Znak sprawy: DZP-271-455/21 Kraków, dnia 28 maja 2021r.

**Zamawiający:**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Uniwersytecka Klinika Stomatologiczna w Krakowie,
ul. Montelupich 4, 31-155 Kraków

**Odpowiedzi na zapytania Wykonawcy dotyczące treści SWZ**

**Dotyczy:** zamówienia publicznego realizowanego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) nt **„****Sukcesywna dostawa rękawiczek diagnostycznych i chirurgicznych”. Identyfikator postępowania (ID): 39990170-73f0-41a2-b800-14d3714313eb**

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) – dalej: ustawa Pzp, Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytania do wzoru umowy:

**Pytanie 1:**

„Wnosimy o modyfikację § 3 poprzez dodanie do niego ust. 5 o treści: „Zamawiający zobowiązuje się do zamawiania każdomiesięcznie nie więcej towaru aniżeli iloraz jego ilości wynikającej z umowy
 i sumy miesięcy na jaki została ona zawarta.”  UZASADNIENIE: Pandemia COVID-19 - w zrozumiały sposób - doprowadziła do nadzwyczajnego, skokowego wzrostu popytu na wyroby medyczne służące jej zwalczaniu, w krótkim czasie prowadząc do wyczerpania – nie tylko posiadanych przez producentów zapasów tychże, lecz również zmniejszenia podaży materiałów niezbędnych do ich dalszej produkcji. Zjawiskom tym towarzyszyły równocześnie, wprowadzane przez kolejne państwa - ograniczenia w przemieszczaniu się i pracy oraz obostrzenia eksportowe dotykające szerokiego asortymentu wyrobów, komponentów lub materiałów do ich wytwarzania - mające bezpośrednie i niebagatelne przełożenie na zdolności produkcyjne dotychczasowych dostawców wyrobów medycznych, a także trudności w realizacji usług transportowych.  W rezultacie, tj. z powodu niedających się przewidzieć, zapobiec, ani przezwyciężyć przyczyn - dostępność wyrobów medycznych na światowych rynkach uległa radykalnemu ograniczeniu. Co istotne - z powodu dynamicznego charakteru pandemii, a także jej możliwych nawrotów, nie jest w tym momencie oszacowanie – na jak długo. W kontekście powyższego wprowadzenie do umowy wyżej wskazanego ograniczenia jest niezbędne dla zagwarantowania wszystkim jednostkom odpowiedzialnym za ochronę zdrowia na terytorium RP - odpowiedniego dostępu do niezbędnych wyrobów medycznych."

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Uzasadnienie:** Po pierwsze, wielkość poszczególnych dostaw odpowiadać musi aktualnym potrzebom Zamawiającego (które, w zależności od okresu, są mniejsze lub większe), gdyż Zamawiający, jako publiczny podmiot leczniczy udzielający świadczeń zdrowotnych, zobowiązany jest zagwarantować ciągłość ich udzielania, z zachowaniem wszelkich zasad bezpieczeństwa, co byłoby niemożliwe, gdyby zabrakło mu środków ochrony osobistej.

Po drugie, należy zawrócić uwagę, że dostawy mają charakter sukcesywny, ponieważ Zamawiający nie posiada dużego lokalu magazynowego, gdzie mógłby przechowywać większe zapasy towarów, w tym rękawiczek. Zdaniem Zamawiającego nie istnieje więc ryzyko, by jednorazowo miał on zamówić nadzwyczajnie dużą ilość towaru.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że dostarczane towary objęte są, co do zasady, jednym zamówieniem. Wykonawcy znana jest góry całkowita ilość towarów, którą dostarczyć ma w okresie obowiązywania umowy, przy czym okres ten nie jest nadzwyczajnie długi (12 miesięcy). Stąd zdaniem Zamawiającego, przystępując do postępowania przetargowego Wykonawca powinien zabezpieczyć odpowiednią liczbę towarów, która pozwoli mu na prawidłowe wykonanie umowy, czy to fizycznie, tj. poprzez ich uprzedni zakup, czy też w ramach stosunku umownego z producentem tychże towarów.

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

**Pytanie 2:**

„Wnosimy o modyfikację § 4 ust. 2 i § 6 ust. 3 projektu umowy poprzez wydłużenie terminu realizacji reklamacji do 5 dni roboczych. UZASADNIENIE Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 3531 KC, a także zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywania prawa i nie korzysta z ochrony. (Zobacz wyrok z dnia 27 marca 2014 r. KIO 487/14 podobnie KIO 897/15 oraz Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 20 sierpnia 2014 sygn. II Ca 450/14).

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Uzasadnienie:** Zamawiający, jako podmiot leczniczy, musi mieć zapewnione stałe i nieprzerwane dostawy rękawiczek diagnostycznych i chirurgicznych, które pozwolą mu na zachowanie ciągłości funkcjonowania, w tym udzielania świadczeń zdrowotnych jego pacjentom. Powyższy cel nabiera szczególnego znaczenia w dobie pandemii choroby COVID-19, która znacząco utrudnia funkcjonowanie Zamawiającego, jako podmiotu leczniczego. Z powyższych względów Zamawiający nie może pozwolić na zaistnienie kolejnej okoliczności, która mogłaby wydłużyć czas udzielania świadczeń zdrowotnych jego pacjentom. W opinii Zamawiającego przewidziany w umowie termin załatwienia reklamacji jest w omawianej sytuacji konieczny i wystarczający. Nie jest on też formą nadużycia przysługującego Zamawiającemu prawa, ani nie stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, bowiem celem ustanowienia krótkiego terminu rozpatrzenia reklamacji nie jest gospodarcza korzyść po stronie Zamawiającego, lecz konieczność zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych pacjentom oraz ochrona zdrowia i życia osób zatrudnionych przez Zamawiającego.

Przywołany przez Wykonawcę wyrok KIO nie znajduje odniesienia do niniejszej sprawy, dotyczył on bowiem zupełnie odmiennego postanowienia umownego (zastrzeżenie kary umownej na wypadek zaistnienia okoliczności, które nie miały żadnego związku z przedmiotem zamówienia i ewentualnymi uchybieniami wynikającymi z realizacji umowy). Z kolei powołany przez wykonawcę wyrok SO w Lublinie odnosi się do odwrotnej relacji umownej, tj. do sytuacji, gdy to wykonawca, który udzielił zmawiającemu gwarancji, próbował następnie zmienić treść tej gwarancji na podstawie wydanego jednostronnie dokumentu gwarancyjnego.

W tym miejscu należy natomiast przytoczyć wyr. KIO z dnia 19.10.2020 r. (KIO 2041/20), w którym podnosi się, iż *„w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (*[*art. 3531*](https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mfrxilrtg4ytknjrgeztaltqmfyc4njvheytknzugm)*KC) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ZamPublU, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego (np. wyrok**[KIO 283/14](https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mrswglrsha2toobugi2do)). Na gruncie ZamPublU dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy we Wrocławiu, który w wyroku o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.”*

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

**Pytanie 3:**

„Wnosimy o modyfikację § 6 ust. 4 pkt 1) poprzez dodanie do niej lit. c) o treści: „zmiany w czasie obowiązywania Umowy kursu dolara amerykańskiego w stosunku do polskiego złotego o co najmniej 5%”UZASADNIENIE: Zmiana zaproponowana przez Wykonawcę jest odpowiedzią na czynniki niezależne od Wykonawcy, a mające realny wpływ na cenę wyrobów dostarczanych w ramach umowy przetargowej. Należy podkreślić, że Wykonawca nie powinien być w całości i samodzielnie obciążany ryzykiem zmiany stosunków gospodarczych, a tym samym zobowiązany do realizowania umowy po rażąco niskich cenach.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Uzasadnienie:** Proponowana przez Wykonawcę zmiana nie ma sensu w świetle postanowień umowy, gdyż § 6 ust. 4 umowy nie zawiera w sobie pkt 1), a ponadto, dotyczy on kwestii związanych z gwarancją, podczas gdy Wykonawca wyraźnie zmierza do rozszerzenia możliwości zmiany umowy.

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

**Pytanie 4:**

„Wnosimy o modyfikację § 7 ust. 1 projektu umowy poprzez dookreślenie, że kara umowna nim przewidziana naliczana będzie w przypadku zwłoki nie opóźnienia. UZASADNIENIE: Zgodnie z treścią art. 433 ustawy z dnia 11 września 2019 roku prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2019 ze zm.) naliczanie kar umownych za opóźnienie stanowi przykład klauzuli abuzywnej tj. niedopuszczalnej w umowach w sprawie zamówienia publicznego. W świetle art. 471 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. 2018 poz. 1025, ze zm., dalej jako: „Kodeks cywilny”), określającego podstawową zasadę odpowiedzialności kontraktowej, wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkodę (i jest zobowiązanym do jej naprawienia), która jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi. Zatem co do zasady projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, czyli każde przekroczenie wymaganego w umowie terminu na wykonanie zobowiązania, a w przypadku gdy termin w umowie nie jest oznaczony – niezwłocznie po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Odpowiedzialność ta zasadniczo powinna być ustalana za zwłokę, czyli kwalifikowane opóźnienie – zawinione bezpośrednio przez dłużnika lub osoby, którymi posługuje się on przy wykonaniu zobowiązania bądź powstałe z innych okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 476 Kodeksu Cywilnego).”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Uzasadnieni**e: Proponowana przez Wykonawcę zmiana nie ma sensu w świetle postanowień umowy, gdyż § 7 ust. 1 projektu umowy wyraźnie stanowi, że kara umowna może być nakładana w wypadku zaistnienia zwłoki po stronie Wykonawcy („W przypadku, gdy Wykonawca dopuszcza się zwłoki w: (…)”). Późniejsze użycie w tym paragrafie zwrotu opóźnienie ((…)„za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do wskazanych wyżej terminów umownych.”) nie zmienia faktu, że kara umowna może być nakładana jedynie w przypadku zwłoki.

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

**Pytanie 5:**

„Wnosimy o modyfikację § 7 ust. 2 projektu umowy poprzez obniżenie przewidzianej nim kary umownej do 5% wartości niezrealizowanego przedmiotu umowy. UZASADNIENIE: Podkreślamy, że Zamawiający kształtując wysokość kar umownych w projekcie umowy powinien mieć na uwadze, że wysokość ta nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 roku prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). Kara umowna jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę**.**

**Uzasadnienie:** Wykonawca nie wyjaśnia, dlaczego, w jego opinii, kara umowna w zastrzeżonej wysokości miałaby prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego lub naruszać zasadę proporcjonalności. Zdaniem Zamawiającego zarzut taki jest nieuzasadniony i nie może być, z wyjątkiem przypadków jaskrawej dysproporcji (z którą to w omawianym wypadku nie mamy do czynienia), stawiany a priori, bowiem to, czy kara umowna ma charakter rażąco wygórowanej, zależy od wielu towarzyszących sprawie okoliczności, takich jak, między innymi, wysokość poniesionej przez Zamawiającego szkody, stopień wykonania umowy, czy też stosunek kary umownej do wartości wynagrodzenia (por. wyr. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14.08.2014 r., I ACa 351/14; wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17.05.2016 r., VI ACa 611/15; wyr. Sądu Najwyższego z 14.01.2016 r., IV CSK 223/15). Co więcej, należy zwrócić uwagę, że gdyby w danym przypadku, ze względu na okoliczności, zastrzeżona kara umowna rzeczywiście była rażąco wygórowana, Wykonawca może skorzystać z instytucji jej miarkowania (art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego), co zdaniem Zamawiającego w wystarczający sposób zabezpiecza interes Wykonawcy.

Wykonawca nie wyjaśnia również, dlaczego kara umowna w zaproponowanej przez niego wysokości byłaby bardziej odpowiednia. W opinii Zamawiającego byłaby ona zbyt niska, przez co nie spełniałaby ona ani funkcji kompensacyjnej, ani stymulująco-represyjnej (zob. wyr. Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21.05.2013 r., V ACa 229/13; wyr. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 07.02.2013 r., I ACa 1107/12), a tym samym nie zabezpieczała należycie interesów Zamawiającego.

Należy wreszcie zauważyć, że wysokość omawianej kary umownej równoważona jest wysokością kary umownej zastrzeżonej na rzecz Wykonawcy (§ 7 ust. 3 umowy).

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

**Pytanie 6:**

„Wnosimy o modyfikację § 8 ust. 2 lit f. projektu umowy poprzez nadanie mu jej następującej treści: „zmiany stawki podatku VAT na wyroby będące przedmiotem zamówienia, cena ulegnie zmianie z dniem wejścia w życie aktu prawnego określającego zmianę stawki VAT, z zastrzeżeniem, że zmianie ulegnie wówczas wyłącznie cena brutto, cena netto pozostanie bez zmian. Zmiana umowy w tym przypadku nastąpi automatycznie i nie wymaga formy aneksu.” UZASADNIENIE: Wysokość stawki podatku VAT na wyroby będące przedmiotem zamówienia jest czynnikiem cenotwórczym, niezależnym do swobodnego uznania i woli Stron. Zmiana stawki podatku VAT następuje bowiem w drodze zmiany właściwej ustawy, w dniu oznaczonym przez ustawodawcę, a Strony nie mogą się uchylać od jej skutków i zobowiązane są ponosić związane z nią koszty w terminach i na zasadach określonych przez ustawodawcę. W ocenie Wykonawcy, w kontekście powyższego, obciążanie Wykonawcy skutkami tejże zmiany lub skutkami ewentualnego opóźnienia w jej wprowadzaniu, tj. uzależnieniem zmiany ceny brutto w związku ze zmianą stawki podatku VAT od podpisania stosownego aneksu do umowy, stoi w sprzeczności z przepisami podatkowymi. W związku z powyższym wnosimy o zmianę, jak powyżej.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę**.**

**Uzasadnienie:** Umowa o zamówienie publiczne zawierana jest w formie pisemnej, pod rygorem nieważności ([art. 432 UPZP](https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mfrxilrtg4ytenzzgu2tcltqmfyc4nbug44doojugi&refSource=hyplink)). Zatem zmiana umowy o zamówienie publiczne powinna być dokonana także w formie pisemnej, pod rygorem nieważności. Wynika to z przepisu [art. 77 § 1](https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mfrxilrtg4ytemzwgu2taltqmfyc4nbtga4domzyhe&refSource=hyplink) KC stanowiącego, że uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że niniejsza Umowa zawierana jest na okres maksymalnie 12 miesięcy, a zmiany stawek VAT w Polsce następują relatywnie rzadko i zawsze z co najmniej kilkumiesięcznym wyprzedzeniem, stąd ryzyko, że Wykonawca musiałby ponieść negatywne skutki braku zawarcia aneksu do umowy w odpowiednim czasie jest niezwykle niskie. Co więcej, Zamawiający nie zamierza się uchylać od niezwłocznego aneksowania umowy w powyższym zakresie, gdyż nie może on zakupić towarów ze stawką VAT inną, niż powszechnie obowiązująca, a jednocześnie żadna ze stron nie może jednostronnie zmienić cen objętych ofertą towarów. W praktyce więc umowa taka byłaby niewykonywalna, co nie leży również w interesie Zamawiającego.

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

**Pytanie 7:**

„Wnosimy o modyfikację § 8 ust. 3 projektu umowy poprzez dodanie do jego treści: „z zastrzeżeniem wyjątków umową przewidzianych.”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę**.**

**Uzasadnienie:** Wykonawca nie precyzuje do jakich przewidzianych w umowie wyjątków miałoby się odnosić omawiane zastrzeżenie, przy czym w ocenie Zamawiającego w umowie nie występują żadne wyjątki od reguł określonych w tym przepisie. Jeżeli zaś celem proponowanej przez Wykonawcę zmiany miało być wyjątek w postaci automatycznej zmiany stawki VAT, to propozycja takiej zmiany została odrzucona, stąd również omawiana propozycja zmiany musi zostać odrzucona.

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

**Pytanie 8:**

„Wnosimy o modyfikację § 8 projektu umowy poprzez dodanie ust. 4 o treści: „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany ceny w przypadku zmiany cen producenta lub w przypadku zmiany
w czasie trwania umowy kursu dolara amerykańskiego w stosunku do złotego o co najmniej 5%.
W takim przypadku zmiana umowy nastąpi w formie aneksu.” UZASADNIENIE: Zmiana zaproponowana przez Wykonawcę jest odpowiedzią na czynniki niezależne od Wykonawcy, a mające realny wpływ na cenę wyrobów dostarczanych w ramach umowy przetargowej. Należy podkreślić, że Wykonawca nie powinien być w całości i samodzielnie obciążany ryzykiem zmiany stosunków gospodarczych, a tym samym zobowiązany do realizowania umowy po rażąco niskich cenach.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę**.**

**Uzasadnienie:** Po pierwsze, proponowane postanowienie nie spełnia wymogu określenia jej zakresu (art. 455 ust. 1 pkt 1 lit. a) UPZP) – Wykonawca nie proponuje bowiem w jakim zakresie (o jaką kwotę) cena miałaby ulec zmianie.

Po wtóre, Wykonawca nie może obciążać Zamawiającego ryzykiem gospodarczym związanym z prowadzoną przez siebie działalnością. Już na etapie składania ofert Wykonawcy znana jest szacunkowa ilość zamawianego towaru, stąd decydując się na złożenie oferty Wykonawca powinien zabezpieczyć odpowiednią ilość towaru (poprzez jego wcześniejszy zakup po niższej cenie lub odpowiedni zapis w umowie ze swoim dostawcą), który pozwoli mu na realizację przedmiotu umowy z założonym zyskiem, tym bardziej, że projektowana umowa ma być wykonywana w relatywnie krótkim okresie (12 miesięcy). Na marginesie Zamawiający zwraca uwagę, że w polskim porządku prawnym zastosowanie znajduje klauzula nadzwyczajnej zmiany stosunków (art. 3571 KC), która w ocenie Zamawiającego należycie chroni interes Wykonawcy.

Po trzecie, umowa dotycząca zmówienia publicznego powinna ustanawiać jednolite warunki dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Tymczasem proponowana zmiana, w zakresie, w jakim odnosi się ona do zmiany kursu waluty obcej, powinna znaleźć zastosowanie jedynie w stosunku do tych wykonawców, którzy importują swoje towary z zagranicy, a w związku z tym ich działalność jest podatna na wahania kursów walut. Wykonawcy, którzy opierają się na produkcji krajowej, nie powinni mieć możliwości zmiany ceny z powołaniem się na omawiany przypadek, ponieważ w ich wypadku wahania kursów walut nie mają przełożenia na ich marżę. Z drugiej strony nie udzielenie im takiego prawa stanowiłoby naruszenie zasady równości stron postępowania.

Z powyższych względów wniosek Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

Pozostałe zapisy swz pozostają bez zmian.

**DYREKTOR**

**Uniwersyteckiej Kliniki Stomatologicznej w Krakowie**

***Marek Szwarczyński***

…………………………………….

Kierownik zamawiającego lub osoba upoważniona do podejmowania czynności w jego imieniu