

**Wykonawcy biorący udział w postępowaniu**

**Dotyczy postępowania**

***Dostawa produktów leczniczych do realizacji programów lekowych – neurologia***

***Symbol sprawy: ZP/65/ZCO/2024***

Działając zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela wyjaśnień jak poniżej:

**Zestaw pytań nr 1**

**Pytanie nr 1**

Do §2 ust. 6, ust. 7, ust. 8 wzoru umowy: Ze względu na konieczność redystrybucji zwracanego towaru, prosimy o taką zmianę zapisów, aby Zamawiający mógł dokonać zwrotu produktów w ciągu 7 dni od daty jego dostawy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż nie wprowadzi zmiany do wzoru umowy. Zgodnie z SWZ.

**Pytanie nr 2**

Do 2 ust. 12 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §2 ust. 12, mając na uwadze, że na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust.1 PZP powyższy zapis należy uznać za 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 zawarte w §2 ust. 12 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 2023, poz. 1605 ze zm.) - dalej zwane jako PZP, w sposób rażący naruszając równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu oraz 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 2.01.2017 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 stanowią 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 następujące postanowienie: Zamawiającemu przysługuje prawo do niezrealizowania pełnej ilości i asortymentu umowy określonych w umowie. W takiej sytuacji Wykonawcy nie będą przysługiwać żadne roszczenia.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę i pozostawia postanowienia SWZ bez zmian.

Klauzula wynika z obowiązku uczestnictwa w przetargach wspólnych organizowanych przez NFZ i chroni zamawiającego przed wystąpieniem sytuacji istnienia dwóch umów w tym samym zakresie, których minimalny gwarantowany poziom realizacji przekroczy potrzeby zamawiającego i narazi go na nieracjonalne wydatkowanie środków.

**Pytanie nr 3**

Do §3 ust. 6 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu realizacji dostaw do godziny 13.00?

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż wyraża zgodę na powyższe. Proponowana zmiana zostanie wprowadzona do wzoru umowy.

**Pytanie nr 4**

Do §6 ust. 11 lit. e) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie zapisów o dołączaniu do wniosku o waloryzację szczegółowej kalkulacji kosztów, mających wpływ na przedmiotową zmianę, gdyż uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę ww. dokumentów uznać należy za nieuprawnione w świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się, że zmiana wynagrodzenia winna być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem obiektywnym, jednoznacznym, łatwo dostępnym, niezależnym od stron umowy, jak najbliżej związanym z przedmiotem zamówienia (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439), np. wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanych w komunikacie Prezesa GUS. Tym samym, podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie może wymagać przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją zamówienia w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika (tak: E. Wiatrowska... op. cit.). Poprzez wprowadzenie do PZP obligatoryjnego wymogu zawarcia w umowie postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ustawodawcy należy przypisać zamiar zastosowania automatyzmu właściwego dla instytucji waloryzacji. Ponadto, wymóg ten może stanowić naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zgodnie ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie KIO, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów), stosowane rozwiązania organizacyjne.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę i pozostawia postanowienia SWZ bez zmian.

Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zasadności podwyższenia wynagrodzenia z uwagi na wydatkowanie środków publicznych.

**Pytanie nr 5**

Do §6 ust. 11 lit. g) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §5 ust. 3 wzoru umowy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę i pozostawia postanowienia SWZ bez zmian.

**Pytanie nr 6**

Do §6 ust. 11 lit. h) wzoru umowy. Prosimy o zmianę brzmienia tego zapisu w taki sposób, aby w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §6 ust. 11 wzoru umowy, 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.

**Odpowiedź:**

Wniosek jest wewnętrznie sprzeczny - odwołuje się jednocześnie do porozumienia stron oraz czynności jednostronnej czyli wypowiedzenia. W efekcie nie można go uwzględnić.

Treść udzielonych odpowiedzi stanowi integralną część SWZ.

Uwaga: Zamawiający informuje, iż Wykonawca zobowiązany jest uaktualnić składane formularze zgodnie z udzielonymi odpowiedziami i adekwatnie do oferowanych produktów.

Kierownik  
Zamawiającego  
Dyrektor Marzena Kula