Zawiercie, dnia 19.05.2022 r.

**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW**

dotyczy: DZP/TP/9/2022 – Dostawa produktów leczniczych – 8 pakietów

Zamawiający Szpital Powiatowy w Zawierciu odpowiadając na pytania informuje:

**Pytania do wzoru umowy dla części nr 1-5 (załącznik nr 4):**

**Pytanie nr 2**

Do §2 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostawy w trybie „cito” do 8 godzin?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody i nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie nr 3**

Do §2 ust. 8 wzoru umowy: rosimy o modyfikację treści §2 ust. 8 oraz powiązanych z nim §2 ust. 8, 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. 2 oraz powiązanych z nim §2 ust. 8 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 wartość 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 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 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 nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy ponieważ nie jest w stanie określić rzeczywistego zapotrzebowania na poszczególne pozycje formularza a sortymentowo-cenowego, które jest uzależnione od bieżących potrzeb związanych z leczeniem pacjentów przyjmowanych do Szpitala.

Wykonawca dokonuje kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty w oparciu o ilości określone w Załączniku nr 2 do SWZ - Formularzu asortymentowo-cenowym.

**Pytanie nr 4**

Do §6 ust. 1 lit. a) oraz b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji i / lub gwarancji w taki sposób aby wynosiła ona 1% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdy dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 9,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 8 760 % w skali roku (1% x 24h x 365 dni) za opóźnienie świadczenia. Jednocześnie prosimy o dodanie 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.".

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie nr 5**

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisu w części dotyczącej naliczenia dodatkowej kary umownej przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia zastępczego, gdyż zapis §4 ust. 8 zobowiązuje Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego wykonawcy oraz wszystkich dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia zastępczego.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie nr 6**

Do §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy do wysokości 10% wartości netto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytania do wzoru umowy dla części nr 6-8 (załącznik nr 5):**

**Pytanie nr 7**

Do §2 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostawy w trybie „cito” do 8 godzin?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody i nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie nr 8**

Do §2 ust. 8 wzoru umowy: rosimy o modyfikację treści §2 ust. 8 oraz powiązanych z nim §2 ust. 8, 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. 2 oraz powiązanych z nim §2 ust. 8 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 wartość 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 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 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 nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy ponieważ nie jest w stanie określić rzeczywistego zapotrzebowania na poszczególne pozycje formularza a sortymentowo-cenowego, które jest uzależnione od bieżących potrzeb związanych z leczeniem pacjentów przyjmowanych do Szpitala.

Wykonawca dokonuje kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty w oparciu o ilości określone w Załączniku nr 2 do SWZ - Formularzu asortymentowo-cenowym.

**Pytanie nr 9**

Do §6 ust. 1 lit. a) oraz b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji i / lub gwarancji w taki sposób aby wynosiła ona 1% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdy dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 9,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 8 760 % w skali roku (1% x 24h x 365 dni) za opóźnienie świadczenia. Jednocześnie prosimy o dodanie 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.".

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie nr 10**

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisu w części dotyczącej naliczenia dodatkowej kary umownej przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia zastępczego, gdyż zapis §4 ust. 8 zobowiązuje Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego wykonawcy oraz wszystkich dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia zastępczego.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie nr 11**

Do §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy do wysokości 10% wartości netto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie nr 12**

Pakiet 5 pozycja 4

Czy Zamawiający oczekuje kompletnej diety do żywienia dojelitowego, wysokokokalorycznej 2 kcal/ml, bogatobiałkowej, zawierającej białko kazeinowe i serwatkowe, tłuszcze MCT/LCT i ω-3 kwasy tłuszczowe, bezresztkowej, o osmolarności do 420 mosmol/l, w opakowaniu EasyBag o objętości 500 ml x 15 sztuk ?

**Odpowiedź:**

Zamawiający potwierdza, że oczekuje wskazanej kompletnej diety do żywienia dojelitowego.

**Pytanie nr 13**

Pakiet 5 pozycja 22

W związku z zaprzestaniem obrotu produktem leczniczym INTRALIPID 20%, 200 mg/ml, emulsja do infuzji po 500 ml zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o wyrażenie zgody na zaoferowanie produktu leczniczego Smoflipid 200 mg/ml, emulsja do infuzji w objętości 500 ml.

**Odpowiedź:**

Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie produktu leczniczego Smoflipid 200 mg/ml, emulsja do infuzji w objętości 500 ml.

**Pytanie nr 14**

Pakiet 5 pozycja 6

Czy Zamawiający miał na myśli Kompletną dietę do żywienia dojelitowego, bogatobiałkową – co najmniej 27% energii białkowej 10g/100 ml, oparta na białku kazeinowym i serwatki , o wysokiej zawartości ω-3 kwasów tłuszczowych, tłuszczy MCT i antyoksydantów, wysokokaloryczna 1,5 kcal/ml, bogatoresztkowa, o osmolarności do 340 mosmol/l, w opakowaniu EasyBag o objętości 500 ml.

**Odpowiedź:**

Zamawiający potwierdza, że oczekuje wskazanej kompletnej diety do żywienia dojelitowego.

Jednocześnie Zamawiający w załączeniu przekazuje zmieniony Załącznik nr 4 do SWZ Projektowane postanowienia umowy dla pakietów 1-5

.