

Warszawa, dnia 02 - 02 - 2023 r.

DO UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na dostawę produktu leczniczego **Elotuzumabum**, nr TP-55/23/TM

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” informuje, iż w ww. postępowaniu wpłynęły zapytania do treści SWZ.

W związku z powyższym na podstawie art. 284 ust. 2 oraz art. 286 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wyjaśnia treść Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W przypadku, gdy udzielone poniżej odpowiedzi pozostają w sprzeczności z postanowieniami SWZ lub też precyzują lub uzupełniają postanowienia SWZ, należy przyjąć, że stanowią one zmianę SWZ, dokonaną przez Zamawiającego w myśl art. 286 ust. 1 ustawy Pzp i będą stanowić podstawę dla oceny zgodności oferty z SWZ, przy czym w przypadku, gdy postanowienia odpowiedzi precyzują lub uzupełniają postanowienia SWZ, za obowiązujące w tym zakresie należy przyjąć treść udzielonych odpowiedzi wraz z dotychczasową treścią SWZ.

Pytanie nr 1:

„Do §4 ust. 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §4 ust. 2 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 §4 ust. 2 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.

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@pib-nio.pl
www.pib-nio.pl

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

NIP: 5250008057
REGON: 000288366

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.

Pytanie nr 2:

„Do §4 ust. 3, §16 ust. 2 pkt 3, pkt 4 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z umowy treści §4 ust. 3 oraz §16 ust. 2 pkt 3, pkt 4 gdyż zapisy te w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania umowy, a także umożliwiając mu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.”

Odpowiedź: Zamawiający wykreśla § 4 ust. 3 z projektowanych postanowień umowy, ponieważ produkt leczniczy będący przedmiotem zamówienia, nie jest lekiem finansowanym w ramach RDTL. Pozostałe zapisy pozostają bez zmian.

Pytanie nr 3:

„Do §13 ust. 6 wzoru umowy: Wnosimy o wykreślenie zapisu §13 ust. 6 wzoru 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.

Pytanie nr 4:

„Do §14 ust. 1 pkt 1, pkt 2 wzoru 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.

ZASTĘPCA KIEROWNIKA
DZIAŁU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



Wioletta Dmowska

ST. SPECJALISTA
ds. Zamówień Publicznych



Teresa Melibruda

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@pib-nio.pl
www.pib-nio.pl

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

NIP: 5250008057
REGON: 000288366

