

Numer postępowania: ZP-271-25/22

Kraków, dnia 14.06.2022 r.

WYJAŚNIENIA ORAZ ZMIANA TREŚCI SWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na **”Dostawa żywienia dojelitowego i doustnego”**.

Zamawiający, **Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Krakowie**, działając na podstawie art. 284 ust. 2, 6 oraz art. 286 ust. 1, 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę? Jednocześnie, zwracamy się z prośbą o dopuszczenie możliwości dostawy równoważnika, również w przypadku, niezależnej od Wykonawcy, czasowej niedostępności produktu leczniczego w obrocie.

Odpowiedź: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 2:

Do §2 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 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 §2 ust. 3 jest na tyle ogólna oraz nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz 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. PZP, powyższy zapis należy uznać za postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron, dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, 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 wartości w sporządzonym przez siebie 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 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 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 wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając sobie w tym zakresie pełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę brzmienie 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.

Dodatkowo, prosimy o usunięcie z treści §2 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, dokonywanych na podstawie §2 ust. 3, reguły wskazanej przez Zamawiającego w §12 ust. 2 („Wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają formy pisemnej, pod rygorem nieważności”). Niedopuszczalna jest próba całkowitego obejścia przez Zamawiającego wszelkich ustawowych zasad dotyczących zmiany treści udzielonego zamówienia publicznego. Nie dość, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość dokonywania dowolnych modyfikacji zakresu udzielonego zamówienia, bez poszanowania zasad wynikających z art. 433 pkt 4 oraz 441 ust. 1 i ust. 2 PZP, o których mowa powyżej, nie opisując w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny tych zmian, nie określając ich zakresu ani warunków ich wprowadzenia, to dodatkowo, zastrzega sobie uprawnienie do jednostronnego podejmowania decyzji w tym zakresie. Tym bardziej, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 455 ust. 1 PZP, aby w ogóle mówić o jakiegokolwiek możliwości dokonywania zmiany umowy niewymagającej przeprowadzenia nowego postępowania, bezwzględnie muszą zostać spełnione wszystkie przesłanki związane z konkretnym i rzetelnym opisem ich warunków – czego Zamawiający się nie podjął. Dodatkowo, Zamawiający nie tylko zastrzegł sobie możliwość dokonywania w umowie zmian, które z uwagi na popełnione uchybienia nie mają prawa się ostać, to jeszcze stara się uniknąć obowiązku zachowania dla tych zmian odpowiedniej formy, która zgodnie z art. 77 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) powinna być identyczna z formą w jakiej zawierana była zmieniana umowa.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 5:

Do §6 wzoru umowy: Prosimy o usunięcie z wzoru umowy treści §6, 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 6:

Do §8 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. Zamawiający zmienia Wzór umowy - załącznik nr 3 do SWZ.

Pytanie nr 7:

Do §9 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej z tytułu opóźnienia w dostawie po upływie terminu na wymianę reklamacyjną w taki sposób, aby wynosiła ona 0,5% wartości brutto reklamowanej dostawy za każdy dzień, nie więcej niż 10% wartości brutto reklamowanej dostawy?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę. Zamawiający zmienia Wzór umowy - załącznik nr 3 do SWZ.

Pytanie nr 8:

Do §9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej z tytułu opóźnienia w dostawie w taki sposób, aby wynosiła ona 0,5% wartości brutto opóźnionej dostawy za każdy dzień, nie więcej niż 10% wartości brutto opóźnionej dostawy?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę. Zamawiający zmienia Wzór umowy - załącznik nr 3 do SWZ.

Pytanie nr 9:

Do §9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za nieprzekazanie Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w §8 ust. 3 wzoru umowy, do wysokości 5% wartości brutto umowy?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę. Zamawiający zmienia Wzór umowy - załącznik nr 3 do SWZ.

Pytanie nr 10:

Do §9 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej z tytułu niewykonania umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości brutto pozostałej do wykonania części umowy?

Odpowiedź: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 11:

Do §9 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów: „, pod warunkiem, że potrącana kara umowna będzie miała charakter bezsporny oraz wymagalny, a możliwość dokonania potrącenia wynikała będzie z aktualnych oraz powszechnie obowiązujących norm prawnych.”.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 12:

Do §10 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §10 ust. 3. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że 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 kontraktu, 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 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 podtrzymuje zapisy SWZ.

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.