

Do:  
Wykonawcy postępowania  
o udzielenie zamówienia publicznego

dotyczy: przetarg nieograniczony TP.382.137.2023 EK – leki onkologiczne (IV)

Na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j.), udzielam wyjaśnień na zadane pytania:

PYTANIE NR 1: dotyczy §3 pkt 1 projektu umowy

*„Prosimy o zmianę treści §3 pkt 1 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że Zamawiający i Wykonawca są uprawnieni do wprowadzenia zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, gdy zmiana wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa GUS za kwartał poprzedzający kwartał, w którym wystąpi podstawa wnioskowania, wyniesie minimum 15%, poprzez zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość poziomu zmiany cen lub kosztów związanych z wykonywaniem dostaw objętych umową, uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego.”*

*Wskazać należy, że zapis §3 pkt 1, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 15% nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. W obecnym brzmieniu tego zapisu, Wykonawca musi z góry założyć, że w razie wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 14% (co stanowi bardzo dużą wartość, uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowany zapis powinien zostać zmieniony w zaproponowany sposób.*

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 2: dotyczy §3 pkt 5 projektu umowy

*„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §2 ust. 1 wzoru umowy?”*

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

PYTANIE NR 3: dotyczy §3 pkt 4 projektu umowy

*„Prosimy o wykreślenie wymogów dotyczących wykazywania bezpośredniego wpływu wzrostu/spadku cen materiałów i kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie na koszt wykonania przedmiotu umowy. Jak bowiem wynika ze stanowiska doktryny: „(...) podstawą do obliczenia zmiany wynagrodzenia powinien być sam fakt zmiany wybranego wskaźnika albo zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów ponad przyjęty poziom. Skorzystanie przez strony umowy z wybranej metody indeksacji nie wymaga przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych dowodów i wyjaśnień, przedkładania ofert dostawców lub podwykonawców potwierdzających bezpośredni lub pośredni wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę (...) w przypadku wzrostu lub zmniejszenia wielkości wskaźnika lub zmiany cen wybranych przez zamawiającego rodzajów materiałów lub kosztów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 439). Zwracamy uwagę, że obowiązek wykazywania bezpośredniego wpływu*

wzrostu/spadku cen materiałów i kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie na koszt wykonania przedmiotu umowy dubluje warunki waloryzacji oraz de facto nakazuje potwierdzać dokumentami obiektywny wskaźnik zmiany cen publikowany przez Prezesa GUS."

**ODPOWIEDŹ**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

**PYTANIE NR 4:** dotyczy §5 ust. 6 projektu umowy

*„Prosimy o modyfikację §5 ust. 6 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 §5 ust. 6 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.*

*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 rażąco 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 wartości w sporządzonym przez siebie 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.”*

**ODPOWIEDŹ**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

**PYTANIE NR 5:** dotyczy 7 ust. 1 lit. a) projektu umowy

*„Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby kara za opóźnienie dostawy była liczona od niedostarczonego w terminie towaru za każdy dzień zwłoki?”*

**ODPOWIEDŹ**

Zamawiający dokonuje zmiany 7 ust. 1 lit. a) projektu umowy na następujący:

*„Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach i wysokości:*

*a) za przekroczenie terminu dostawy w wysokości 0,1% ceny brutto od niedostarczonego w terminie towaru za każdy dzień zwłoki”*

**PYTANIE NR 6:** dotyczy §9 ust. 1 pkt 2) projektu umowy

*„Prosimy o potwierdzenie, że ewentualne przedłużenie terminu realizacji umowy wymagało będzie zgody obu stron wyrażonej w formie aneksu.”*

**ODPOWIEDŹ**

Zamawiający potwierdza, że ewentualne przedłużenie terminu realizacji umowy wymagało będzie zgody obu stron wyrażonej w formie aneksu.

**DYREKTOR**  
Szpitala Wojewódzkiego w Koszalinie

*mgr Piotr Soltysiński*