

Warszawa, 04 października 2024 r.

Znak sprawy: 35/PN/2024/US

**Strona internetowa prowadzonego postępowania**  
**<https://platformazakupowa.pl/pn/spartanska>**

### WYJAŚNIENIA I ZMIANA TREŚCI SWZ

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa leków biologicznych”

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie, informuje, że wpłynęły pytania do treści SWZ. Działając na podstawie art. 135 ust. 2 i art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej: ustawa Pzp, Zamawiający udziela wyjaśnień i dokonuje zmiany treści SWZ.

#### **Pytanie nr 1:**

Z uwagi na to, że umowa dla części nr 2 i 4 zawierana będzie na okres 12 miesięcy z możliwością jej przedłużenia, zgodnie z art. 436 pkt 4) PZP prosimy o uzupełnienie wzoru umowy o jego obligatoryjne elementy takie jak:

- a. określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego oraz
- b. określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079).

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapisy projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian. Zamawiający wskazuje, że przepis art. 436 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, który należy rozumieć jako pierwotny okres na jaki została zawarta umowa. Dopuszczenie w zapisach umownych możliwości wydłużenia terminu obowiązywania umowy (co jest zdarzeniem przyszłym niepewnym) nie obliguje Zamawiającego do zawarcia w umowie klauzul dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp.

f

### **Pytanie nr 2:**

Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §4 ust. 1 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%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §4 ust. 1 jest na tyle nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę (...) w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. oraz 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający ma obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały i jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia, co wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP. W dodatku, z treści art. 31 ust. 2 PZP wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Ponadto, Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia na podstawie art. 99 ust. 1 PZP. Zalicza się do tego określenie ilości produktu, którego zakres Zamawiający zamierza zwiększyć, ponieważ w przypadku zamówienia na dostawy, opis przedmiotu zamówienia to nie tylko określenie rodzaju rzeczy, ale także jej liczby, wykonawca zaś musi wiedzieć, jaką ilość rzeczy ma zbyć lub być gotowy zbyć Zamawiającemu. Wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z art. 99 ust. 1 PZP. Chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj oraz ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP.

### **Odpowiedź:**

Zgodnie z Rozdziałem XIX ust. 7 zd. 2 SWZ: „Cena oferty musi wynikać i być zgodna z ceną wyliczoną w formularzu asortymentowo-cenowym - **załącznik nr 2** do SWZ odpowiednio dla **Części nr 1-5**.” Podstawą do ustalenia ceny przez Wykonawcę powinien być formularz asortymentowo-cenowy - załącznik nr 2 do SWZ, w tym rodzaj i ilości asortymentu w nim zawarte.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że dokonał podziału zamówienia na części w taki sposób, że przedmiotem zamówienia w każdej części jest jedna substancja czynna. Formularz asortymentowo-cenowy (w zależności od części) liczy maksymalnie 2 pozycje, które różnią się dawką lub sposobem podania substancji. Takie produkty

Wykonawcy pozyskują przeważnie od jednego producenta/dystrybutora. W ocenie Zamawiającego dostarczenie asortymentu wg bieżących potrzeb Zamawiającego, w ilościach odbiegających od podanych w formularzu asortymentowo-cenowym, nie powinno powodować trudności realizacyjnych po stronie Wykonawcy. Nie mamy tu do czynienia z wieloma substancjami, produktami itp., pozyskiwanymi z różnych źródeł, których dostarczenie w ilościach innych niż określone w umowie, mogłoby być problematyczne.

Ponadto Zamawiający w § 4 ust. 1 zd. 2 projektu umowy zawarł zastrzeżenie, że zmiany ilości wskazanych w formularzu asortymentowo-cenowym (niestanowiące zmiany umowy) mogą następować, o ile w ich wyniku nie zostaje przekroczona całkowita wartości Przedmiotu Umowy brutto, o której mowa w § 3 ust. 1 pkt 2.

Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w § 4 ust. 2 projektu umowy wskazał także minimalną wartość świadczenia stron, tj. 70% całkowitej wartości Przedmiotu Umowy brutto, o której mowa w § 3 ust. 1 pkt 2.

Zamawiający informuje również, że każde orzeczenie KIO należy rozpatrywać z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

### **Pytanie nr 3:**

Do §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy: Prosimy o zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy w taki sposób aby wynosiła ona 10% wartości niezrealizowanej części umowy.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapisy § 8 ust. 1 pkt 1 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że odniesienie się w zapisach dotyczących kar do wartości niezrealizowanej części umowy może być uznane, przy dochodzeniu ewentualnych roszczeń, jako brak należytego zastrzeżenia kary.

### **Pytanie nr 4:**

Do §8 ust. 1 pkt 2), 3), 4) wzoru umowy: Prosimy o zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej lub reklamowanej partii towaru (w tym towaru dostarczanego w trybie pilnym) poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 0,2% liczonej od wartości brutto niedostarczonego w terminie przedmiotu zamówienia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (oraz za każde 12 godzin dla dostawy pilnej). Dotychczasowy zapis powoduje wprowadzenie do umowy nierównych sankcji dla różnych Wykonawców, którzy za opóźnienie dostawy produktu o tej samej wartości mogą zostać ukarani drastycznie różnymi karami (zależnie od wartości zawartego kontraktu). Nadmieniamy przy tym, że faktyczna zwłoka dostawy może dotyczyć niewielkiej części zamówienia lub całego przedmiotu umowy (np. 5%) i nieuzasadnionym jest karanie wykonawcy również za część zamówienia dostarczoną terminowo.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapisy § 8 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że odniesienie się w zapisach dotyczących kar umownych do wartości niedostarczonego przedmiotu zamówienia może być uznane, przy dochodzeniu ewentualnych roszczeń, jako brak należytego zastrzeżenia kary.

**Pytanie nr 5:**

Do §10 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy: Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że ewentualne przedłużenie terminu realizacji umowy wymagało będzie obopólnej zgody stron wyrażonej na piśmie w formie aneksu.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapisy § 10 ust. 1 pkt 3 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Zgodnie z § 17 ust. 3 projektu umowy wszelkie zmiany Umowy mogą być dokonane tylko w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem wyjątków wprost przewidzianych w jej treści. Zmiany umowy, o których mowa w § 10 ust. 1 pkt 3 projektu umowy, wymagają dla swej ważności formy pisemnej, tj. wymagają zawarcia przez strony aneksu do umowy.

**Pytanie nr 6:**

Do §15 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści § 15 ust. pkt 2 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia Strony ustalają na poziomie 12,5% poprzez zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 3%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego. Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że §15 ust. pkt 2 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 12,5%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 11% (co stanowi dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając niskie marże w zamówieniach publicznych) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób. W tym miejscu – celem uzupełnienia treści uprzednio złożonego pytania – wskazujemy, że powyższy zarzut odnieść można również do §15 ust. 1 pkt 12) wzoru umowy, który także jawi się jako naruszający zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego. Dopiero zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy do 30% uznać będzie można za wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron. 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 §15 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:**

Zamawiający pozostawia zapisy § 15 ust. 1 pkt 2 i 12 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) dotyczące waloryzacji wynagrodzenia bez zmian oraz nie wyraża zgody na wprowadzenie zapisów dotyczących uprawnień do rozwiązania umowy w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.

**Pytanie nr 7:****Dotyczy par 5 ust 4 projektu umowy oraz pkt II 5 formularza ofertowego**

Zamawiający w paragrafie 5 ust. 4 projektu umowy oraz w pkt II 5 formularza ofertowego zastrzegł, iż Wykonawca zapewnia dostawę Przedmiotu Umowy „na cito” nie później niż w ciągu 8 godzin od złożenia zamówienia.

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy odbywają się od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem sobót, świąt i dni wolnych od pracy. W związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawę w trybie „na cito” do 8 godzin od momentu od złożenia zamówienia od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem sobót, świąt i dni wolnych od pracy dla asortymentu znajdującego się w części nr 1?

**Odpowiedź:**

Zamawiający zmienia treść § 5 ust. 4 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) dodając po zdaniu pierwszym zdanie drugie w brzmieniu:

Termin, o którym mowa w zdaniu poprzednim, będzie liczony w dni robocze (od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy).

**Pytanie nr 8:****Dotyczy zapisów w paragrafie 7 ust 2 projektu umowy**

Zamawiający w paragrafie 7 ust. 2 projektu umowy, zastrzegł, iż termin ważności przedmiotu Zamówienia nie może być krótszy niż 12 miesięcy od dnia dostawy do Zamawiającego.

Zaproponowany przez Zamawiającego termin ważności tj. nie krótszy niż 12 miesięcy, dla produktów leczniczych znajdujących się w części nr 1 jest trudny do spełnienia dla Wykonawcy, ze względu na fakt, iż (...) otrzymuje produkty lecznicze od spółek z grupy kapitałowej według z góry ustalonego harmonogramu dostaw na który ma ograniczony wpływ. W związku z tym Wykonawca nie ma możliwości zmiany harmonogramu dostaw tak aby zagwarantować tak długi termin przydatności produktu.

W związku z powyższym czy Zamawiający wyrazi zgodę na skrócenie terminu ważności do 9 miesięcy od momentu złożenia zamówienia dla pozycji 1 z części nr 1 oraz do 6 miesięcy od momentu złożenia zamówienia dla pozycji 2 z części nr 1?

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapisy § 7 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że dostawa produktów z krótszym terminem ważności jest możliwa w wyjątkowych sytuacjach, po uzyskaniu pisemnej zgody przedstawiciela Zamawiającego.

**Pytanie nr 9:****Dotyczy paragrafu 5 ust. 13 projektu umowy**

Zamawiający w § 5 ust. 13 projektu umowy, użył sformułowania:

„13. Zamawiający zastrzega sobie prawo zwrotu towaru dostarczonego, a niezamówionego oraz zwrotu towaru niezgodnego ze złożonym zamówieniem. Zwrot następuje na koszt Wykonawcy.”

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy zwroty są akceptowane w przypadku reklamacji jakościowych (bez ograniczeń czasowych) lub w przypadku rezygnacji / omyłkowego zamówienia pod warunkiem, że:

a) wniosek o zwrot został zgłoszony w ciągu 5 dni od nabycia (otrzymania dostawy) produktu,

b) produkty są pełnowartościowe, opakowania są czyste, nieuszkodzone, nieotwarte, zabezpieczenie ATD (Antietampering Device) są nienaruszone, produkty nie są opisane żadnymi adnotacjami (np. długopisem), ani oznakowane etykietami szpitala,

c) numery seryjne zwracanych produktów posiadają status "aktywny" w systemie PLMVS (KOWAL)

[Jeśli numery seryjne produktów zwróconych przez Zamawiającego zostały już wycofane z bazy, PLMVS to znaczy dokonano tzw. „decommission”, to odwrócenie wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS tzw. „undo-decommission” może być wykonane wyłącznie przez Zamawiającego, maksymalnie w ciągu 10 dni od wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS],

d) do zwracanych produktów leczniczych (zarówno lodówkowych jak i o pokojowej temperaturze przechowywania) dołączane są rejestry temperatury (preferowane elektroniczne) z przechowania produktu w aptecce szpitalnej, potwierdzające przechowywanie w warunkach określonych w dokumentacji rejestracyjnej (pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu i Charakterystyce Produktu Leczniczego)

Informacje dot. zwrotu zawarte w pkt a-d są warunkami bezwzględnyymi dla Wykonawcy do zawarcia umowy. Jest to czas w którym możliwe jest dla Wykonawcy powtórne wprowadzenie do obrotu danego produktu, a przekroczenie wyżej wskazanego terminu powoduje konieczność utylizacji leku.

Mając na uwadze powyższe, czy Zamawiający dopuszcza możliwość usunięcia wskazanego powyżej zapisu znajdującego się w par 5 ust. 13 projektu umowy bądź wyrazi zgodę na wprowadzenie zapisów z pkt a-d zgodnych z obowiązującymi procedurami Wykonawcy dla części nr 1?

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapisy § 5 ust. 13 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian. Jednocześnie Zamawiający informuje, że oczekuje od Wykonawców **jako podmiotów profesjonalnych** należytej staranności przy realizacji zamówień. Brak należytego wywiązywania się z obowiązków umownych przez Wykonawcę nie może obciążać Zamawiającego.

**Pytanie nr 10:**

**Dotyczy paragrafu 10 ust. 5 projektu umowy**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 10 ust. 5 projektu umowy w ten sposób, że:

„W przypadku obniżenia ceny hurtowej brutto Przedmiotu Umowy, określonej w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, po złożeniu ofert lub w trakcie trwania Umowy, cena hurtowa brutto ulega automatycznemu obniżeniu w tym samym stopniu i nie może przekraczać nowej ceny hurtowej brutto określonych w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, zaś w przypadku obniżenia ceny Przedmiotu Umowy do

wysokości limitu finansowania, określonego w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, po złożeniu ofert lub w trakcie trwania Umowy, zmiana ceny może nastąpić wyłącznie za zgodą obu Stron wyrażoną na piśmie. W przypadku nie podpisania Aneksu przez jedną ze Stron, druga Strona będzie miała prawo do wypowiedzenia umowy. Rozwiązanie umowy w powyższej sytuacji nie będzie oznaczać niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę i nie będzie skutkowało konsekwencjami określonymi w § 8 ust 1 projektu umowy.

#### **Uzasadnienie:**

Wykonawca nie ma realnego wpływu na finalną wysokość limitu finansowania, ponieważ decydem w tym zakresie jest Minister Zdrowia. Nieuzasadnione jest więc przerzucanie przez Zamawiającego na Wykonawcę ryzyka związanego ze zmianą limitu finansowania, która nie jest od niego zależna. Dla porównania zmiana ceny hurtowej brutto lub ceny dla świadczeniodawców, wynikającej z zawartego instrumentu dzielenia ryzyka, jest elementem negocjacji pomiędzy wnioskodawcą refundacyjnym a Ministrem Zdrowia i tym samym może stanowić podstawę zmiany ceny określonej przez Wykonawcę w ofercie bez konieczności zawierania aneksu.

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie umowne zawarte w par. 10 ust. 5 pozwalają na zmianę wynagrodzenia wykonawcy poprzez jego obniżenie do limitu finansowania w sposób „automatyczny” i bez konieczności wyrażenia zgody na taką zmianę przez drugą stronę umowy.

**Tak ukształtowane postanowienie należy uznać za sprzeczne z zasadami określonymi w ustawie PZP i stanowiące zakazaną klauzulę abuzywną.**

Jak wskazuje uzasadnienie do nowej ustawy PZP, jednym z podstawowych celów ustawodawcy przy tworzeniu nowego aktu prawnego było zagwarantowanie większej ochrony wykonawców, jako słabszej strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Znalazło to odzwierciedlenie m. in. w treści art. 433 ustawy PZP wskazującego na zakaz używania przez zamawiającego tzw. klauzul abuzywnych:

*„W art. 433 projektu ustawy wyraźnie wskazuje się katalog abuzywnych klauzul. W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto jest narzucana jest przez zamawiającego, wymaga wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron.*

*Skutkiem przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO.”*

Należy ponadto zauważyć, że do podobnych postanowień umowy, jak to, którego dotyczy przedmiotowe pytanie, odnosiła się także Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie. Zgodnie z wyrokiem z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. KIO 3107/21:

*„Treść postanowienia umownego, przez którą Zamawiający narzuca maksymalną cenę, zgodnie z rozporządzeniem NFZ i narzuca obniżenie ceny w trakcie*

**wykonywania umowy, jest co najmniej abuzywne, godzące w zasady wynikające z art. 431 Pzp i art. 354 § 1 KC. (...) określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy przez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. (...) Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, aby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, przez nieustanne zmiany ceny w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją."**

Warto również zauważyć, że podobne stanowisko prezentuje w tym kontekście Narodowy Fundusz Zdrowia:

*„W ocenie Narodowego Funduszu Zdrowia postanowienie umowne przytoczone w piśmie PZPPF oraz Związku Pracodawców Hurtowni Farmaceutycznych w brzmieniu: „W przypadku jeśli średni koszt rozliczenia substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii, zawartej w leku nabywanym na podstawie Umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego umową, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia.” stanowi klauzulę abuzywną i nie jest elementem, o którego uwzględnienie występował Narodowy Fundusz Zdrowia.”[1]*

Z powyższych powodów postanowienie zaproponowane przez Zamawiającego we wzorze umowy, narusza przepisy ustawy PZP i powinno ulec zmianie, tak **aby postanowienie dotyczące zmian wysokości limitów finansowania zawarte w par. 10 ust. 5 projektu umowy wymagało każdorazowo formy pisemnej pod rygorem nieważności, gdzie brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu mogło stanowić podstawę do rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę.**

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapisy § 10 ust. 5 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian. Jednocześnie Zamawiający informuje, że dokumentacja postępowania została uzgodniona z NFZ.

#### **Pytanie nr 11:**

##### **Dotyczy paragrafu 8 ust. 1 pkt 1-4 wzoru umowy**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji par. 8 ust. 1 pkt 1-4 w ten sposób, że: §8.

1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia następujących kar umownych:



1) w wysokości 10% wartości niezrealizowanej umowy brutto., w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca;

2) w wysokości 0,2 % wartości towarów niedostarczonych w terminie., za każdą rozpoczętą dobę, w przypadku zwłoki w dostawie przedmiotu umowy względem terminu określonego z godnie z § 5 ust. 3;

3) w wysokości 0,2 % wartości towarów niedostarczonych w terminie, za każdą rozpoczętą godzinę, w przypadku zwłoki w dostawie przedmiotu umowy względem terminu określonego z godnie z § 5 ust. 4;

4) w wysokości 0,2% wartości towarów niedostarczonych w terminie, za każdą rozpoczętą dobę, w przypadku zwłoki w dostawie przedmiotu umowy względem terminu określonego z godnie z § 7 ust. 3;

#### Uzasadnienie

Zdaniem Wykonawcy niewłaściwym są postanowienia Umowy, w których kara umowna naliczana jest od kwoty zamówienia stanowiący przedmiot niniejszej umowy co może skutkować obciążeniem Wykonawcy nadmiernym i niewspółmiernie wysokim ryzykiem gospodarczym w stosunku do naruszonych postanowień Umowy. Kara umowna ma pełnić funkcję mobilizującą wykonawcę do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz funkcję odszkodowawczą, jeżeli wykonawca wykona przedmiot umowy nieterminowo lub w sposób nieprawidłowy.

#### Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 8 ust. 1 pkt 1-4 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że odniesienie się w zapisach dotyczących kar do wartości niezrealizowanej części umowy lub niedostarczonego towaru może być uznane, przy dochodzeniu ewentualnych roszczeń, jako brak należytego zastrzeżenia kary.

#### Pytanie nr 12:

Dotyczy § 5 ust. 4 umowy - Wnosimy o zmodyfikowanie i wyrażenie zgody na wydłużenie terminu dostawy „Na ratunek” do 12 godz. Zmiana korzystnie wpłynie na postępowanie i pozwoli na zaoferowanie korzystniejszej cenowo oferty.

#### Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wydłużenie terminu dostawy „na ratunek” do 12 godzin. Jednocześnie Zamawiający dokonał zmian w projekcie umowy, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7.

#### Pytanie nr 13:

Dotyczy § 8 ust. 1 pkt 1-4 umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wskazanie jako podstawy do ustalenia wysokości kary umownej wartość niezrealizowanej części umowy? W przypadku zrealizowania zgodnie z umową znacznej części zamówienia, kara naliczana od całości umowy jest wyraźnie zawyżona.

#### Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 8 ust. 1 pkt 1-4 projektu Umowy bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że odniesienie się w zapisach dotyczących kar do wartości niezrealizowanej części umowy może być uznane, przy dochodzeniu ewentualnych roszczeń, jako brak należytego zastrzeżenia kary.

Dokonane wyjaśnienia i zmiana wiązą Wykonawców z chwilą zamieszczenia na stronie prowadzonego postępowania.

DYREKTOR  
Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii  
i Rehabilitacji w Warszawie

*Izabela Marcewicz-Jendrysik*