

Bielsko-Biała dn.01.09.2023 r.

DZP.271.32.2023 - 14

**dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku i wielorazowego użytku stosowanego do operacji chirurgicznych dla potrzeb Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku - Białej - znak sprawy: DZP.271.32.2023**

*Uprzejmie informujemy, iż do siedziby Zamawiającego wpłynęło zapytanie do SWZ o treści :*

**Pytanie 1**

Dotyczy warunków umowy § 3 ust. 5

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę istniejącego zapisu na następujący:

„Ewentualne cesje należności lub inne umowy o podobnym skutku mogą nastąpić wyłącznie za zgodą Zamawiającego, wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności, po uzyskaniu zgody Podmiotu Tworzącego dla Zamawiającego. Zgody takiej nie można bezpodstawnie odmówić.”

**ODPOWIEDŹ:**

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany zgodnie z sugestią i podtrzymuje zapisy projektu umowy. Zamawiający nie planuje i nie zamierza "bezpodstawnie odmawiać" zgody na dokonanie cesji, wobec czego nie widzi podstaw do zamieszczania takich zapisów w umowie.

**Pytanie 2**

Dotyczy warunków umowy § 3

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie zapisu o następującej treści:

„Wykonawca ma prawo do wstrzymania realizacji kolejnych zamówień w przypadku zwłoki w płatnościach (należności wymagalnych) powyżej 30 dni od terminu płatności/ wymagalności wskazanego na fakturze.”

**ODPOWIEDŹ:**

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany zgodnie z sugestią i podtrzymuje zapisy projektu umowy.

**Pytanie 3**

Dotyczy warunków umowy § 4 ust. 7

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę istniejącego zapisu na następujący:

„W przypadku chwilowego braku asortymentu danego produktu Wykonawca niezwłocznie poinformuje o tym fakcie Zamawiającego poprzez wiadomość e-mail pod rygorem nieważności, jednocześnie nie będzie rościć prawa wyłączności realizacji zamówień dokonywanych przez Zamawiającego na podstawie niniejszej umowy u innego dostawcy, po wcześniejszym pisemnym wezwaniu do należytej realizacji umowy.”

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany zgodnie z sugestią i podtrzymuje zapisy projektu umowy.

Jeśli Wykonawca nie będzie dysponował właściwym asortymentem i nie będzie zdolny dostarczyć go Zamawiającemu, to wezwanie do należytej realizacji umowy nie tylko niczego nie zmienia i nie wpłynie na możliwość wykonania Umowy (wezwanie nie spowoduje, że asortyment stanie się dostępny), ale przedłuży jedynie stan, w którym Zamawiający będzie pozbawiony możliwości pozyskania sprzętu specjalistycznego zgodnie z umową, co zakłóci jego bieżące funkcjonowanie.

**Pytanie 4**

Dotyczy warunków umowy § 4 ust. 13

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę istniejącego zapisu na następujący:

„...dotyczące braków ilościowych w przypadku dostania/dostarczenia przez Wykonawcę/ brakującego towaru będą rozpatrywane w ciągu 2 dni roboczych od powiadomienia o tym fakcie Wykonawcę zgodnie z § 4 ust. 12;”

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany zgodnie z sugestią i podtrzymuje zapisy projektu umowy.

**Pytanie 5**

Dotyczy warunków umowy § 4 ust. 13

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę istniejącego zapisu na następujący:

„dotyczące wad jakościowych towaru będą rozpatrywane przez Wykonawcę nie później niż w ciągu 4 dni roboczych od powiadomienia o tym fakcie Wykonawcę, zgodnie z § 4 ust. 12;”

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany zgodnie z sugestią i podtrzymuje zapisy projektu umowy.

**Pytanie 6**

Dotyczy warunków umowy § 5 ust. 1b i 1c

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie wysokości kar umownych z 15% na 5% oraz odpowiednio z 20% na 5%?

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany zgodnie z sugestią i podtrzymuje zapisy projektu umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na ustalenie kary umownej na poziomie symbolicznym, w tym z uwagi na konsekwencje zdarzenia, z którego wystąpieniem powiązано możliwość naliczenia kary.

**Pytanie 7**

Dotyczy warunków umowy § 7 ust. 4

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę istniejącego zapisu na następujący:

„Przed rozwiązaniem umowy Zamawiający pisemnie wezwie Wykonawcę do należytego wykonywania umowy.”

## ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany zgodnie z sugestią i podtrzymuje zapisy projektu umowy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że żadne z zadanych przez Wykonawcę pytań nie miało na celu wyjaśnienia zapisów SWZ i jej załączników, ale zmierzało wyłącznie do negocjowania postanowień umowy w sposób zwiększający pozycję Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego.

Zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego **o wyjaśnienie** treści specyfikacji warunków zamówienia. Wskazujemy, że celem przepisu przewidującego możliwość złożenia wniosku o wyjaśnienia treści SWZ jest **uszczegółowienie, doprecyzowanie opisu zawartego w SWZ w stosownym zakresie**. Udzielenie wyjaśnień nie może zatem prowadzić do udzielania innych informacji, dodawania przez zamawiającego nowych wymagań wobec wykonawców na ich żądanie czy też do negocjowania treści umowy.

Jak wynika z nauki prawa:

1. „*Wyjaśnienie specyfikacji polega na przekazaniu informacji opartych na danych w niej zawartych, zamawiający pomaga wykonawcy, zbierając niejako informacje z różnych elementów specyfikacji, zestawia je w sposób syntetyczny, bardziej zrozumiały i przejrzysty dla wykonawcy. Uzpełnienie specyfikacji to oparcie odpowiedzi na nowych danych, których w pierwotnym opracowaniu nie było.*” (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 135.)
2. „W sytuacji, gdy wykonawca poweźmie wątpliwości co do treści specyfikacji, przysługuje mu uprawnienie do żądania od zamawiającego złożenia wyjaśnień, które pozwalają na ustalenie woli zamawiającego zawartej w danym postanowieniu specyfikacji. **Zapytania mogą dotyczyć każdego elementu specyfikacji, w tym opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, postanowień umowy itd.**” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 135.)

Celem instytucji wskazanej w art. 135 ust.1 pzp jest jedynie dokonywanie wyjaśnień SWZ, tymczasem **pytania Wykonawcy sprowadzają się w istocie do niedopuszczalnego w rozumieniu art. 135 ust. 1 pzp negocjowania postanowień umowy.**

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:



1. **"Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która powinna powodować zmianę jego postanowień"** (wyrok KIO z 28.3.2011 r., sygn. akt KIO 545/11).
2. Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 PrZamPubl" (wyrok KIO z 6.5.2011 r., KIO 836/11, Legalis).

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 25 września 2017 r. sygn. akt I ACa 245/17 wskazał, że **"W przypadku umów zawieranych w reżimie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), ograniczeń doznaje zasada wolności kontraktowej, gdyż treść umowy nie podlega negocjacom. Zamówienie przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się na podstawie art. 38 ww. ustawy do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem tej instytucji jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego. Przyjmuje się nawet, że udzielone wyjaśnienia stanowią rodzaj wykładni autentycznej zamawiającego."**

Z nauki prawa wynika natomiast, że **"z uwagi na różną praktykę w zakresie stosowania przepisów dotychczasowych wyjaśniania SIWZ należy zauważyć dwie rzeczy:**

1. **przepis ten dotyczy tylko wyjaśniania siwz; nie powinien więc być podstawą do wyjaśniania innych dokumentów, np. treści ogłoszenia;**
2. **przepis pozwala na wyjaśnianie jedynie wątpliwości związanych z treścią siwz; nie powinno więc na jego podstawie domagać się wprowadzenia zmian do specyfikacji, polemizować z treścią jej zapisów na innej drodze niż odwołanie czy też zadawać zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące treścią siwz."**

(J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019, M. Sieradzka (red) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 1, 2018, P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016)."

Wprawdzie w określonym zakresie przytoczone powyżej orzecznictwo i poglądy nauki prawa zostały sformułowane na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, niemniej z uwagi na tożsamość instytucji wyjaśniania treści SWZ na gruncie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, mają zastosowanie również do aktualnych przepisów pzp.

Z poważaniem

Z-ca Dyrektora ds. Pierwszego  
Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Mi.  
im. Jana Pawła II w Bielsku Podlaskim

mgr Barbara Frymorgen

