



Warszawa, dnia 12.11.2024 r.

Pismo znak: DZP.26.39.PN.2024.03.JS

Zamawiający:

NARODOWY INSTYTUT
GERIATRII, REUMATOLOGII I REHABILITACJI
IM. PROF. DR HAB. MED. ELEONORY REICHER
ul. Spartańska 1, 02-637 Warszawa

Odpowiedzi na pytania – część 2

Dotyczy postępowania pn.:
Dostawa produktów leczniczych
oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego
z podziałem na 2 części
Sygnatura postępowania:
39/PN/2024/JS

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), – dalej: ustawa Pzp, wykonawcy zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.
W związku z powyższym, zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytanie 1:

Do §4 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o 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 tych zapisów 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 oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza 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 dostawę 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). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać

minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, jak również uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że chociaż Zamawiający dysponuje ograniczonymi możliwościami w zakresie precyzyjnego określenia zapotrzebowania na poszczególne produkty, a rodzaj i ilość towarów koniecznych do prawidłowego udzielania świadczeń zdrowotnych są uzależnione od różnych okoliczności, to jednak ich zaistnienie nie ma wpływu na zapisy umowy, które naruszają art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 4 PZP i art. 441 ust. 1 PZP. Izba potwierdziła, że norma wynikająca z art. 433 pkt 4 PZP, która zakazuje wprowadzania postanowień przewidujących możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz norma wynikająca z art. 441 ust. 1 PZP, która określa zasady korzystania z prawa opcji, nakazująca opisywać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Ponadto, żadne inne przepisy PZP nie ograniczają ani nie wyłączają zastosowania tych norm w przypadkach wystąpienia okoliczności mających wpływ na rodzaj i ilość towarów stanowiących zapotrzebowanie podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. KIO stwierdziła też, że wszelkie okoliczności, które powodują, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów będzie potrzebował, nie mogą powodować naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, który nakazuje jednoznacznie, wyczerpująco, dokładnie i zrozumiale opisać przedmiot zamówienia, w tym przypadku poprzez podanie liczby asortymentu, do której zamierza zmniejszyć lub zwiększyć zakres zamówienia w zakresie każdego produktu.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. W związku z tym, opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnację z niektórych pozycji asortymentu, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zauważyła, że możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. KIO wywnioskowała także, że gdy przedmiotem zamówienia są dostawy, opcja stanowi instrument, który pozwala Zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zmian w zakresie jego potrzeb, występujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ma więc możliwość zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy też powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z treści art. 433 pkt 4 PZP, natomiast w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z treścią rozdz. IV ust. 12 SWZ:

„Zamawiający zastrzega sobie możliwość dokonywania zmian ilości zamawianego asortymentu w ramach całkowitej wartości Przedmiotu Umowy brutto (w ramach danej części zamówienia).”

Jednocześnie zgodnie z treścią rozdz. IV ust. 11 SWZ:

*„Zamawiający zastrzega sobie prawo niepełnej realizacji umowy w zakresie danej części. Zamówienie realizowane będzie zgodnie z bieżącymi potrzebami Zamawiającego. **Wartość świadczenia stron nie będzie jednak niższa niż 70% całkowitej wartości Przedmiotu Umowy brutto (każdej z części zamówienia).**”*

Powyższe postanowienia zostały równolegle zawarte w § 4 projektu umowy. W ocenie Zamawiającego powyższe zapisy wypełniają dyspozycję art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający podtrzymuje postanowienia SWZ.

Pytanie 2:

Do §8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy w taki sposób, aby wynosiła ona 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SWZ.

Pytanie 3:

Do §8 ust. 1 pkt 2, 3, 4 wzoru umowy: Jakimi obiektywnymi względami uzasadnione jest obliczanie kary umownej za opóźnienie jako procentu od całej wartości danego przedmiotu umowy, skoro opóźnienie dotyczyłoby tylko pewnej części? Jednocześnie prosimy o rozważenie możliwości zmiany zapisu §8 ust. 1 pkt 2, 3, 4 wzoru umowy poprzez karę w wysokości 0,2% za każdy dzień zwłoki przy dostawach zwykłych i reklamacji lub 0,02% za każdą godzinę zwłoki przy dostawach na cito, ale liczonej od wartości NIEDOSTARCZONEGO przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu wskazujemy, iż dotychczasowy zapis powoduje wprowadzenie do umowy nierównych sankcji dla różnych Wykonawców. Za opóźnienie dostawy produktu o tej samej wartości, wykonawcy mogą zostać ukarani drastycznie różnymi karami (zależnie od wartości zawartej z Zamawiającym umowy). 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 podtrzymuje postanowienia SWZ.

Zamawiający podkreśla, że kary umowne wskazane w § 8 ust. 1 pkt 2-4 dotyczą zwłoki w wykonaniu umowy, a nie opóźnienia.

Odnosząc się do kwestii obliczania kary umownej za opóźnienie jako procentu od całej wartości danego przedmiotu umowy, skoro opóźnienie dotyczyłoby tylko pewnej części –

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (z wyłączeniem umów o roboty budowlane):

- 1) jednym z elementów umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 2) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy – umowa powinna określać wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ww. ustawy;

- 3) projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Biorąc pod uwagę, że ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych nie reguluje dalszych kwestii z naliczaniem kar umownych należy zastosować odpowiednio przepisy ustawy Kodeks cywilny (zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) (dalej: „KC”).

Zgodnie z art. 483 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez **zapłatę określonej sumy** (kara umowna). Zgodnie z wypracowaną doktryną i orzecznictwem:

„Konieczną treścią ważnej klauzuli zastrzegającej karę umowną jest określenie sumy stanowiącej karę umowną w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Przy oznaczaniu kary umownej dopuszcza się posługiwanie obiektywnymi miernikami wysokości np.: ułamkiem wartości rzeczy lub ułamkiem sumy, jeżeli ustalenie tej kwoty jest wyłącznie zabiegiem arytmetycznym. Zastosowanie konstrukcji prawnej, zakładającej ustalenie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej, nie jest zgodne z art. 483 § 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c. Istotne jest, aby zarówno strony, jak i sąd rozpoznający sprawę byli w stanie obliczyć wysokość kary umownej, która powinna być możliwa do ustalenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia.” [postanowienie SN z 29.09.2022 r., I CSK 798/22].

Także *Rekomendacje w zakresie formułowania postanowień umów dotyczących kar umownych* Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej wskazują, że:

*„Adekwatności kary umownej do skutków naruszenia zobowiązania sprzyja ustalenie jej wysokości w odniesieniu do wartości konkretnego zobowiązania, które zostało naruszone lub jego części (np. wartości niezrealizowanego elementu dostawy, etapu prac), a nie w oparciu o wartość całej umowy. **Należy jednak pamiętać, że określona w taki sposób wysokość kary umownej powinna być możliwa do wyliczenia na podstawie samej umowy.**”*

W niniejszym przypadku NIE JEST możliwe zastrzeżenie skutecznej kary umownej liczonej na podstawie wartości niezrealizowanej części zamówienia – żadna ze stron nie jest w stanie wyliczyć kary umownej na podstawie samej umowy bez sięgania do dodatkowych informacji, które mają charakter przyszły i niepewny.

Pytanie 4:

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

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SWZ i jednocześnie wyjaśnia, że 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, a więc dla swojej skuteczności zmiana będzie wymagała również zgody wykonawcy. Wnioskowana zmiana będzie więc stanowiła umowne *superfluum*.

Pytanie 5:

Do §15 wzoru umowy: Prosimy o zmianę treści §15 ust. 1 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.

Wskazać należy, że §15 ust. 1 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 §15 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 20% uznać będzie można za wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron.

Prosimy też o usunięcie §15 ust. 1 pkt 4, stanowiącego o wykazaniu wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na cenę lub koszt realizacji umowy poprzez przedstawienie takich dowodów jak: umowy z dostawcami, pisma od dostawców, faktury za nabywany asortyment. Uzależnienie uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia od przedłożenia przez Wykonawcę ww. dokumentów uznać należy za nieuprawnione w świetle art. 439 ust. 1 i 2 PZP. Orzecznictwo i doktryna wskazują, że zmiana wynagrodzenia winna być oparta o zmiany ceny materiałów lub kosztów określone wskaźnikiem obiektywnym, jednoznacznym, łatwo dostępnym, niezależnym od stron umowy, jak najbliższym 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 ogłaszanych w komunikacie Prezesa GUS, więc 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 zamówienia 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 przypisać zamiar zastosowania **automatyzmu właściwego dla instytucji waloryzacji**. Ponadto, wymóg ten może stanowić **naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa**, gdyż zgodnie z orzecznictwem KIO, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte m.in. kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (w tym ceny materiałów), stosowane rozwiązania organizacyjne.

Jednocześnie prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §15 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 podtrzymuje postanowienia SWZ i informuje, że nie wyraża zgody na wprowadzenie postanowień 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 Maciejewicz Jandrysiak

.....
Kierownik zamawiającego lub osoba upoważniona do
podejmowania czynności w jego imieniu