



**Centrum Zdrowia  
Dziecka i Rodziny**

im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o.

Sosnowiec, dnia 25.07.2023r.

**WYJAŚNIENIA DO TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

*Dotyczy:* postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (podstawa prawna: art. 132 ustawy Pzp) na:

**„Dostawa leków w ramach Terapeutycznych Programów Lekowych”.**

**Nr postępowania: (PZ/9/2023)**

**Platforma zakupowa: ID 787624**

Działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

**Pytanie nr 1** Do §2 ust. 6 wzoru umowy:

Prosimy o wykreślenie §2 ust. 6 wzoru umowy, ponieważ Wykonawca zamówienia publicznego nie zawsze może zagwarantować ciągłość dostaw, np. w przypadku wstrzymania czy wycofania produktu z obrotu.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie § 2 ust. 6. Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 2** Do §2 ust. 10 wzoru umowy:

Prosimy o dopisanie do §2 ust. 10 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. Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 3** Do §2 ust. 15 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 3 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości?

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 4** Do §2 ust. 21 oraz §8 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy:

Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz 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 na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 5** Do §6 ust. 1 wzoru umowy

Prosimy o modyfikację treści §6 ust. 1, poprzez skonkretyzowanie, że podana graniczna wielkość opcji (40%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, co oznaczałoby będzie, że każdy z określonych w formularzu asortymentowo – cenowym produktów może

zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 40% większej niż pierwotnie zakładano.  
**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 6** Do §8 ust. 3.4 wzoru umowy:

Zwracamy się z prośbą o zmianę warunków dokonywania zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w taki sposób, aby były wobec siebie spójne i konsekwentne, a waloryzacja możliwa do przeprowadzenia. Wskazujemy, że Zamawiający z jednej strony możliwość dokonania waloryzacji uzależnia od czynników subiektywnych (ponad 20% zmiana rzeczywistych cen lub kosztów realizacji zamówienia), a z drugiej strony ustala wysokość zmiany wynagrodzenia w oparciu o zewnętrzny wskaźnik (ostatnio opublikowany kwartalny wskaźnik cen towarów i usług ogłoszony przez Prezesa GUS).

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem „podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom, skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439).

W związku z powyższym, zwracamy się z prośbą o ustalenie automatycznej indeksacji wynagrodzenia Wykonawcy opartej o konkretną obiektywną wartość, taką jak kwartalny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS (tabela: kwartalne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku, poprzedni okres = 100).

W związku z tym wnosimy o określenie:

- a. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: oparciu o ostatnio opublikowany kwartalny wskaźnik cen towarów i usług ogłoszony przez Prezesa GUS;
- b. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy ostatnio opublikowany kwartalny wskaźnik cen towarów i usług ogłoszony przez Prezesa GUS wyniesie 3,6% lub więcej;
- c. okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach;
- d. maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 20% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia – w ślad za uprzednio złożonym zapytaniem - że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §8 ust. 3.4 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki 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: Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 7 1.** Do §8 ust. 3.4 wzoru umowy:

Zwracamy się z prośbą o zmianę warunków dokonywania zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w taki sposób, aby były wobec siebie spójne i konsekwentne, a waloryzacja możliwa do przeprowadzenia. Wskazujemy, że Zamawiający z jednej strony możliwość dokonania waloryzacji uzależnia od czynników subiektywnych (ponad 20% zmiana rzeczywistych cen lub kosztów realizacji zamówienia), a z drugiej strony ustala wysokość zmiany wynagrodzenia w oparciu o zewnętrzny wskaźnik (ostatnio opublikowany kwartalny wskaźnik cen towarów i usług ogłoszony przez Prezesa GUS).

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SWZ.**



**Pytanie nr 8** Do §9 ust. 2 wzoru umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §9 ust. 2 wzoru umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ CZĘŚCI umowy?

**Odpowiedź:** *Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SWZ.*

**Pytanie nr 9** Do §12 ust. 3 lit. c) wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §12 ust. 3 lit. c) wzoru umowy, 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 §12 ust. 3 lit. c) 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 2022, poz. 1710) - 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 niewykonania 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 02.01.2017 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 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:** *Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SWZ.*

**Pytanie nr 10**

Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przestanki „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:** *Zadane przez Wykonawcę pytanie nie odnosi się do treści SWZ, jednakże Zamawiający potwierdza, iż w chwili obecnej nie zachodzą wobec niego przesłanki niewypłacalności oraz zagrożenia niewypłacalnością.*

#### **Pytanie nr 11**

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.*

**PREZES ZARZĄDU**  
Centrum Zdrowia Dziecka i Rodziny  
im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o.

*dr n. med. Andrzej Siwiec*