

Konin, dnia 14.06.2022 roku

WSZ-EP-29/746/2022

**Wykonawcy zainteresowani postępowaniem/  
strona internetowa prowadzonego postępowania**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: **Dostawa leku Ipilimumabum biorącego udział w programie lekowym B.10. - Leczenie raka nerki**”, nr sprawy **WSZ-EP-29/2022**

**Odpowiedź na zapytania w sprawie SWZ – nr 1**

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 i ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – zwanej dalej „SWZ”.

Zamawiający niniejszym udziela odpowiedzi na zadane pytania:

1. Do §1 ust. 2 wzoru umowy: Wskazujemy, że zapis §1 ust. 2 wzoru umowy jest nazbyt ogólny oraz nieprecyzyjny. 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. W związku z tym, wnosimy o doprecyzowanie zapisu §1 ust.3 wzoru umowy, w taki sposób, aby określone zostały minimalne, gwarantowane ilości zamawianego asortymentu.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Minimalne gwarantowane ilości zamówień są wskazane w par. 1 ust. 2 umowy i wynoszą 40% wartości umowy. Par. 1 ust. 3 wprost odsyła do par. 1 ust. 2.**

2. Do §2 ust. 8 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczącego obowiązku informowania o zmianie cen urzędowych, z uwagi na fakt, że informacje te są ogólnie dostępne i wprowadzane odpowiednim aktem prawnym?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający wyraża zgodę na powyższe i w związku z tym zmienia zapisy załącznika nr 4 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.**

**Zmiana treści SWZ oraz zmodyfikowany Załącznik nr 4 zostaną zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania.**

3. Do §3 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §3 ust. 3 wzoru umowy, w ten sposób, aby przedłużenie czasu trwania umowy następowało po obopólnym wyrażeniu zgody przez strony, w formie aneksu.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

4. Do §4 ust. 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 4 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

5. Do §4 ust. 6 i §4 ust.8 pkt 3 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 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 Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

6. Do §4 ust. 7 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §4 ust. 7 wzoru umowy treści: "Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego."

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

7. Do §4 ust.9 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 Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

8. Do §4 ust.10 projektu umowy prosimy o dopisanie:"... Zwrot towaru nastąpi nie później niż do 7 dni od dnia dostawy".

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

9. Do §5 ust. 1 pkt 1 wzoru 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 opóźnionego zamówienia dziennie?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

10. Do §5 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie towaru wolnego od wad, poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości reklamowanego zamówienia dziennie?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, zgodnie z SWZ.**

11. Do §5 ust. 2 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 Zamawiającego:**

**Par. 5 ust. 2 mówi o tym, że potrącana może być kara wymagalna.**

**Zamawiający modyfikuje zapis paragrafu 5 ust. 2 poprzez dodanie zapisu: „Zamawiający kwotę wymagalnych kar umownych może potrącić z należności Wykonawcy, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa.”**

**Zmiana treści SWZ oraz zmodyfikowany Załącznik nr 4 zostaną zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania.**

12. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w § 8 ust.3 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 §8 ust.3 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 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 Zamawiającego:**

**Postanowienia umowy należy interpretować łącznie, o czym stanowi par. 8 ust. 16, zgodnie z którym podział umowy na paragrafy, ustępy, punkty oraz litery ma jedynie charakter porządkowy i nie może mieć wpływu na interpretację treści umowy. Wobec tego w ocenie Kancelarii par. 8 ust. 3 umowy należy interpretować z uwzględnieniem par. 1 ust. 2 zdanie 1. umowy, który stanowi, że „zamawiający zobowiązany jest o złożenia zamówień na minimum 40% wartości umowy wskazanej w par. 2 ust. 1 umowy.” Oznacza to, że również w przypadku skorzystania przez zamawiającego z prawa do rozwiązania umowy z przyczyn niezawinionych i niezależnych od wykonawcy (związanych z zawarciem przez zamawiającego z innymi zamawiającymi w ramach procedury wspólnego postępowania umowy dotyczącej dostarczania produktów będących przedmiotem niniejszej umowy) obowiązuje konieczność złożenia zamówień na minimum 40% wartości umowy.**

Biorąc jednak pod uwagę, że par. 8 ust. 3 budzi wątpliwości Zamawiający modyfikuje zapis w następujący sposób:

**„ Oprócz prawa określonego w ust. 1 Zamawiający może rozwiązać umowę z zachowaniem 2-dniowego terminu wypowiedzenia w przypadku zawarcia w ramach procedury wspólnego postępowania z innymi zamawiającymi umowy na dostarczanie produktów, będących przedmiotem niniejszej umowy, z uwzględnieniem par. 1 ust. 2 umowy.”**

Zmiana treści SWZ oraz zmodyfikowany Załącznik nr 4 zostaną zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania.