



**Do Wykonawców uczestniczących
w postępowaniu o udzielenie zamówienia**

WYJAŚNIENIE 1

W TRYBIE PODSTAWOWYM NA:

**dostawy produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych
(zamówienie nr LAS-29-TP/9-2023.AN)**

ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 02.03.2023 r., nr 2023/BZP 0018432/01

W związku z wniesionymi zapytaniem, zamawiający udziela poniższych odpowiedzi. Ponadto zamawiający wprowadza niżej podaną modyfikację.

Pytanie 1: „Do §1 ust. 4 pkt 4.1 - 4.3 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 wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?”

Pytanie 2: „Do §2 ust. 11 wzoru umowy: Prosimy o dodanie do §2 ust. 11 wzoru umowy słów zgodnych z art. 552 k.c.: „... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”.

Pytanie 3: „Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §4 ust. 1 wzoru umowy słów: "(...), chyba że inne okoliczności uzasadniają wystawienie większej ilości faktur (np. odrębne faktury dla środków kontrolowanych i dla produktów przewożonych w niskiej temperaturze bądź w przypadku, gdy jednorazowo dostarczany będzie asortyment będący przedmiotem różnych umów zawartych z Zamawiającym).

Pytanie 4: „Do §4 ust. 5 wzoru umowy. Adekwatnie do art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), prosimy o zmianę terminu uprawniającego Wykonawcę do dokonania pierwszej zmiany wynagrodzenia na 6 miesięcy.

Pytanie 5: „Do §5 ust. 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §5 ust. 1 wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej za ewentualne opóźnienie dostawy lub realizacji reklamacji lub odmowę zrealizowania dostawy w wysokości 1% wartości brutto niedostarczonego przedmiotu zamówienia dziennie oraz dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: „... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”?

Pytanie 6: „Do §5 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kary za podzielenie dostawy do wysokości 50,00 zł za każdy przypadek takiego uchybienia bądź w przypadku

Telefony:

Kancelaria: 32 429-12-90

Główny Księgowy: 32 429-12-99

Dział Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia: 32 429-12-88

Sekretariat: 32 429-12-54

Dział Organizacyjny: 32 429-26-19

Fax: 32 422-82-72

BNP Paribas Bank Polska S.A. 38 1600 1055 1833 4024 4000 0001

niewzględnienia sugestii Wykonawcy dotyczących brzmienia §2 ust. 2 oraz §4 ust. 1 wzoru umowy, usunie z treści umowy §5 ust. 2 w całości?”

Pytanie 7: „Do §5 ust. 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów §5 ust. 5 wzoru umowy poprzez wprowadzenie kary umownej przy odstąpieniu od umowy w wysokości 10%, ale liczonej od wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy?”

Pytanie 8: „Do §10 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisów §10 ust. 4 ze wzoru umowy jako niezgodnych z normami współżycia społecznego i będących nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługujących na ochronę prawną. Wyjaśniamy, że rolą kar w zamówieniach publicznych jest ochrona interesów Zamawiającego w zakresie prawidłowych i terminowych dostaw przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zastrzegać kar umownych za realizację uprawnień podmiotowych wykonawcy jak również nie związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawiają ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.”

Pytanie 9: „Do §12 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy zmianę brzmienia §12 ust. 2 wzoru umowy poprzez wykreślenie słów: „...nie wymaga aneksu do umowy, a jedynie korekty dokumentu rozliczeniowego w rozumieniu prawa podatkowego.” oraz dodanie w to miejsce zdania: „...może zostać dokonana wyłącznie w drodze porozumienia stron, po uprzedniej pisemnej zgodzie Wykonawcy oraz o ile nie będzie naruszała równowagi ekonomicznej umowy w szczególności skutkując rażąco stratą po stronie Wykonawcy.”

Pytanie 10: „Do §12 ust. 3 lit. b) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §12 ust. 3 lit. b), poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo – 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. Aktualne brzmienie §12 ust. 3 lit. b) wzoru umowy jest na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na jego 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 jako postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść przywołanego 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 przez siebie opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie w umowie przetargowej, bez względu na zastosowane nazewnictwo, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z regulacją 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 wskazane przez ustawodawcę 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 wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 PZP), nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej.

Dodatkowo, prosimy o usunięcie z treści §12 ust. 3 lit. b) słów: „...zmiana ta nie wymaga sporządzenia

aneksu do umowy.” oraz stosowanie do zmian dokonywanych na podstawie §12 ust. 3 lit. b) reguły wskazanej przez Zamawiającego w §12 ust. 5 („Wszelkie zmiany umowy wymagają zgody obu stron w formie pisemnej, pod rygorem nieważności”). Nadmieniamy, że niedopuszczalna jest próba całkowitego obejścia przez Zamawiającego wszelkich ustawowych zasad dotyczących zmiany treści udzielonego zamówienia publicznego. Nie dość, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość dokonywania dowolnych modyfikacji zakresu udzielonego zamówienia, bez poszanowania zasad wynikających z art. 433 pkt 4 oraz 441 ust. 1 i ust. 2 PZP, o których mowa powyżej, nie opisując w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny tych zmian, nie określając ich zakresu ani warunków ich wprowadzenia, to dodatkowo, zastrzega sobie uprawnienie do jednostronnego podejmowania decyzji w tym zakresie. Tym bardziej, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 455 ust. 1 PZP, aby w ogóle mówić o jakiegokolwiek możliwości dokonywania zmiany umowy niewymagającej przeprowadzenia nowego postępowania, bezwzględnie muszą zostać spełnione wszystkie przesłanki związane z konkretnym i rzetelnym opisem ich warunków – czego Zamawiający się nie podjął. Dodatkowo, Zamawiający nie tylko zastrzegł sobie możliwość dokonywania w umowie zmian, które z uwagi na popełnione uchybienia nie mają prawa się ostać, to jeszcze stara się uniknąć obowiązku zachowania dla tych zmian odpowiedniej formy, która zgodnie z art. 77 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, powinna być identyczna z formą w jakiej zawierana była zmieniana umowa.”

Odpowiedź 1-10: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektowanych postanowień umowy.

Pozostałe warunki zamówienia nie ulegają zmianie. W związku z udzielonymi wyjaśnieniami zamawiający przedłuża termin składania ofert **do dnia 13.03.2023 r. do godziny 10.00** oraz termin otwarcia ofert: w tym samym dniu o godzinie 10.30. W związku z tym faktem zmianie ulega także termin związania ofertą: do dnia 11.04.2023 r.