

Wołów, 12.07.2022 r.

10/PCM/2022/ZP/A

## WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ – 10- **korekta (pominięte pytanie 6)**

Dotyczy: postępowania nr 10/PCM/2022/ZP/A **Sukcesywna dostawa produktów leczniczych przez okres 12 miesięcy.**

W odpowiedzi na skierowane do zamawiającego zapytania dotyczące treści specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający, zgodnie z art. 284 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), przekazuje treść zapytań wraz z udzielonymi odpowiedziami:

### **Pytanie 1**

Do §1 ust. 12 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §1 ust. 12 wzoru umowy, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu 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 §1 ust. 12 wzoru umowy jest na tyle ogólna oraz nieprecyzyjna, że na jej 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie pozycji asortymentowych. Skoro 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 wartości w sporządzonym 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 prawa opcji, to taka czynność jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody, zgodnie z SWZ.**

### **Pytanie 2**

Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §4 ust. 1 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 wyraża zgodę oraz modyfikuje SWZ w ww zakresie.**

### **Pytanie 3**

Do §5 ust. 3 wzoru umowy. Wskazujemy, że zapis §5 ust. 3 wzoru umowy jest nazbyt ogólny oraz nieprecyzyjny, gdyż na jego podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, ponieważ nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia. Powyższy zapis w sposób rażący narusza równowagę stron, umożliwiając Zamawiającemu dowolne 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 ze zm.). Ponadto wskazujemy, że wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy Zamawiającego z NFZ, nie ma wpływu na decyzje dotyczące finansowania procedur medycznych przez NFZ, a w związku z tym, nie może być obarczany ryzykiem nieprzewidywalnej konieczności rozwiązania umowy w związku ze zmniejszeniem lub odstąpieniem od finansowania procedury medycznej przez NFZ. 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 stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**ODPOWIEDŹ: Brak zgody na zmianę postanowienia.**

### **Pytanie 4**

Do §7 ust. 1 lit. c) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej, zastrzeżonej w §7 ust. 1 lit. c) wzoru umowy, tak aby wynosiła ona 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ części umowy?

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający wyraża zgodę oraz modyfikuje SWZ w ww zakresie.**

### **Pytanie 5**

Do §7 ust. 4 wzoru umowy Prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość jej potrącenia będzie uzasadniona aktualnymi oraz powszechnie obowiązującymi normami prawnymi.”.

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody, zgodnie z SWZ**

### **Pytanie 6**

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający oświadcza, iż na dzień składania niniejszego oświadczenia nie aktualizują się względem Zamawiającego przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2021.1588 t.j. z dnia 2021.08.30) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (Dz.U.2020.1228 t.j. z dnia 2020.07.10).**

**Zamawiający nie jest jednak w stanie udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie czy ww. przesłanki staną się aktualne od obecnej chwili do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania ponieważ, pomimo tego, iż Zamawiający obecnie nie przewiduje w oparciu o posiadaną aktualnie wiedzę, że w najbliższym czasie zaktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością”, nie jest on bowiem w stanie przewidzieć jak na przestrzeni kilkunastu miesięcy obowiązywania umowy zmieni się sytuacja społeczna, zdrowotna oraz gospodarcza, czy nie wystąpią inne nadzwyczajne okoliczności, które będą miały negatywny wpływ na sytuację finansową Zamawiającego, na które to zdarzenia Zamawiający nie będzie miał wpływu.**

### **Pytanie 7**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego
  - cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia;
- Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dn. 1.01.2016 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

**ODPOWIEDŹ: Zamawiający nie wyraża zgody, zgodnie z SWZ.**



**Powiatowe Centrum Medyczne w Wołowie Spółka z o. o.**

ul. Inwalidów Wojennych 26, 56-100 Wołów

tel. (0-71) 380-58-00, fax. (0-71) 389-27-99

[www.pcmwoLOW.pl](http://www.pcmwoLOW.pl), e-mail: sekretariat@pcm-woLOW.pl

Niniejsze pismo stanowi integralną część SWZ i dotyczy wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę z uwzględnieniem udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi.

W związku z udzielonymi wyjaśnieniami Zamawiający informuje, iż przedłuża termin składania ofert. Ustalenia dotyczące miejsca składania i otwarcia ofert pozostają bez zmian.

Z poważaniem

Agnieszka Poprawska-Cierpia:

Prokurent

Sporządził: Weronika Konik, Tel: 71/ 38 05 807, e-mail: [weronikakonik@pcm-woLOW.pl](mailto:weronikakonik@pcm-woLOW.pl)