Nr sprawy: DFP.271.148.2023.KK Kraków, dnia 9.11.2023 r.

***Do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu***

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych, wyrobów medycznych, dietetycznych środków specjalnego przeznaczenia medycznego.*

Zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przedstawiam odpowiedzi na pytania wykonawców oraz zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmieniam SWZ:

**Pytanie 1**

Pakiet 16, pozycja 1. Czy w związku z faktem, że produkt leczniczy Foscarnet Tillomed nr pozwolenia 27440 jest dopuszczony do obrotu w Polsce w procedurze rejestracyjnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Rejestracji oraz produkt ten jest dostępny w obrocie w Polsce, zamawiający dopuszcza produkty dopuszczone do obrotu zgodnie z art. 4 pkt 1 z zastrzeżeniem ust. 3 i 4 Ustawy Prawo Farmaceutyczne, czyli produkty, które są sprowadzane w ramach importu docelowego i zgód tymczasowych wydawanych przez Ministra Zdrowia, ale w związku z zastrzeżeniem ust, 3, takiej zgody nie mogą być wydane? Czy zamawiający wymaga preparatu zarejestrowanego i dostępnego na rynku polskim ?

**Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji pkt. 3.6 i 3.7 SWZ oraz pkt. 6 i 7 zał. nr 1 do SWZ na następujące brzmienie:**

**Pkt. 3.6 i 3.7 SWZ:**

* 1. *Przez produkty lecznicze, stanowiące przedmiot zamówienia w częściach: 1-4, 5, 6 (poz. 1-27); 7-14, 16, 18 należy rozumieć produkty lecznicze w rozumieniu ustawy prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 roku. Zaoferowane produkty lecznicze muszą być dopuszczone do obrotu na terenie Polski na zasadach określonych w art. 3 lub 4 ust. 8* *lub 4a ustawy Prawo farmaceutyczne.*
  2. *Przez produkty lecznicze, stanowiące przedmiot zamówienia w częściach: 15, 17 należy rozumieć produkty lecznicze w rozumieniu ustawy prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 roku. Zaoferowane produkty lecznicze muszą być dopuszczone do obrotu na terenie Polski na zasadach określonych w art. 3 lub 4 ust. 1 i 2 lub 4 ust. 8 lub 4a ustawy Prawo farmaceutyczne.*

**Pkt. 6 i 7 zał. nr 1 do SWZ:**

*6. Oświadczamy, że oferowane przez nas w częściach: 1-4, 5, 6 (poz. 1-27); 7-14, 16, 18 produkty lecznicze są dopuszczone do obrotu na terenie Polski na zasadach określonych w art. 3 lub 4 ust. 8 lub 4a ustawy prawo farmaceutyczne. Jednocześnie oświadczamy, że na każdorazowe wezwanie Zamawiającego przedstawimy dokumenty dopuszczające do obrotu na terenie Polski (dotyczy wykonawców oferujących produkty lecznicze).*

*7. Przez produkty lecznicze, stanowiące przedmiot zamówienia w częściach: 15, 17 należy rozumieć produkty lecznicze w rozumieniu ustawy prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 roku. Zaoferowane produkty lecznicze muszą być dopuszczone do obrotu na terenie Polski na zasadach określonych w art. 3 lub 4 ust. 1 i 2 lub 4 ust. 8 lub 4a ustawy Prawo farmaceutyczne.*

**Pytanie 2**

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 1.4 lub dopisze, że dzieje się to z zastrzeżeniem zapisów par. 4.11? Minimalną wartość zamówienia, wymaganą przez Ustawę PZP, określa par. 4.11. Ta minimalna wartość nie podlega już dalszym warunkom i nie może zostać zmniejszona. Zgodnie z art. 433 pkt. 4 ustawy PZP umowa winna wskazywać minimalną wartość zamówienia, bez dodatkowych zastrzeżeń. Realizacja każdej umowy obarczona jest ryzykiem i w toku jej wykonywania zajść może wiele zdarzeń losowych, ograniczających zamówienie. Mimo to ustawodawca zdecydował o obligatoryjnym zapisie umowy, który musi gwarantować Wykonawcy realizację określonego minimum wartościowego. Jeśli zatem minimum takie określono, to nie są dopuszczalne dalsze wyłączenia lub warunki w tym zakresie.

**Odpowiedź:** **Zadane pytanie jest bezprzedmiotowe. Zamawiający zwraca uwagę, na brzmienie §1 ust. 4, zgodnie z którym:**

**„W przypadku braku zapotrzebowania Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie prawo niezamówienia części produktów określonych w załączniku nr 1, z zastrzeżeniem § 4 ust. 11 umowy**. **Wykonawcy nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze lub oparte na innej podstawie prawnej.”**

**Pytanie 3**

Czy Zamawiający wykreśli par. 3.6.? Strony nie zawierają umowy najmu leków, ich przechowania ani sprzedaży na próbę. Zagwarantowanie sobie możliwości zwrotu towaru po jego przyjęciu powoduje w istocie, że towar sprzedawany jest na próbę, zaś w przypadku ich zwrotu - produkty lecznicze nie będą się nadawać do dalszego obrotu, co naraża Wykonawcę na stuprocentową stratę. Nadto Wykonawca zauważa, że (a) towar został dobrowolnie przyjęty przez Zamawiającego, (b) własność towaru przeszła na Zamawiającego i (c) „zwrot” towaru oznacza wobec uprzedniego przejścia własności w istocie sprzedaż hurtową przez Zamawiającego Wykonawcy, do czego potrzeba koncesji na handel hurtowy lekami.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 4**

Czy Zamawiający w par. 4.2 wprowadzi automatyczną zmianę ceny brutto w razie zmiany stawki VAT? Obecne zapisy, w razie braku zgody Zamawiającego, grożą Wykonawcy rażącą stratą. Wykonawca musi oczekiwać na podpisanie aneksu, a w tym czasie przecież realizować będzie(a zatem i fakturować) bieżące dostawy. Należy nadto zauważyć, że wzrost stawki VAT nie powoduje wzrostu kosztów dostawy – Wykonawca ma po prostu obowiązek stosowania aktualnej stawki VAT i żądania jej zapłaty od Zamawiającego, więc po stronie Wykonawcy nie następuje żaden wzrost „kosztów”.

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 5**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej określonej w par. 8.2.1 z 2% do wartości max. 0,2%, a także zrezygnuje z kwoty minimalnej kary, to jest 15zł? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 6**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej określonej w par. 8.3 z 20% do wartości max. 5%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 7**

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 8 ust. 2, 3:

2.Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego kar umownych zgodnie z poniższymi zasadami:

1) za nieterminową dostawę, w wysokości 0,5% wartości brutto niezrealizowanej dostawy (jednak nie mniej niż 15 zł) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki ponad termin określony w § 3 ust. 3, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niezrealizowanej dostawy.

3. W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Szpital Uniwersytecki z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej w wysokości 10% wartości niezrealizowanej części umowy (…).

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 8**

Część 6, Pozycja 8. Czy zamawiający dopuści do wyceny preparat Carbetocin Mercapharm, 100 mikrogramów/mL, roztwór do wstrzykiwań? W załączeniu specyfikacja.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 9**

Do §3 ust. 5 wzoru umowy: Skoro Zamawiający przewiduje dostawy sukcesywne, zgodne z bieżącym zapotrzebowaniem, czyli nie przewiduje konieczności dłuższego przechowywania zamówionych produktów w magazynie apteki szpitalnej, to dlaczego wyznacza warunek 12-miesięcznego okresu ważności zamówionych towarów? Wskazujemy przy tym, że dostarczony przedmiot umowy do ostatniego dnia terminu ważności jest pełnowartościowy i dopuszczony do obrotu. W związku z tym, prosimy o dopisanie do §3 ust. 5 wzoru umowy treści: „Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.".

**Odpowiedź:**  **Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 10**

Do §3 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: „W przypadku dostarczenia towaru z terminem ważności krótszym niż 12 miesięcy, Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie prawo jego zwrotu w terminie 7 dni od dnia dostawy.".

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody.** **Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 11**

Do §4 ust. 11 wzoru umowy: Wnosimy o zmianę zapisu §4 ust. 11 wzoru umowy poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości 75%, gdyż próg realizacji minimum 25%, wypacza ekonomiczny sens zawarcia umowy oraz jest niezgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) ponieważ może doprowadzić do istotnej zmiany umowy i jej charakteru, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 454 ust.1, ust.2 pkt 1) i 3) oraz art.455 ust.1 pkt 1) ww. ustawy.

Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 11, 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 §4 ust. 11 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 oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Dodatkowo, prosimy o usunięcie z treści §4 ust. 11 słów: „…Zmiana w powyższym zakresie nie stanowi zmiany warunków Umowy wymagającej formy pisemnej w postaci aneksu.” oraz stosowanie do zmian dokonywanych na podstawie §4 ust. 11 reguły wskazanej przez Zamawiającego w §10 ust. 1 („Wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają zgody obu stron wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności”). Nadmieniamy, że 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 jakiejkolwiek 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 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, powinna być identyczna z formą w jakiej zawierana była zmieniana umowa.

**Odpowiedź:**  **Zamawiający nie wyraża zgody.** **Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 12**

Do §4a ust. 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę § 4a ust. 1 wzoru umowy poprzez usunięcie fragmentu „po pełnych 12 miesiącach od rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy” oraz zastąpienie go fragmentem „po pełnych 6 miesiącach od rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy”, albowiem – mając na względzie okres obowiązywania umowy – postanowienie to w jego aktualnym brzmieniu całkowicie wyłącza lub nadmiernie ogranicza uprawnienie Wykonawcy do waloryzacji, przysługujące mu na mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a co za tym idzie wypacza ono istotę art. 439 PZP.

Zgodnie z § 2 wzoru umowy, zakończenie okresu obowiązywania Umowy nastąpi wraz z dniem wyczerpania kwoty wynagrodzenia. Choć Zamawiający zastrzegł, że maksymalnie okres ten wynosić będzie 18 miesięcy, wysoce prawdopodobnym jest, że w rzeczywistości zakończy się on po upływie 12 miesięcy, a nawet w okresie krótszym. Tym samym w świetle aktualnego brzmienia § 4a ust. 1 wzoru umowy – waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy może w ogóle nie dojść do skutku bądź ziścić się jedynie w bardzo znikomym zakresie. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że przesłanka ta w sposób nadmierny oraz niezgodny z prawem ogranicza ustawowe uprawnienie Wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia, czyniąc je fikcyjnym.

Jakkolwiek zaś prawodawca przyznał Zamawiającym pewną swobodę w kształtowaniu treści klauzul waloryzacyjnych, tak nie należy tracić z pola widzenia, że Zamawiający zobowiązany jest dostosować jej kształt do charakteru oraz specyfiki konkretnego zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1085/22). Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie zgodnie podnosi się, że celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych powinno być faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1192/22). Przenosząc powyższe na grunt kwestionowanego § 4a ust. 1 wzoru umowy, należy uznać, że postanowienie to stanowi jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W związku z powyższym – celem doprowadzenia do stanu zgodności postanowień wzoru umowy z prawem – za zasadną należy uznać zmianę treści § 4a ust. 1 wzoru umowy w zaproponowany powyżej sposób.

**Odpowiedź:** **Zamawiający wyraża zgodę na zaproponowaną zmianę.**

Zamawiający informuje, że zmianie ulega §4a ust. 1 wzoru umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

**„Zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Strony dopuszczają zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, po pełnych 6 miesiącach od rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy. Waloryzacja dotyczy wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy.”**

**Pytanie 13**

Do §4a ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę poprzez obniżenie wartości wzrostu wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, za rok kalendarzowy poprzedzający rok złożenia wniosku, z 11,9 punktów procentowych na 7 punktów procentowych, albowiem zaproponowany przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów realizacji zamówienia uprawniający do waloryzacji uznać należy za nadmiernie wysoki, a w rezultacie  wyłączający/znacznie ograniczający uprawnienie Wykonawcy z art. 439 ust. 1 i 2 PZP, niegwarantujący rozłożenia ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odnosząc się do §4a ust. 2 wzoru umowy, stwierdzić należy, że mając na uwadze aktualny poziom inflacji oraz jej prognozowany spadek - co jest faktem notoryjnym, aktualnie głośno podnoszonym na skutek opublikowania w lipcu b.r. Raportu o inflacji - wysoce prawdopodobnym jest, że w dalszej perspektywie ww. wskaźnik nie przekroczy progu 11,9%, uniemożliwiając Wykonawcy skorzystanie z ustawowego uprawnienia do waloryzacji z art. 439 ust. 1 PZP.

Co więcej, przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy do 11,9 % (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu. Tym samym w obecnym brzmieniu postanowienie to w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji nieuchronnie prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. W związku z powyższym kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób, aby wyeliminować z umowy nieważne postanowienia umowne.

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 14**

Do §4a ust. 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę poprzez usunięcie zdania drugiego oraz trzeciego, tj. fragmentu „Wraz z wnioskiem Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu szczegółową kalkulację wzrostu kosztów wraz ze stosownymi obliczeniami i uzasadnieniem. Brak przedłożenia przez Wykonawcę szczegółowej kalkulacji kosztów w terminie 30 dni od daty złożenia wniosku o którym mowa w ust. 4 spowoduje pozostawienie wniosku bez rozpatrzenia”, albowiem uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę ww. kalkulacji uznać należy za nieuprawnione w świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP, a określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia  - zgodnie z zamysłem ustawodawcy, a także ideą oraz istotą samej waloryzacji - powinno następować poprzez odesłanie do obiektywnych, jednoznacznych oraz niezależnych od stron umowy wskaźników makroekonomicznych.

Uzasadniając powyższe wskazać należy, że wymóg przedłożenia przez Wykonawcę kalkulacji zawierającej zestawienie kosztów ponoszonych przez Wykonawcę wraz ze stosownymi obliczeniami i uzasadnieniem stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 PZP, albowiem – wbrew woli ustawodawcy – stanowi on jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP nie jest bowiem uprawnionym obciążanie Wykonawcy tak daleko idącymi obowiązkami celem przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się, że zmiana wynagrodzenia winna być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem obiektywnym, jednoznacznym, łatwo dostępnym, niezależnym od stron umowy, jak najbliżej związanym z przedmiotem zamówienia (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439), np. wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanym w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Tym samym podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie może wymagać przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją robót budowlanych lub usług w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika (tak: E. Wiatrowska… op. cit.). Poprzez wprowadzenie do PZP obligatoryjnego wymogu zawarcia w umowie postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ustawodawcy należy bowiem przypisać zamiar zastosowania automatyzmu właściwego dla instytucji waloryzacji.

Co więcej, zaproponowana przez Zamawiającego metoda waloryzacji nie jest wewnętrznie spójna. W § 4a ust. 2 wzoru umowy Zamawiający – określając poziom zmiany wynagrodzenia uprawniający do waloryzacji – odwołuje się do rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, następnie zaś – w ramach ust. 4 – Zamawiający wskaźnik ten porzuca, obciążając Wykonawcę ciężarem wykazania wzrostu kosztów realizacji zamówienia, uprawniającego go do waloryzacji wynagrodzenia.

Nadto - niezależnie od powyższego - podkreślić należy, że wymóg zawarty w § 4a ust. 4 wzoru umowy, stanowi naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem dominującym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów) oraz stosowane rozwiązania organizacyjne.

W świetle powyższego, wymóg przedłożenia przez Wykonawcę rzeczonej kalkulacji ocenić należy jako niezgodny z regulacją PZP, stanowiący także nadmierne obciążenie Wykonawcy, sprzeczne z art. 439 PZP. Tym samym § 4a ust. 4 zd. 2 i 3 winny zostać usunięte, zaś do uruchomienia mechanizmu waloryzacji wystarczającym winno być złożenie przez Wykonawcę wniosku, w którym powoła się na wzrost wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, za rok kalendarzowy poprzedzający rok złożenia wniosku, o którym to wskaźniku mowa w § 4a ust. 2.

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 15**

Do §4a ust. 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się zmienić treść wzoru umowy, stanowiącego, że „Dokumenty przedłożone Zamawiającemu przez Wykonawcę stanowią podstawę zmiany wysokości wynagrodzenia, z zastrzeżeniem, że miesięczna kwota zmiany nie może być wyższa niż iloczyn 80 % wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedzający rok złożenia wniosku o waloryzację umowy oraz średniej, miesięcznej wartości wynagrodzenia, liczonej za okres dwunastu miesięcy poprzedzających miesiąc złożenia wniosku” na postanowienie o treści: „Wynagrodzenie Wykonawcy wzrośnie o iloczyn 80 % wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedzający rok złożenia wniosku o waloryzację umowy oraz średniej, miesięcznej wartości wynagrodzenia, liczonej za okres sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc złożenia wniosku”.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 16**

Do §7 ust. 1 w związku z §4 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie §7 ust. 1, gdyż zapisy te w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, 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 2022 poz. 1710 ze 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 nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 17**

Do §8 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej za nieterminową dostawę w ten sposób, aby wynosiła ona 1% wartości brutto niezrealizowanej dostawy za każdy dzień opóźnienia?

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 18**

Do §8 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 19**

**Dotyczy § 3 ust. 3 wzoru umowy** - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie zapisu: „Zamówienia będą składane do godziny 13:00. Zamówienia złożone po godzinie 13:00 należy traktować jako złożone w kolejnym dniu roboczym”?

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 20**

**Dotyczy § 3 ust. 7 wzoru umowy** - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu „oraz w soboty w godzinach od 8:00 do 13:00”?

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 21**

**Dotyczy § 3 ust. 10 wzoru umowy** - Czy Zamawiający wydłuży termin do rozpatrzenia reklamacji przez Wykonawcę do 14 dni roboczych? Zgłoszona reklamacja wymaga rozpatrzenia z uwzględnieniem np. wyjaśnień firmy kurierskiej dostarczającej leki, bądź zbadania jakościowo wadliwego towaru, a następnie (przy uwzględnieniu reklamacji) dostarczenia towaru. Wykonanie tego w krótszym czasie jest niemożliwe

**Odpowiedź:** **Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 22**

**Dotyczy § 4 ust. 11 wzoru umowy** - Wnosimy o zmianę zapisu § 4 ust. 11 umowy, tak aby ilość przedmiotu umowy była realizowana minimum na poziomie 50%. Obecny zapis jest dla Wykonawcy wyjątkowo ryzykowny i narusza zasadę równego traktowania stron umowy. Wykonawca zamierzający złożyć ofertę na dany pakiet/pozycję/część, podczas wyceny bierze pod uwagę przede wszystkim dwa czynniki, tj. ilość danego asortymentu oraz długość trwania kontraktu. Musi skalkulować, czy będzie w stanie zapewnić Szpitalowi wymaganą ilość produktu, co ma z kolei powiązanie z całym systemem logistyki oraz produkcji. Wykonawca jest zobligowany do wyceny całości, a zapis o prawie Szpitala do wykorzystania tylko 25%, powoduje podniesienie ceny oferty, w celu minimalizacji ryzyka nierentowności kontraktu. Zatem zmiana § 4 ust. 11 umowy, tak aby ilość przedmiotu umowy była realizowana minimum na poziomie 50% jest też korzystna dla Zamawiającego, ponieważ uzyska on niższą cenę oferty.

**Odpowiedź:**  **Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 23**

**Dotyczy § 8 ust. 3 wzoru umowy** - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kary umownej do 10% wartości niezrealizowanej części umowy? Zmiana korzystnie wpłynie na postepowanie i pozwoli na obniżenie ceny oferty.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 24**

**Dotyczy § 9 ust. 1 lit a) i b) wzoru umowy** – prosimy o usunięcie niniejszego zapisu z umowy. Zapis ten obarcza znacznym ryzykiem Wykonawcę nawet w sytuacji, kiedy działał w dobrej wierze. W trakcie realizacji umowy może wystąpić wiele czynników, których nie dało się przewidzieć na etapie podpisywania umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 25**

**Dotyczy § 9 ust. 1 lit b) wzoru umowy** – zapis ten jest nieprecyzyjny i daje możliwości do nadinterpretacji zapisów umowy na niekorzyść Wykonawcy. Jest to sprzeczne z zasadą równości stron umowy.

**Odpowiedź:** **Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**W załączeniu przekazuję uwzględniający zmiany formularz oferty (stanowiący załącznik nr 1 do SWZ).**