



Mazowieckie Centrum Leczenia

Chorób Pluc i Gruźlicy

ul. Narutowicza 80, 05-400 Otwock, tel. (22) 344 64 00, 344 64 71, centr. (22) 344 62 00  
NIP: 532-16-64-002 REGON: 000676714 Konto: Bank PeKaO S.A. 66 1240 6074 1111 0000 4998 0149  
<http://www.otwock-szpital.pl> e-mail: sekretariat.otw@otwock-szpital.pl

Otwock, dn. 10.9.03.2023r.

A/ ZP.26 5 PN.1. .2023

**Do wszystkich zainteresowanych**

**Dotyczy : postępowania przetargowego w trybie przetarg nieograniczony na Produkty farmaceutyczne , nr spr 5PN/2023.**

**Od Wykonawców wpłynęły następujące zapytania :**

1. Do §2 ust. 6 projektu umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 6, 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. Aktualne postanowienia §1 ust. 3 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 rażąco 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 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 Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

2. Do §7 ust.1 pkt a) projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

**Odpowiedź Zamawiającego : : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

3. Do §7 ust.1 pkt b) i c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów wzoru umowy w §7 ust. 1 pkt b) i c) poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

**Odpowiedź Zamawiającego :: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

4. Do §8 wzoru umowy prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 kodeksu cywilnego: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

**Odpowiedź Zamawiającego : : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

5. Do §9 ust. 6 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §9 ust. 6 Wzoru Umowy, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, które nie może być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nadto stanowi zakazaną praktykę na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w konsekwencji obarcza czynność prawną sankcją nieważności

Zastrzeżenie §9 ust. 6 wzoru umowy skutkuje przyjęciem niedopuszczalnej praktyki, iż Wykonawca nie będzie w stanie ustalić minimalnej wielkości przyszłego swojego świadczenia oraz wysokości odpowiadającego mu świadczenia Zamawiającego. Próba jednostronnego kształtowania przez Zamawiającego zasad realizacji zamówienia naraża Wykonawcę na realne straty finansowe w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie na etapie składania oferty, podczas gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy może okazać się znikomy albo w ogóle nierealizowany. Powyższe działanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129)- dalej zwane jako PZP, w sposób rażąco naruszając równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia. Praktyka ta jest również niezgodna z brzmieniem art. 99 ust. 1 PZP ponieważ Zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość niewykonywania zamówienia już na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy zostało zakwestionowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.). KIO uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Podobnie w orzeczeniu z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. 3107/21 KIO stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w przypadku braku zgody wykonawcy na odpowiednie obniżenie ceny, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP. Takie jednostronne narzucanie warunków realizacji umowy należy kwalifikować jako bezwzględnie zakazane na gruncie z art. 9 ust.2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 poz. 275). Wreszcie podnieść należy, iż kwestionowane postanowienie umowne wpisuje się w katalog niedozwolonych praktyk Zamawiających, które są publikowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Organ ten w ramach realizacji swoich obowiązków ustawowych przewidzianych w art. 469 pkt 8 PZP jako jedną z przykładowych klauzul umownych, którą należy uznać za niezgodną z art. 433 PZP wskazuje następujący postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

**Odpowiedź Zamawiającego : Tak,Zamawiający wykreśla z projektu umowy ww zapis. Treść zmodyfikowanej umowy w załączeniu .**

6. Do §11 ust.9 pkt 9 wzoru umowy prosimy o dopisanie:"...jednak nie dłużej niż o kolejne 3 miesiące"

**Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

. 7. Do §11 ust.9 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę wzoru umowy poprzez dodanie wymaganych elementów postanowienia zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

- 1) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,
- 2) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia,
- 3) sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy,
- 4) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia,

- wraz z określeniem procedury dokonania ww. zmiany, albowiem postanowienie to stanowi obligatoryjny element umowy zawieranej na okres przekraczający 6 miesięcy według art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych? Zasadne jest, aby przesłanką waloryzacji było wykazanie przez Wykonawcę wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy poprzez przedłożenie wszelkich dokumentów potwierdzających wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, stąd prosimy o dodanie powyższego jako ww. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia. Dodatkowo prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jak 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? Uzasadniając treść powyższego pytania wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

**Odpowiedź Zamawiającego : Tak, Zamawiający dokonuje modyfikacji projektu umowy poprzez dodanie ze wskazaniem:**

**1) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,**

**4) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia,**

Dotyczy umowy § 2 ust. 4.

Pytanie nr 1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przesyłanie drogą elektroniczną w ciągu godziny po dostawie, za pomocą poczty e-mail łączny rejestr temperatury w formie PDF, z rejestratorów umieszczonych w środkach transportu (samochodzie dostawczym / kontenerze) i komorach przeładunkowych? Jeżeli tak, prosimy o podanie adresu email na który ma zostać wysłany rejestr.

**Odpowiedź Zamawiającego : Tak, Zamawiający wyraża zgodę i podaje adres e-mail : [apteka@otwock-szpital.pl](mailto:apteka@otwock-szpital.pl)**

Pytanie nr 2 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień umowy w § 7 ust. 1 pkt b na : „ b. za odstąpienie/wypowiedzenie/rozwiązanie umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca w wysokości 10% nierealizowanej wartości umowy brutto”

**Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

Pytanie nr 3 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień umowy w § 7 ust. 1 pkt c na : „ c. za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę bez usprawiedliwionej podstawy faktycznej i prawnej w wysokości 10 % nierealizowanej wartości umowy brutto”

**Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

1. Wykonawca zwraca uwagę, że par 2.6 in fine zawarto odniesienie do par. 6 ust. 5 i 6 – jednak nie ma takich jednostek redakcyjnych w umowie. Niezależnie zresztą od tego, do jakich jednostek redakcyjnych Zamawiający chce odesłać, należy podkreślić, że zgodnie z art. 433 pkt. 4 ustawy PZP umowa winna wskazywać minimalną wartość zamówienia, bez dodatkowych zastrzeżeń. Realizacja każdej umowy obarczona jest ryzykiem i w toku jej wykonywania zająć może wiele zdarzeń losowych, ograniczających zamówienie. Mimo to ustawodawca zdecydował o obligatoryjnym zapisie umowy, który musi gwarantować Wykonawcy realizację określonego minimum wartościowego. Jeśli zatem minimum takie określono, to nie są dopuszczalne dalsze wyłączenia lub warunki w tym zakresie.

**Odpowiedź Zamawiającego : wskazana treść projektu umowy została zmodyfikowana w ww zakresie .**

2. Czy Zamawiający zmniejszy wartość kary umownej określonej w par. 7.1.a z 2% do wartości max. 0,2%? Obecna kara jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź Zamawiającego : Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy .**

3. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści par. 9.5 w kontekście stawowego zakazu wskazanego w art. 433 pkt. 4 Ustawy, to jest możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zapis par. 2.6 mówi o tym, że minimalny wolumen zamówienia wynosić będzie 60% wartości umowy. Tymczasem par. 9.5 zdaje się wprowadzać odmienną zasadę, to jest mówi, że Zamawiający może zakupić dowolnie małe ilości leków w przypadku pojawienia się na rynku tańszego zamiennika. Jeśli zapis par. 9.5 ma być zgodny z przepisami, to powinien zastrzegać, że stosowany jest w granicach wskazanych w par. 2.6 – to jest pod warunkiem zakupu minimum 60% wolumenu. Poniżej tej wartości Wykonawcy zgodnie z art. 433 pkt. 4 PZP przysługuje odszkodowanie za zbyt niską wartość zakupów.

**Odpowiedź Zamawiającego : Zamawiający wykreśla z projektu umowy ww zapis. Treść zmodyfikowanej umowy w załączeniu .**

4. Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 10.4? Procedurę reklamacyjną regulują zapisy par. 10.1 – 10.3 i zakładają one, zgodnie z wymogami prawa udział Wykonawcy w rozpatrzeniu reklamacji. Tymczasem par. 10.4 wprowadza jednostronny tryb 'odmowy przyjęcia towaru', który w istocie tożsamy jest z postępowaniem reklamacyjnym, jednak przebiega jednostronnie, w momencie odbioru towaru, bez udziału Wykonawcy i możliwości rozpatrzenia reklamacji. Jednostronna 'odmowa przyjęcia' może przy tym dotyczyć także wad jakościowych. Zgodnie z KC Wykonawca powinien mieć możliwość ustosunkowania się do reklamacji.

**Odpowiedź Zamawiającego : Zamawiający wykreśla z projektu umowy ww zapis. Treść zmodyfikowanej umowy w załączeniu .**

5. Czy w par. 11.7.1 Zamawiający wprowadzi automatyzm zmiany stawki podatku VAT? Zmiana stawki podatku VAT powinna wchodzić automatycznie, z dniem wprowadzenia stosownych przepisów; inaczej grozi to Wykonawcy rażącą stratą. Wykonawca musi oczekiwać na akceptację propozycji zmian, w tym czasie przecież jednak będzie wystawiać faktury za bieżące dostawy.

**Odpowiedź Zamawiającego : Tak, Zamawiający modyfikuje treść projektu umowy . Treść zmodyfikowanej umowy w załączeniu .**

Jednocześnie Zamawiający przedłuża termin składania ofert do 20.03.2023r do godz. 10:30, otwarcie 20.03.23 o godz. 11:00 .

KIEROWNIK DZIAŁU  
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I PRZETARGÓW

  
Hanna Cichocka

25<sup>lat</sup> Mazowsze

DYREKTOR NACZELNY  
MAZOWIECKIEGO CENTRUM  
LECZENIA CHOROBY PŁUC I GRUŹLICY

  
lek. med. Antoni Brochnio

Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku jest jednostką organizacyjną Samorządu Województwa Mazowieckiego