

Warszawa, 18 września 2024 r.

Znak sprawy: 30/PN/2024/US

Strona internetowa prowadzonego postępowania
<https://platformazakupowa.pl/pn/spartanska>

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa leków biologicznych”

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie, informuje, że wpłynęły pytania do treści SWZ. Działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej: ustawa Pzp, Zamawiający udziela wyjaśnień treści SWZ.

Pytanie nr 1

Z uwagi na to, że umowa dla części nr 2 i 4 zawierana będzie na okres 12 miesięcy z możliwością jej przedłużenia, zgodnie z art. 436 pkt 4) PZP prosimy o uzupełnienie wzoru umowy o jego obligatoryjne elementy takie jak:

- a. określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego oraz
- b. określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079).

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Zamawiający wskazuje, że przepis art. 436 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, który należy rozumieć jako pierwotny okres na jaki została zawarta umowa. Dopuszczenie w zapisach umownych możliwości wydłużenia terminu obowiązywania umowy (co jest zdarzeniem przyszłym niepewnym) nie obliguje Zamawiającego do zawarcia w umowie klauzul dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp.

Pytanie nr 2

Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację §4 ust. 1 poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu 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 §4 ust. 1 jest na tyle nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) KIO uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający ma obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały i jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia, co wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

W dodatku, z treści art. 31 ust. 2 PZP wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Ponadto, Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia na podstawie art. 99 ust. 1 PZP. Zalicza się do tego określenie ilości produktu, którego zakres Zamawiający zamierza zwiększyć, ponieważ w przypadku zamówienia na dostawy, opis przedmiotu zamówienia to nie tylko określenie rodzaju rzeczy, ale także jej liczby, wykonawca zaś musi wiedzieć, jaką ilość rzeczy ma zbyć lub być gotowy zbyć Zamawiającemu. Wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z art. 99 ust. 1 PZP. Chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj oraz ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowne, wprowadzone przez Zamawiającego, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 4 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Zgodnie z Rozdziałem XIX ust. 7 zd. 2 SWZ: „Cena oferty musi wynikać i być zgodna z ceną wyliczoną w formularzu asortymentowo-cenowym - **załącznik nr 2** do SWZ odpowiednio dla **Części nr 1-4**.” Podstawą do ustalenia ceny przez Wykonawcę powinien być formularz asortymentowo-cenowy - załącznik nr 2 do SWZ, w tym rodzaj i ilości asortymentu w nim zawarte.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że dokonał podziału zamówienia na części w taki sposób, że przedmiotem zamówienia w każdej części jest jedna substancja czynna. Formularz asortymentowo-cenowy (w zależności od części) liczy maksymalnie 3 pozycje, które różnią się dawką lub sposobem podania substancji. Takie produkty Wykonawcy pozyskują przeważnie od jednego producenta/dystrybutora. W ocenie Zamawiającego dostarczenie asortymentu wg bieżących potrzeb Zamawiającego, w ilościach odbiegających od podanych w formularzu asortymentowo-cenowym, nie powinno powodować trudności realizacyjnych po stronie Wykonawcy. Nie mamy tu do czynienia z wieloma substancjami, produktami itp., pozyskiwanymi z różnych źródeł, których dostarczenie w ilościach innych niż określone w umowie, mogłoby być problematyczne.

Ponadto Zamawiający w § 4 ust. 1 zd. 2 projektu umowy zawarł zastrzeżenie, że zmiany (zwiększenia i zmniejszenia) ilości wskazanych w formularzu asortymentowo-cenowym (niestanowiące zmiany umowy) mogą następować, o ile w ich wyniku nie zostaje przekroczona całkowita wartości Przedmiotu Umowy brutto, o której mowa w § 3 ust. 1 pkt 2.

Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w § 4 ust. 2 projektu umowy wskazał także minimalną wartość świadczenia stron, tj. 70% całkowitej wartości Przedmiotu Umowy brutto, o której mowa w § 3 ust. 1 pkt 2.

Zamawiający informuje również, że każde orzeczenie KIO należy rozpatrywać z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

Pytanie nr 3

Do §8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy: Prosimy o zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy w taki sposób aby wynosiła ona 10% wartości niezrealizowanej części umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 8 ust. 1 pkt 1 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że odniesienie się w zapisach dotyczących kar do wartości niezrealizowanej części umowy może być uznane, przy dochodzeniu ewentualnych roszczeń, jako brak należytego zastrzeżenia kary.

Pytanie nr 4

Do §8 ust. 1 pkt 2), 3), 4) wzoru umowy: Prosimy o zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej lub reklamowanej partii towaru (w tym towaru dostarczanego w trybie pilnym) poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 0,2% liczonej od wartości brutto niedostarczonego w terminie przedmiotu zamówienia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (oraz za każde 12 godzin dla dostawy pilnej). Dotychczasowy zapis powoduje wprowadzenie do umowy nierównych sankcji dla różnych Wykonawców, którzy za opóźnienie dostawy produktu o tej samej wartości mogą zostać ukarani drastycznie różnymi karami (zależnie od wartości zawartego kontraktu). Nadmieniamy przy tym, że faktyczna zwłoka dostawy może dotyczyć niewielkiej części zamówienia lub całego przedmiotu umowy (np. 5%) i nieuzasadnionym jest karanie wykonawcy również za część zamówienia dostarczoną terminowo.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 8 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że odniesienie się w zapisach dotyczących kar umownych do wartości niedostarczonego przedmiotu zamówienia może być uznane, przy dochodzeniu ewentualnych roszczeń, jako brak należytego zastrzeżenia kary.

Pytanie nr 5

Do §10 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy: Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że ewentualne przedłużenie terminu realizacji umowy wymagało będzie obopólnej zgody stron wyrażonej na piśmie w formie aneksu.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 10 ust. 1 pkt 3 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) bez zmian.

Zgodnie z § 17 ust. 3 projektu umowy wszelkie zmiany Umowy mogą być dokonane tylko w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem wyjątków wprost przewidzianych w jej treści. Zmiany umowy, o których mowa w § 10 ust. 1 pkt 3 projektu umowy, wymagają dla swej ważności formy pisemnej, tj. wymagają zawarcia przez strony aneksu do umowy.

Pytanie nr 6

Do §14 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §14 ust. pkt 2 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego, że poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia Strony ustalają na poziomie 12,5% poprzez zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 3%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego.

Uzasadniając powyższe w pierwszej kolejności wskazać należy, że §14 ust. pkt 2 wzoru umowy, ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 12,5%, w żadnym stopniu nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych 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. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 11% (co stanowi dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając 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 kwestionowane postanowienie winno zostać zmienione w zaproponowany sposób.

W tym miejscu – celem uzupełnienia treści uprzednio złożonego pytania – wskazujemy, że powyższy zarzut odnieść można również do §14 ust. 1 pkt 12) wzoru umowy, który także jawi się jako naruszający zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego. Dopiero zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy do 30% uznać będzie można za wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron.

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia – w ślad za uprzednio złożonym zapytaniem - że w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §14 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jaki 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.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy §15 ust. 1 pkt 2 i 12 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) dotyczące waloryzacji wynagrodzenia bez zmian oraz nie wyraża zgody na wprowadzenie zapisów dotyczących uprawnień do rozwiązania umowy w przypadku gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.

DYREKTOR
Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii
i Rehabilitacji w Warszawie

Izabela Marcewicz-Jendrysik

