

Numer postępowania: ZP-271-11/23

Kraków, dnia 17.02.2023 r.

## **WYJAŚNIENIA ORAZ ZMIANA TREŚCI SWZ**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **"Dostawa leków z programu lekowego"**

Zamawiający, **Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Krakowie**, działając na podstawie art. 135 ust. 2, 6 w zw. art. 137 ust. 1, 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami oraz informuje o dokonanych zmianach:

### **Pytanie nr 1**

Do §1 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika leku w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej? Jednocześnie, zwracamy się z prośbą o dopuszczenie możliwości dostawy równoważnika, również w przypadku, niezależnej od Wykonawcy, czasowej niedostępności produktu leczniczego w obrocie.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

### **Pytanie nr 2:**

Do §1 ust. 11 pkt 8 lit. d) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 50% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §1 ust. 7 wzoru umowy? Wyjaśniamy, że możliwość taka została przewidziana w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129).

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie nr 3:**

Do §1 ust. 11 pkt 8 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §1 ust. 11 pkt 8 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: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 4:**

Do §3 ust. 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie minimalnego gwarantowanego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70%?

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę tylko dla części nr 1 i 3. Zmianie ulega Wzór umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

**Pytanie nr 5:**

Do §3 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §3 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 §3 ust. 3 jest na tyle ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Dodatkowo, prosimy o usunięcie z treści §3 ust. 4 zdania: „Zmiany dopuszczone w ust. 2 i 3 niniejszego paragrafu nie stanowią zmiany umowy i nie wymagają dla swej ważności wprowadzenia aneksem do umowy.” oraz stosowanie do zmian ilości asortymentu, polegających na zmniejszeniu lub zwiększeniu ilości w poszczególnych pozycjach asortymentowych, dokonywanych na podstawie §3 ust. 3, reguły wskazanej przez Zamawiającego w §13 ust. 2 („Wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają formy pisemnej, pod rygorem nieważności). Zwracamy uwagę, że na podstawie z art. 77 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie nr 6:**

Do §7 wzoru umowy: Prosimy o usunięcie z umowy treści §7, gdyż Wykonawca nie zawsze ma możliwość zagwarantowania ciągłości dostaw, np. w sytuacji wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie nr 7:**

Do §9 ust. 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie czasu na dostawę dokumentów t. j. karty charakterystyki produktu leczniczego oraz dokumentów dopuszczających do obrotu do 3 dni roboczych od daty otrzymania pisemnego wezwania?

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę. Zmianie ulega Wzór umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

**Pytanie nr 8:**

Do §10 ust.1 pkt 2 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 nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę. Zmianie ulega Wzór umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

**Pytanie nr 9:**

Do §10 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za nieprzekazanie Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w §9 ust. 3 wzoru umowy, do wysokości 10% wartości towaru, którego dotyczą dokumenty?

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę. Zmianie ulega Wzór umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

**Pytanie nr 10:**

Do §10 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów: „pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość jej potrącenia będzie uzasadniona aktualnymi oraz powszechnie obowiązującymi normami prawnymi.”.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 11:**

Do §11 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z umowy zapisu §11 ust. 3, gdyż

powyższe zapisy 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 z późn. 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 nie wyraża zgody.**

Udzielone wyjaśnienia i zmiany SWZ są obowiązujące. Na stronie internetowej postępowania zamieszczone zostały załączniki, w których w ramach udzielonych odpowiedzi konieczne było wprowadzenie zmian.

Jednocześnie zawiadamiamy, iż wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania mają Państwo prawo wnieść odwołanie w terminach i formie określonej w Dziale IX ustawy Prawo zamówień publicznych.