

Nr sprawy **54/2023/TP**

Bydgoszcz, 12.12.2023 r.

## Strona internetowa prowadzonego postępowania

### WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.:

#### **DOSTAWY LEKÓW STOSOWANYCH W PROGRAMIE PEDIATRYCZNYCH CHORYCH NA PIERWOTNĄ MAŁOPŁYTKOWOŚĆ IMMUNOLOGICZNĄ**

Na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.– dalej „Pzp”) w odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

#### **Pytanie 1**

Do §3 ust. 16 oraz §7 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie tych zapisów, gdyż 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 realizacji umowy, a także umożliwiając 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 2023 poz. 1605). Argumentacja ta znajduje też potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że zapisy 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 stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z zapisem § 3 ust. 17 projektu umowy zobowiązał się do realizacji przedmiotu umowy w zakresie co najmniej 50% ilości określonej w Załączniku Nr 2 do umowy, a zatem w umowie jest wskazana minimalna wartość świadczenia stron, w związku z czym postanowienia projektu umowy nie naruszają art. 433 pkt 4 PZP. Zamawiający wskazuje ponadto, że w myśl zapisu § 7 ust. 1 lit. d) projektu umowy, jest on uprawniony do odstąpienia od umowy o ile Wykonawca nie zaproponuje odpowiednika leku usuniętego z wykazu w obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Także i tutaj nie ma zatem dowolności w zakresie jednostronnego kształtowania zasad realizacji umowy przez Zamawiającego.

#### **Pytanie 2**

Wnosimy o zmianę wzoru umowy poprzez dodanie wymaganego postanowienia zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

1) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,  
2) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia,  
3) sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy,  
4) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, - wraz z określeniem procedury dokonania ww. zmiany, albowiem postanowienie to stanowi obligatoryjny element umowy zawieranej na okres przekraczający 6 miesięcy według art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.). Dodatkowo prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, 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. Uzasadniając treść powyższego pytania wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy. Mając na uwadze, że wskazana umowa będzie zawierana z Wykonawcą na okres 12 miesięcy, z możliwością przedłużenia terminu jej obowiązywania, istotnym jest odzwierciedlenie zmian ekonomicznych, które mogą następować w czasie realizacji umowy, a niewątpliwym jest, że koszty nabycia produktów od dostawców jak i koszty realizacji usługi do zamawiającego będą podlegały zmianie. W konsekwencji, waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy przyczyniłaby się do zachowania równowagi finansowej oraz oddawałaby rzeczywiste realia kosztów wykonania danego zamówienia publicznego jak i byłaby odzwierciedleniem zasady uczciwości kupieckiej w realiach zawieranej umowy?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie znajduje podstaw do uzupełnienia projektu umowy o proponowane przez Wykonawcę zapisy. Zamawiający wskazuje, że z uwagi na fakt, że na leki będące przedmiotem dostawy obowiązuje cena urzędowa ustalana przez Ministra Zdrowia, mająca charakter ceny sztywnej w rozumieniu art. 537 kodeksu cywilnego, art. 439 PZP nie będzie miał zastosowania do zmian wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z niniejszej umowy.**

Niniejsze pismo stanowi integralną część :

- 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia dot. powyższego zamówienia;
- 2) Ogłoszenia o zamówieniu nr 2023/BZP 00537871/01 z dnia 07.12.2023 r.

**Termin składania i otwarcia ofert nie ulega zmianie 15.12.2023 r.:**

godz. 09:00 – składanie ofert

godz. 09:15 – otwarcie ofert.

**p.o. Dyrektora**  
**Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego**  
**im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy**  
**Edward Hartwich**

Sporządził: Magdalena Błaszek  
Dział Zamówień Publicznych i Zakupów  
Tel. 797008535, 52 326 21 04  
e-mail: zamowienia-pub@wsd.org.pl

