 nie mogą łącznie przekroczyć 10% wartości netto danej części umowy obliczonej wg cen jednostkowych netto Produktów określonych w Załączniku Nr 1, natomiast w przypadku danej zwłoki – 10% wartości netto Produktów pozostających w zwłoce.”?*

Uzasadnienie: Wykonawca prosi o doprecyzowanie, że górny limit naliczania kar umownych będzie naliczany osobno dla danego uchybienia w oparciu o wartość netto towarów, których dotyczy dana zwłoka. W przeciwnym wypadku suma kar umownych mogłaby przekroczyć wartość zamówienia.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie widzi uzasadnienia dla rozszerzenia treści §8 ust.4 w proponowany sposób. Dotychczasowe brzmienie ust.4 pozostaje bez zmian.

#### **7. Pytanie dot. wzoru umowy - pak. 15-16 /załącznik nr 9e/**

Czy Zamawiający zgodzi się przyjąć §12 ust. 1 umowy w następującym brzmieniu: „*Wykonawca może żądać od Zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia w przypadku wzrostu kosztów realizowania niniejszej Umowy o ponad 5% w stosunku do kosztów i cen z miesiąca, w którym złożył ofertę, jednak nie wcześniej niż po upływie 6-miesięcy realizowania niniejszej Umowy. Pierwsza waloryzacja*

wynagrodzenia może nastąpić w m-cu ..... 2023 r. a kolejne po upływie 6-u miesięcy od poprzedniej waloryzacji, z zastrzeżeniem ust. 2-8.”?

Uzasadnienie:

- Umowa jest zawierana w warunkach wysokiej inflacji, a więc waloryzacja powinna nastąpić, gdyż wzrost kosztów realizacji zamówienia przekroczy 5%;
- Umowa jest zawierana na 12 miesięcy, a więc waloryzacja powinna nastąpić po 6 miesiącach jej obowiązywania, a nie po 12 miesiącach, gdyż wówczas umowa może już nie obowiązywać;

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian w takim wymiarze jaki proponuje pytający, jednakże uznaje argument, że waloryzacja powinna nastąpić wcześniej niż po upływie 12 miesięcy dlatego też dotychczasowa treść §12 ust. 1 umowy otrzymuje brzmienie:

*„Wykonawca może żądać od Zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia w przypadku wzrostu kosztów realizowania niniejszej Umowy o ponad 30% w stosunku do kosztów i cen z miesiąca, w którym złożył ofertę, jednak nie wcześniej niż po upływie 9-miesięcy realizowania niniejszej Umowy. Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić w m-cu ..... 2024 r. a kolejne po upływie 9-u miesięcy od poprzedniej waloryzacji, z zastrzeżeniem ust. 2-8”.*

#### **8. Pytanie dot. wzoru umowy - pak. 15-16 /załącznik nr 9e/**

Czy Zamawiający zgodzi się zmienić §13 umowy tak, **aby obniżenie wynagrodzenia nie nastąpiło poniżej ceny ofertowej?**

Uzasadnienie: Umowa nie powinna przewidywać możliwości obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy poniżej ceny ofertowej. Ewentualny spadek wskaźnika inflacji wskazany w §13 ust. 2 oznacza jedynie to, że spadnie tempo wzrostu cen, a nie to, że ceny zaczną spadać. Obniżenie wynagrodzenia mogłoby mieć miejsce tylko w przypadku jego wcześniejszej podwyżki w trybie określonym w §12.

**Odpowiedź:** Zamawiający stoi na stanowisku, że obie Strony powinny ponosić w równym stopniu ryzyko zarówno w przypadku zwiększenia jak również zmniejszenia kosztów realizowania umowy w okolicznościach i na zasadach określonych w §12 i §13, dlatego też podtrzymuje co do zasady dotychczasowe brzmienie §13 z tym zastrzeżeniem, że terminy w nim określone na 12 miesięcy zmienia na 9 miesięcy.

Uwzględniając tą zmianę §13 ust. 1 umowy otrzymuje nowe brzmienie:

*Zamawiający może żądać od Wykonawcy obniżenia wynagrodzenia w przypadku spadku kosztów realizowania niniejszej Umowy o ponad 30% w stosunku do kosztów i cen z miesiąca, w którym Wykonawca złożył ofertę, jednak nie wcześniej niż po upływie 9-u miesięcy realizowania niniejszej umowy. Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić w m-cu ..... 2024 r. a kolejne po upływie 9-u miesięcy od poprzedniej waloryzacji., z zastrzeżeniem ust. ust. 2 - 5.*

#### **9. Pytanie dotyczy pakietu 14 poz. 1-5, 8-12**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie płynów infuzyjnych w opakowaniu zbiorczym 20 sztuk?

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuści w pakiecie nr 14 poz. 1-5 i 8-12 zaoferowane opakowania zbiorcze z odpowiednim przeliczeniem ilości i ewentualnym zaokrągleniem w górę przy zachowaniu ogólnej wymaganej ilości płynów infuzyjnych.

#### **10. Pytanie dotyczy pakietu 1 poz. 7**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie płynów infuzyjnych w opakowaniu zbiorczym 40 sztuk?

**Odpowiedź:** Treść pytania sugeruje, że pytanie dotyczy pakietu nr 14 poz. 7.

Jeżeli tak to Zamawiający dopuści w pakiecie nr 14 poz.7 zaoferowane opakowania zbiorcze z odpowiednim przeliczeniem ilości i ewentualnym zaokrągleniem w górę przy zachowaniu ogólnej wymaganej ilości płynów infuzyjnych.

Pytania do wzoru umowy (dla pakietów nr 1-8, 14):

#### **11. Pytanie do wzoru umowy - §2 ust. 14, §10 ust. 2 pkt 3**

Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło

rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odpowiedź:** W przypadku wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku przedmiotu umowy lub jego zamiennika na rynku, Zamawiający wyrazi zgodę na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę.

## **12. Pytanie do wzoru umowy - §2 ust. 15**

Prosimy o modyfikację §2 ust. 15 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%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §2 ust. 15 jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych i nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, 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 rażąco naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych 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 wartości 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, 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 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 prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy, 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 obowiązku zrealizowania jej.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wprowadzi proponowanej zmiany do §2 ust.15 wzoru umowy. Przy sporządzaniu formularza asortymentowego dołożono wszelkich starań, aby szacowane ilości zaspokoiły potrzeby Szpitala na okres 12 miesięcy, jednakże Zamawiający nie jest w stanie określić czy i o ile ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu realizacja poszczególnych pozycji z pakietu.

Zamawiający podpisze oddzielną Umowę z Wykonawcą na każdy pakiet i zgodnie z zapisem §2 ust.15 wzoru umowy zobowiązuje się do wykupienia 70% wartości Umowy. Tym samym spełniony zostaje wymóg wskazania wymaganej wartości świadczenia stron, o którym mowa w art. 433 pkt.4 ustawy PZP.

## **13. Pytanie do wzoru umowy - §2 ust. 18**

Prosimy o dodanie słów zgodnych z 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 wyraża zgodę na dodanie do § 12 w ust. 18 na końcu zdania wyrazów :

"z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z art. 552 k.c. uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

#### 14. Pytanie do wzoru umowy - §12 ust. 2, §13 ust. 1

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §12 ust. 2, §13 ust. 1 wzoru umowy poprzez: usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na ponad 30% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego? Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §12 ust. 2, §13 ust. 1 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na ponad 30%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 29% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Wskazujemy przy tym, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696, z późn. zm.) obowiązuje maksymalna urzędowa marża hurtowa w wysokości 5% urzędowej ceny zbytu. W rzeczywistości oferowane w przetargach produkty, również nier refundowane, zawierają marże zdecydowanie niższe. Marża musi pokryć wszystkie koszty jakie ponosi Wykonawca zamówienia publicznego oraz ewentualny zysk. Brak możliwości waloryzacji cen produktów dostarczanych w ramach umowy przetargowej już od progu 5% narazi Wykonawcę zamówienia nie tylko na utratę spodziewanego zysku, ale także na realne straty.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie przychylił się do powyższej propozycji i tym samym podtrzymuje wysokość poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na poziomie 30%.

#### 15. Pytanie do wzoru umowy - §12 ust. 1, §13 ust. 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby pierwsza waloryzacja wynagrodzenia miała miejsce po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz aby kolejne waloryzacje wynagrodzenia odbywały się po upływie 6 miesięcy od poprzedniej?

**Odpowiedź:** Zamawiający skrócił termin po upływie którego mogłaby nastąpić zarówno pierwsza jak również kolejna waloryzacja. Tym samym dotychczasowa treść §12 oraz §13 została zmieniona w następujący sposób:

Dotychczasowa treść §12 ust. 1 umowy otrzymuje brzmienie:

*„Wykonawca może żądać od Zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia w przypadku wzrostu kosztów realizowania niniejszej Umowy o ponad 30% w stosunku do kosztów i cen z miesiąca, w którym złożył ofertę, jednak nie wcześniej niż po upływie **9-miesięcy** realizowania niniejszej Umowy. Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić w m-cu ..... 2024 r. a kolejne po upływie 9-u miesięcy od poprzedniej waloryzacji, z zastrzeżeniem ust. 2-8”.*

Dotychczasowy §13 ust. 1 umowy otrzymuje brzmienie:

*„Zamawiający może żądać od Wykonawcy obniżenia wynagrodzenia w przypadku spadku kosztów realizowania niniejszej Umowy o ponad 30% w stosunku do kosztów i cen z miesiąca, w którym Wykonawca złożył ofertę, jednak nie wcześniej niż po upływie **9-u miesięcy** realizowania niniejszej umowy. Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić w m-cu ..... 2024 r. a kolejne po upływie **9-u miesięcy** od poprzedniej waloryzacji., z zastrzeżeniem ust. ust. 2 – 5”.*

### **16. Pytanie do wzoru umowy - §11, §12, §13**

Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §11, §12, §13 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża pogląd, że nie znajduje żadnych podstaw do wprowadzania do wymienionych postanowień proponowanego zastrzeżenia, bowiem przedmiotową kwestię rozstrzygają postanowienia § 12 ust.5 oraz § 13 ust. 4 wzoru umowy, z których wynika, że w przypadku uznania, że zmiana cen i materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy wpłynęła odpowiednio na wzrost lub zmniejszenie wysokości kosztów jego wykonania, „uprawnia to Strony do dokonania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy /.../”

Regulacja dot. możliwości prowadzenia negocjacji dot. zmiany wysokości wynagrodzenia, zawarta w § 12 ust. 4 wzoru umowy nie uchyła postanowienia § 12 ust. 4.

*Pytania do wzoru umowy (dla pakietów nr 9-11):*

### **17. Pytanie do wzoru umowy - §2 ust. 17**

Prosimy o dodanie słów zgodnych z 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 wyraża zgodę na dodanie do § 12 w ust. 18 na końcu zdania wyrazów : "z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z art. 552 k.c. uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

### **18. Pytanie do wzoru umowy - §2 ust. 21**

Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy treści §2 ust. 21, gdyż powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu, 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, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie §2 ust.21 wzoru umowy, gdyż do wprowadzenia takiego zapisu obliguje nas decyzja Mazowieckiego OW NFZ Dział Programów Lekowych i Chemioterapii wynikająca z obwieszczenia refundacyjnego Ministra Zdrowa. Zamawiający zwraca jednocześnie uwagę, że zapis ujęty w ust.21 dotyczy wyłącznie produktów leczniczych określonych w pakietach nr 9-11 i rozliczanych w ramach programów lekowych.

### **19. Pytanie do wzoru umowy - §10 ust. 2 pkt 3**

Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco strata dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odpowiedź:** W przypadku wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku przedmiotu umowy lub jego zamiennika na rynku, Zamawiający wyrazi zgodę na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę.

## 20. Pytanie do wzoru umowy - §12 ust. 2, §13 ust. 1

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §12 ust. 2, §13 ust. 1 wzoru umowy poprzez: usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na ponad 30% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego? Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że zapis §12 ust. 2, §13 ust. 1 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na ponad 30%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 29% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

Wskazujemy przy tym, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696, z późn. zm.) obowiązuje maksymalna urzędowa marża hurtowa w wysokości 5% urzędowej ceny zbytu. W rzeczywistości oferowane w przetargach produkty, również nierefundowane, zawierają marże zdecydowanie niższe. Marża musi pokryć wszystkie koszty jakie ponosi Wykonawca zamówienia publicznego oraz ewentualny zysk. Brak możliwości waloryzacji cen produktów dostarczanych w ramach umowy przetargowej już od progu 5% narazi Wykonawcę zamówienia nie tylko na utratę spodziewanego zysku, ale także na realne straty.

**Odpowiedź:** Patrz odpowiedź pkt.14.

## 21. Pytanie do wzoru umowy - §12 ust. 1, §13 ust. 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby pierwsza waloryzacja wynagrodzenia miała miejsce po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz aby kolejne waloryzacje wynagrodzenia odbywały się po upływie 6 miesięcy od poprzedniej?

**Odpowiedź:** Patrz odpowiedź pkt.15.

## 22. Pytanie do wzoru umowy - §11, §12, §13

Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §11, §12, §13 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych."

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża pogląd, że nie znajduje żadnych podstaw do wprowadzania do wymienionych postanowień proponowanego zastrzeżenia, bowiem przedmiotową kwestię rozstrzygają postanowienia § 12 ust.5 oraz § 13 ust. 4 wzoru umowy, z których wynika, że w przypadku uznania, że zmiana cen i materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy wpłynęła odpowiednio na wzrost lub zmniejszenie wysokości kosztów jego wykonania, „uprawnia to Strony do dokonania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy /.../”

Regulacja dot. możliwości prowadzenia negocjacji dot. zmiany wysokości wynagrodzenia, zawarta w § 12 ust. 4 wzoru umowy nie uchyla postanowienia § 12 ust. 4.

### **23. Pytanie do wzoru umowy**

Uprzejmie prosimy o wprowadzenie do Wzoru Umowy następujących zapisów:

„Zmniejszenie ilości przedmiotu Umowy w toku jej realizacji nie może przekroczyć 20% ilości określonych w niniejszej Umowie”

**Odpowiedź:** Kwestię tą reguluje ust. 14 w §2 wzoru umowy. Zamawiający określił możliwość zrezygnowania z dostaw Produktów do wartości stanowiącej równowartość 30% wartości umowy i wielkość ta pozostaje bez zmian.

### **24. Pytanie do zapisów SWZ**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby termin ważności oferowanych w ramach pakietu nr 16 Płynów do przepłukiwań 2 wynosił minimum 12 miesięcy od daty dostawy?

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę aby w pakiecie nr 16 minimalny termin ważności oferowanych płynów do przepłukiwań 2 wynosił 18 miesięcy.

### **25. Pytanie do wzoru umowy - § 8, ust. 2 pkt 1)**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie kar umownych w § 8, ust. 2 pkt 1) Wzoru umowy do 5% wartości netto niewykonanej lub nienależycie wykonanej części Umowy, obliczonej odpowiednio wg cen jednostkowych netto określonych w Załączniku Nr 1 – w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany w §8 ust.2 pkt 1) Wzoru umowy.

### **26. Pytanie do wzoru umowy - § 8, ust. 2 pkt 2)**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie kar umownych § 8, ust. 2 pkt 2) Wzoru umowy do 0,1% wartości netto Produktów niedostarczonych w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 6, obliczonej odpowiednio wg cen jednostkowych netto określonych w Załączniku Nr 1 - za każdy dzień zwłoki?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany w §8 ust.2 pkt 2) Wzoru umowy.

### **27. Pytanie do wzoru umowy - § 8, ust. 2 pkt 3)**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie kar umownych § 8, ust. 2 pkt 3) Wzoru umowy do 0,1% wartości netto Produktów objętych reklamacją niedostarczonych w terminie, o którym mowa w § 7 ust. 5, obliczonej wg cen jednostkowych netto określonych w Załączniku Nr 1 - za każdy dzień zwłoki

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany w §8 ust.2 pkt 3) Wzoru umowy.

### **28. Pytanie do wzoru umowy**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę aby termin płatności liczony był od daty sprzedaży, oraz żeby za termin zapłaty uznawana była data wpływu zapłaty na rachunek wykonawcy?

**Odpowiedź:** Termin zapłaty określony w §6 ust.2 wzoru umowy liczony od daty otrzymania prawidłowo wystawionych faktur za dostawy częściowe pozostaje bez zmian.

Odnośnie drugiej części pytania Zamawiający postanowił zmienić treść ust.9 w §6 i w związku z tym otrzymuje on nowe brzmienie:

*„Za datę zapłaty przyjmuje się datę uznania wpłaty dokonanej przez Zamawiającego na rachunku bankowym Wykonawcy wskazanym w fakturze”*

### **29. Pytanie do wzoru umowy**

Czy Zamawiający wyrazi na cesję praw i obowiązków z wzoru umowy na bank kredytujący grupę kapitałową Wykonawcy? Wykonawca zobowiązuje się powiadomić Zamawiającego o dokonaniu takiej cesji. Jednocześnie Wykonawca potwierdza, iż mimo cesji jest uprawniony do wykonywania praw i obowiązków z Umowy przelanych na bank - do momentu odmiennego zarządzenia przez bank, które zostanie przesłane w formie pisemnej.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Sekretarz Komisji Przetargowej**