|  |  |
| --- | --- |
| DZP/PN/34/2022 | Zawiercie, 04.07.2022 r. |

**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW**

dotyczy: Dostawa produktów leczniczych przeznaczonych do realizacji programu lekowego WZW.

Zamawiający Szpital Powiatowy w Zawierciu odpowiadając na pytania (pisownia oryginalna) informuje:

Dot. projektowanych postanowień umownych – załącznik nr 4 do SWZ

**Pytanie:**

Do §2 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku 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 przez producenta lub zakończenia produkcji zaoferowanego przedmiotu dostawy zastosowanie będzie miał §2 ust. 3 oraz §7 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie:**

Do §2 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 5 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 §2 ust. 5 wzoru umowy jest na tyle ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz 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. PZP, powyższe zapisy należy uznać za postanowienia abuzywne, w sposób rażący 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 wartość 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:** 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:**

Do §4 ust. 4 wzoru umowy: 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 nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.

**Pytanie:**

Do §6 ust. 1 lit. a), b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §6 ust. 1 lit. a), b) wzoru umowy do wysokości 0,5% wartości niedostarczonego w terminie lub reklamowanego asortymentu za każdy dzień zwłoki?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie:**

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. 4 zobowiązuje już 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:**

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:**

Do §6 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów: „, pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość dokonania potrącenia wynikała będzie z aktualnych oraz powszechnie obowiązujących norm prawnych.”.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych postanowień umowy.