

Szpital Specjalistyczny nr 2
Batorego 15
41-902 Bytom

WYKONAWCY

ubiegający się o zamówienie publiczne

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie Tryb podstawowy bez negocjacji - art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na **"Dostawa albumin dla potrzeb Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Bytomiu"** – znak sprawy **15/15PN/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 1

1. Do §2 ust. 2 oraz §4 ust. 11 wzoru umowy: Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 2 i §4 ust. 11, poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu 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 produktów. Aktualna treść §2 ust. 2, §4 ust. 11 jest na tyle ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych i dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Ponadto, na podstawie art. 433 pkt 4 w zw. art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) powyższe zapisy należy uznać za postanowienia abuzywne, w sposób rażąco naruszające równowagę stron i dające Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, zwłaszcza przez każdorazowe dowolne ograniczenia wielkości zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych. Skoro treść 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 opisie przedmiotu zamówienia.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Ilość jest szacowana na danych historycznych i w takiej wysokości zostanie zrealizowana.

2. Do §6 ust. 1 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.

3. Do §6 ust.3 projektu umowy. Ze względu na niejasność, prosimy o wyjaśnienie co Zamawiający

rozumie pod pojęciem „niewykonanie przedmiotu zgodnie z treścią złożonej oferty” i podanie przykładów.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Przykładowo brak realizacji zamówienia, niezgodność zamówionego towaru z dostawy, termin ważności albumin itp.

4. Do §7 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §7 ust. 3 in fine Umowy o treści: „[...] na koszt i ryzyko wykonawcy.” na zdanie następujące: „Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciąży Sprzedawcę” Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłby do niesłusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondek, red. K. Osajda, 2021 r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19). Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

5. 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 praktycznie w formie pisemnej co łączy się z dodatkowym marginesem czasowym.

6. 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 w przypadku towaru , przy zachowaniu ceny.

7. Do §10 ust.3 lit.e) projektu umowy prosimy o dopisanie:” o okres nie dłuższy niż 6 miesięcy”.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Wydłużenie terminu jest pisemne za zgodą obu stron w uzgodnieniu okresu nie ma powodu wpisywać konkretnej daty. Zapis jest z klauzulą „może” więc wymaga zgody oferenta.

8. Prosimy o uzupełnienie klauzuli waloryzacyjnej o wymagane w art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022, poz. 1710 ze zm.) elementy, w następujący sposób:

a. sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: w oparciu o skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS (potocznie inflacja) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji;

b. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy wyżej opisane obliczenie (suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS) wyniesie 5% lub więcej;

c. okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach;

d. maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 15% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.

Dodatkowo prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jak 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.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego:

Zamawiający zabezpiecza w budżecie Szpitala, środki finansowe według wartości przetargowej i nie posiada możliwości zwiększenia budżetu, co oznacza brak możliwości wyrażenia zgody na zmianę ceny.

Zamawiający