Łódź dnia 09.10.2023 r.

 **WSZYSCY WYKONAWCY**

***Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: „*Dostawy generatorów/ radiofarmaceutyków/ zestawów do znakowania technetem dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego
w Łodzi*” - Sprawa nr ZP/90/2023***

Zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 poz. 1605 ze zm.), w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, SP ZOZ Centralny Szpital Kliniczny UM w Łodzi wyjaśnia co następuje:

1. Wnosimy o zmianę zapisu w §1 ust.2 umowy poprzez zwiększenie minimalnego zakresu zrealizowania umowy do wartości minimum 70%. Wskazujemy, że wskazany próg realizacji minimum 50%, 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.

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. . Do §1 ust. 3 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację §1 ust. 3 poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §1 ust. 3 jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym, nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Po pierwsze, 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 za postanowienie abuzywne, w sposób rażący naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro treść 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 wartość w sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia.

Po drugie, Zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z art. 441 ust. 1, 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień oraz spełnić łącznie trzy przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz okoliczności skorzystania z niej, a przy tym, nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród tych warunków, Zamawiający zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie zupełną dowolność. Biorąc pod uwagę art. 441 ust. 2 PZP, nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy, 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 obowiązku jej zrealizowania.

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do §1 ust.4 wzoru umowy. Prosimy o skonkretyzowanie, że **podana graniczna wielkość opcji (50%) odnosi się do poszczególnych pozycji asortymentowych**, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, co oznacza, że każdy z produktów określonych w formularzu asortymentowo-cenowym może zostać zamówiony przez Zamawiającego w ilości maksymalnie o 50% większej niż pierwotnie zakładano. Zastrzeżenie bowiem prawa opcji w aktualnym brzmieniu w praktyce oznaczać może, że niektóre z wycenianych pozycji asortymentowych mogą nie ulec zwiększeniu wcale, natomiast inne pozycje asortymentowe mogą zostać zwiększone o niczym nieograniczoną ilość, uwarukowaną jedynie granicą wynoszącą „50% całkowitej wartości przedmiotu umowy dla zamówienia podstawowego”, a to stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP.

Zwracamy uwagę, że zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1605), aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający **jest bezwzględnie zobowiązany** opisać je w postaci **zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych** postanowień, a tym samym **spełnić łącznie trzy przesłanki** wskazane przez ustawodawcę:

1) określić rodzaj i maksymalną wartość opcji,

2) określić okoliczności skorzystania z opcji,

3) nie modyfikować ogólnego charakteru umowy.

Spośród wyżej wymienionych warunków, **Zamawiający wskazał jedynie procentowo górną granicę wprowadzonego prawa opcji**, w rzeczywistości pozostawiając sobie w tym zakresie zupełną dowolność, zwłaszcza, że odnosi się do całkowitej wartości przedmiotu umowy dla zamówienia podstawowego. Przedstawiony w projekcie umowy opis przedmiotu zamówienia jest **niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań oraz okoliczności** mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji sprawia, że wykonawca jest obciążony pełnym ryzykiem gospodarczym kontraktu oraz **uniemożliwia wykonawcy sporządzenie oferty, w tym rzetelne skalkulowanie ceny oferty**, gdyż wykonawca nie ma możliwości określenia, jaki będzie jego zakres świadczenia w ramach prawa opcji.

W doktrynie podkreśla się, że wszystkie wymienione w powyższym przepisie **przesłanki są niezbędne dla wyceny zamówienia obejmującego opcję**, a także do ustalenia zakresu potencjalnego świadczenia. Zatem przy wskazaniu przedmiotu opcji, Zamawiający powinien stosować zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określone w przepisach PZP, odpowiednie do rodzaju przedmiotu zamówienia objętego prawem opcji. Przedmiot zamówienia objęty opcją jest elementem całego przedmiotu zamówienia, jedynie z tą różnicą, że jego realizacja nie jest gwarantowana. Określenie przedmiotu opcji może nastąpić przez odniesienie do zamówienia podstawowego ze wskazaniem, że prawem opcji objęta jest **możliwość nabycia większej ilości przedmiotu zamówienia lub poszczególnych jego elementów**. Postanowienia umowne muszą też zawierać informację co do okoliczności, w których zamawiający może skorzystać z opcji, czyli **w jakim okresie zamawiający może podjąć decyzję o wykonaniu prawa opcji** oraz w jakim zakresie, ewentualnie **w jakich przypadkach lub pod jakimi warunkami**, a także w jaki sposób poinformuje wykonawcę o uruchomieniu opcji. (Komentarz do art. 441 [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022, Legalis).

Zaznaczamy także, że za niewystarczające należy uznać zapisy dokumentacji przetargowej, sprowadzające warunki korzystania z prawa opcji do postanowień, że decyzja o skorzystaniu z opcji należy do zamawiającego, stanowi jego niczym nie obwarowane uprawnienie. „*Decyzja o rozszerzeniu zamówienia „pewnego” o zamówienie objęte opcją nie może być uzależniona od swobodnej decyzji zamawiającego, ale od zaistnienia sprecyzowanych w dokumentach zamówienia okoliczności*. (…) „*Niezależnie bowiem od stopnia jasności opisania przedmiotu opcji, pozostawienie decyzji o skorzystaniu z tej instytucji wyłącznie swobodnemu uznaniu zamawiającego wyklucza zasadę przejrzystości i może prowadzić do nadużyć, np. poprzez określanie „pewnego” zakresu zamówienia na minimalnym poziomie i dowolnym uruchamianiu opcji opartym na niejasnych podstawach, udaremniając cel konkurencyjnej procedury zamówieniowej.*” (A. Elżanowska, *Stosowanie prawa opcji na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych. Część pierwsza* [w:] ZPDORADCA rok 2020 numer 9, Legalis).

**Wymóg zrozumiałego, precyzyjnego oraz jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w zakresie podstawowym, jak również w zakresie objętym prawem opcji, podkreśla również orzecznictwo KIO**: „*Izba zauważa, że prawo opcji nie może być rozwiązaniem pozwalającym na dowolne, oparte na niejasnych podstawach rozszerzenie pierwotnie określonego przedmiotu umowy*” (wyrok KIO z dnia 06.09.2012 r., KIO 1807/12); „*Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wymaganie dotyczy także prawa opcji*.”. (Wyrok KIO z dnia 24.03.2023 r., KIO 636/23).

Podkreślamy także, że ze względu na dosadne brzmienie art. 441 ust. 2 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 **będzie podlegała unieważnieniu**, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania prawa opcji.

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do §2 ust. 4 wzoru umowy. Prosimy o zmianę miejsca dostawy przedmiotu umowy dla pakietu nr 7, 10, 11, 12  w taki sposób, aby następowała ona w tym zakresie wyłącznie do pomieszczeń apteki szpitalnej Zamawiającego. Jednocześnie wyjaśniamy, że wymienione w pakiecie nr 7, 10, 11, 12  produkty nie zawierają otwartych źródeł promieniowania, nie są zatem uznawane za materiały radioaktywne, w konsekwencji czego ich dostawa nie odbywa się w reżimie określonym przez Prawo atomowe (czyli na przykład do dedykowanych pomieszczeń Zakładu Medycyny Nuklearnej Zamawiającego), a co za tym idzie podlega ogólnym regułom określonym przez Prawo farmaceutyczne i DPD. Dostawa takich produktów do podmiotu leczniczego, analogicznie jak wszystkich innych produktów leczniczych, może być **prowadzona wyłącznie do pomieszczeń apteki szpitalnej.**

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do §2 ust.10 projektu umowy. Ze względu na to, że preparat z pakietu nr 7  posiada 20 godzinny termin ważności od czasu kalibracji oraz ma indywidualny tok produkcyjny to prosimy o wydłużenie terminu do dostawy do 14 dni oraz maksymalnie 20 godzinnego terminu przydatności.

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do §3 ust.5 projektu umowy. Prosimy dla pakietu nr 7 (Datscan) o wydłużenie terminu załatwienia reklamacji i dostarczenia towaru do 14 dni od dnia jej złożenia.

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do §4 ust.5 projektu umowy. Prosimy o wskazanie miejsca doręczenia faktury do Apteki Szpitalnej, gdzie - mając na uwagę załączoną opinię prawną - powinien zostać dostarczony przedmiot zamówienia.

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do §5 ust.2 pkt 1 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do §5 ust.2 pkt 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zareklamowanej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% dziennie liczonej od wartości brutto nie dostarczonego w terminie zamówienia podlegającego reklamacji?

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Do treści §5 ust. 3 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów wzoru umowy w §5 ust.3 poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

**Odpowiedź: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.**

1. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę wzoru umowy poprzez dodanie wymaganych elementów postanowienia zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

1) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniających strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,

2) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia,

3) sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy,

4) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszczax zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia,

- wraz z określeniem procedury dokonania ww. zmiany, albowiem postanowienie to stanowi obligatoryjny element umowy zawieranej na okres przekraczający 6 miesięcy według art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych?  Zasadne jest, aby przesłanką waloryzacji było wykazanie przez Wykonawcę wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy poprzez przedłożenie wszelkich dokumentów potwierdzających wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, stąd prosimy o dodanie powyższego jako ww. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia. Dodatkowo prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, 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?

Uzasadniając treść powyższego pytania wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Mając na uwadze, że wskazana umowa będzie zawierana z Wykonawcą na okres 12 miesięcy, istotnym jest odzwierciedlenie zmian ekonomicznych, które mogą następować w czasie realizacji umowy, a niewątpliwym jest, że koszty nabycia produktów od dostawców jak i koszty realizacji usługi do zamawiającego będą podlegać zmianie. W konsekwencji, waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy przyczyniłaby się do zachowania równowagi finansowej oraz oddawałaby rzeczywiste realia kosztów wykonania danego zamówienia publicznego jak i byłaby odzwierciedleniem zasady uczciwości kupieckiej w realiach zawieranej umowy.

Nadto wskazujemy, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie oraz doktrynie stanowiskiem – samo zamieszczenie w umowie przetargowej postanowienia waloryzacyjnego nie może sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku jego zawarcia w umowie, lecz powinno pozwalać na rzeczywiste jego zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, wyd. 4, 2022). Co za tym idzie, Zamawiający winien tak ukształtować treść klauzuli waloryzacyjnej, aby zapewnić równowagę stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych, ekwiwalentność ich świadczeń oraz równomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego (vide: wyrok KIO z dnia 6 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1564/22). Tym samym wykonanie obowiązku z art. 439 PZP powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia.

**Odpowiedź: Zamawiający dokonuje zmiany zapisu i wprowadza zmiany w par. 6. umowy.**

Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 poz. 1605 ze zm.), dokonuje modyfikacji w pakiecie nr 1 generator radionuklidowy 99Mo/99mTc. Zamawiający dodaje pozycję nr 4, tj. generator 20 GBq99mTc w pakiecie nr 1.
Zmiana dotyczy rozbudowy pakietu nr 1 i polega na dopisaniu **dodatkowych 40 generatorów 99Mo/99mTc** dostarczanych w czwartki

Zamawiający załącza zmodyfikowane:

1/ Załącznik nr 2 – Formularz cenowy

2/ Opis przedmiotu zamówienia Część B – Zakres rzeczowy Specyfikacji Wykonania
 Zamówienia

3/ Wzór umowy

Powyższe odpowiedzi i zmiany są wiążące dla wszystkich Wykonawców.

Zamawiający zgodnie z art. 137 ust. 5 udostępnia zmiany treści swz, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, po publikacji ogłoszenia na stronie TED.

Zamawiający na podstawie art. 137 ust. 4-6 ustawy Pzp. przedłuża termin składania ofert.

Zamawiający dokonuje zmiany terminu składania ofert na 17.10.2023 r. godz. 14:00

i zmiany terminu otwarcia ofert na 17.10.2023 r. godz. 14:15.

Wykonawca związany jest złożoną ofertą zgodnie z art. 220 ust. pkt. 1 przez okres 90 dni.

Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty,
tj. 14.01.2024 r.

Pozostałe zapisy bez zmian.

Dziękujemy za złożone zapytania.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

 Tomasz Miazek