|  |  |
| --- | --- |
|  |  |

Sz.S.POO SZP 3810/91/2024 Brzozów, 18.11.2024 r.

Dotyczy postępowania : Dostawa sprzętu do diagnostyki patomorfologicznej dla Szpitala Specjalistycznego w Brzozowie Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny

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

**Pytanie nr 1.** W związku z tym iż zgodnie art. 431 ustawy PZP zarówno wykonawca jak i Zamawiający obowiązani są współdziałać przy wykonywaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dodanie zapisów projektu umowy w§ 5, mając na względzie zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą o poniższej treści:

*Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne za: odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający, w wysokości 10 % wartości netto umowy.*

Wskazany zapis jest istotny dla należytej realizacji zamówienia publicznego oraz współpracy pomiędzy Zamawiający a Wykonawcą. W stosunkach cywilnoprawnych bardzo ważna jest równowaga pomiędzy obiema stronami umowy oraz wzajemne kształtowanie jej postanowień w granicach zasady swobody umów (art. 3531 KC), pozwalające na uznanie wykonawcy za partnera, szanujące jego podstawowe prawa i pozwalające na zrównoważone i partnerskie relacje między zamawiającym i wykonawcą.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 2. *Dotyczy wzoru umowy:***

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

odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy, w szczególności z przyczyn określonych w § 5 ust. 1 umowy, Sprzedający zobowiązuje się zapłacić Kupującemu karę umowną w wysokości 20 % łącznej wartości przedmiotu sprzedaży, określonej w § 2 ust. 1 niniejszej 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 dokonuje zmiany w treści SWZ – Załącznik nr 5 wzór Umowy - poprzez nadanie nowego brzmienia § 5 ust. 2 odnośnik 3:

„ • odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy, w szczególności z przyczyn określonych w § 5 ust. 1 umowy, Sprzedający zobowiązuje się zapłacić Kupującemu karę umowną w wysokości 15 % łącznej wartości przedmiotu sprzedaży, określonej w § 2 ust. 1 niniejszej umowy.”

**Pytanie nr 3.** Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby łączna suma kar umownych nie przekroczyła poziomu 20% wartości netto umowy?

**Zwracamy uwagę, iż zgodnie z orzecznictwem KIO ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100 proc. wynagrodzenia netto wykonawcy stanowi nadużycie przez zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 353 ze zn. 1  kc).**

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została uznana przez Urząd Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszająca równowagę stron w sposób nadmierny, a „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Nadto zgodnie z przyjętym przez KIO stanowiskiem: „Nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.” (wyrok z dn. 28.12.2018 r., sygn. akt 2574/18). W świetle powyższego zasadnym jest postulat Wykonawcy, aby już na etapie formułowania warunków umowy wprowadzić rozwiązania zabezpieczające przez zaistnieniem skrytykowanej przez KIO sytuacji.

**Odpowiedź: Zamawiający dokonuje zmiany w treści SWZ – Załącznik nr 5 wzór Umowy - poprzez nadanie nowego brzmienia § 5 ust. 7:**

„7. Łączna wysokość kar umownych, które mogą dochodzić strony nie może przekroczyć 30% wartości brutto zawartej umowy.”

**Pytanie 4.** Wnosimy o wprowadzenie wymogu złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci kart katalogowych/ulotek/materiałów reklamowych/opisów na potwierdzenie zgodności oferowanego sprzętu z wymogami SWZ.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

**Pytanie 5.** Dotyczy §6 „Niespełnienie lub nienależyte spełnienie świadczenia będącego przedmiotem umowy przez Wykonawcę, powodujące utratę przez Zamawiającego środków publicznych zagwarantowanych Zamawiającemu umową ze Skarbem Państwa – Ministrem Zdrowia, będącym dysponentem dotacji, spowoduje zapłatę przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego równowartości utraconej kwoty dotacji.”

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 §6 zawiera sprzeczne postanowienia z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a konkretnie art. 433 pkt 3) PZP.

Przywołana powyżej klauzula §6 Projektu umowy stanowi, że w przypadku, gdy *Niespełnienie lub nienależyte spełnienie świadczenia będącego przedmiotem umowy przez Wykonawcę, powodujące utratę przez Zamawiającego środków publicznych zagwarantowanych Zamawiającemu umową ze Skarbem Państwa – Ministrem Zdrowia, będącym dysponentem dotacji, spowoduje zapłatę przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego równowartości utraconej kwoty dotacji.*

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 Postepowaniu.

Co więcej, katalog przesłanek uprawniających Ministra Zdrowia do wypowiedzenia umowy o dofinansowanie i żądania zwrotu kwoty odpowiadającej przekazanym środkom publicznych został ukształtowany w odniesieniu wyłącznie do działań i zaniechań samego Zamawiającego. Zgodnie bowiem z:

* 1. **§ 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.),
	2. **§ 9 ust. 3 pkt 2) –** rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadkugdy 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 opisania 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,**
	3. **§ 9 ust. 3 pkt 3) –** rozwiązanie umowy o dofinansowanie w trybie natychmiastowym i zwrot środków publicznych nastąpi w przypadkuuniemożliwiania 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,**
	4. **§ 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,
	5. **§ 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**,
	6. **§ 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 dofinasowanie w trybie natychmiastowym, zastrzeżenie przez Zamawiającego odszkodowania w § 6 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 § 6.

**Mając na uwadze całokształt wyżej podniesionych argumentów, a także znaczenie zakupu urządzeń medycznych, stanowiących przedmiot Postępowania dla działalności Zamawiającego, apeluję o przeanalizowanie zasadności zmiany § 6 Projektu umowy, celem usunięcia niezgodności z prawem tych postanowień.**

**Odpowiedź: Zamawiający dokonuje zmiany w treści SWZ – Załącznik nr 5 wzór Umowy - poprzez nadanie nowego brzmienia § 6:**

„Niespełnienie lub nienależyte spełnienie świadczenia będącego przedmiotem umowy przez Wykonawcę, powodujące utratę przez Zamawiającego środków publicznych zagwarantowanych Zamawiającemu umową ze Skarbem Państwa – Ministrem Zdrowia, będącym dysponentem dotacji, uprawnia Zamawiającego do dochodzenia naprawnienia szkody z tego tytułu przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego na zasadach ogólnych do wysokości równowartości utraconej kwoty dotacji.”

**Pytanie 6.** Pakiet 5. Pozycja 24. Prosimy o dopuszczenie mikrotomu o wymiarach

576 x 478 x 286 mm (dł. x szer. x wys.)

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.**

 Szpital Specjalistyczny w Brzozowie Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny im. Ks. B. Markiewicza, występując jako zamawiający w niniejszym postępowaniu, na podstawie art. 271 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonuje zmian w specyfikacji warunków zamówienia w zakresie:

**1. Część XIV. Termin związania z ofertą – pkt.1.**

Nowa treść pkt. 1 otrzymuje brzmienie:

1.Wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia: 23.02.2025r.

**2. Część XVIII. Sposób oraz termin składania i otwarcia ofert – pkt.4.**

Nowa treść pkt. 4 otrzymuje brzmienie:

4. Termin składania ofert ustala się na dzień: 26.11.2024r. godz.10:00.

**3. Część XIX. Sposób oraz termin składania i otwarcia ofert – pkt.1.**

Nowa treść pkt. 1 otrzymuje brzmienie:

1. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 26.11.2024r. o godzinie 10:305