Kraków, dnia 08.02.2023 r.

Nr sprawy: DFP.271.194.2023.LS

**Do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych, wyrobów medycznych i dietetyczne środki specjalnego przeznaczenia medycznego do Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie.

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 modyfikuję specyfikację warunków zamówienia:

**Pytanie 1**

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 nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 2**

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 na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 3**

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.

W wyroku z dnia 17.11.2023 r. (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z art. 433 pkt 4 PZP oraz uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach prawa opcji, co wynika z art. 441 ust. 1 PZP.

KIO uznała, że chociaż Zamawiający rzeczywiście dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj i ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na postanowienia umowne, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP i art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła, że norma wynikająca z art. 433 pkt 4 PZP, która zakazuje wprowadzania postanowień przewidujących możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz norma wynikająca z art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, a także spełniać wszystkie zawarte w nim przesłanki, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączają zastosowania tych norm w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. Zatem, wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia, w tym przypadku poprzez podanie liczby asortymentu, do której zamierza zmniejszyć lub zwiększyć zakres zamówienia i okoliczności skorzystania z tej możliwości w zakresie każdego produktu.

KIO wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. W związku z tym, opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnację z niektórych pozycji, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zauważyła, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, opcja stanowi instrument, który pozwala Zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zmian w zakresie jego potrzeb, występujących po zawarciu umowy. Zamawiający ma więc możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z art. 433 pkt 4 PZP, zaś w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 4**

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. Zmianie ulega §4a ust. 1 wzoru umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

„§4a ust. 1. 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 5**

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 11,4 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 11,4%, 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 11,4 % (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 na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 6**

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 GUS, 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 na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 7**

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 na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 8**

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 na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 9**

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 na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 10**

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 na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 11**

DOTYCZY ZAPISÓW UMOWY §8 pkt 2. 1) Prosimy o zmianę kar umownych za nieterminową dostawę na 1% wartości brutto niezrealizowanej dostawy (jednak nie mniej niż 15 zł) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki ponad termin określony w § 3 ust. 3 umowy..

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje bez zmian.