

Bytom dnia: 2023-12-15

**Szpital Specjalistyczny nr 2**

Batorego 15  
41-902 Bytom

.....  
[nazwa zamawiającego, adres]

**WYKONAWCY**

ubiegający się o zamówienie publiczne

**WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie Tryb podstawowy bez negocjacji - art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na **"Dostawa produktów leczniczych II dla potrzeb Apteki Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Bytomiu."** – znak sprawy 39/39PN/2023.

Zamawiający, **Szpital Specjalistyczny nr 2**, działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami:

**Pytanie nr 2**

1. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę wzoru umowy poprzez dodanie wymaganego 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 dopuszcza 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 jak 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.

**Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Przetarg jest oparty na danych historycznych, budżet Szpitala opiera się na wysokości zawartych umów z dostawcami.**

2. Do §2 ust. 2 oraz §4 ust. 11 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 2 i §4 ust. 11, poprzez skonkretyzowanie minimalnej wartości Zamówienia jaką Zamawiający zobowiązuje się zrealizować. Wyjaśnić należy, że 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 jako postanowienie abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro bowiem, treść przywołanego 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 wartości w sporządzonym przez siebie opisie przedmiotu zamówienia.

**Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Przetarg jest oparty na danych historycznych i tak została oszacowana ilość asortymentu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 6 do SWZ. Czasami jednak ulega zmianie ilość i struktura pacjentów co może mieć wpływ na zapotrzebowanie danego producenta.**

3. Do §6 ust. 1 pkt 1, pkt 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej w §6 ust. 1 pkt 1, pkt 2 wzoru umowy, tak aby wynosiła ona 0,5% wartości NIEDOSTARCZONEGO w terminie towaru za każdy dzień zwłoki?

**Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Zamawiający w kwestii umowy zawarł, iż ewentualna kara dot. tylko niedostarczonej części towaru.**

4. Do §6 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie drugiego zdania w §6 ust. 3 o brzmieniu: „Powyższe nie dotyczy sytuacji, gdy Wykonawca w terminie 14 dni od dnia doręczenia noty, zakwestionuje prawidłowość jej wystawienia i/lub wyliczenia.”. Powyżej



wnioskowana zmiana ma na celu zapobiec niedopuszczalnemu automatyzmowi w potrącaniu naliczonych kar umownych, które po pierwsze mogą być bezpodstawnie wyliczone (gdyż nie wystąpiła zwłoka), a po drugie, mogą być wyliczone w sposób nieprawidłowy a przyjęty automatyzm ogranicza obronę Wykonawcy.

**Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Nie, Wykonawca zostanie poinformowany pisemnie, a nota obciążająca takiej płatności i dopiero wtedy może nastąpić potrącenie co wyklucza automatyczne, ci Wykonawcy jeżeli nie zgadzają się z notą przysługują środki odwoławcze.**

5. Do §9 ust. 2 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na uzależnienie możliwości realizacji przez Zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy od uprzedniego wezwania Wykonawcy do jej prawidłowego wykonania z wyznaczeniem terminu dodatkowego?

**Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:**

**Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.**

Zamawiający

