

Warszawa, dnia 05. – 12 - 2023 r.

DO UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 129 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 132-139 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, na dostawę produktów leczniczych, nr **PN-255/23/TM**

**WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA nr 3**

Zamawiający działając na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy Pzp informuje, że w w/w postępowaniu wpłynęły zapytania do treści SWZ.

W związku z powyższym na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający wyjaśnia treść SWZ

Pytania do projektowanych postanowień umowy dla części nr 1-5 oraz 8 (załącznik nr 7a):

**Pytanie nr 1:**

“Do §4 ust. 4 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 4, 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. Aktualna treść §4 ust. 4 projektowanych postanowień umowy jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej 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 rażący 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.”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

### **Pytanie nr 2:**

“Do §13 ust. 6 projektowanych postanowień umowy: Wnosimy o wykreślenie zapisu §13 ust. 6 projektowanych postanowień umowy, który według naszej opinii jest niezgodny ze społeczno-gospodarczym celem zawieranej umowy, stanowi przejaw nadużywania pozycji dominującej, przez co rażąco narusza równowagę stron umowy. Zwracamy uwagę, że wykonawca zamówienia publicznego niebędący stroną organizowanego przez NFZ wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może ponosić konsekwencji ustalonych w niej warunków handlowych. Przerzucenie obowiązku dostosowania ceny na Wykonawcę jest bezpodstawne, gdyż NFZ jest podmiotem zewnętrznym wobec umowy przetargowej, zawieranej pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym, więc poprzez organizację wspólnego postępowania, nie może wpływać na wysokość cen przetargowych ustalonych w niniejszej umowie. Podkreślamy, że zapis dotyczący dostosowywania cen do wyników przeprowadzanych postępowań wspólnych, jest niezgodny z wymogami zawartymi w art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem wymóg zawarty w §13 ust. 6 wzoru umowy skutkuje brakiem możliwości skalkulowania cen do oferty przetargowej, ponieważ wykonawca zamówienia, nie posiada żadnej wiedzy w zakresie zarówno wysokości (zakresu) jak i częstotliwości zmian cen wprowadzanych w wyniku ewentualnie przeprowadzanych postępowań wspólnych organizowanych przez NFZ. W związku z tym, oszacowanie ryzyka i ewentualnej straty związanej z koniecznością obniżenia ceny dla Wykonawców, na dzień złożenia oferty jest w zasadzie bardzo utrudnione, a nawet niemożliwe. Praktyka ta stanowi także przykład rażącego naruszenia art. 16 PZP poprzez zachwianie zasady przejrzystości i uczciwego przeprowadzenia postępowania przetargowego, gdyż takie narzucanie możliwości obniżenia cen produktów stanowi brak poszanowania przepisów prawa powszechnie obowiązującego, natury stosunku i zasad współżycia społecznego.”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

### **Pytanie nr 3:**

“Do §14 ust. 1 pkt 1, pkt 2 projektowanych postanowień umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za brak dostarczenia w terminie zamówionej partii towaru do wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki oraz 0,1% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdą godzinę zwłoki, natomiast za brak wymiany w terminie zamówionej partii towaru do wysokości 0,5% wartości brutto niewymienionego towaru za każdy dzień zwłoki oraz 0,1% wartości brutto niewymienionego towaru za każdą godzinę zwłoki?”



**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

**Pytanie nr 4:**

“Do §15 ust. 13 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o rezygnację z opisanego w §15 ust. 13 projektowanych postanowień umowy uzależniania zmiany wynagrodzenia od wyliczeń wykonawcy oraz zastąpienie go automatyczną indeksacją wynagrodzenia opartą o konkretną obiektywną wartość, jaką jest opisany przez Zamawiającego wskaźnik. Wyjaśniamy, że zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem „podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją robót budowlanych lub usług w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439).

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

Pytania do projektowanych postanowień umowy dla części nr 6 i 7 (załącznik nr 7b):

**Pytanie nr 5:**

“Do §4 ust. 3 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 3, 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. Aktualna treść §4 ust. 3 projektowanych postanowień umowy jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej 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.”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

**Pytanie nr 6:**

“Do §13 ust. 1 pkt 1, pkt 2 projektowanych postanowień umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za brak dostarczenia w terminie zamówionej partii towaru do wysokości 0,5% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki oraz 0,1% wartości brutto niedostarczonego towaru za każdą godzinę zwłoki, natomiast za brak wymiany w terminie zamówionej partii towaru do wysokości 0,5% wartości brutto niewymienionego towaru za każdy dzień zwłoki oraz 0,1% wartości brutto niewymienionego towaru za każdą godzinę zwłoki?”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

**Pytanie nr 7:**

“Do §14 ust. 13 projektowanych postanowień umowy: Prosimy o rezygnację z opisanego w §14 ust. 13 projektowanych postanowień umowy uzależniania zmiany wynagrodzenia od wyliczeń wykonawcy oraz zastąpienie go automatyczną indeksacją wynagrodzenia opartą o konkretną obiektywną wartość, jaką jest opisany przez Zamawiającego wskaźnik. Wyjaśniamy, że zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem „podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją robót budowlanych lub usług w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439).”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

ST. SPECJALISTA  
ds. Zamówień Publicznych  
  
Jolanta Dmowska

Narodowy Instytut Onkologii  
im. Marii Skłodowskiej-Curie –  
Państwowy Instytut Badawczy

ul. W. K. Roentgena 5  
02-781 Warszawa

Dyrekcja  
Tel.: +48 22 546 22 14  
Fax: +48 22 546 31 90

dyrektor@nio.gov.pl  
www.nio.gov.pl

ZWIĄZOK PRACOWNIKÓW  
DZIAŁU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
  
Wioletta Dmowska

Centrala  
Tel.: +48 22 546 20 00  
Fax: +48 22 546 33 00

NIP: 5250008057  
REGON: 000288366