

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. 132 pkt. 1 ustawy Pzp na **"Dostawa Środków kontrastowych, płynów infuzyjnych i produktów leczniczych dla potrzeb Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Bytomiu"** – znak sprawy **4/4PN/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 2021r. poz. 1129 z późn. zm.), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie nr 2

Pytania do wzoru umowy:

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 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?

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:

Nie, umowa obowiązuje tylko na 12 miesięcy, 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 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:

Zamawiający określił przedmiot zamówienia na podstawie danych historycznych i tak będzie realizowane zamówienie. Jednak biorąc pod uwagę różnorodność oddziałów jak i pacjentów a także okres pandemii, Zamawiający na tym etapie do wszystkich pakietów zobowiązać się do zakupu określonych ilości.

3. Do §3 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru

Kupującemu."

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

4. 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 dotyczy tylko niedostarczonej części towaru.

5. 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 jest to Wykonawca zostanie poinformowany pisemnie, a nota ma obciążający takiej płatności i dopiero wtedy może nastąpić potrącenie co wyklucza automatyczne, ci Wykonawcy jeżeli nie zgadza się z notą przysługują środki odwoławcze.

6. 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:

Wszystkie sprawy związane z odstąpieniem od umowy są przekazywane w formie pisemnej co łączy się z dodatkowym marginesem czasowym.

7. Do §10 ust. 3 lit. c) wzoru umowy. Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika preparatu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę? Ponadto, prosimy o określenie czy Zamawiający dopuści dostawę równoważnika również w przypadku wystąpienia innych niż wymienione w umowie okoliczności powodujących brak oferowanego asortymentu w obrocie?

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę w przypadku braku towaru przy zachowaniu ceny.

8. Do §10 ust. 6 wzoru umowy: Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę § 10 ust. 6 wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany:

- 1) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 2) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

3) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie o pracowniczych planach kapitałowych

- wraz z określeniem procedury dokonania ww. zmiany, albowiem wprowadzenie ww. postanowienia do treści umowy przetargowej stanowi warunek konieczny dla zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron oraz równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego?

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Zdaje się, że Zamawiający zamierzał wprowadzić przedmiotowe postanowienia dotyczące zmiany wynagrodzenia w § 10 ust. 6 natomiast działania te zostały niedokończone - wprowadzono jedynie pkt 1 (bez dalszych punktów) i ono samo też zdaje się, jest niezakończone (na końcu zdania jest przecinek).

Jednocześnie zwracamy uwagę, że we wzorze umowy przetargowej brak jest postanowienia w przedmiocie okresu obowiązywania umowy oraz wnosimy o stosowne uzupełnienie § 3 ust. 1 wzoru umowy w tym zakresie.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Na okres 12 miesięcy.

Zamawiający

