



**109 Szpital Wojskowy z Przychodnią
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
w Szczecinie**



ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001

Szczecin, dnia 07.06.2022 r.

Znak sprawy Nr RPOZP 6/2022

Dotyczy: postępowania w trybie podstawowym na dostawę produktów leczniczych do 109 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Szczecinie

Pytania i odpowiedzi do SWZ nr 1

1. Do §2 ust. 9 lit. a) oraz §4 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 18-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. 9 lit. a) oraz §4 ust. 1 projektu umowy następującej treści: "chyba, że Zamawiający wyrazi zgodę na dostawę produktu z krótszym terminem ważności".

Odp. W zależności do bieżących potrzeb Zamawiającego może zaistnieć konieczność dłuższego przechowywania zamówionych produktów w Aptece Zakładowej.

Zamawiający modyfikuje załącznik nr 4 do SWZ w § 2 ust. 9 lit. a) oraz w § 4 ust. 1, nadając im następujące brzmienie:

§ 2 ust. 9 lit. a): „jakkolwiek dostarczony element zamówienia będzie posiadał termin ważności do użycia krótszy niż 18 miesięcy licząc od dnia dostarczenia, z wyłączeniem sytuacji, w której Zamawiający uprzednio na podstawie § 4 ust. 1 niniejszej umowy wyraził zgodę na dostawę danego produktu leczniczego w danej dostawie z krótszym terminem ważności”.

§ 4 ust. 1: „Wykonawca gwarantuje, że dostarczone produkty lecznicze będą posiadały termin ważności nie krótszy niż 18 miesięcy od dnia dostawy danej partii produktów leczniczych, chyba, że Zamawiający w formie pisemnej pod rygorem nieważności wyrazi zgodę na dostawę produktu z krótszym terminem ważności. Zgoda, o której mowa w zdaniu poprzedzającym musi być wyrażona odrębnie w odniesieniu do każdego rodzaju produktu leczniczego w danej dostawie”.

2. Do §2 ust. 10 oraz ust. 12 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy treści §2 ust. 10 oraz ust. 12. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, które obowiązują w trakcie wykonywania kontraktu, a także 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.

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie § 2 ust. 10 oraz ust. 12.

W związku z powyższym Zamawiający modyfikuje załącznik nr 4 do SWZ w ten sposób, iż § 2 ust. 10 i kolejne otrzymują następujące brzmienie:

„10. W przypadku produktów leczniczych znajdujących się w aktualnym Wykazie refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych - zał. B i C Zamawiający wymaga aby cena nie przekraczała wartości limitu finansowania określonego przez NFZ przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy.

11. Osobą formalnie odpowiedzialną za kontaktowanie się z Wykonawcą jest Kierownik Apteki Zakładowej – mgr Jędrzej Zarzycki, apteka@109szpital.pl.

12. Przedstawicielem Wykonawcy uprawnionym do kontaktu z Zamawiającym w sprawach dotyczących realizacji przedmiotu niniejszej umowy jest tel./e-mail.....

13. Wykonawca przy realizacji przedmiotu niniejszej umowy zobowiązuje się do przestrzegania obowiązujących u Zamawiającego „Zasad środowiskowych i BHP dla Wykonawców”, które dostępne są na stronie internetowej Zamawiającego www.109szpital.pl”.



109 Szpital Wojskowy z Przychodnią
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
w Szczecinie



Certyfikat nr 485732

ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001

3. Do §3 ust. 3 wzoru umowy: 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 §3 ust. 3.

Odp. Zamawiający modyfikuje załącznik nr 4 do SWZ w § 3 ust. 3, nadając mu następujące brzmienie:

„3. Opóźnienie w zapłacie należności za dostarczony towar nie upoważnia wykonawcy do wstrzymania dostawy zamówionego przez Zamawiającego towaru, z wyjątkiem sytuacji kiedy zwłoka w płatności przekroczy o 60 dni ustalony w umowie termin płatności.”

4. Do §4 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostawy produktu wolnego od wad do 72 godzin?

Odp. Zamawiający wyraża zgodę. Zamawiający modyfikuje załącznik nr 4 do SWZ w § 4 ust. 2, nadając mu następujące brzmienie: „W przypadku zgłoszenia reklamacji jakościowej Zamawiający dokona zwrotu na koszt Wykonawcy wadliwych produktów będących przedmiotem reklamacji w celu ich wymiany na wolne od wad. Wykonawca zobowiązany jest do wymiany wadliwych produktów na wolne od wad w terminie 96 godzin od momentu powzięcia informacji o wadach w dostarczonych produktach leczniczych, bądź w tym samym terminie zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń do zgłoszonej reklamacji. Brak pisemnej odpowiedzi w tym terminie uważa się za uznanie reklamacji przez Wykonawcę.”

5. Do §5 ust. 1 pkt 1.1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody i podtrzymuje zapisy SWZ.

6. Do §5 ust. 1 pkt 1.3) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% kwoty brutto niedostarczonej części partii towaru dziennie, max. 10% kwoty brutto danej partii towaru?

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody i podtrzymuje zapisy SWZ.

7. Do §5 ust. 1 pkt 1.4) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za zwłokę w dostarczeniu towarów wolnych od wad w wysokości 0,5% kwoty brutto wadliwej części partii towaru dziennie, max. 10% kwoty brutto danej partii towaru?

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody i podtrzymuje zapisy SWZ.

8. Do §7 ust. 1 pkt d) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §7 ust. 1 pkt d), 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 §7 ust. 1 pkt d) wzoru umowy są na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na ich 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 rażący 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



109 Szpital Wojskowy z Przychodnią
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
w Szczecinie



ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001

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 nieokreślonego 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.

Odp. Zamawiający modyfikuje załącznik nr 4 do SWZ w § 7 ust. 1 pkt d), nadając mu następujące brzmienie:

„d) zmianę ilości produktu w poszczególnych pozycjach określonych w formularzu asortymentowo – cenowym pod warunkiem nie przekroczenia ogólnej wartości w danym zadaniu przy zachowaniu zasady, iż ilości produktu w poszczególnych pozycjach mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, przez co Strony rozumieją możliwość zamówienia przez Zamawiającego o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości każdego z zamówionych asortymentów pod warunkiem nie przekroczenia ogólnej wartości w danym zadaniu.”

KOMENDANT


płk mgr Krzysztof Jurkowski

I.B. 91/ 810 59 82