

### Wszyscy Wykonawcy

Na podstawie Art. 135 ust. 2 Prawa Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r w nawiązaniu do SWZ dotyczącej postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leków dla ZOZ Szpitala Powiatowego w Sochaczewie. nr sprawy: EK-ZZ/ZP.261.07.D.2023, odpowiadamy na pytania Wykonawców:

**Pytanie 1:** Czy w Zadaniu 41 poz. 2 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu ProbioDr, zawierającego 2 mld CFU bakterii *Lactobacillus rhamnosus* GG ATCC53103 i *Lactobacillus helveticus* w identycznym stosunku ilościowym jak w przypadku produktu opisanego w SIWZ Zawartość oferowanego produktu został potwierdzony w niezależnym badaniu wykonanym w Narodowym Instytucie Leków.

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymują zapisy opisu przedmiotu zamówienia.

**Pytanie 2:** Czy w Zadaniu 41 poz. 2 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu LactoDr, zawierającego 6 mld CFU bakterii *Lactobacillus rhamnosus* GG ATCC53103 w stężeniu 6 mld CFU/ kaps? Zawartość oferowanego produktu została potwierdzona w niezależnym badaniu wykonanym w Narodowym Instytucie Leków. Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 30 kapsulek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymują zapisy opisu przedmiotu zamówienia

**Pytanie 3:** Czy w Zadaniu 98 poz. 8 i 9 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu LactoDr, zawierającego 6 mld CFU bakterii *Lactobacillus rhamnosus* GG ATCC53103 w stężeniu 6 mld CFU/ kaps? Zawartość oferowanego produktu została potwierdzona w niezależnym badaniu wykonanym w Narodowym Instytucie Leków. Produkt konfekcjonowany w opakowaniach x 30 kapsulek (prosimy o możliwość przeliczenia na odpowiednią liczbę opakowań i zaokrąglenia uzyskanego wyniku w górę).

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymują zapisy opisu przedmiotu zamówienia.

**Pytanie 4:** Czy Zamawiający wymaga aby zaoferowane w Zadaniu 87 paski testowe były wyrobem refundowanym przez MZ w dniu złożenia oferty? Refundacja pasków gwarantuje ich dostępność w czasie trwania umowy ze względu na zobowiązania wobec pacjentów; paski nier refundowane mogą być w każdej chwili wycofane z rynku.

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuszcza

**Pytanie 5:** Ponieważ na rynku funkcjonuje oferent posiadający paski testowe, których instrukcje i opakowania zawierają różniące się od siebie informacje dotyczące dopuszczalnego zakresu temperatury przechowywania pasków testowych, czy Zamawiający wymaga, aby takie informacje były jednolite i identyczne na opakowaniu i w instrukcji pasków zaoferowanych w Zadaniu 87?

**Odpowiedź:** Zamawiający wymaga

**Pytanie 6:** Jeden z wykonawców oferuje paski testowe, których okres przydatności do użycia jest zależny od miejsca przechowywania całego opakowania z paskami, co jest niezgodne z obowiązującymi normami. Czy Zamawiający działając w interesie pacjentów (wiarygodne wyniki), wymaga takiego samego czasu przydatności pasków testowych zaoferowanych w Zadaniu 87 po otwarciu fiolki niezależnie od konkretnego

miejsca/placówki, w którym przechowywane jest całe opakowanie z paskami?

**Odpowiedź:** Zamawiający wymaga.

**Pytanie 7:** Czy Zamawiający wymaga, aby oferentem w Zadaniu 87 była hurtownia farmaceutyczna, co zabezpieczy transport i dostawy pasków testowych do siedziby Zamawiającego w warunkach odpowiedniej, kontrolowanej temperatury i wilgotności?

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuszcza.

**Pytanie 8:** Do § 2 ust. 7 wzoru umowy: Czy Zamawiający zrezygnuje z postanowienia zamieszczonego w § 2 ust. 7 wzoru umowy, zgodnie z którym: "... w przypadku, gdy zamówienie zostanie podzielone z uwagi na specyfikę sposobu przechowywania leków, Wykonawca zobowiązuje się w przypadku opóźnienia w płatności do nienaliczania odsetek oraz rekompensaty z tytułu dodatkowo wystawionych faktur w związku z podziałem zamówienia."?

Wykonawca wskazuje, że ww. postanowienie wzoru umowy jest obarczone bezpośrednio sankcją nieważności, co literalnie wynika z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, zgodnie z którym "Postanowienia umowy wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5, art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 4 i 4a, art. 10, art. 11 i art. 12, lub mające na celu obejście tych przepisów, są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy ustawy.". Przepis ten jasno stanowi, że strony umowy nie są upoważnione do ważnego w świetle prawa wyłączenia uprawnienia wierzyciela przewidzianego w art. 8 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy, co nadaje temu ostatniemu przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący).

Nieważność postanowień sprzecznych z ww. ustawą wielokrotnie potwierdzały również sądy powszechne, m.in. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 26.04.2016 r. (sygn. II C 561/15), Sądu Okręgowego w Radomiu z 16.06.2016 r. (sygn. I C 435/16), Sądu Okręgowego w Łodzi z 20.10.2017 r. (sygn. III Ca 984/17).

W doktrynie także powszechnie podnosi się, że „Za niedopuszczalne należy uznać postanowienia umowne abstrakcyjnie wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, tzn. przyjęte przez strony jeszcze przed powstaniem określonego uprawnienia lub obowiązku” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, red. Osajda 2021, wyd. 4/B. Ostrzechowski/K. Riedl). Ponadto, wprost uznaje się, że: „Celem normy wyrażonej w art. 13 TransHandlZapU jest zapobieżenie sytuacji, w której jedna ze stron (dłużnik) transakcji handlowej wykorzystując przewagę negocjacyjną, wymusza na drugiej stronie (wierzycielu) odpowiednie postanowienia umowne, które uszczuplają bądź nawet wyłączają uprawnienia wierzyciela bądź obowiązki dłużnika przewidziane w art. 5, 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 4, 10, 11 i 12 TransHandlZapU” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych red. Osajda 2017, wyd. 1/Cudny)

Podkreślić należy natomiast, za wyrokiem KIO z 12.06.2015 r. (KIO 1127/15, LEX nr 1805929), że: „SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności". W konsekwencji, postanowienie takie, finalnie, zostanie uznane za nieważne w ewentualnym postępowaniu sądowym, stosownie do art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Stąd, Wykonawca wzywa Zamawiającego do nadania wzorowi umowy treści zgodnej z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa już na etapie postępowania przetargowego.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę i w tym zakresie modyfikuje zapisy projektu umowy poprzez zmianę zapisu § 2 ust. 7, który przyjmuje brzmienie:

„Zamawiający nie wyraża zgody na dzielenie zamówień.”

**Pytanie 9:** Do §2 ust. 10 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust.10, 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. 10 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. Mając powyższe na względzie prosimy o dopisanie do umowy §2 ust.10 :”...zmiana ilości asortymentu będącego przedmiotem zamówienia publicznego w terminie obowiązywania umowy nastąpi w drodze aneksu za obopólną zgodą stron”.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę i w tym zakresie modyfikuje zapisy projektu umowy poprzez dodanie po zdaniu pierwszym zapis w § 2 ust. 10, które otrzymuje brzmienie: „Zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 30%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 30% mniejszych lub o 30% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów”

**Pytanie 13:** Do §2 ust. 11 oraz §4 ust. 6 pkt 6.5 wzoru umowy. Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażąco strata 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:** Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający nie będzie obciążał karami umownymi za zachowania nie zawinione przez Wykonawcę.

**Pytanie 14:** Do §2 ust. 16 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §2 ust. 16 wzoru umowy następującej treści: "Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego."

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów §2 ust. 16 wzoru umowy

**Pytanie 15:** Do §3 ust. 1 wzoru umowy. Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Dostawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów §3 ust. 1 wzoru umowy

**Pytanie 16:** Do §4 wzoru umowy: Prosimy o wskazanie w §4 dalszych elementów klauzuli waloryzacyjnej wynagrodzenia Wykonawcy ze względu na dyspozycję zawartą w przepisach art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), która zobowiązuje do zawierania w umowach, których przedmiotem są dostawy, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mając na uwadze, że wskazana umowa będzie zawarta z wykonawcą na okres 24 miesięcy, z możliwością jej przedłużenia do 6 miesięcy, istotnym jest odzwierciedlenie zmian ekonomicznych, które mogą następować w czasie realizacji umowy (w szczególności zmian powodowanych zmianą wskaźnika inflacji). Wskazana waloryzacja byłaby wymagana, gdyż niewątpliwym jest, że koszty nabycia produktów od dostawców jak i koszty realizacji

usługi do zamawiającego będą podlegać zmianie. W konsekwencji, waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy przyczyniłaby się do zachowania równowagi finansowej oraz oddawałaby rzeczywiste realia kosztów wykonania danego zamówienia publicznego jak i byłaby odzwierciedleniem zasady uczciwości kupieckiej w realiach zawieranej umowy.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę i w tym zakresie modyfikuje zapisy projektu umowy poprzez dodanie w § 4 ust. 6 pkt. 6.9, które otrzymuje brzmienie:

6.9 Strony dopuszczają zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na następujących zasadach:

- a). zmiany wynagrodzenia mogą polegać na podwyższeniu lub obniżeniu cen umownych w oparciu o roczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („waloryzacja”);
- b). zmiany mogą być wprowadzone na wniosek każdej Strony, w drodze aneksu, nie wcześniej niż po upływie roku od dnia zawarcia umowy;
- c). każda ze Stron będzie uprawniona do żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy wskaźnik wskazany w pkt. a) na dzień złożenia wniosku jest wyższy o 5 % lub niższy o 5 % od poziomu z dnia zawarcia umowy;
- d). w celu dokonania zmiany wynagrodzenia na podstawie niniejszego ustępu Strony przystąpią do negocjacji na podstawie pisemnego wniosku jednej ze Stron, składanego nie częściej niż za okresy roczne;

**Pytanie 17:** Do załącznika nr 2 do umowy – pkt II ppkt 3. Prosimy o wydłużenie czasu oczekiwania na wykonanie zobowiązań wynikających z udzielenia rękojmi do 3 dni od chwili stwierdzenia złej jakości realizacji przedmiotu zamówienia.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

Z poważaniem