



SZPITAL ŚW. ŁUKASZA
w Bolesławcu

Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu
ul. Jeleniogórska 4
59-700 Bolesławiec

NIP: 6121542507
KRS: 0000024307
REGON: 000310338

T.: 75 738 00 00
E: sekretariat@szpitalboleslawiec.pl

Forma prawna:
Samodzielny Publiczny
Zakład Opieki Zdrowotnej

Nr w rej. ZOZ:
000000001137

Bolesławiec, 24 czerwca 2022 r.

Wszyscy uczestnicy postępowania

Dotyczy: zapytań do treści specyfikacji w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 25 ze zm.) na „Sukcesywne dostawy produktów żywnościowych oraz leczniczych do Apteki Szpitalnej Zespołu Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu”. Znak sprawy 20/ PN/ 2022.

Zamawiający zawiadamia, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły pytania do treści specyfikacji warunków zamówienia. Działając zgodnie z art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 25 ze zm.), Zamawiający przekazuje poniżej treść wniesionych pytań oraz odpowiedzi w tym zakresie.

1) Dotyczy §3 ust. 8 projektu umowy

Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy obowiązku ustanowionego treścią §3 ust. 8 polegającego na rozładunku asortymentu do miejsca wskazanego przez Zamawiającego.

Mając na uwadze treść art. 86 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, zgodnie z którym to przepisem, apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a zatem należałoby wywodzić, że do przebywania i wykonywania czynności w pomieszczeniu apteki uprawniony jest wyłącznie krąg osób, tj. przede wszystkim ograniczony do farmaceutów oraz techników farmaceutycznych.

Ponadto mając na uwadze zastrzeżony w art. 99 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przepis, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, natomiast zaproponowany przez zamawiającego zapis umowny wyklucza po stronie wykonawcy możliwość przeprowadzenia dokładnej kalkulacji i oszacowania kosztów, skoro:
- to od zamawiającego, a właściwie od wolumenu składanych przez niego zamówień, na który przecież wykonawca nie ma wpływu, wynikać będzie zakres wymaganych po stronie wykonawcy czynności;

- na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania odległości punktu wyładunku zamówienia ze środka transportu do pomieszczenia apteki szpitalnej;

- w konsekwencji zaś, na podstawie tak sformułowanego postanowienia brak jest możliwości oszacowania czasu, który konieczny będzie na dokonanie danej dostawy, a zatem oszacowania usługi,

zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie postanowienia §3 ust. 8 wzoru umowy, ewentualnie zaś jego dookreślenia poprzez uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie usługi polegającej na rozmieszczeniu przedmiotu dostawy w miejsce wskazane przez Zamawiającego, w tym poprzez wskazanie odległości pomiędzy miejscem rozładunku a miejscem usytuowania apteki szpitalnej, metrażu apteki szpitalnej, wysokości półek w aptece szpitalnej itp., tak aby możliwa była wycena kosztów omawianej usługi.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na wykreślenie postanowienia §3 ust. 8 wzoru umowy. Zamawiający przez stwierdzenie „rozładunek ze środka transportu i złożenie we wskazanym przez Zamawiającego miejscu” ma na myśli dostarczenie do miejsca wskazanego w projekcie umowy oraz SWZ, tj. do Apteki Szpitalnej, a nie rozpakowanie i rozłożenie przedmiotu zamówienia na półkach.

2) Dotyczy §4 ust. 6 projektu umowy

Wnosimy o zmianę zapisu w §4 ust. 6 umowy poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70%. Wskazujemy, że wskazany próg realizacji minimum 30%, wypacza ekonomiczny sens zawarcia umowy oraz jest niezgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 poz. 1129 ze zm.), gdyż może doprowadzić do istotnej zmiany umowy i jej charakteru, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 454 ust.1, ust.2 pkt 1) i 3) oraz art.455 ust.1 pkt 1) PZP.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisu §4 ust. 6 projektu umowy.

3) Dotyczy §4 ust. 5 oraz ust. 6 projektu umowy

Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 5, ust. 6 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 §4 ust. 5, ust. 6 wzoru umowy 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 oraz 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. PZP, powyższe zapisy należy uznać za postanowienia abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron, dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego

kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, 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 przez siebie 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 Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na modyfikację zapisu §4 ust. 5 oraz ust. 6 wzoru umowy.

4) Dotyczy §5 ust. 12 pkt 7 projektu umowy,

W związku z tym, że w treści §5 ust. 12 pkt 7 wzoru umowy, Zamawiający w odniesieniu do sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia posłużył się odesłaniem do wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, to ze względu na aktualny oraz przewidywany wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych (inflacja), czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby do pierwszej waloryzacji wynagrodzenia doszło po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, zamiast po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, a także, czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby kolejne zmiany wynagrodzenia Wykonawcy następowały przynajmniej co 6 miesięcy, zamiast raz na 12 miesięcy?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody**, aby do pierwszej waloryzacji wynagrodzenia doszło po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, zamiast po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz aby kolejne zmiany wynagrodzenia Wykonawcy następowały przynajmniej co 6 miesięcy, zamiast raz na 12 miesięcy.

5) Dotyczy §6 ust. 11 oraz §9 ust. 2 projektu umowy,

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 na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na sprzedaż przedmiotu umowy w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę, w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej.

6) Dotyczy §6 ust. 14 projektu umowy

Prosimy o zmodyfikowanie treści §6 ust. 14 wzoru umowy w taki sposób, aby po słowie „zagwarantowania” dodać słowa „... w miarę możliwości...”, ponieważ Wykonawca nie zawsze jest w stanie zagwarantować w opisanej sytuacji realizację zwiększonych dostaw i uzależniony jest w tym zakresie od aktualnej ilości asortymentu dostępnej na rynku.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na modyfikację treści §6 ust. 14 wzoru umowy.

7) Dotyczy §7 ust. 1 lit. a) projektu umowy

Prosimy o zmianę wymiaru kar umownych zastrzeżonych w §7 ust. 1 lit. a) wzoru umowy w taki sposób, aby wynosiły w przypadku dostarczenia towaru wadliwego lub nie dostarczenia towaru w terminie, wynikającym z zapisów §3 ust. 6 niniejszej umowy - w wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonej partii towaru, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jeśli opóźnienie trwało nie dłużej niż 7 dni oraz 1% wartości brutto niedostarczonej partii towaru za każdy następny dzień opóźnienia.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę wymiaru kar umownych zastrzeżonych w §7 ust. 1 lit. a) wzoru umowy.

8) Dotyczy §7 ust. 1 lit. b) projektu umowy

Prosimy o zmianę wymiaru kar umownych zastrzeżonych w §7 ust. 1 lit. b) wzoru umowy za opóźnienie w rozpatrzeniu reklamacji, w taki sposób, aby wynosiły 0,5% wartości brutto reklamowanej partii towaru, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jeśli opóźnienie trwało nie dłużej niż 7 dni oraz 1% wartości brutto reklamowanej partii towaru za każdy następny dzień opóźnienia.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę wymiaru kar umownych zastrzeżonych w §7 ust. 1 lit. b) wzoru umowy.

9) Dotyczy §7 ust. 1 lit. c) projektu umowy

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 1 lit. c) wzoru umowy do wysokości 50,00 zł za każdy przypadek za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 1 lit. c) wzoru umowy.

10) Dotyczy §7 ust. 4 projektu umowy

Prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość jej potrącenia będzie uzasadniona aktualnymi oraz powszechnie obowiązującymi normami prawnymi”.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość jej potrącenia będzie uzasadniona aktualnymi oraz powszechnie obowiązującymi normami prawnymi”.

11) Dotyczy §7 ust. 4 projektu umowy

Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §9 ust. 5, ust. 6 oraz ust. 15. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, 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, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na wykreślenie ze wzoru umowy §9 ust. 5, ust. 6 oraz ust. 15.

DYREKTOR
ZCZ w Bolesławcu
Kamili Barczyk



Agnieszka SUŁKOWSKA- Kierownik Sekcji Zaopatrzenia i Zamówień Publicznych