SZSPOO.SZPiGM.3810/72/2024 Brzozów, dnia 19.09.2024r.

 **Dotyczy postępowania**

 **Dostawa produktów leczniczych**

 **Sygn. Sz.S.P.O.O. SZP 3810/72/2024**

 W związku z pytaniami złożonymi w niniejszym postępowaniu, zamawiający, na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, udziela następujących odpowiedzi:

Pytania do wzoru umowy:

**Pytanie 1**

Do §3 ust. 4 wzoru umowy:

Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy treści § 3 ust. 4, gdyż w naszej opinii, pozostawienie tak brzmiącego postanowienia, niepotrzebnie stwarza sytuację, w której nie ma jasności czy Wykonawca, który „oświadcza, że przyjął do wiadomości, iż w trakcie realizacji umowy mogą wystąpić opóźnienia w realizacji zobowiązań ze strony Kupującego, do około 90 dni po terminie płatności faktur.” tym samym wyraża zgodę lub chociażby godzi się na tego rodzaju opóźnienie. Jednocześnie, wskazujemy, że tak rozumiane ww. postanowienie wzoru umowy stoi w sprzeczności z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych zgodnie, z którym „[…] w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym, termin ten (termin płatności) nie może przekraczać 60 dni. W przypadku gdy strony ustalą harmonogram spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach, termin ten stosuje się do zapłaty każdej części świadczenia pieniężnego.”. Jeżeli zatem Zamawiający zdecyduje się na pozostawienie w treści umowy §3 ust. 4, a następnie będzie podejmował próby interpretowania go wydłużając termin na zapłatę o dodatkowe 90 dni (ponad 60 dni), wskazujmy że Wykonawcy zamówienia publicznego automatycznie nabędą uprawnienia do każdorazowego korzystania z uprawnień wskazanych w art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 4a wskazanej ustawy, zgodnie z którym „Jeżeli w transakcji handlowej, w której dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym, ustalony w umowie termin zapłaty jest dłuższy niż 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, wierzycielowi, który spełnił swoje świadczenie, po upływie 60 dni przysługują odsetki, o których mowa w ust. 1.” a także w art. 10 ust. 1 i ust. 2: „Wierzycielowi, od dnia nabycia uprawnienia do odsetek, o których mowa w art. 7 ust. 1 lub art. 8 ust. 1, przysługuje od dłużnika, bez wezwania, rekompensata za koszty odzyskiwania należności” oraz „Oprócz kwoty, o której mowa w ust. 1, wierzycielowi przysługuje również zwrot, w uzasadnionej wysokości, poniesionych kosztów odzyskiwania należności przewyższających tę kwotę.”. Nadmieniamy jednocześnie, że wyżej wymienione uprawnienia są niezbywalne i jakakolwiek próba wyłączenia ich przez Zamawiającego obarczone będzie 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. 4a, art. 10 ust. 1 ustawy, co nadaje temu ostatniemu przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący). Zaznaczamy ponadto, że również w doktrynie powszechnie podnosi się, że „Za niedopuszczalne należy uznać postanowienia umowne abstrakcyjnie wyłączające 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 strona (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, 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:**

Zamawiający pozostawia dotychczasowe zapisy.

**Pytanie 2**

Do §4 ust. 1 tiret pierwsze wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za opóźnienie w realizacji zobowiązań w wysokości 1% wartości brutto niedostarczonego przedmiotu sprzedaży dziennie?

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia dotychczasowe zapisy.

**Pytanie 3**

Do §4 ust. 1 tiret drugie wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za odmowę przyjęcia zamówienia w wysokości 1% wartości zamówienia dziennie?

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia dotychczasowe zapisy.

**Pytanie 4**

Do §4 ust. 1 tiret trzecie wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej za realizowanie umowy niezgodnie z jej treścią w wysokości 50,00 zł dziennie? Jednocześnie prosimy o wskazanie, jakie okoliczności Zamawiający ma na myśli jako przypadki realizowania umowy niezgodnie z jej treścią, skutkujące obowiązkiem zapłaty kary umownej przez Wykonawcę oraz ustanowienie zamkniętego katalogu tych okoliczności, ze względu na fakt, że warunkiem prawidłowo i skutecznie zastrzeżonej kary umownej jest precyzyjne i konkretnie wskazanie obowiązku strony, którego nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia dotychczasowe zapisy.

**Pytanie 5**

Do §5 ust. 12 wzoru umowy. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę §5 ust. 12 wzoru umowy poprzez usunięcie postanowienia ustanawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na co najmniej 20% oraz zastąpienie go postanowieniem przewidującym, że wartość ww. poziomu zmiany cen wyniesie 5%, albowiem ww. postanowienie narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron oraz postulat równomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego? Zapis §5 ust. 12 ustanawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na 20%, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania, że narusza on istotę waloryzacji, zasady uczciwej konkurencji oraz postulat równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przy obecnym kształcie ww. postanowienia Wykonawca musi z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 19% (co stanowi bardzo dużą wartość, zwłaszcza uwzględniając kwotę przedmiotu zamówienia oraz niskie marże w zamówieniach publicznych na dostawy leków) jego wynagrodzenie nie zostanie zwiększone. Tak znaczne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu, w związku z czym kwestionowany zapis powinien zostać zmieniony w zaproponowany sposób.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia dotychczasowe zapisy.

**Pytanie 6**

Do §5 ust. 14 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podniesienie maksymalnego poziomu wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza do łącznie 20% w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia wykonawcy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia dotychczasowe zapisy.

**Pytanie 7**

Do §5 ust. 9-14 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o §5 ust. 9-14 wzoru umowy, 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.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia dotychczasowe zapisy.

 Odpowiedzi na pytania są wiążące dla wszystkich wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu.