

PYTANIA I ODPOWIEDZI 4

Dot. postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów opatrunkowych oraz obłożenia pola operacyjnego. Znak sprawy: STG-271-29/20

Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, prosimy o **wyjaśnienie** dotyczące treści SIWZ :

PROJEKT UMOWY:

1. Wnosimy o wprowadzenie do umowy nowego paragrafu regulujące skutki wystąpienia siły wyższej mającej wpływ na realizację obowiązków wynikających z łączącej strony umowy. Proponowane brzmienie:

Siła Wyższa

1. Strony umowy zgodnie z postanawiają, że nie są odpowiedzialne za skutki wynikające z działania siły wyższej, w szczególności pożaru, powodzi, ataku terrorystycznego, klęsk żywiołowych, zagrożeń epidemiologicznych, a także innych zdarzeń, na które strony nie mają żadnego wpływu i których nie mogły uniknąć bądź przewidzieć w chwili podpisania umowy (siła wyższa).
2. Strona umowy, u której wyniknęły utrudnienia w wykonaniu umowy wskutek działania siły wyższej, jest obowiązana do bezzwłocznego poinformowania drugiej strony o wystąpieniu i ustaniu działania siły wyższej. Zawiadomienie to określa rodzaj zdarzenia, jego skutki na wypełnianie zobowiązań wynikających z Umowy, zakres asortymentu, którego dotyczy, i środki przedsięwzięte, aby te konsekwencje złagodzić.
3. Strona, która dokonała zawiadomienia o zaistnieniu działania siły wyższej, jest zobowiązana do kontynuowania wykonywania swoich zobowiązań wynikających z Umowy, w takim zakresie, w jakim jest to możliwe, jak również jest zobowiązana do podjęcia wszelkich działań zmierzających do wykonania przedmiotu umowy, a których nie wstrzymuje działanie siły wyższej.
4. Obowiązki, których Strona nie jest w stanie wykonać na skutek działania siły wyższej, na czas działania siły wyższej ulegają zawieszeniu, tzn. w czasie działania siły wyższej ww. obowiązki nie są wykonywane, a terminy ich wykonania ulegają przedłużeniu o okres działania siły wyższej. W czasie istnienia utrudnień w wykoananiu umowy na skutek działania siły wyższej w szczególności nie nalicza się przewidzianych kar umownych ani nie obciąża się drugiej strony umowy kosztami zakupów interwencyjnych.
5. W przypadku, gdy utrudnienia w wykonaniu umowy na skutek działania siły wyższej utrzymują się dłużej niż trzy miesiące od czasu stwierdzenia wystąpienia siły wyższej, każda ze stron może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w części objętej działaniem siły wyższej. Rozwiązanie umowy ze skutkiem natychmiastowym następuje w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Wprowadzenie powyższej regulacji pozwoli na jednoznaczne określenie obowiązków stron w przypadku wystąpienia siły wyższej. Wskazać bowiem należy, iż siła wyższa traktowana jest jako jedna z przesłanek wyłączających odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, a więc również umożliwiających wykonawcy uwolnienie się od

ponoszenia odpowiedzialności za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie tej umowy, w tym za uchybienia terminowi wykonania zakontraktowanych prac czy dostaw. Jednakże w celu zapewnienie ochrony interesów obu stron umowy w przypadku wystąpienia siły wyższej wprowadzenie powyższych zapisów pozwoli na podjęcie działań mających na celu ograniczenie negatywnych skutków wynikających z tego stanu.

W sytuacji braku zgody na wprowadzenie do projektu umowy postanowień w zakresie działania siły wyższej, o których mowa w pkt 1 niniejszego wniosku, wnosimy o wyrażenie zgody bądź dopuszczenie takiej możliwości przez Zamawiającego na jednoczesne zawarcie w momencie podpisania umowy o udzielenie zamówienia publicznego aneksu modyfikującego postanowienia umowy w zakresie terminów dostaw tzw. asortymentu krytycznego obejmującego środki ochrony indywidualnej w powszechnym rozumieniu tego słowa służące do walki z pandemią wirusa COVID – 19 zgodnie z dostępnością towarów, wyłączającego odpowiedzialność Wykonawcy za opóźnienia w dostawie ww. towaru (tj. w zakresie przewidzianych kar umownych oraz pokrywania ewentualnych kosztów zakupów interwencyjnych) oraz wprowadzającego ewentualną możliwość modyfikacji ceny ww. produktów i w razie nieosiągnięcia porozumienia w zakresie ceny – wprowadzającego możliwość rozwiązania umowy z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia. Z uwagi na trudną oraz dynamicznie zmieniającą sytuację na rynku wyrobów medycznych w zw. z pandemią wirusa COVID – 19 Wykonawca nie jest w stanie ocenić na etapie składania oferty i zawierania umowy, czy w zw. z ww. okolicznościami będzie w stanie w sposób pełny i terminowy realizować umowę o zamówienie publiczne przez cały okres jej obowiązywania. Sytuacja na rynku wyrobów medycznych jest tak dynamiczna, że informacje od producentów oraz dostawców o dostępności produktów stanowiących środki ochrony indywidualnej w powszechnym rozumieniu tego słowa służące do walki z pandemią wirusa COVID – 19 zmieniają się niekiedy z dnia na dzień. Jest to związane z drastycznym wzrostem zapotrzebowania na te produkty, ograniczeniami produkcyjnymi, niedostępnością surowców, z których są produkowane środki ochrony indywidualne oraz nagłymi decyzjami politycznymi władz państw na całym świecie przez które przebiegają sieci dystrybucyjne (np. konfiskata kontenerów z produktami stanowiącymi środki ochrony indywidualnej).

W zakresie dopuszczalności zmiany treści umowy o udzielenie zamówienia publicznego już na etapie podpisania umowy w zw. z pandemią COVID – 19 wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych: *„Celem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest realizacja potrzeb instytucji zamawiającej poprzez nabycie przez zamawiającego określonego rodzaju niezbędnych dla jego funkcjonowania lub realizacji określonych zadań - dostaw, usług lub robót budowlanych. Niewątpliwie zaistnienie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp niweczy ten cel. Z tego też względu niezmiernie istotne jest podejmowanie przez*

strony przyszłej umowy o zamówienie publiczne działań, które pozwoliłyby na uniknięcie negatywnych skutków dla postępowania, w postaci nie zawarcia umowy o

zamówienie publiczne. W tym kontekście należy wskazać, że w przypadku, gdy obie strony, tj. zamawiający i wykonawca są zainteresowane zawarciem umowy, ale z uwagi na zmienioną sytuację, nie mogą jej zawrzeć na warunkach wskazanych w ofercie, wówczas **zasadnym wydaje się rozważenie przez strony możliwości zmiany projektu umowy, o ile spełnione będą przesłanki do zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, która zostałaby zawarta w wyniku tego postępowania. Działanie takie pozwolić może na dostosowanie warunków realizacji kontraktu do zmienionych nadzwyczajnymi zdarzeniami okoliczności. Należy przy tym wskazać, że w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, dyspozycja art. 144 ust. 1 ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy o zamówienie publiczne zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy, zaistniało przed zawarciem umowy, jak i po dacie jej zawarcia. O dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego przed jej zawarciem wypowiedział się Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 2 czerwca 2005 r. (sygn. III Ca 262/05), w którym wskazano, że nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza – w określonych sytuacjach - dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej, to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie. W konsekwencji, jeżeli zarówno Zamawiający, jak i wykonawca wyrażają wolę zawarcia umowy na zmienionych warunkach, a zmiana taka pozostaje w zgodzie z dyspozycją art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, to może ona zostać wprowadzona i uwzględniona jeszcze przed zawarciem umowy. Takie działanie pozwoli na realizację zamówienia, tj. zaspokojenie potrzeb zakupowych zamawiającego, a jednocześnie na uniknięcie negatywnych konsekwencji dla wykonawcy (tj. utraty wadium), który nie jest w stanie zrealizować zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w swojej ofercie, z uwagi na wystąpienie nieprzewidywalnych okoliczności”** (opinia jest dostępna na stronie internetowej UZP pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/przeslanki-zatrzymania-wadium-w-kontekscie-okolicznosci-wywolanych-panujaca-epidemia-covid-19/interpretacja-i-stosowanie-przeslanek-zatrzymania-wadium,-o-ktorych-mowa-w-art.-46-ust.-5-ustawy-pzp-w-kontekscie-okolicznosci-wywolanych-panujaca-epidemia-covid-19>).

Stanowisko wyrażone w piśmie Prezesa UZP znajduje swoje potwierdzenie w treści przepisu art. 15r ust. 4 i 4a ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Na podstawie art. 15r ust. 4a ww. ustawy w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem pandemii wirusa COVID-19 mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, Zamawiający, w uzgodnieniu z Wykonawcą, może dokonać zmiany umowy zgodnie z zasadami określonymi w ust. 4. Do dnia 24.06.2020 r. ustawodawca nie przewidywał obligatoryjnej zmiany umowy. Przepis art. 15r ust. 4 u-COVID-19 w pierwotnym brzmieniu dotyczył możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia. Jednakże regulacja ta, w ocenie ustawodawcy była niewystarczająca. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych

udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw, IX kadencja, druk sejm. 382, s. 60-61: W projektowanych przepisach proponuje się odejście od fakultatywności dokonywania zmiany umowy na rzecz jej obligatoryjności, w sytuacji gdy Zamawiający stwierdzi, że okoliczności związane z epidemią COVID-19 wskazane przez Wykonawcę mają wpływ na należyte wykonanie umowy. Postulowana zmiana ma na celu stworzenie gwarancji, w szczególności dla wykonawców, że postanowienia umów o udzielenie zamówień publicznych będą uwzględniały zmianę warunków społeczno-gospodarczych wywołaną epidemią COVID-19, która wpływa negatywnie na możliwość wykonania obowiązków umownych. W uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy o COVID-19 wskazano, że: „Propozycje zawarte w projekcie wpisują się zatem, co do zasady, we wspomniane regulacje z zakresu zamówień publicznych, uwzględniają one jednak specyfikę sytuacji społeczno-gospodarczej wywołanej COVID-19, w tym przede wszystkim konieczność podjęcia szybkich i efektywnych działań”. Dlatego ustawą z dnia 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 zmieniono art. 15r ust. 4 u.COVID-19 wprowadzając obowiązek zmiany umowy

Zgodnie z nowym brzmieniem regulacji: Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19:

- 1) wpływają na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia, w uzgodnieniu z wykonawcą dokonuje zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 p.z.p. (art. 15r ust. 4 u.COVID-19);
- 2) mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia, zamawiający, w uzgodnieniu z wykonawcą, może dokonać zmiany umowy (art. 15r ust. 4a u.COVID-19)”.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyraża zgodę i zmienia w umowie pkt 27 siła wyższa pkt 28 załączniki