

Konin, dnia 02.10.2023 r.

WSZ-EP-27/1139/2023

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

Dotyczy: postępowania o udzielenie Zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na zadanie pod nazwą: „**Dostawa leków stosowanych w ramach programów lekowych, chemioterapii, świadczeniach zdrowotnych kontraktowanych odrębnie i leków wspomagających dla potrzeb WSZ w Koninie**”, nr sprawy: WSZ-EP-27/2023.

Zamawiający informuje, iż do ww. postępowania zostały złożone pytania. W związku z powyższym działając na podstawie art. 135 ust. 2 i ust.6 ustawy z dnia 11września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

1. Do §1 ust. 2 wzoru umowy: Wnosimy o zmianę zapisu w §1 ust. 2 poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości 70%. Wskazujemy, że wskazany próg realizacji minimum 30%, wypacza ekonomiczny sens zawarcia umowy oraz jest niezgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022, poz. 1710 ze zm.), ponieważ może doprowadzić do istotnej zmiany umowy i jej charakteru, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 454 ust.1, ust.2 pkt 1) i 3) oraz art.455 ust.1 pkt 1) ww.ustawy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

2. Do §2 ust. 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §2 ust. 3 poprzez dodanie zdania: „...”, chyba że inne okoliczności uzasadniają wystawienie większej ilości faktur (np. odrębne faktury dla środków kontrolowanych, dla produktów przewożonych w niskiej temperaturze oraz dla produktów zamawianych w ramach różnych umów łączących Wykonawcę z Zamawiającym).”?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

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. Przedłużenie okresu obowiązywania umowy stanowi istotną zmianę treści umowy, a co za tym idzie, nie może być zależne jedynie od jednostronnej czynności prawnej dokonanej przez Zamawiającego, tym bardziej, że w myśl art. 139 ust. 2 PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego, a zatem również wszelkie jej zmiany, wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

4. Do §4 ust. 10 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z art. 552 k.c.: „(...)”, z wyłączeniem powołania się na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie ww. sformułowania do par. 4 ust. 10 umowy. Paragraf 4 ust. 10 umowy stanowi: „Powyższe zmiany nie wymagają aneksowania i nie mogą skutkować zmianą ceny jednostkowej oraz wartości umowy na wyższą, nie mogą być niekorzystne dla zamawiającego”. W związku z tym wnioskowane sformułowanie nie wpisuje się w przedmiot regulacji par. 4 ust. 10 umowy.

5. Do §4 ust. 13 wzoru umowy: Prosimy o dopisanie do §4 ust. 13 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 informuje, że modyfikuje § 4 ust. 13 załącznika nr 5 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, który otrzymuje następujące brzmienie: „Okres ważności na oferowany asortyment wynosi min. 9 miesięcy od momentu złożenia zamówienia. Dostawy asortymentu z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić Zamawiający.” Zmiana treści SWZ oraz zmodyfikowany Załącznik zostaną zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania.

6. 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: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

7. 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: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

8. Do §7 pkt 1 wzoru umowy. Wnosimy o obniżenie do 5% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia. Wskazujemy przy tym, że proponowany przez Zamawiającego próg 10% spowodować może konieczność ponoszenia rażących strat po stronie wykonawcy zamówienia i sprzedaż poniżej kosztów zakupu (maksymalne marże, w których zawierają się koszty i zysk wykonawcy najczęściej nie przekraczają 5%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

9. Do §7 ust.2 projektu umowy. Prosimy o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: „Wykonawcy przysługuje prawo żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia w czasie trwania Umowy zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zmiana wysokości wynagrodzenia umownego możliwa jest najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a następnie nie częściej niż raz na każde 3 miesiące obowiązywania umowy”.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

10. Do §7 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §7 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 na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

11. Do §9 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §9 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 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 §9 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 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 powyższe. Postanowienia umowy należy interpretować łącznie, o czym stanowi par. 9 ust. 18, zgodnie z którym podział umowy na paragrafy, ustępy, punkty oraz litery ma jedynie charakter porządkowy i nie może mieć wpływu na interpretację treści umowy. Co więcej par. 9 ust. 3 w swojej treści sam nakazuje uwzględniać przy jego interpretacji par. 1 ust. 2 umowy. Wobec tego par. 9 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.

Zamawiający informuje, że niniejszy dokument stanowi integralną część SWZ i jest wiążący dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego Zamówienia.