Nr sprawy: DFP.271.179.2023.KK Kraków, dnia 29.12.2023 r.

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

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

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**

Zwracamy się z prośbą o określenie w jaki sposób postąpić w przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podanie ostatniej ceny i informacji pod pakietem?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Pytanie nieprecyzyjne, nie wskazano części i pozycji których dotyczy pytanie.**

**Pytanie 2**

Czy zamawiający wyraża zgodę na zmianę wielkości opakowań ? Proszę podać sposób przeliczenia – do 2 miejsc po przecinku czy do pełnego opakowania w górę ?

**Odpowiedź:** **Sposób przeliczania został określony w punkcie 10.10 SWZ.**

**Pytanie 3**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – tabletki na tabletki powlekane lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Pytanie nieprecyzyjne, nie wskazano części i pozycji których dotyczy pytanie.**

**Pytanie 4**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – fiolki na ampułki lub ampułko-strzykawki i odwrotnie?

**Odpowiedź:** **Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Pytanie nieprecyzyjne, nie wskazano części i pozycji których dotyczy pytanie.**

**Pytanie 5**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wielkości opakowań płynów, syropów, maści, kremów itp. celem zaproponowania oferty korzystniejszej cenowo (przeliczenie ilości opakowań miałoby miejsce w oparciu o mg, ml itp.)

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Pytanie nieprecyzyjne, nie wskazano części i pozycji których dotyczy pytanie.**

**Pytanie 6**

Prosimy o podanie, w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, kilogramów itp.), niż umieszczone w SIWZ; a także w przypadku, gdy wycena innych opakowań leków spełniających właściwości terapeutyczne jest korzystniejsza pod względem ekonomicznym (czy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku)?

**Odpowiedź: Sposób przeliczania został określony w punkcie 10.10 SWZ.**

**Pytanie 7**

Czy Zamawiający dopuści wycenę produktów dostępnych na jednorazowe zezwolenie MZ? W sytuacji jeśli aktualnie tylko takie produkty są dostępne na rynku.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 8**

Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie produktu leczniczego Melphalan w dawce 200 mg (proszek oraz rozpuszczalnik do rozpuszczania leku o pojemności 40 ml), z jednoczesnym przeliczeniem zamawianych ilości, tj. oferując 175 fiol.

Pragniemy zauważyć, że dopuszczenie leku w większej dawce jest korzystne dla Zamawiającego - pozwala zaoszczędzić czas personelu na przygotowanie leku oraz zwiększy konkurencyjność cenową złożonych ofert.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 9**

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 podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 10**

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 wyjaśnia, zgodnie z treścią § 4 ust. 2 wzoru umowy, że zmiana stawki podatku od towarów i usług obowiązywać będzie od daty wejścia w życie aktów prawnych wprowadzających powyższą zmianę i wymagać będzie dla swej ważności zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Ponadto Zmawiający informuje, że warunkiem wprowadzenia powyższej zmiany jest wykazanie przez Wykonawcę w formie pisemnej, iż zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 11**

Czy Zamawiający w par. 7.2 i 7.3 zamiast obowiązku wprowadzi prawo do dostarczenia zamiennika? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażącą stratą po stronie Wykonawcy.

**Odpowiedź: Zamawiający informuje, że każda sytuacja będzie rozpatrywana indywidualnie. Nie wyrażamy zgody na modyfikacje umowy.**

**Pytanie 12**

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 13**

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 14**

Czy Zamawiający w pakiecie 11 w pozycji 2 miał na myśli wycenę dawki 10 mg/ml; 2 ml ?

**Odpowiedź: Zamawiający potwierdza. Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie poz. 2 części 11 zał. nr 1a do SWZ.**

**Pytanie 15**

Czy Zamawiający w pakiecie 13 w pozycji 2 wyraża zgodę na wykreślenie ze względu na zakończoną produkcję ?

**Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji poprzez wykreślenie poz. 2 w części 13 zał. nr 1a do SWZ.**

**Pytanie 16**

Czy Zamawiający w pakiecie 13 w pozycji 12 wymaga wyceny 30 opakowań po 30 pojemników ?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 17**

Czy Zamawiający w pakiecie 13 w pozycji 14 wyraża zgodę na wycenę ; Glukoza płynna 1WW z magnezem, sm. truskawkowy, 10sasz. (nowa postać preparatu) ?

**Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie poz. 14 w części 13 zał. nr 1a do SWZ.**

**Pytanie 18**

Dot. § 3 ust. 3 b) wzoru umowy

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy odbywają się w dni robocze, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawy NA RATUNEK do 24 godzin od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy dla leków znajdujących się w części nr 21?

Prośbę swą motywujemy tym, iż produkty lecznicze w części nr 21 nie są lekami na ratunek życia.

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

**Pytanie 19**

Dot. § 3 ust. 7 wzoru umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie dostaw w soboty w godzinach od 8:00 do 13:00 dla części nr 21?

Uzasadnienie:

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy odbywają się w dni robocze od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy.

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

**Pytanie 20**

Zamawiający we wzorze umowy § 3 ust. 6 zastrzegł, iż:

„6. W przypadku dostarczenia produktu z terminem ważności krótszym niż 12 miesięcy Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie prawo jego zwrotu na 3 miesiące przed upływem jego terminu ważności.”

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy zwroty są akceptowane w przypadku reklamacji jakościowych (bez ograniczeń czasowych) lub w przypadku rezygnacji / omyłkowego zamówienia pod warunkiem, że:

a) wniosek o zwrot został zgłoszony w ciągu 5 dni od nabycia (otrzymania dostawy) produktu,

b) produkty są pełnowartościowe, opakowania są czyste, nieuszkodzone, nieotwarte, zabezpieczenie ATD (Antietampering Device) są nienaruszone, produkty nie są opisane żadnymi adnotacjami (np. długopisem), ani oznakowane etykietami szpitala

c) numery seryjne zwracanych produktów posiadają status "aktywny" w systemie PLMVS (KOWAL)

[Jeśli numery seryjne produktów zwróconych przez Zamawiającego zostały już wycofane z bazy, PLMVS to znaczy dokonano tzw. „decommision”, to odwrócenie wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS tzw. „undo-decommission” może być wykonane wyłącznie przez Zamawiającego, maksymalnie w ciągu 10 dni od wycofania numeru seryjnego z bazy PLMVS],

d) do zwracanych produktów leczniczych (zarówno lodówkowych jak i o pokojowej temperaturze przechowywania) dołączane są rejestry temperatury (preferowane elektroniczne) z przechowania produktu w aptece szpitalnej, potwierdzające przechowywanie w warunkach określonych w dokumentacji rejestracyjnej (pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu i Charakterystyce Produktu Leczniczego)

Informacje dot. zwrotu zawarte w pkt a-d są warunkami bezwzględnymi dla Wykonawcy do zawarcia umowy. Jest to czas w którym możliwe jest dla Wykonawcy powtórne wprowadzenie do obrotu danego produktu, a przekroczenie wyżej wskazanego terminu powoduje konieczność utylizacji leku.

Mając na uwadze powyższe, czy Zamawiający dopuszcza możliwość usunięcia wskazanego powyżej zapisu znajdującego się w § 3 ust. 6 warunków umowy, bądź wyrazi zgodę na wprowadzenie zapisów z pkt a-d zgodnych z obowiązującymi procedurami Wykonawcy dla części nr 21?

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 21**

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.

2) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez Wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w związku ze zmianą wynagrodzenia Wykonawcy na zasadach określonych w § 4a ust. 1 – 10 Umowy, w wysokości 50,00 zł. za każdy rozpoczęty dzień zwłoki , jednak nie więcej niż 10% nieuregulowanego w zapłacie części wynagrodzenia brutto należnego podwykonawcy

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 22**

Pakiet nr 38

Jako producent asortymentu z pakietu nr 38, oświadczamy, że produkt zakwalifikowany jest jako suplement diety.

Czy w związku z powyższym, Zamawiający wyrazi zgodę na zaproponowanie dla pakietu nr 38 produktu tj.:

Suplement diety dla niemowląt od pierwszych godzin życia;jedna porcja: maltodekstryna, szcepy bakteryjne: Lactobacillus rhamnosus KL53A, Bifidobacterium breve PB04, kwas ascorbinowy.

**Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie części 38 poz. 1 zał. nr 1a do SWZ.**

**Pytanie 23**

**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. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 24**

**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. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 25**

**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: Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 26**

**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 i podtrzymuje dotychczasowe zapisy wzoru umowy.**

**Pytanie 27**

**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 28**

**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 29**

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

**Pytanie 30**

Część 41 poz. 1

Czy Zamawiający dopuści klej tkankowy na bazie cyjanoakrylanu 2-oktylu?

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 31**

Część 40, Poz. nr 1 – Czy Zamawiający dopuści możliwość zaoferowania jałowego kompresu alginianowego w rozmiarze 10 cm x 10 cm?

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

**Pytanie 32**

ZAPISY SWZ

Roz. 6, pkt. 6.3.6. – Czy Zamawiający odstąpi od wymogu przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do sprzedaży produktów leczniczych Zamawiającemu w zakresie Części 40, gdy zaoferowane produkty będą wyrobami medycznymi?

W takim przypadku Wykonawca nie ma obowiązku posiadania zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej.

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

**Pytanie 33**

Czy w Części 13 poz. 13 poz. Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu zawierającego liofilizowane kultury bakterii Lactobacillus rhamnosus GG, gdzie 1 kropla zawiera 1x10^9 żywych kultur bakterii Lactobacillus rhamnosus (stężenie równoważne opisanemu w SIWZ)?

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

**Pytanie 34**

Czy w Części 32 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu ProbioDr, zawierającego 2 mld CFU bakterii Lactobacillus rhamnosus GG ATCC53103 i Lactobacillus helveticus w łącznym stężeniu 2 mld CFU/ kaps w identycznym stosunku ilościowym jak w produkcie opisanym w SIWZ?

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

**Pytanie 35**

Czy w Części 38 Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu TribioDr, zawierającego 1,6 x 109 CFU bakterii kwasu mlekowego w proporcjach: Lactobacillus acidophilus 43,75%, Lactobacillus delbrueckii subsp. bulgaricus 12,5%, Bifidobacterium lactis 43,75%??

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

**Pytanie 36**

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 37**

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 podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 38**

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 podtrzymuje zapisy SWZ.**

**Pytanie 39**

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. §4a ust. 1 otrzymuje 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 40**

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. Wzór umowy pozostaje bez zmian.**

**Pytanie 41**

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 42**

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 43**

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.**

**Pytanie 44**

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.**

**Pytanie 45**

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.**

**W załączeniu przekazuję uwzględniający zmiany opis przedmiotu zamówienia (stanowiący załącznik nr 1a do SWZ) wzór umowy (stanowiący załącznik nr 5 do SWZ) oraz kwoty brutto przeznaczone na realizację zamówienia w częściach (stanowiący załącznik nr 6 do SWZ).**