** Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej**

**Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi**

91-520 Łódź, ul. Okólna 181

Centrala telefoniczna: /42/ 617 72 11; fax.: /42/ 659 03 18; Sekretariat: /42/ 659 00 11

email: [clchp@centrumpluc.com.pl](mailto:clchp@centrumpluc.com.pl) [www.centrumpluc.com.pl](http://www.centrumpluc.com.pl)

BDO 000035986 KRS 0000192656

Łódź, dnia 14.11.2023 r.

l.dz. WZZOZCLChPłiR/ZP/32-1/23

**Odpowiedzi na zapytania wykonawcy dotyczące treści SWZ**

*Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez prowadzenia negocjacji, na podstawie*

*art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na sukcesywną dostawę leków stosowanych w chemioterapii w leczeniu nowotworów płuc, leków dostępnych w ramach programu lekowego w leczeniu nowotworów płuc*

*i włóknienia płuc oraz leków wspomagających leczenie onkologiczne do Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi, ul. Okólna 181*

***Znak sprawy: 32/ZP/TP/23***

Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U.

z 2023 r., poz. 1605) zwanej dalej „ustawą Pzp” udziela odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania dotyczące zapisów treści SWZ do w/w postępowania.

**Pytanie 1, dot. zapisów wzoru umowy §2 ust. 11:** Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 11, 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 §2 ust. 11 jest na tyle ogólna oraz nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w

stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji

asortymentowych oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty. Po pierwsze, 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażący

naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania

zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości

zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro treść 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 wartość w sporządzonym opisie

przedmiotu zamówienia. Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości

większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z

art. 441 ust. 1, 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest

opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień oraz spełnić łącznie trzy

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

tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy prawa opcji, pozostawiając

sobie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 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.

**Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje treść §2 ust. 11 wzoru umowy, który otrzymuje brzmienie:**

***„11. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmian ilościowych w poszczególnych pozycjach określonego pakietu jak i w poszczególnych pakietach, jednak ogólna wartość umowy nie może być wyższa niż określona***

***w § 5 ust. 1”.***

**Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w § 2 ust. 2 wskazał minimalną wielkość zamówienia.**

**Pytanie 2, dot. wzoru umowy §6 ust. 6 lit. e**): Prosimy o wykreślenie treści §6 ust. 6 lit. e). Powyższe zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania umowy, a także umożliwiając Zamawiającemu 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). Niniejsza argumentacja znajduje 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, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego oraz stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie treści §6 ust. 6 lit. e) z wzoru umowy, podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 3, dot. §7 ust. 1 lit. a) wzoru umowy**: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy w taki sposób, aby wynosiła ona 0,1% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdą godzinę zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 14,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie, a dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości

26 280% w skali roku (3% x 24h x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 4, dot. wzoru umowy §7 ust. 1 lit. a) oraz c):** Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji w taki sposób, aby wynosiła ona 1% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdy dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara

w wysokości nie większej niż 14,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 1095% w skali roku (3% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pozostałe zapisy SWZ pozostają bez zmian.**

*Kierownik*

*Działu Zamówień Publicznych*

*Marzena Kolasa*