

Numer postępowania: **ZP-271-68/24**

Kraków, dnia: 05.11.2024 r.

WYJAŚNIENIA ORAZ ZMIANA TREŚCI SWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji - art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na **”Zakup sprzętu do diagnostyki patomorfologicznej”**.

Zamawiający, **Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Krakowie**, działając na podstawie art. 284 ust. 2, 6 w zw. z art. 286 ust. 1 i 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej ”SWZ”) wraz z wyjaśnieniami oraz informuje o dokonanych zmianach:

Pytanie nr 1

Zamawiający w SWZ pisze:

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za utratę źródła finansowania zakupu sprzętu finansowanego przez Ministra Zdrowia w przypadku nie dostarczenia, nie uruchomienia urządzenia, które Zamawiający rozumie jako rozpoczęcie udzielenia świadczeń zdrowotnych z jego wykorzystaniem w terminie zgodnym z umową

Oraz zapisach umowy §8

Zamawiający ma prawo dochodzić od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli wysokość poniesionej szkody przewyższy zastrzeżone kary umowne, a w szczególności odszkodowania do pełnej wysokości nie otrzymanej dotacji na zakup sprzętu/aparatury na podstawie umowy, o której mowa w §1 ust. 2 z powodu nie wykonania przez Wykonawcę dostawy sprzętu/aparatury w terminie, o którym mowa w §1 ust. 4.

zwracamy uwagę, że Projekt umowy zawiera postanowienia niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, które mogą spowodować utratę dofinansowania realizacji zamówienia przez Ministra Zdrowia i wskazuję, co następuje:

1. Twierdzenie o możliwości utraty dofinansowania opieram na postanowieniach dokumentu pn. „Informacja o ogólnych warunkach umowy Umowa nr.... na realizację programu wieloletniego pn. Narodowa Strategia Onkologiczna, w zakresie zadania pn.: „Zakup sprzętu

do diagnostyki patomorfologicznej” w 2024 r.”, (udostępnionego na stronie internetowej Ministerstwa Zdrowia o adresie <https://www.gov.pl/web/zdrowie/zakup-sprzetu-do-diagnostyki-patomorfologicznej-w-2024-r>, dalej – „Projekt umowy o dofinansowanie”), który stanowi wzór umowy o dofinansowanie, jaka zostanie zawarta pomiędzy Ministrem Zdrowia i Zamawiającym.

Klauzula § 9 ust. 3 pkt 2) Projektu umowy o dofinansowanie przewiduje, że umowa ta może zostać rozwiązana przez Ministra Zdrowia bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku „gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że w związku z realizacją zadania doszło do powstania poważnych nieprawidłowości lub naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności do popełnienia przestępstwa”. Tymczasem projekt umowy, stanowiący załącznik do SWZ dla Postępowania, zawiera postanowienia sprzeczne z powszechnie i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa – tj. przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, dalej – „PZP”).

Tymczasem projekt umowy w §8 zawiera sprzeczne postanowienia z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a konkretnie art. 433 pkt 3) PZP.

Przywołana powyżej klauzula §8 Projektu umowy stanowi, że w przypadku, gdy w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy Zamawiający poniesie szkodę majątkową w postaci utraty dofinansowania do zakupu przedmiotu zamówienia, Zamawiający ma prawo dochodzić od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli wysokość poniesionej szkody przewyższy zastrzeżone kary umowne, a w szczególności odszkodowania do pełnej wysokości nie otrzymanej dotacji na zakup sprzętu/aparatury na podstawie umowy, o której mowa w §1 ust. 2

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej – „KIO”) uznaje się, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek utraty dofinansowania pozyskanego na realizację przedmiotu zamówienia, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy w istocie niewykonanie takie (np. niewykonanie w terminie) może wywołać bądź wywoła skutek w postaci utraty udzielonego dofinansowania (tak wyrok KIO z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 500/22).

Tymczasem analiza Projektu umowy o dofinansowanie prowadzi do wniosku, że jedyną sankcją, jaką umowa ta przewiduje na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy o dofinansowanie, jest nałożenie na Zamawiającego kar umownych, co wprost wynika z § 7 ust. 1 Projektu umowy o dofinansowanie. Regulacja ta, w sytuacji niezrealizowania zadania w terminie określony w Projekcie umowy o dofinansowanie, przewiduje bowiem nałożenie na Zamawiającego kary umownej w wysokości 3% kwoty środków publicznych, przyznanych na realizację zamówienia, udzielanego w Postępowaniu.

Co więcej, katalog przesłanek uprawniających Ministra Zdrowia do wypowiedzenia umowy o dofinansowanie i żądania zwrotu kwoty odpowiadającej przekazanym środkom publicznym został

ukształtowany w odniesieniu wyłącznie do działań i zaniechań samego Zamawiającego. Zgodnie bowiem z:

- a. § 2 ust. 22 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1) – rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadku stwierdzenia przez Ministra Zdrowia wykorzystania dotacji niezgodnie z przeznaczeniem, pobrania dotacji celowej nienależnie lub w nadmiernej wysokości – wszystkie te okoliczności są stricte zależne od Zamawiającego, który określił wysokość kwoty wnioskowanej dotacji oraz podjął decyzje w zakresie sposobu rozdysponowania środków (zdecydował o wszczęciu Postępowania, ukształtował opis przedmiotu udzielanego w nim zamówienia itp.),
- b. § 9 ust. 3 pkt 2) – rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadku gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że w związku z realizacją zadania doszło do powstania poważnych nieprawidłowości lub naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności do popełnienia przestępstwa – przesłanki te zostaną spełnione np. w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z normami PZP, zawarcia w projekcie umowy postanowień sprzecznych z PZP (co występuje w niniejszej sytuacji), zaistnienia zmowy przetargowej, w której uczestniczyłby zamawiający – ponownie uznać trzeba, że wszystkie te okoliczności są stricte zależne od Zamawiającego,
- c. § 9 ust. 3 pkt 3) – rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadku uniemożliwiania lub stawiania przez Zamawiającego istotnych przeszkód w przeprowadzeniu przez Ministra Zdrowia kontroli, o której mowa w § 6 ust. 1 Projektu umowy o dofinansowanie – po raz kolejny jedynie działanie lub zaniechanie Zamawiającego może wywołać skutek w postaci utraty dofinansowania,
- d. § 9 ust. 3 pkt 4) – rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadku stwierdzenia, że Zamawiający, w celu uzyskania środków, złożył Ministrowi Zdrowia dokumenty lub oświadczenia, niezgodne ze stanem faktycznym lub prawnym,
- e. § 9 ust. 3 pkt 5) – rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadku niezastosowania się do zaleceń Ministra Zdrowia – zalecenia takie siłą rzeczy będą kierowane do Zamawiającego, jako strony umowy o dofinansowanie projektu, więc po raz kolejny przesłanka

rozwiązana umowy jest ściśle związana z zachowaniem samego Zamawiającego,

- f. § 9 ust. 3 pkt 6) – rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadku sytuacji wykorzystania sprzętu niezgodnie z § 2 ust. 8 Projektu umowy o dofinansowanie, w okresie pięciu lat od uruchomienia sprzętu będącego przedmiotem umowy oraz rozpoczęcia udzielania na nim świadczeń zdrowotnych na podstawie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zawartej z płatnikiem publicznym, tj. w sytuacji udzielania w tym okresie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej osobom innym niż uprawnionym do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 146), w tym osobom, o których mowa w art. 37 ust. 1 ustawy z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (Dz. U. z 2024 r. poz. 167), w ramach umowy zawartej przez Zamawiającego z publicznym płatnikiem – również ziszczenie się tej ostatniej już przesłanki rozwiązania umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym, zostało powiązane włącznie z zachowaniem Zamawiającego, pozostając poza jakąkolwiek kontrolą wykonawcy.

W kontekście wyżej przywołanych warunków rozwiązania umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym, zastrzeżenie przez Zamawiającego odszkodowania w § 8 Projektu umowy, jawi się jako klauzula abuzywna, o której mowa w art. 433 pkt 3) PZP.

Przywołany przepis art. 433 pkt 3) PZP stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Jak tymczasem zostało wykazane powyżej, w świetle konkretnych postanowień Projektu umowy o dofinansowanie, jedynie działania i zaniechania Zamawiającego mogą wywołać skutek w postaci wypowiedzenia umowy o dofinansowanie i konieczności zwrotu (wraz z odsetkami) udzielonych środków publicznych.

Pozostawiając w treści Projektu umowy zapisy, które w sposób jednoznaczny stanowią niedozwolone klauzule umowne w umowach o zamówienie publiczne, Zamawiający podejmuje ogromne ryzyko, stwierdzenia w toku kontroli, przeprowadzanej zgodnie z postanowieniami Projektu umowy o dofinansowanie, że w związku z realizacją zadania doszło do powstania poważnych nieprawidłowości lub naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów prawa, co stanowić będzie podstawę do rozwiązania umowy o dofinansowanie przez Ministra Zdrowia na podstawie § 9 ust. 3 pkt 2) Projektu umowy o dofinansowanie.

Na marginesie wypada również dodać, że obecność klauzuli abuzywnej w Projekcie umowy, znacząco rozszerzającej odpowiedzialność wykonawcy w całkowicie nieuprawniony sposób, z

prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością doprowadzi do złożenia ofert, uwzględniających ryzyko nałożenia tych kar, a zatem ofert o znacznie wyższych cenach, aniżeli możliwości finansowe Zamawiającego, co doprowadzi do konieczności unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) PZP. Unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) PZP nie będzie przy tym uprawniało Zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, dając wyłącznie potencjalną możliwość skrócenia terminu składania ofert. Skrócenie to, mając na uwadze inne terminy wynikające z PZP (w szczególności art. 126 ust. 1, art. 264 ust. 1 PZP) nie pozwoli przy tym na zrealizowanie zamówienia, stanowiącego przedmiot Postępowania oraz dokonanie zapłaty wynagrodzenia wybranemu wykonawcy, z zachowaniem terminów rozliczenia udzielonego dofinansowania, przewidzianych w Projekcie umowy o dofinansowanie, w szczególności w jej § 5.

Mając na uwadze całokształt wyżej podniesionych argumentów, a także znaczenie zakupu urządzeń medycznych, stanowiących przedmiot Postępowania dla działalności Zamawiającego, apeluję o przeanalizowanie zasadności zmiany § 8 Projektu umowy, celem usunięcia niezgodności z prawem tych postanowień.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje pkt 6 treści SWZ.

Zamawiający podtrzymuje zapisy Wzoru umowy – załącznik nr 3 do SWZ.

Pytanie nr 2

Dotyczy wzoru umowy:

Zamawiający w projekcie umowy, pisze: Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne w przypadku:

odstąpienia Zamawiającego od umowy z przyczyn, o których mowa w § 7 ust. 1 Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 20% łącznej wartości brutto przedmiotu umowy.

Wykonawca zwraca uwagę, iż kary umowne w umowach o zamówienie publiczne powinny zmierzać do zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy. Natomiast wykorzystywanie przez Zamawiającego, będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, które byłyby należne niezależnie od sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 k.c. granice swobody umów. Wysokość kar umownych winna pozostawać w korelacji ze szkodą, co zgodne jest z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 353¹ w zw. Z art. 361 § 1 i 2 w zw. Z art. 483 § 1 KC), a nie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się jednej strony umowy. Czy wobec powyższego, Zamawiający dopuszcza możliwość rewizji swojego stanowiska w zakresie kar umownych i stosownego ograniczenia ich wysokości, zakresu stosowania itp., tak by wprowadzić zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą i pozbawienia kar

umownych charakteru rażąco wygórowanych dokonując złagodzenia ich rangi do 10%?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Udzielone wyjaśnienia i zmiany SWZ są obowiązujące. Na stronie internetowej postępowania zamieszczone zostały załączniki, w których w ramach udzielonych odpowiedzi konieczne było wprowadzenie zmian.

Jednocześnie zawiadamiamy, iż wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania mają Państwo prawo wnieść odwołanie w terminach i formie określonej w Dziale IX ustawy Prawo zamówień publicznych.