

## **ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW**

Dotyczy: postępowania pn. Dostawa leków biologicznych w podziale na zadania, znak sprawy: 41/PN/2023/MM

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn.zm.) zwanej dalej Ustawą, informuje, iż wpłynęły pytania od Wykonawców, na które Zamawiający udziela następujących wyjaśnień i dokonuje zmian zapisów SWZ:

Proszę o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:  
1. Do §7 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o usunięcie z wzoru umowy treści §7 ust. 1 w całości. Kwestia realizacji zamówienia interwencyjnego jest już prawidłowo uregulowana w §10 ust. 4 oraz ust. 5 wzoru umowy.

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapis zawarty w SWZ.

2. Do §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wymiaru kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w realizacji terminu dostawy do wysokości 0,5% wartości niezrealizowanej części dostawy za każde 12 godzin zwłoki?

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapis zawarty w SWZ.

3. Do §8 ust. 1 pkt 2), 3) wzoru umowy: Prosimy o zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy w taki sposób aby wynosiła ona 10% wartości niezrealizowanej części umowy.

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapis zawarty w SWZ.

4. Do §10 ust. 2 wzoru umowy: Prosimy dodanie do treści wzoru umowy możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia w razie zmiany wysokości stawki VAT, w taki sposób że waloryzacji podlegała cena brutto, cena zaś cena netto zawsze pozostawała bez zmian.

**Odpowiedź:** Zamawiający w §10 ust. 2 wzoru umowy dodaje ppkt. 9) o następującej treści: „zmiany stawki podatku VAT, przy czym zmianie ulegnie wyłącznie cena jednostkowa brutto, cena jednostkowa netto pozostaje bez zmian”.

5. Do §10 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §10 ust. 2 pkt 2), 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 §10

ust. 2 pkt 2) wzoru umowy jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie 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. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższy zapis należy uznać jako postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść przywołanego 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, a następnie w umowie przetargowej, bez względu na zastosowane nazewnictwo, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z regulacją 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 wskazane przez ustawodawcę 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 wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 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, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej.  
**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapis zawarty w SWZ.

6. Do treści §10 ust. 2 pkt 7) wzoru umowy. Prosimy o informację czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i 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?

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapis zawarty w SWZ.

7. Do §14 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §3 ust. 2 wzoru umowy?

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapis zawarty w SWZ.

8. Do §14 wzoru umowy: Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony

nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §14 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 podtrzymuje zapis zawarty w SWZ.

Zamawiający informuje, że zmiany stają się integralną częścią SWZ i tym samym stają się wiążące od dnia ich ogłoszenia.

*Dyrektor NIGRI Marek Tombarkiewicz*

Sporządził: Małgorzata Marcinkowska