|  |  |
| --- | --- |
| DZP/PN/91/2023 | Zawiercie, 18.10.2023 r. |

**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW**

dotyczy: Dostawa produktów leczniczych

Zamawiający Szpital Powiatowy w Zawierciu odpowiadając na pytania (pisownia oryginalna) informuje:

**Pytanie nr 1**

Do §2 ust. 5 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację §2 ust. 5 wzoru umowy 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%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §3 ust. 10 wzoru umowy 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 oraz nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów § 2 ust. 5 Projektowanych Postanowień Umowy. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że załączone do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy nie zawiera zapisu § 3 ust. 10.

**Pytanie nr 2**

Do §6 ust. 1 lit. a) oraz b) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w prawidłowej realizacji każdorazowej dostawy lub wypełnienia zobowiązań z tytułu reklamacji i / lub gwarancji w taki sposób, aby wynosiła ona 1% wartości brutto towaru, którego opisywana zwłoka dotyczy, za każdy dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Kupującemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 14,75% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla Sprzedającego przewidziana jest kara w wysokości 8 760 % w skali roku (1% x 24h x 365 dni) za opóźnienie świadczenia.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 3**

Do §6 ust. 1 lit. c) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisu w części dotyczącej naliczenia dodatkowej kary umownej przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia zastępczego, gdyż zapis §4 ust. 8 zobowiązuje Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego wykonawcy oraz wszystkich dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia zastępczego.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 4**

Do §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wysokości kary umownej zastrzeżonej w §6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy do wysokości 10% wartości netto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:** *Zamawiający zmienia zapis* §6 ust. 1 lit.d) PPU*, który otrzymuje brzmienie:*

*„ d) w przypadku rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od umowy   
z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 10 % wynagrodzenia netto za dany pakiet, określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy.”*Zmienione PPU w załączeniu do pisma.

**Pytanie nr 5**

Do §9 ust. 3 wzoru umowy. Wnosimy o obniżenie do 5% minimalnego progu uprawniającego do ubiegania się o zmianę wynagrodzenia. Wskazujemy przy tym, że proponowany przez Zamawiającego próg 10% spowodować może konieczność ponoszenia rażących strat po stronie wykonawcy zamówienia i sprzedaż poniżej kosztów zakupu (maksymalne marże, w których zawierają się koszty i zysk wykonawcy najczęściej nie przekraczają 5%), a co za tym idzie konieczność odstąpienia od umowy.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

**Pytanie nr 6**

Do §9 ust. 3 wzoru umowy. Prosimy o wyjaśnienie, kto i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniał, że wymagana przez Zamawiającego w §9 ust. 3 wzoru umowy szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania zamówienia, przedstawiona przez Wykonawcę może być nieprecyzyjna albo nierzetelna, co stanowiło będzie dla Zamawiającego powód do ewentualnej odmowy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w całości lub części?

**Odpowiedź:** Zamawiający informuje, że wpływ zmian na koszty realizacji zamówienia po stronie Zamawiającego będą oceniane przez osoby merytorycznie odpowiedzialne za realizację umowy. Rzetelność i precyzyjność kalkulacji będzie oceniana na etapie składanego wniosku o waloryzację wynagrodzenia tzn. czy wnioskowane zmiany wynagrodzenia ujęte były w kalkulacji bazowej składanej zgodnie z zapisami § 9 ust. 3.

**Pytanie nr 7**

Do §9 ust. 3 wzoru umowy: Wnosimy o zmianę §9 ust. 3 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia nakładającego na Wykonawcę obowiązek doręczenia Zamawiającemu w terminie 10 dni od zawarcia umowy szczegółowego zestawienia obejmującego szczegółową kalkulację ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pod rygorem utraty prawa do zwiększenia wysokości wynagrodzenia.   
  
Uzasadniając powyższe, wskazać należy, że wymóg ten stanowi rażące naruszenie treści oraz idei art. 439 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: PZP). W kwestii obowiązku przedłożenia rzeczonej kalkulacji podkreślenia wymaga, że przesłanka ta w sposób nadmierny oraz niezgodny z prawem ogranicza ustawowe uprawnienie Wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia. Jakkolwiek bowiem 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). Mając na uwadze, że w przedmiotowej sprawie realizacja zamówienia polegać ma na dostawie produktów leczniczych - których oferowana cena ustalana jest wyłącznie na podstawie cen producenta oraz przyjętej przez Wykonawcę marży – za niedopuszczalne uznać należy nałożenie na Wykonawcę obowiązku przedstawienia ww. kalkulacji. Wymóg ten sprzeciwia się przepisom powszechnie obowiązującego prawa oraz stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.   
  
Ponadto wymóg zawarty w §9 ust. 3 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. Informacje te stanowią zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na

sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi zaś istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 149/16; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12).

Co do samego zaś rygoru utraty prawa do waloryzacji w razie nieprzedłożenia ww. kalkulacji należy wskazać, że takie ukształtowanie pozycji Wykonawcy wypacza sens ww. regulacji i stanowi jedynie pozorną realizację art. 439 PZP i jako takie pozostaje w jawnej sprzeczności z przepisem ustawy. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie zgodnie podnosi się, że celem zastosowania art. 439 PZP 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). Postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (vide: M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 4, art. 439). Przenosząc powyższe konstatacje na grunt kwestionowanego §9 ust. 3 wzoru umowy, nie ulega wątpliwości, że postanowienie to stanowi jedynie iluzoryczną realizację wymogów ustawowych dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający uzależnia bowiem możliwość skorzystania przez Wykonawcę z ustawowego uprawnienia do waloryzacji od realizacji wymogu sprzecznego z prawem, a przy tym narażającego go na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie zmienia Projektowanych Postanowień Umowy. Jednocześnie wskazuje, że nie narzuca sposobu oraz formy przedstawionej kalkulacji, o której mowa w § 9 ust. 3 np. mogą to być:

- wyliczenia składników cenotwórczych materiałów lub kosztów, które mają wpływ na wartość wynagrodzenia;

- inne dokumenty z których będzie wynikać sposób wyliczenia wartości wynagrodzenia, a następnie jego wnioskowana zmiana.

Ponadto, Zamawiający wskazuje, że Szpital jako jednostka sektora finansów publicznych zobligowana jest do wydatkowania środków publicznych w sposób celowy, racjonalny i oszczędny, a podmiot dysponujący środkami publicznymi musi wybrać taki sposób finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Mając na uwadze powyższe regulacje ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do zapisów PPU wprowadzono §9 ust. 3 PPU.

Dodatkowo zakwestionowana regulacja ma prowadzić do zapewnienia realnej weryfikacji wniosku o waloryzacji wynagrodzenia. Wymóg złożenia kalkulacji nie jest nadmiernym utrudnieniem dla Wykonawcy, a jeżeli zawarte w niej dane stanowią tajemnice przedsiębiorstwa wykonawca powinien to zastrzec.

**Pytanie nr 8**

Do §9 ust. 4 wzoru umowy. Prosimy o zmianę postanowienia §9 ust. 4 wzoru umowy w ten sposób, aby w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający posiadali 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 nie zmienia zapisów Projektowanych Postanowień Umowy.

Załączniki:

- zmieniony załącznik 4 do SWZ PPU