

Numer postępowania: **ZP-271-28/22**

Kraków, dnia 08.07.2022 r.

## **WYJAŚNIENIA ORAZ ZMIANA TREŚCI SWZ**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **"Dostawa odczynników"**.

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 (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:

**Pytania od 1 do 5 dotyczą części postępowania nr 5, 9, 10.**

### **Pytanie nr 1:**

Dotyczy umowy § 2, pkt 2 i 4 Zwracam się z prośbą o możliwość zapewnienia stałego dostępu do dokumentów na stronie internetowej Wykonawcy. Wykonawca nie jest w stanie spełnić warunku dostarczenia dokumentów wraz z dostawą, ponieważ dostawa odbywa się bezpośrednio z innego kraju do Zamawiającego.

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę. Zmianie ulega treść § 2 ust. 2 oraz 4 Wzoru umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

### **Pytanie nr 2:**

Dotyczy umowy § 8, ust. 1, pkt 1, 2, 3

Zwracam się z prośbą o obniżenie wysokości kar do poziomu 0,2%. Zaproponowany przez Zamawiającego poziom kar jest rażąco nieproporcjonalny do możliwych ubytków po stornie Zamawiającego oraz faworyzuje Wykonawców z sektora dużych firm. Tym samym nie jest zgodny z zasadami Ustawy PZP.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

### **Pytanie nr 3:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wystawienie faktury elektronicznej? Faktura taka jest równoważna w stosunku do tej w formie papierowej. Dodatkowo poprzez oszczędność czasu, papieru, kosztów eksploatacji drukarki, kosztów wysyłki pozwala na uzyskanie najlepszych efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów zgodnie z Ustawą o PZP art. 17.

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę na wysyłanie skanu faktury z systemu księgowo-finansowego na adres [zaopatrzenie@onkologia.krakow.pl](mailto:zaopatrzenie@onkologia.krakow.pl). Ponadto**

**Zamawiający zwraca uwagę na treść § 4 ust. 3 i 4 Wzoru umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

**Zamawiający nie wyraża zgody na wysyłanie elektronicznie faktury w formie skanu z oryginalnymi podpisami i pieczętą. Zmianie ulega treść § 2 ust. 1 Wzoru umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

**Pytanie nr 4:**

Zwracam się z prośbą o możliwość zaproponowania przez Wykonawcę produktów z okresem przydatności do zużycia nie krótszym niż 75% całego terminu ważności ustalonego przez Producenta danego produktu licząc od daty dostawy. Dla Zamawiającego w przypadku niektórych produktów, może to oznaczać dłuższy termin ważności niż obecnie wymagany, dla Wykonawcy jest to kluczowy aspekt planowania dostaw.

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę. Zmianie ulega treść § 6 ust. 1 Wzoru umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

**Pytanie nr 5:**

Dotyczy umowy § 4, pkt 1: Zwracam się z prośbą o zmianę terminu płatności na 30 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury. Termin ten jest gwarancją zachowania płynności dla obu stron oraz realizuje zasadę proporcjonalności. 60 dniowy termin płatności jest transakcją asymetryczną dozwoloną w przypadku, kiedy stroną sprzedającą jest duże przedsiębiorstwo. Reprezentowana przeze mnie firma należy do sektora małych przedsiębiorstw. Ustawa PZP obliuguje zamawiającego do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie nr 6:**

Celem usprawnienia procesu realizacji umowy zwracamy się do Zamawiającego czy przewiduje taką możliwość, aby po podpisaniu umowy zobowiązał się do przekazywania opiekunowi handlowemu przewidywalnego - orientacyjnego w okresie kwartalnym/miesięcznym harmonogramu oczekiwanych dostaw/zamówień? Pozwoli to Wykonawcy w odpowiednim czasie zarezerwować wymagany dostawą towar dla Zamawiającego.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 7:**

Dotyczy wzoru umowy:

Prosimy o modyfikację zapisów § 8 w taki sposób, aby wysokość kary umownej naliczana była od wartości netto a nie brutto. VAT jest należnością publicznoprawną, którą wykonawca jest zobowiązany odprowadzić do urzędu skarbowego. Ponadto sama kwota podatku VAT wliczona do ceny oferty nie ma wpływu na korzyści ekonomiczne osiągnięte przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 8:**

Dotyczy wzoru umowy:

Wnosimy o zmianę stanowiska Zamawiającego w kwestii liczenia kar umownych za odstąpienie od umowy od kwoty niezrealizowanej lub niewłaściwie, nieterminowo zrealizowanej wartości umowy, a nie całkowitej, krzywdzącym jest, aby Wykonawca, bądź Zamawiający ponosił ewentualną karę za prawidłowo zrealizowaną już wartość umowy.

Pozwoli to również na dostosowanie wysokości kar do wartości przedmiotu umowy, co zgodne będzie z zasadami prawa w tym zakresie. Wspomnieć w tym miejscu należy, iż, Zamawiający w projekcie umowy sam zastrzegł możliwość niezrealizowania np. 50% wartości umowy w zależności od pakietu, zatem niestosownym jest oczekiwanie od Wykonawców uregulowania kar za całą wartość umowy. Czy zatem Zamawiający dokona modyfikacji wspomnianego zapisu umowy?

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 9:**

Dotyczy wzoru umowy:

W związku z tym iż zgodnie art. 431 ustawy PZP zarówno wykonawca jak i Zamawiający obowiązani są współdziałać przy wykonywaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę zapisów projektu umowy w §8, mając na względzie zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą na:

Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne za: odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający, w wysokości 10 % niezrealizowanej wartości netto umowy.

Wskazany zapis jest istotny dla należytej realizacji zamówienia publicznego oraz współpracy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. W stosunkach cywilnoprawnych bardzo ważna jest równowaga pomiędzy obiema stronami umowy oraz wzajemne kształtowanie jej postanowień w granicach zasady swobody umów (art. 3531 KC), pozwalające na uznanie wykonawcy za partnera, szanujące jego podstawowe prawa i pozwalające na zrównoważone i partnerskie relacje między zamawiającym i wykonawcą.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 10:**

Dotyczy wzoru umowy

Zamawiający w projekcie umowy §8 ust.1 pisze:

Strony ustalają, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych z następujących tytułów:

3) w razie nie przekazania Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w §7 ust. 2 umowy w terminie wskazanym w wezwaniu – w wysokości 20 % wartości brutto umowy, o której mowa w § 1 ust. 9 umowy.

4) w razie niewykonania umowy, Zamawiającemu przysługuje, w zależności od wyboru Zamawiającego, prawo do:

a) naliczenia kary umownej w wysokości 20 % wartości brutto umowy, o której mowa w §1 ust. 9 umowy, lub

b) rozwiązania umowy w całości/umowy w zakresie danej części w trybie natychmiastowym z winy Wykonawcy oraz naliczenia kary umownej w wysokości 20 % wartości brutto umowy, o której mowa w §1 ust. 9 umowy.

Wykonawca zwraca uwagę, iż kary umowne w umowach o zamówienie publiczne powinny zmierzać do zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy. Natomiast wykorzystywanie przez Zamawiającego, będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, które byłyby należne niezależnie od sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 k.c. granice swobody umów. Wysokość kar umownych winna pozostawać w korelacji ze szkodą, co zgodne jest z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 3531 w zw. Z art. 361 § 1 i 2 w zw. Z art. 483 § 1

KC), a nie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się jednej strony umowy.

Czy wobec powyższego, Zamawiający dopuszcza możliwość rewizji swojego stanowiska w zakresie kar umownych i stosownego ograniczenia ich wysokości, zakresu stosowania itp., tak by wprowadzić zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą i pozbawienia kar umownych charakteru rażąco wygórowanych dokonując złagodzenia ich rangi do 10%?

**Odpowiedź: Z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie zawarł w treści niniejszego pytania informacji na temat Wzoru umowy, którego dotyczy powyższe pytanie, Zamawiający ustosunkowuje się wyłącznie do Wzoru umowy w zakresie, którego dopuszcza zmianę tj. Wzór umowy – załącznik nr 3 do SWZ. Zmianie ulega treść § 8 ust. 1 pkt. 3 i 4 Wzoru umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

#### **Pytanie nr 11:**

Dotyczy wzoru umowy

Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dokonanie modyfikacji zapisów do projektu umowy w § 8 ust.1 pkt 1) i 2) poprzez zmniejszenie wysokości kar umownych do 0,5% wartości netto zamiast obecnych 1% z uwagi na nieadekwatność ich wysokości do danego niespełnienia świadczenia umowy, przy założeniu, że kara nie przekroczy 10% wartości netto dostawy?

Wprawdzie nie istnieją przepisy regulujące wysokości kar umownych, jednak przy ustaleniu wysokości kar Zamawiający powinien opierać się na zasadzie równości i ekwiwalentności stron, a tym samym wymagać od Wykonawcy płacenia kar w takiej samej lub nieznacznie wyższej wysokości, w jakiej sam Zamawiający może ewentualnie płacić za zwłokę w płaceniu za towar.

Zamawiający nie powinien wykorzystywać swojej dominującej pozycji ustalając wysokość kar umownych. Kary umowne powinny mieć charakter dyscyplinujący w stosunku do Wykonawcy, a nie prowadzić do wzbogacenia się Zamawiającego, a taką funkcję zaczynają pełnić w momencie, gdy okazuje się, iż wartość kary umownej może przekroczyć wartość zapłaty należną Wykonawcy za dostarczony towar. W tym miejscu należy przywołać treść art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, który stanowi, iż w przypadku, gdy zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, to samo dotyczy przypadku, gdy kara jest rażąco wygórowana.

Dlatego też w przypadku braku zgody Zamawiającego na zmniejszenie kar umownych w momencie, gdy będą one naliczane, Wykonawca będzie zmuszony podjąć odpowiednie kroki prawne celem miarkowania tych kar, a co za tym idzie ochrony swoich interesów.

**Odpowiedź: Z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie zawarł w treści niniejszego pytania informacji na temat Wzoru umowy, którego dotyczy powyższe pytanie, Zamawiający ustosunkowuje się wyłącznie do Wzoru umowy w zakresie, którego dopuszcza zmianę tj. Wzór umowy – załącznik nr 3 do SWZ. Zmianie ulega treść § 8 ust. 1 pkt. 1 i 2 Wzoru umowy – załącznik nr 3 do SWZ.**

#### **Pytanie nr 12:**

Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do wzoru umowy klauzuli wyłączającej odpowiedzialność Stron na wypadek wystąpienia tzw. siły wyższej?

Wykonawca proponuje następującą treść ww. klauzuli: „Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie lub niewykonanie Umowy w takim zakresie, w jakim zostało to spowodowane działaniem siły wyższej. Przez siłę wyższą rozumie się zdarzenia zewnętrzne, niezależne od Stron i niemożliwe do przewidzenia, takie jak w

szczegółności: kataklizmy lub analogiczne zdarzenia wywołane przez siły naturalne, wojnę, strajki, ataki terrorystyczne, zdarzenia medyczne i epidemiologiczne, inne zdarzenia losowe, działania producentów, gwałtowną dekoniunkturę, inne nieprzewidziane zdarzenia polityczne, w tym akty władzy państwowej, akty organów unijnych, a także okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które wpływają w jakikolwiek sposób na należyte wykonanie umowy.”

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Odnosnie niemożności wykonania umowy z powodu pandemii, są we wzorze umowy stosowne odesłania do regulacji ustawowych. W pozostałym zakresie również obowiązują przepisy powszechnie obowiązujące.**

**Pytanie nr 13:**

Wnosimy o takie ukształtowanie zapisów umowy aby wartość umowy była określona dla każdego zadania osobno?

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 14:**

Dotyczy wzoru umowy

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wprowadzenie do wzoru umowy poniższej klauzuli dot. wprowadzania zmian do umowy:

Strony oświadczają, że Umowa jest zawierana w sytuacji pandemii i zbrojnej agresji Federacji Rosyjskiej na Ukrainę oraz uznają, że konsekwencje geopolityczne, ekonomiczne oraz społeczne tych zdarzeń nie są możliwe do przewidzenia. W konsekwencji za nieprzewidziane w chwili zawarcia Umowy strony uznają wszelkie okoliczności pozostające w związku z wyżej wymienionymi sytuacjami, które mogą wpłynąć na realizację tej Umowy. Na tej zasadzie Wykonawca ma możliwość skorzystania z przyznanych mu tą Umową oraz przepisami prawa uprawnień w zakresie kierowania do Zamawiającego wniosków i roszczeń co do zmiany Umowy w przypadkach określonych w tej Umowie oraz przepisach powszechnie obowiązujących w każdym czasie obowiązywania Umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie nr 15:**

Czy Zamawiający odstąpi od wymogu certyfikatu CE IVD dla pozycji 10 w pakiecie 3, ponieważ w załączniku asortymentowo-cenowym produkt ten wyspecyfikowano jako produkt RUO, czyli przeznaczony do badań naukowych?

**Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę.**

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.