



Nr sprawy: 26/P/20

Wrocław, dnia 16 lipca 2020 roku

Wg rozdzielnika

**dotyczy:** przetargu nieograniczonego na „*Dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku i medycznych materiałów zużywalnych*”

Wojewódzki Zespół Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej ul. Dobrzyńska 21/23, 50-403 Wrocław działając jako Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, udziela odpowiedzi na zadane pytanie do postępowania - numer sprawy: 26/P/20.

#### **Pytanie nr 1**

W pkt VII część B ppkt 2.2. SIWZ Zamawiający wymaga dla szkiełek mikroskopowych przedstawienia certyfikatów. W związku z brakiem wymogu posiadania certyfikatów ISO i norm jakości, czy wystarczającym będzie potwierdzenie spełniania wyżej wymienionych norm w postaci deklaracji zgodności wystawionej przez producenta i/lub kart katalogowych producenta potwierdzających spełnianie wskazanych norm.

#### **Odpowiedź na pytanie nr 1**

Zamawiający nie zmienia wymagań opisanych w pkt VII część B ppkt 2.2. SIWZ w zakresie posiadania certyfikatów dla szkiełek mikroskopowych.

#### **Pytanie nr 2**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na pozostawienie w formularzu ofertowym wyłącznie tych pakietów, na które będzie składana oferta?

#### **Odpowiedź na pytanie nr 2**

Zamawiający **wyraża zgodę** na pozostawienie w formularzu ofertowym wyłącznie tych pakietów, na które będzie składana oferta.

#### **Pytanie nr 3**

Czy Zamawiający może zadeklarować, iż minimalna wartość jednostkowego zamówienia będzie nie niższa niż 150 zł netto? Wykonawca wskazuje, iż określony w ten sposób próg minimalnej wartości zamówienia ma wpływ na właściwe dokonanie wyceny oferty z uwagi na ewentualne koszty dostaw, oraz uwzględnia czynniki ekologiczne, takie jak ograniczenie liczby opakowań, ilości listów przewozowych i faktur w formie papierowej.

#### **Odpowiedź na pytanie nr 3**

Zamawiający nie deklaruje minimalnych wartości jednostkowego zamówienia.

#### **Pytanie nr 4**

Czy prawidłowo Wykonawca rozumie, iż „dni robocze”, o których mowa w §2 ust. 5 wzoru umowy, są to dni od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy?

#### **Odpowiedź na pytanie nr 4**

Zamawiający przez dni robocze rozumie dni od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy.

#### **Pytanie nr 5**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §7 wzoru umowy w ten sposób, że kara umowna będzie naliczana od wartości netto a nie brutto. Podatek VAT jako należność publicznoprawna jest odprowadzany przez Wykonawcę do urzędu skarbowego i nie prowadzi do powstania po stronie Wykonawcy jakiegokolwiek przysporzenia majątkowego.

#### **Odpowiedź na pytanie nr 5**

Zamawiający nie zmienia zapisów §7 umowy w ten sposób, że kara umowna będzie naliczana od wartości netto a nie brutto.

“Dobrze na Dobrzyńskiej. Dbamy o Twoje zdrowie”



#### Pytanie nr 6

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §7 ust. 1 lit. a i lit. b wzoru umowy w ten sposób, aby kary umowne były naliczane w związku z wystąpieniem zwłoki, a nie opóźnienia realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający uregulował obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku opóźnienia Wykonawcy. Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, Zamawiający powinien mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu. Ponadto takie uregulowanie jest nieuzasadnionym rozszerzeniem odpowiedzialności wykonawcy. Kary umowne winny być powiązane z zawinieniem wykonawcy, na bazie art. 473 k.c. w związku z art. 5 k.c.

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca karę umowną za każdy dzień opóźnienia, a więc przerzucającej na wykonawcę odpowiedzialność za zdarzenia leżące poza jego kontrolą została wskazana na stronach Urzędu Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszającą w sposób nadmierny równowagę stron ([https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf\\_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf)).

#### Odpowiedź na pytanie nr 6

Zamawiający wprowadził modyfikację projektu umowy w tym zakresie, w odpowiedzi na pytanie nr 36 i 37 opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 15.07.2020 r.

#### Pytanie nr 7

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby jednorazowa kara umowna naliczona w oparciu o zapis §7 ust. 1 lit. a bądź lit. b nie przekroczyła poziomu 15% wartości netto nieterminowej/wadliwej dostawy;

Wykonawca zwraca uwagę, iż w świetle orzecznictwa, a także wyjaśnień umieszczonych na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, za karę rażąco wygórowaną, nieproporcjonalną i nie spełniającą swej kompensacyjnej funkcji należy uznać karę w sytuacji, w której równa się ona bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania. Wprowadzenie limitu zgodnie z powyższą propozycją pozwoli uniknąć takiej sytuacji.

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została uznana przez Urząd Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszającą 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 na pytanie nr 7

Zamawiający nie wyraża zgody aby jednorazowa kara umowna naliczona w oparciu o zapis §7 ust. 1 lit. a bądź lit. b nie przekroczyła poziomu 15% wartości netto nieterminowej/wadliwej dostawy.

#### Pytanie nr 8

Czy Zamawiający dopuści możliwości zmiany umowy w zakresie terminu wykonania dostawy częściowej z przyczyn leżących po stronie producenta dostarczanego asortymentu, a także w przypadku czasowego braku produktów na rynku (np. czasowe zaprzestanie produkcji, brak niezbędnych komponentów, surowców). Wykonawca wskazuje, iż umowa będzie wykonywana w dłuższym przedziale czasu, i ewentualne zmiany w zakresie dostępnego na rynku asortymentu są nieuniknione. Wprowadzenie odpowiednich klauzul adaptacyjnych umożliwi Stronom prawidłową realizację umowy.

“Dobrze na Dobrzyńskiej. Dbamy o Twoje zdrowie”



### Odpowiedź na pytanie nr 8

Zamawiający nie zmienia zapisów projektu umowy w zakresie terminu wykonania dostawy częściowej.

### Pytanie nr 9

1) Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisu §7 ust. 1 lit. a wzoru umowy poprzez miarkowanie wysokości kary umownej do poziomu 1%;

2) Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisu §7 ust. 1 lit. b wzoru umowy poprzez miarkowanie wysokości kary umownej do poziomu 0,5%.

Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa i przyjętym orzecznictwem kara umowna nie może pozostawać w dysproporcji, być nieproporcjonalna w stosunku do wielkości realizowanej części zamówienia. Uznany jest pogląd, że o rażącym wygórowaniu kary umownej świadczy stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie. Ponadto Wykonawca zwraca uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że w sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, można ją uważać za rażąco wygórowaną. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 listopada 2013 roku (I ACa 539/13) podniesiono, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznaje się za miernik oceny wysokości kary umownej stosunek między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania. Wykonawca zwraca także uwagę, iż zapisy projektu umowy winny przewidywać kary umowne w adekwatnej wysokości do odszkodowania, które mogłyby być dochodzone na zasadach ogólnych. Kara umowna jest instytucją, która ma pełnić przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Obowiązujące zasady prawa wskazują na przesłanki przesądzające o rażącym wygórowaniu kary umownej zwłaszcza w okolicznościach, gdy wierzyciel nie poniósł żadnej szkody albo poniósł szkodę nieznaczną wskutek niewykonania umowy. Do sytuacji rażąco wygórowanej kary może dojść już na etapie samych zapisów umownych, jak również poprzez ich zastosowanie w konkretnej sytuacji. Nie powinno dochodzić już na etapie samych zapisów umownych do sytuacji, w których zastrzeżona kara umowna będzie rażąco wygórowana. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r. (I ACa 26/14) oceny, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana dokonuje się w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony.

Przykładem takiej rażącej dysproporcji jest naliczanie kary także od wartości zrealizowanej już części umowy, w zakresie której Zamawiający nie poniósł żadnej szkody, bądź ustalania mechanizmu naliczania kary w taki sposób, który może prowadzić do sytuacji, w której wysokość kary umownej za jeden dzień opóźnienia jest wyższa od wartości zamówienia jednostkowego. Za rażąco wysoką karę umowną należy także uznać sankcję finansową za niespełnienie świadczenia ubocznego (przykładowo naprawy gwarancyjne, dostarczenie instrukcji, rozpoznawanie reklamacji) równą lub wyższą od sankcji finansowej za zwłokę w dostawie przedmiotu zamówienia.

Nieuwzględnienie powyższych okoliczności przy definiowaniu kar umownych może prowadzić w następstwie zastosowania wadliwych zapisów umowy do bezpodstawnego wzbogacenia się strony żądającej ich zapłaty. Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została uznana przez Urząd Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszającą równowagę stron w sposób nadmierny, a „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przynajmniej 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).

[https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf)

### Odpowiedź na pytanie nr 9

Zamawiający wprowadził modyfikację projektu umowy w tym zakresie, w odpowiedzi na pytanie nr 36 i 37 opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 15.07.2020 r.

“Dobrze na Dobrzyńskiej. Dbamy o Twoje zdrowie”



#### **Pytanie nr 10**

Czy uwzględniając zasadę równości stron umowy, Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie zapisu umożliwiającego rozwiązanie umowy z inicjatywy Wykonawcy?

Wykonawca proponuje następujące brzmienie zapisu: „Wykonawca ma prawo odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego i bez obowiązku zapłaty kar umownych lub odszkodowania gdy Zamawiający dokonał płatności należnego Wykonawcy wynagrodzenia z opóźnieniem przekraczającym 7 dni kalendarzowych. Uprawnienie może zostać zrealizowane w terminie 14 dni od dnia powzięcia wiadomości o ww. okolicznościach.”

#### **Odpowiedź na pytanie nr 10**

Zamawiający nie zmienia projektu umowy w zakresie zapisu umożliwiającego rozwiązanie umowy inicjatywy Wykonawcy.

#### **Pytanie nr 11**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z zapisów §7 ust. 2 i ust. 3 wzoru umowy? Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający w sposób niedozwolony i arbitralny ukształtował kary umowne, w szczególności zastosowanie ww. reguł prowadzić będzie do powstania przysporzenia majątkowego po stronie Zamawiającego. Wykonawca zwraca uwagę na stanowisko KIO wyrażone w przedmiocie kar umownych w następujących sprawach: (1) wyrok KIO z 06.06.2018 r., sygn. akt KIO 918/18 (Niedopuszczalne jest (...) kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.) czy (2) wyrok KIO z 30.10.2017 r., sygn. akt KIO 2163/17 (To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego.). Nie ulega wątpliwości, że zakreślony przez Zamawiającego limit minimalny i maksymalny kar przekracza zakres ewentualnej szkody, którą Zamawiający może ponieść w związku z wadliwą realizacją części umowy.

#### **Odpowiedź na pytanie nr 11**

Zamawiający nie rezygnuje z zapisów §7 ust. 2 i ust. 3 projektu umowy.

#### **Pytanie nr 12**

Prosimy o potwierdzenie, że karty katalogowe/prospekty/foldery są składane przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego, a nie wraz z ofertą.

#### **Odpowiedź na pytanie nr 12**

Zamawiający potwierdza, że karty katalogowe/prospekty/foldery są składane przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego.

DYREKTOR  
Wojewódzkiego Zespołu Specjalistycznej  
Opieki Zdrowotnej

  
dr Grzegorz Kulczycki

“Dobrze na Dobrzyńskiej. Dbamy o Twoje zdrowie”