WCPIT/EA/381-24/2024

Poznań, 23.04.2024 r.

Uczestnicy postępowania

**Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt. 1 ustawy „Prawo zamówień publicznych” pn.**

**„Dostawa testów diagnostycznych dla badań NGS do wykrywania zmian genetycznych w nowotworach płuc”**

Zgodnie z art. 135 ust 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), Wielkopolskie Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii SP ZOZ udziela wyjaśnień dotyczących Specyfikacji Warunków Zamówienia.

**PYTANIA I ODPOWIEDZI:**

**1. Dotyczy wzoru umowy , §1, ustęp 3.**

Zamawiający zapisał:

„Wykonawca zapewnia minimalny termin przydatności przeciwciał i materiałów zużywalnych do użycia: 6 miesięcy od daty dostawy“

Wnosimy o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„Wykonawca zapewnia minimalny termin przydatności przeciwciał i materiałów zużywalnych do użycia:

produkty z pozycji 1 i 10 – minimum 3 miesiące

produkty z pozycji 2, 3, 4, 5, 11, 14 i 17 – minimum 5 miesięcy

pozostałe produkty minimum 6 miesięcy od daty dostawy“

Prośbę naszą motywujemy tym, iż odczynniki w/w charakteryzuje krótszy niż zakłada Zamawiający termin przydatności.

Brak zgody Zamawiającego uniemożliwi nam złożenie oferty gdyż nie jesteśmy w stanie spełnić postawionego warunku.

**Odp.**

**Zapisy projektowanych postanowień umowy pozostają bez zmian.**

**2. Dotyczy wzoru umowy , §2, ustęp 2.**

Prosimy o wydłużenie terminu dostawy z „7 dni“ na „do 21 dni“.

Producent odczynników wymienionych w postępowaniu deklaruje termin dostawy do 21 dni kalendarzowych. Odczynniki te produkowane są i magazynowane poza granicami kraju.

Brak zgody Zamawiającego uniemożliwi nam złożenie oferty gdyż nie jesteśmy w stanie spełnić postawionego warunku.

**Odp.**

**Zapisy projektowanych postanowień umowy pozostają bez zmian.**

**3. Dotyczy wzoru umowy , §2, ustęp 7.**

Prosimy o wydłużenie terminu załatwienia reklamacji z „3 dni roboczych“ na „do 21 dni roboczych“.

Producent odczynników wymienionych w postępowaniu deklaruje termin dostawy do 21 dni kalendarzowych. Odczynniki te produkowane są i magazynowane poza granicami kraju.

Otrzymując reklamację Wykonawca potrzebuje dodatkowych dni na analizę słuszności złożonej reklamacji.

Brak zgody Zamawiającego uniemożliwi nam złożenie oferty gdyż nie jesteśmy w stanie spełnić postawionego warunku.

**Odp.**

**Zapisy projektowanych postanowień umowy pozostają bez zmian.**

**4. Dotyczy wzoru umowy , §4, ustęp 1, punkt 1 i 2.**

Zamawiający zapisał:

„Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych:

1) za zwłokę w realizacji dostawy w wysokości 2% wartości brutto danej dostawy, zgodnie z załącznikiem nr 1 - za każdy dzień,

2) za zwłokę w wymianie reklamowanego przedmiotu umowy na nowy w wysokości 2% wartości brutto danego asortymentu, zgodnie z załącznikiem nr 1 - za każdy dzień,”

Wnosimy o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych:

3) za zwłokę w realizacji dostawy w wysokości 0,2% wartości brutto danej dostawy, zgodnie z załącznikiem nr 1 - za każdy dzień,

4) za zwłokę w wymianie reklamowanego przedmiotu umowy na nowy w wysokości 0,2% wartości brutto danego asortymentu, zgodnie z załącznikiem nr 1 - za każdy dzień,”

Prośbę swoją motywujemy tym, iż zgodnie z kodeksem cywilnym umowy powinna cechować równość stron stosunku cywilnego.

Korekta o którą prosimy, w znacznym stopniu przybliży wymagany prawem charakter umowy. W treści kodeksu cywilnego nie znajdziemy takich postanowień, które by wskazywały na preferowanie Zamawiającego zawierającego akurat umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasada równości stron zatem nie doznaje żadnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Także żaden zapis ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia wyłomu w przestrzeganiu zasady równości stron i prymatu zasad zawartych w kodeksie cywilnym, przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego.

Wręcz przeciwnie, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp odsyłają do stosowania Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przesądzając o czysto cywilistycznym stosunku jaki powstaje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Powyższy zapis skutkuje:

- naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady która zakazuje prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

- naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego

- naruszenie art. 5, 58 § 1 i 2 oraz 3531 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. bezprawne wprowadzenie do umowy, zapisów naruszających w rażący sposób interes prawny i majątkowy wykonawcy, niezgodnych z przepisami ogólnymi k.c., a w konsekwencji z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wprowadza zapisy abuzywne i stawiające strony w jawnej nierówności (jawna dyskryminacja wykonawcy) w przypadku zapisów o karach umownych o jakich mowa w § 4, ustęp 1, punkt 1 i 2 projektu umowy.

Wartość kary umownej 2 % wartości wartości zamawianego towaru brutto (za jakiekolwiek naruszenie obowiązku) jest absolutnie w najwyższym stopniu wygórowana i nie spotykana w obrocie prawnym. Doświadczenie pokazuje, że zawnioskowana granica 2% odpowiada rzeczywistości prawnej zamówień publicznych tylko w przypadkach gdy Zamawiający odstępuje od umowy z winy wykonawcy.

Zamawiający winien pamiętać o treści art. 58 kc, który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna.

Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający do umów stosuje odpowiednio przepisy kc.

Wobec powyższego, iż treść umowy należy oceniać przede wszystkim pod kątem jej zgodności z przepisami ogólnymi, wprowadzając takowy zapis, Zamawiający wymusza się na wykonawcach w przyszłej umowie warunki, które naruszają ich interes prawny i gospodarczy.

Analiza przepisów k.c. wskazuje, że podstawową wadą takowej umowy będzie: 1/niezachowanie w niej równości stron,

2/naruszenie wysłowionych przepisów k.c., a w konsekwencji przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,

3/dokonanie przez zamawiającego błędnej interpretacji przepisów k.c., tj. zasady swobody umów określonej w art. 3531 k.c.

Zmiany dokonane w 1990 r. w obszarze prawa cywilnego (w kodeksie cywilnym) wprowadziły tak bardzo potrzebną w obrotach handlowych zasadę swobody zawierania umów, wyrażoną m. in. w przywołanym już art. 3531 k.c. Zasada ta nie polega jednak na tym, że silniejsza strona narzuca wolę drugiej stronie, zwłaszcza jeżeli w optyce naszych rozważań skupimy uwagę na skutkach tych warunków. Nadmienić przy tym należy, że strony układające stosunek prawny wg własnego uznania, muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie i wreszcie, a może i najważniejsze, zasadom współżycia społecznego. Jednak nie ulega wątpliwości, że zapisy takie naruszają zasady współżycia społecznego. Przecież w świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

Zamawiający nie może swoim postępowaniem wyrządzać szkody drugiej stronie stosunku prawnego, tj. wykonawcy.

Wobec powyższego wnosimy o prawidłowe zgodne z powołanymi przepisami sporządzenie dokumentacji przetargowej tj. modyfikację niniejszego projektu umowy w sposób opisany precyzyjnie powyżej.

Na marginesie z najdalej idącej ostrożności zwracamy uwagę, że naruszenie obowiązków za naruszenie których Zamawiający zamierza naliczać kary umowne opisane w §4 ust. 1 punkt 1 i 2 projektu umowy - mają co do zasady charakter obowiązków majątkowych (skutkowo pieniężnych) dlatego, w przypadku takich obowiązków ustanowienie kar umownych pieniężnych jest w ogóle nieskuteczne i jeżeli Zamawiający chciałby z nich „skorzystać” wykonawcy mogliby się od nich uchylić z tym, że jak można domniemywać trzeba byłoby wszczynać drogę sądową, aby tam udowodnić ostatecznie Zamawiającemu bezprawność takich zapisów.

**Odp.**

**Zapisy projektowanych postanowień umowy pozostają bez zmian.**

**5. Dotyczy wzoru umowy , §4 ustęp 2.**

Zamawiający zapisał:

„Maksymalna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 40 % wartości umowy brutto.“

Wnosimy o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„Maksymalna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 10 % wartości umowy brutto.“

Zamawiający gwarantuje realizację na poziomie 50% wartości umowy.

Łączna wartość kar powinna odzwierciedlać tą wartość.

Wykonawca szacując ryzyko musi wziąć pod uwagę każdy z aspektów.

Przy obecnych zapisach maksymalna wartość kar wynosi 80% wartości gwarantowanej umowy.

**Odp.**

**Zapisy projektowanych postanowień umowy pozostają bez zmian.**