

EZ.28.107. 1794 .2022.OK

Łódź, dnia 28 .09.2022r.

Numer sprawy: EZ.28.107.2022

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego **na dostawę produktów farmaceutycznych** dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii w Łodzi prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 10 000 000 Euro.

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Zgodnie z dyspozycją art. 135 ust. 2, 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) przekazujemy Państwu odpowiedzi na pytania oraz zmianę treści SWZ w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

1. W toku postępowania zostały zadane następujące pytania:

Pytanie nr 1

Do §2 ust. 11 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §2 ust. 11 in fine umowy o treści: „[...] i obciążyć Wykonawcę wartością wynikającą z zakupu zastępczego w innej hurtowni.” na zdanie następujące: „[...] i obciążyć Wykonawcę różnicą w cenie zakupu interwencyjnego.”. 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.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 2

Do §5 ust. 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 3 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź

SEKRETARIAT tel. (42) 689 50 10/fax (42) 689 50 11; CENTRALA tel. (42) 689 50 00

e-mail: szpital@kopernik.lodz.pl, <http://www.kopernik.lodz.pl>

NIP 729-23-45-599 REGON 000295403 PEKAO S.A. O/ŁÓDŹ 6212401545111000011669957



Pytanie nr 3

Do §5 ust. 5 oraz §12 ust. 2 pkt 2.1 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Dostawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 4

Do §6 ust. 1 pkt 1.2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów wzoru umowy w §6 ust. 1 pkt 1.2) poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 5

Do §6 ust.1 pkt 1.3) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 6

Do §6 ust.1 pkt 1.4) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zareklamowanej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% dziennie liczonej od wartości brutto nie dostarczonego w terminie zamówienia podlegającego reklamacji?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 7

Do §9 ust. 1 pkt 1.3 wzoru umowy: Prosimy o skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu cenowym 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 asortymentów. Aktualna treść §9 ust. 1 pkt 1.3 jest na tyle ogólna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Zamawiający w §1 pkt.5 zastrzegł sobie prawo do rezygnacji z części zamawianego asortymentu, jednakże zadeklarował wykonanie w minimalnej wartości wynoszącej 70%.



Pytanie nr 8

Do §9 ust. 1 pkt 1.2 wzoru umowy: Prosimy o informację, czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy oraz braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 9

Do §9 ust. 1 pkt 1.4), §11 ust. 5 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisów §9 ust. 1 pkt 1.4) wzoru umowy, który wraz z §11 ust. 5 wzoru umowy według naszej opinii jest niezgodny ze społeczno-gospodarczym celem udzielanego zamówienia publicznego. Powyższy zapis przenosi w całości odpowiedzialność na wykonawcę za gospodarkę lekową Zamawiającego. Należy podkreślić, że wykonawca nie ma wpływu na poziom zamówień i wybór zamawianych produktów leczniczych przez Zamawiającego jak również na decyzje refundacyjne Ministra Zdrowia. Uprawnienie Zamawiającego do żądania renegotjacji cen w przypadku uznania przez niego obniżki średniorynkowych cen produktu farmaceutycznego stanowi praktykę godzącą w interes gospodarczy Wykonawcy, a unormowania §9 ust. 1 pkt 1.4) wzoru umowy oraz §11 ust. 5 wzoru umowy w obecnym brzmieniu stanowią manifestację przewagi kontraktowej Zamawiającego, naruszając prawo Wykonawcy do godziwego zysku i jako takie nie mogą się ostać.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 10

Do §16 ust. 1 wzoru umowy. Mając na uwadze konieczność potwierdzenia znajomości kondycji finansowej Zamawiającego, o czym mowa w §16 ust. 1, wnosimy o udzielenie odpowiedzi na pytanie czy w związku z koniecznością złożenia takiej deklaracji, Zamawiający umożliwi Wykonawcom dostęp do ksiąg rachunkowych, dokumentów finansowych i innych dokumentów pozwalających Wykonawcom lub też w inny sposób da możliwość na powzięcie wiedzy na temat stanu finansowego Zamawiającego? Prośbę o dostęp uzasadniamy faktem, że złożenie oświadczenia o wskazanej treści, wyłącznie w oparciu o powszechną znajomość kondycji finansowej podmiotów szpitalnych, byłoby oświadczeniem nieskutecznym i nieprawdziwym.

Odpowiedź:

Sytuacja majątkowa WWCoiT im. M. Kopernika w Łodzi wg danych na dzień 31.07.2022 roku:

1.	Aktywa trwałe	221 340 750,18 zł
2.	Aktywa obrotowe	130 228 178,63 zł
3.	Suma pasywów	351 568 928,81 zł
4.	Zobowiązania i rezerwy	479 931 337,81 zł
a)	zobowiązania krótkoterminowe	209 106 614,20 zł
-	w tym zobowiązania z tytułu dostaw i usług	124 266 528,44 zł
	w tym:	
	• objęte spłatami ratalnymi	0,00 zł
	• wymagalne	37 521 785,99 zł

Pytanie nr 11

Do §16 ust. 4 wzoru umowy. W związku z tym, że czynność prawna dokonana przez strony nie może skutkować wyłączeniem ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a



takim jest art. 552 Kodeksu Cywilnego uprawniający Sprzedawcę do wstrzymania dostaw w przypadku, gdy Kupujący dopuszcza się zwłoki z dokonaniem zapłaty za dostarczoną część zamówienia, prosimy o usunięcie z umowy odpowiednich postanowień §16 ust. 4.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 12

Do §16 ust. 5 wzoru umowy: Czy Zamawiający zrezygnuje z postanowienia zamieszczonego w §16 ust. 5 wzoru umowy, zgodnie z którym w przypadku opóźnienia w zapłacie jakiegokolwiek należności z tytułu wykonania niniejszej umowy, Wykonawcy przysługuje jedno roszczenie o zapłatę rekompensaty za koszty odzyskiwania należności, niezależnie od ilości wystawionych faktur w związku z wykonaniem niniejszej umowy?

Wykonawca wskazuje, że ww. postanowienie wzoru umowy jest obarczone 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. 1, art. 10 ust. 1 ustawy, co nadaje temu ostatniemu przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący).

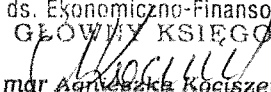
Nieważność postanowień sprzecznych z ww. ustawą wielokrotnie potwierdzały również sądy powszechne, m.in. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 26.04.2016 r. (sygn. II C 561/15), Sądu Okręgowego w Radomiu z 16.06.2016 r. (sygn. I C 435/16), Sądu Okręgowego w Łodzi z 20.10.2017 r. (sygn. III Ca 984/17).

W doktrynie także 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 stron (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, finalnie 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 podtrzymuje zapisy SWZ.

Z up. DYREKTORA
Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego
Centrum Onkologii i Traumatologii
im. M. Kopernika w Łodzi
Z-CA DYREKTORA
ds. Ekonomiczno-Finansowych
GŁÓWNY KSIĘGOWY

mgr Agnieszka Kociuszewska