

***Wykonawcy biorący udział w
postępowaniu***

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego objętego ustawą Prawo zamówień publicznych pn.: „Dostawa piasku podsadzkowego dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. - nr grupy 142-3” – nr postępowania 702600143.

Działając w oparciu o art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. Zamawiający odpowiada na zapytanie do treści specyfikacji warunków zamówienia złożone przez Wykonawcę. Pytania i odpowiedzi przedstawiają się następująco:

Pytanie nr 1:

„Ponownie wnosimy o określenie sumy maksymalnego dobowego wolumenu dostaw do wszystkich Oddziałów wskazanych w załączniku do ww. projektu umowy.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w ww. piśmie nie rozwiązuje problemu wskazanego w pytaniu i w istocie potwierdza istnienie istotnego ryzyka kontraktowego po stronie wykonawcy.

Po pierwsze, Zamawiający nie odniósł się w ogóle do kluczowej kwestii, tj. braku określenia maksymalnego dobowego wolumenu dostaw. Wskazanie, że dostawy będą realizowane sukcesywnie, zgodnie z rzeczywistymi potrzebami”, ma charakter ogólny i nie stanowi ograniczenia ilościowego. W praktyce oznacza to pozostawienie Zamawiającemu pełnej swobody w kształtowaniu harmonogramu dostaw, w tym możliwość skumulowania znacznej części zamówienia w bardzo krótkim czasie.

Po drugie, odesłanie do § 8 pkt 4 projektu umowy (dotyczącego terminu realizacji) nie eliminuje wskazanego ryzyka. Określenie późniejszego terminu realizacji pojedynczego zamówienia nie jest tożsame z określeniem maksymalnego dziennego wolumenu dostaw. W dalszym ciągu możliwa pozostaje sytuacja, w której Zamawiający złoży zamówienie na bardzo dużą ilość materiału z relatywnie krótkim terminem realizacji, co wymaga od wykonawcy zaangażowania zasobów w skali niewspółmiernej do typowych warunków rynkowych.

Po trzecie, przywołanie mechanizmu składania zamówień (Portal Dostawcy, powiadomienia mailowe) ma charakter wyłącznie techniczny i nie odnosi się do istoty problemu, tj. zakresu i intensywności świadczenia. Sam sposób przekazywania zamówień nie ogranicza ich wolumenu ani częstotliwości.

Po czwarte, wskazanie, że w umowie zostaną wyznaczone osoby do koordynacji dostaw, również nie ma znaczenia normatywnego dla zakresu obowiązków wykonawcy. Koordynacja nie zastępuje określenia parametrów realizacyjnych zamówienia i nie stanowi mechanizmu ograniczającego skalę zobowiązania.

W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie tylko nie usunął wskazanej w pytaniu wątpliwości, ale w istocie potwierdził, że:

- nie przewiduje żadnego limitu dobowego dostaw,
- pozostawia sobie pełną swobodę w zakresie kształtowania harmonogramu,
- przerzuca na wykonawcę ryzyko zapewnienia zdolności realizacyjnej na poziomie potencjalnie

nieograniczonym.

Taka konstrukcja zobowiązania prowadzi do konieczności zabezpieczenia przez wykonawcę nadmiarowych zasobów (transportowych, sprzętowych i kadrowych), które w praktyce mogą nie być wykorzystywane, ale muszą zostać uwzględnione w cenie ofertowej. W efekcie wpływa to bezpośrednio na wysokość ofert oraz ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do jego realizacji w warunkach standardowych, lecz nie są w stanie zagwarantować realizacji skumulowanych dostaw w skrajnie krótkim czasie.

Na marginesie wskazujemy, że Zamawiający dokonał analogicznych zmian w SWZ w tożsamym postępowaniu w 2023 r., nr postępowania 702202282. Zamawiający dokonał wówczas odpowiedniej modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowienia: „Suma wolumenów dostaw z wszystkich zamówień dotyczących danej doby nie może przekraczać 400m³.”

Podobne rozwiązanie przyjęto w tożsamym postępowaniu w 2024 r., nr postępowania 702401501, dopisując do ww. postanowienia zdanie: „Dopuszcza się zwiększenie wolumenu za zgodą Wykonawcy, w przypadku zaistnienia nagłego zdarzenia w kopalniach Spółki.” Ww. postanowienie znajduje się w obowiązującej między Wykonawcą a Zamawiającym umowie na dostawę piasku podsadzkowego - § 4 ust. 7 umowy.”

Pytanie nr 2:

„Ponownie wnosimy o określenie maksymalnego terminu realizacji dostaw wykraczającego poza termin obowiązywania umowy.

W ocenie Wykonawcy aktualne brzmienie projektu umowy pozwala Zamawiającemu na złożenie zamówienia np. w ostatnim dniu obowiązywania umowy i wyznaczenie terminu realizacji na kilka miesięcy w przód - po terminie obowiązywania umowy. Przedmiot zamówienia opisany w taki sposób nie jest więc jednoznaczny i wyczerpujący, co jest sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko Zamawiającego, sprowadzające się wyłącznie do podtrzymania zapisów SWZ, nie stanowi merytorycznej odpowiedzi na zgłoszoną wątpliwość i nie eliminuje ryzyka wynikającego z konstrukcji projektowanych postanowień umowy.

Zamawiający nie odniósł się do kwestii kluczowej, tj. braku określenia maksymalnego terminu realizacji dostaw wykraczającego poza okres obowiązywania umowy. W konsekwencji aktualne brzmienie dokumentacji dopuszcza sytuację, w której:

- zamówienie zostanie złożone pod koniec obowiązywania umowy,
- a jego realizacja będzie trwała w nieokreślonym czasie po jej wygaśnięciu.

Taki stan prowadzi do istotnej niepewności po stronie wykonawcy co do rzeczywistego okresu związania zobowiązaniem oraz zakresu ryzyk kontraktowych. W praktyce oznacza to, że wykonawca, kalkulując ofertę, nie jest w stanie określić horyzontu czasowego realizacji zamówienia, a tym samym prawidłowo oszacować kosztów związanych m.in. z dostępnością zasobów, organizacją transportu czy utrzymaniem zdolności wykonawczej.

Brak określenia maksymalnego terminu realizacji dostaw po zakończeniu obowiązywania umowy prowadzi również do sytuacji, w której zakres świadczenia wykonawcy nie jest dostatecznie sprecyzowany w wymiarze czasowym. Zamawiający pozostawia sobie w tym zakresie pełną swobodę, co w istocie oznacza przerzucenie na wykonawcę nieograniczonego ryzyka związanego z wydłużeniem okresu realizacji zamówienia.

Tego rodzaju konstrukcja postanowień umownych narusza standard przewidywalności i jednoznaczności zobowiązania oraz pozostaje sprzeczna z zasadą proporcjonalności, gdyż wykracza poza to, co jest niezbędne do zabezpieczenia interesu Zamawiającego. Zamawiający może bowiem w sposób znacznie mniej dolegliwy dla wykonawców osiągnąć ten sam cel poprzez wprowadzenie maksymalnego, jasno określonego okresu realizacji dostaw po zakończeniu obowiązywania umowy.

W konsekwencji brak doprecyzowania tej kwestii wpływa bezpośrednio na możliwość rzetelnego skalkulowania oferty.

Na marginesie wskazujemy, że Zamawiający dokonał analogicznych zmian w SWZ w tożsamym

postępowaniu w 2023 r., nr postępowania 702202282. Zamawiający wskazał wówczas, że termin realizacji dostaw wykraczający poza okres obowiązywania umowy będzie wynosił maksymalnie 3 miesiące. Podobne rozwiązanie przyjęto w tożsamym postępowaniu w 2024 r., nr postępowania 702401501. Co więcej analogiczne postanowienie znajduje się w obowiązującej między Wykonawcą a Zamawiającym umowie na dostawy piasku podsadzkowego - § 4 ust. 6 umowy."

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający działając w oparciu o art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych zmienia treść Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie § 4 Załącznika nr 9 do SWZ, który otrzymuje brzmienie j.n.

§ 4

REALIZACJA PRZEDMIOTU UMOWY

1. Do realizacji niniejszej umowy zastosowanie mają – w zakresie w jakim nie są zmieniane lub uchylane niniejszą umową – Ogólne Warunki Zakupu i Realizacji Dostaw materiałów, wyrobów i części zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A., stanowiące integralną część niniejszej umowy (Załącznik Nr 3 do umowy).
2. Dla określenia ilości oraz terminu dostaw, Zamawiający składać będzie Wykonawcy stosowne zamówienia. W przypadku przekazywania zamówień w formie elektronicznej zamówienia publikowane będą w „Portalu Dostawcy” co jest równoznaczne z dostarczeniem zamówienia.
Operacja ta połączona jest z automatycznym wysyłaniem Wykonawcy informacji o opublikowaniu zamówienia na adres poczty elektronicznej Wykonawcy wskazany w Załączniku Nr 2 pkt 6 do umowy. Ewentualna zmiana adresu e-mail nastąpi na pisemny wniosek Wykonawcy zgodnie z wzorem podanym na stronie: <https://dostawca-pgg.coig.biz>. Przedmiotowa zmiana nie wymaga aneksu do umowy.
3. Wykonawca oświadcza, że spełnia warunki, wymagane przez Zamawiającego, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej o ile wynika to z odrębnych przepisów.
4. W przypadku oferty wspólnej Wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.
5. Strony umowy postanawiają, że w trakcie obowiązywania niniejszej umowy ilości zamawianych towarów w ramach poszczególnych pozycji asortymentowych będą wynikały z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i mogą ulec zmianie w stosunku do określonych w Załączniku Nr 1 z zastrzeżeniem, że całkowita wartość dostaw nie przekroczy wartości umowy.
6. Łączna maksymalna wysokość kar umownych określonych w Ogólnych Warunkach Zakupu i Realizacji Dostaw materiałów, wyrobów i części zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A., stanowiących integralną część niniejszej umowy (Załącznik Nr 3 do umowy), nie może przekroczyć wartości umowy
7. Jednorazowa dostawa powinna wynosić nie mniej niż 15 m³ piasku.
8. **Maksymalny termin realizacji dostaw wykraczający poza okres obowiązywania umowy wynosi 3 miesiące.**
9. **Suma wolumenów dostaw z wszystkich zamówień dotyczących danej doby nie może przekraczać 400m³. Dopuszcza się zwiększenie wolumenu za zgodą Wykonawcy, w przypadku zaistnienia nagłego zdarzenia w kopalniach Spółki.**