



POWIAT
KIELECKI



Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka

Szpital Specjalistyczny w Kielcach

25-371 Kielce ul. Prosta 30

tel. 41 2013 800 tel. sekretariat: 41 2013 802 fax: 41 2013 999

szpitalprosta.pl

e-mail: szpital@szpgin.kielce.pl

NIP: 657-17-41-141 REGON: 290503911 KRS: 0000125437

PEKAO Bank Pekao S.A. 69 1240 4416 1111 0000 4963 3393

Znak sprawy: SAG ZP-18/2023

Kielce, dn. 29.12.2023r.

**Do wszystkich zainteresowanych,
którzy pobrali SWZ**

ODPOWIEDZI NA WNIOSKI WYKONAWCÓW II

**Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę
leków różnych**

Zamawiający – Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka – Szpital Specjalistyczny w Kielcach, udziela odpowiedzi na wnioski Wykonawców złożone w przedmiotowym postępowaniu oraz działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 poz. 1605) dokonuje wyjaśnień treści SWZ:

1. Do §4 ust. 10 i §11 ust. 3 d) wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §4 ust. 10 i §11 ust. 3 d) , poprzez 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 §4 ust. 10 i §11 ust. 3 d) wzoru umowy są na tyle ogólne i nieprecyzyjne, że na ich podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty. Po pierwsze, 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 nie 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. Po drugie, zamawiający przyznając sobie uprawnienie do zamawiania ilości większych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie w umowie przetargowej, bez względu na zastosowane nazewnictwo, zastrzega sobie de facto prawo opcji. Zgodnie z regulacją art. 441 ust. 1 oraz ust. 2 PZP, aby skutecznie zastrzec prawo opcji, Zamawiający bezwzględnie zobowiązany jest opisać je w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień, a tym samym spełnić łącznie trzy wskazane przez ustawodawcę przesłanki: określić rodzaj i maksymalną wielkość opcji oraz określić okoliczności skorzystania z niej, a przy tym nie może za pomocą opcji doprowadzić do modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Spośród wyżej wymienionych warunków, Zamawiający szczególnie



POWIAT
KIELECKI



Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka

Szpital Specjalistyczny w Kielcach

25-371 Kielce ul. Prosta 30

tel. 41 2013 800 tel. sekretariat: 41 2013 802 fax: 41 2013 999

szpitalprosta.pl

e-mail: szpital@szpgin.kielce.pl

NIP: 657-17-41-141 REGON: 290503911 KRS: 0000125437

PEKAO Bank Pekao S.A. 69 1240 4416 1111 0000 4963 3393

zaniedbał obowiązek ustalenia górnej granicy wprowadzonego prawa opcji, pozostawiając w tym zakresie sobie (i tylko sobie) zupełną dowolność. Biorąc więc pod uwagę dosadne brzmienie ust. 2 (art. 441 PZP), nawet jeśli Zamawiający, w trakcie realizacji umowy przetargowej, podejmie próbę skorzystania z tak dalece niedookreślonego i nieprawidłowo skonstruowanego prawa opcji, to taka czynność, jako dokonana z naruszeniem art. 441 ust. 1 podlegała będzie unieważnieniu, a Wykonawca nie będzie miał żadnego obowiązku zrealizowania jej.

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

2. Do §8 ust. 2 wzoru umowy: Do treści §8 ust. 2 wzoru umowy prosimy o dodanie słów: „...jednak na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy.”

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

3. Do §10 ust. 1 i ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z projektu umowy zapisu §10 ust.6 jako niezgodnego z przepisem art. 433 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.), a także niezgodnego z normami współżycia społecznego, a co za tym idzie nie zasługujących na ochronę prawną. Wyjaśniamy, że rolą kar w zamówieniach publicznych jest ochrona interesów Zamawiającego w zakresie prawidłowych i terminowych dostaw przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zastrzegać kar umownych za realizację uprawnień podmiotowych wykonawcy jak również nie związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawiają ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

4. Do §10 ust. 4 wzoru umowy: Czy Zamawiający zrezygnuje z postanowienia zamieszczonego w §10 ust. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym: „Wykonawca oświadcza, że rezygnuje z pobierania rekompensaty, o której mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (tj. Dz.U. 2021 poz.424).”? Wykonawca wskazuje, że ww. postanowienie wzoru umowy jest obarczone bezpośrednio sankcją nieważności, co literalnie wynika z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, zgodnie z którym "Postanowienia umowy wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5, art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 4 i 4a, art. 10, art. 11 i art. 12, lub mające na celu obejście tych przepisów, są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy ustawy.". Przepis ten jasno stanowi, że strony umowy nie są upoważnione do ważnego w świetle prawa wyłączenia uprawnienia wierzyciela przewidzianego w art. 8 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy, co nadaje temu ostatniemu przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący). Nieważność postanowień sprzecznych z ww. ustawą wielokrotnie potwierdzały również sądy powszechne, m.in. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 26.04.2016 r. (sygn. II C 561/15), Sądu Okręgowego w Radomiu z 16.06.2016 r. (sygn. I C 435/16), Sądu Okręgowego w Łodzi z 20.10.2017 r. (sygn. III Ca 984/17). W doktrynie także powszechnie podnosi się, że „Za niedopuszczalne należy uznać postanowienia umowne abstrakcyjnie wyłączające



POWIAT
KIELECKI



Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka

Szpital Specjalistyczny w Kielcach

25-371 Kielce ul. Prosta 30

tel. 41 2013 800 tel. sekretariat: 41 2013 802 fax: 41 2013 999

szpitalprosta.pl

e-mail: szpital@szpgin.kielce.pl

NIP: 657-17-41-141 REGON: 290503911 KRS: 0000125437

PEKAO Bank Pekao S.A. 69 1240 4416 1111 0000 4963 3393

lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, tzn. przyjęte przez strony jeszcze przed powstaniem określonego uprawnienia lub obowiązku” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, red. Osajda 2021, wyd. 4/B. Ostrzechowski/K. Riedl). Ponadto, wprost uznaje się, że: „Celem normy wyrażonej w art. 13 TransHandlZapU jest zapobieżenie sytuacji, w której jedna ze stron (dłużnik) transakcji handlowej wykorzystując przewagę negocjacyjną, wymusza na drugiej stronie (wierzycielu) odpowiednie postanowienia umowne, które uszczuplają bądź nawet wyłączają uprawnienia wierzyciela bądź obowiązki dłużnika przewidziane w art. 5, 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 4, 10, 11 i 12 TransHandlZapU” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych red. Osajda 2017, wyd. 1/Cudny) Podkreślić należy natomiast, za wyrokiem KIO z 12.06.2015 r. (KIO 1127/15, LEX nr 1805929), że: „SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności”. W konsekwencji, postanowienie takie, finalnie, zostanie uznane za nieważne w ewentualnym postępowaniu sądowym, stosownie do art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Stąd, Wykonawca wzywa Zamawiającego do nadania wzorowi umowy treści zgodnej z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa już na etapie postępowania przetargowego.

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

5. Do §11 ust. 3 b) i c) wzoru umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez wykonawcę?

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

6. Do §11 ust. 3 h) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 15% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w umowie? Wyjaśniamy, że możliwość taka została przewidziana w art. 48 ust. 1 zdanie wspólne in fine ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185).

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

7. Do §12 ust. 3 wzoru umowy: Zważywszy na fakt, iż warunkiem prawidłowo i skutecznie zastrzeżonej kary umownej jest precyzyjne i konkretnie wskazanie obowiązku strony, którego nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej, prosimy o wskazanie jakie okoliczności Zamawiający ma na myśli jako przypadki nienależytego wykonania umowy, skutkujące obowiązkiem zapłaty kary umownej przez Wykonawcę oraz ustanowienie konkretnego, zamkniętego katalogu tych okoliczności. Zamawiający wskazał, że obowiązek zapłaty kary umownej będzie dotyczył przypadków realizowania umowy nienależytego nie wskazując jednak zamkniętego uch



POWIAT
KIELECKI



Świętokrzyskie Centrum Matki i Noworodka

Szpital Specjalistyczny w Kielcach

25-371 Kielce ul. Prosta 30

tel. 41 2013 800 tel. sekretariat: 41 2013 802 fax: 41 2013 999

szpitalprosta.pl

e-mail: szpital@szpgin.kielce.pl

NIP: 657-17-41-141 REGON: 290503911 KRS: 0000125437

PEKAO Bank Pekao S.A. 69 1240 4416 1111 0000 4963 3393

katalogu. Określenie takie czyni tą klauzulę nieskuteczną, gdyż Wykonawca nie ma w istocie wiedzy jakie okoliczności mogą powodować wystawienie przez Zamawiającego not obciążeniowych.

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

8. Do §12 ust. 7 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmodyfikowanie zapisu poprzez zobligowanie Zamawiającego do wezwania zapłaty naliczonych kar np. poprzez wystawienie noty księgowej?

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ

DYREKTOR
R. Szpak
dr inż. Rafał Szpak