

Konin, 06.11.2024 r.

WSZ-EP-38/1195/2024

**Wszyscy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego/
Strona internetowa prowadzonego postępowania**

Dotyczy: postępowania o udzielenie Zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na zadanie pod nazwą: „Dostawa produktów leczniczych i materiałów opatrunkowych”, nr sprawy WSZ-EP-38/2024

Odpowiedź na zapytania w sprawie SWZ – nr 4

Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – zwanej dalej „SWZ”.

W związku z powyższym działając na podstawie art. 135 ust. 2 i ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „Ustawą Pzp.”, Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytania do wzoru umowy:

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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, pozostawia zapisy zgodnie z SWZ, jednocześnie wskazuje, iż w §1 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy przewidział wyższy próg realizacji umowy niż przywołany w pytaniu.

Zamawiający wyjaśnia, że Art. 433 pkt 4 Pzp ani też żaden inny przepis Pzp nie wskazują progów określenia tego zakresu. „Artykuł 433 pkt 4 gwarantuje wykonawcom pewność co do minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, to jest stopnia w jakim zamawiający ma możliwość ograniczenia zakresu zamówienia. Dzięki temu wykonawcy decydując się na wzięcie udziału w danym postępowaniu będą mogli prawidłowo oszacować ryzyka i zdecydować, czy satysfakcjonuje ich minimalny poziom świadczenia w zakresie oczekiwanego zysku z danego zamówienia.” (P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2021).

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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, 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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, 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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

5. 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, pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

6. 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, pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

7. 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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

8. 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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe, pozostawia zapisy zgodnie z SWZ.

9. 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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy zgodnie z SWZ. Zamawiający informuje, że 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.

*Osoba do kontaktu:
Żaneta Borowska
Dział Zamówień Publicznych
tel. 63 240 41 33*