

COZL/DZP/MBK/3411/PN- 25/22

Lublin, dnia 11.04.2022 r.

Do wszystkich wykonawców

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:

„Dostawa leków Avelumab i Carmustine na potrzeby COZL.”

- I. Działając w oparciu o zapisy art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) informuję, że w niniejszym postępowaniu wpłynęło następujące zapytanie:

### Pytanie Nr 1

**Do §1 ust. 4 oraz ust. 9 wzory umowy:** Wskazujemy, że zapisy w §1 ust. 4 oraz ust. 9 wzoru umowy są nazbyt ogólne i nieprecyzyjne. Na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, ponieważ nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia. W związku z tym wnosimy o doprecyzowanie zapisów §1 ust. 4 oraz §9 ust. 1 pkt 11 umowy, w taki sposób, aby były zgodne z zasadami określonymi w ustawie z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. 2019 r., poz. 2019 ze zm.), a w szczególności przepisami art. 99 ust.1 (nakazującym precyzyjne opisywanie przedmiotu zamówienia), art.433 pkt 4) (nakazującym wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia), art. 454 ust.1 i ust.2 pkt 3) (zakazującym istotnych zmian umowy, jeśli zmiana w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy) oraz art. 455 ust.1 pkt 1 (dopuszczającym zmiany umowy wyłącznie po spełnieniu warunków wskazanych w ustawie PZP).

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

### Pytanie Nr 2

**Do §1 ust. 6 wzoru umowy:** Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §1 ust. 6. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne



ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu do dowolnego 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 stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

#### **Pytanie Nr 3**

**Do §1 ust. 8 wzoru umowy** prosimy o dodanie słów: „przy czym zgodę na przedłużenie okresu obowiązywania umowy musi wyrazić Wykonawca.”.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

#### **Pytanie Nr 4**

**Do treści §5 ust. 1 wzoru umowy.** Ze względu na konieczność redystrybucji zwróconego leku prosimy o zmianę wymogu wskazanego w zdaniu przedostatnim w §5 ust. 1 wzoru umowy, poprzez następujący zapis: "Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwrotu produktu leczniczego na 90 dni przed upływem terminu ważności."

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

#### **Pytanie Nr 5**

**Do treści §6 ust. 1 lit. b) wzoru umowy.** Prosimy o obniżenie wysokości kary zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w dostawie produktów leczniczych lub w przypadku dostarczenia produktów leczniczych niezgodnie ze złożonym przez Zamawiającego zamówieniem, kara w wysokości 0,4% wartości brutto niezrealizowanej części dostawy (złożonego zamówienia), za każdą godzinę zwłoki.”.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

#### **Pytanie Nr 6**

**Do treści §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy.** Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kary zastrzeżonej na wypadek rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym do wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**



### Pytanie Nr 7

**Do treści §6 ust. 2 oraz 4 wzoru umowy:** Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust. 2 Umowy o treści: „Zamawiający uprawniony jest do zakupu towaru u Wykonawcy Zastępczego na wyłączny koszt i ryzyko Wykonawcy. Wykonawca pokryje wszelkie koszty związane z wykonaniem zakupu zastępczego w tym również niezbędne koszty związane z transportem.” na zdanie następujące: „Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciążą Sprzedawcę” Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłby do niesłusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondek, red. K. Osajda, 2021 r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19). Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

KIEROWNIK  
ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH  
w Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej  
im. św. Jana z Dukli  
*M. Koziej*  
mgr Mariena Koziej

STARSZY SPECJALISTA  
Działu Zamówień Publicznych  
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej  
im. św. Jana z Dukli  
*M. Karwacka*  
mgr inż. Monika Karwacka

ZASTĘPCA DYREKTORA  
ds. Finansowych i Infrastruktury  
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej  
im. św. Jana z Dukli  
*D. Ciwiński*  
mgr Dariusz Ciwiński