

## Wykonawcy biorący udział w postępowaniu

### Dotyczy postępowania

**Zakup sprzętu w ramach Narodowej Strategii Onkologicznej pn. „Zakup sprzętu do diagnostyki patomorfologicznej” w 2024r.**

Znak sprawy: ZP/43/ZCO/2024

Działając zgodnie z art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela wyjaśnień jak poniżej:

### Zestaw pytań nr 1

#### **Pytanie nr 1**

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o uszczegółowienie czy adnotacja zawarta w dokumentacji przetargowej o mechanizmie podzielonej płatności odnosi się do **wszystkich faktur** czy tylko do **tych spełniających poniższe łączne kryteria?**:

Od 1 listopada 2019 r. obowiązkowy mechanizm podzielonej płatności (MPP) jest stosowany, gdy faktury za transakcje spełniają łącznie następujące warunki:

- należność ogółem, która wynika z faktury (tj. wartość brutto całej faktury) przekracza 15 tys. zł,
- choćby jedna pozycja na fakturze dotyczy towarów lub usług wrażliwych (określonych w [załączniku nr 15 do ustawy o VAT](#)),
- sprzedawca i nabywca są podatnikami VAT.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż mechanizm podzielonej płatności wymagany jest dla wszystkich płatności.

#### **Pytanie nr 2**

Zamawiający w formularzu Załącznik nr 1a, Pakiet 1 i 3 w pkt 8 – warunki gwarancji wskazał wymóg:

*„W przypadku, gdy okres niesprawności przekracza 1 dzień roboczy oferent zobowiązany jest do zapewnienia urządzenia zastępczego na czas naprawy”*

Prosimy o zmianę cytowanego zapisu na:

*W przypadku, gdy okres niesprawności, **powodujący brak możliwości korzystania z urządzenia, zgodnie z jego przeznaczeniem** przekracza 48h w dni robocze, oferent zobowiązany jest do zapewnienia urządzenia zastępczego na czas naprawy.* Zwracamy uwagę iż, nie każda niesprawność powoduje brak możliwości użytkowania urządzenia zgodnie z jego przeznaczeniem, zatem zdefiniowanie jej zakresu jest istotne.

Zmiana zapisu jest uzasadniona, gdyż Wykonawca nie chce dopuścić do takiej sytuacji, w której Zamawiający będzie chciał wymienić urządzenie z powodu błahej usterki, nie mającej wpływu na pracę urządzenia.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający modyfikuje w formularzu Załącznik nr 1a, Pakiet 1 i 3 w pkt 8 – warunki gwarancji na następujący:

*„W przypadku, gdy okres niesprawności, powodujący brak możliwości korzystania z urządzenia, zgodnie z jego przeznaczeniem przekracza 48h w dni robocze, oferent zobowiązany jest do zapewnienia urządzenia zastępczego na czas naprawy.”*

#### **Pytanie nr 3**

Zamawiający w formularzu Załącznik nr 1a, Pakiet 1 i 3 w pkt 8 – warunki gwarancji wskazał wymóg:

*„W przypadku, gdy okres niesprawności przekracza 1 dzień roboczy oferent zobowiązany jest do zapewnienia urządzenia zastępczego na czas naprawy”*

Prosimy o zmianę cytowanego zapisu na:

*W przypadku, gdy okres niesprawności, przekracza 48h w dni robocze, oferent zobowiązany jest do zapewnienia urzędnika zastępczego na czas naprawy. Zwracamy Zamawiającemu uwagę, na fakt, iż ustanowienie tak krótkiego okresu na dostarczenie urzędnika zastępczego, może być trudne do spełnienia, z uwagi na odległość siedziby Zamawiającego od siedziby Wykonawcy.*

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż zmodyfikował powyższy zapis w odpowiedzi na pytanie nr 2 powyżej.

**Pytanie nr 4**

Zamawiający w formularzu Załącznik nr 1a, Pakiet 1 i 3 w pkt 7 – warunki gwarancji wskazał wymóg:

*„W przypadku, gdy naprawa w okresie gwarancji nie odniosła rezultatu, urządzenie podlega wymianie na nowe: Tak, po 2 naprawach- wymianach tego samego podzespołu”*

Na

*„W przypadku, gdy naprawa w okresie gwarancji nie odniosła rezultatu, urządzenie podlega wymianie na nowe: Tak, po 3 **naprawach**- wymianach tego samego podzespołu”*

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

**Pytanie nr 5**

Prosimy o modyfikację zapisów § 5 w taki sposób, aby wysokość kary umownej naliczana była od wartości netto a nie brutto. VAT jest należnością publicznoprawną, którą wykonawca jest zobowiązany odprowadzić do urzędu skarbowego. Ponadto sama kwota podatku VAT wliczona do ceny oferty nie ma wpływu na korzyści ekonomiczne osiągnięte przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

**Pytanie nr 6**

W związku z tym iż zgodnie art. 431 ustawy PZP zarówno wykonawca jak i Zamawiający obowiązani są współdziałać przy wykonywaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dodanie zapisów projektu umowy w § 5, mając na względzie zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą o poniższej treści:

*Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne za: odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający, w wysokości 5 % wartości netto umowy.*

Wskazany zapis jest istotny dla należytej realizacji zamówienia publicznego oraz współpracy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. W stosunkach cywilnoprawnych bardzo ważna jest równowaga pomiędzy obiema stronami umowy oraz wzajemne kształtowanie jej postanowień w granicach zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> KC), pozwalające na uznanie wykonawcy za partnera, szanujące jego podstawowe prawa i pozwalające na zrównoważone i partnerskie relacje między zamawiającym i wykonawcą.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

**Pytanie nr 7**

Zamawiający w projekcie umowy, pisze:

*W razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne:*

- a) *w wysokości 10 % wartości przedmiotu umowy brutto - w przypadku wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

Wykonawca zwraca uwagę, iż kary umowne w umowach o zamówienie publiczne powinny zmierzać do zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy. Natomiast wykorzystywanie przez Zamawiającego, będącego

silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, jego pozycji do zastrzeżenia na swoją rzecz kar umownych, które byłyby należne niezależnie od sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 k.c. granice swobody umów. Wysokość kar umownych winna pozostawać w korelacji ze szkodą, co zgodne jest z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 353<sup>1</sup> w zw. Z art. 361 § 1 i 2 w zw. Z art. 483 § 1 KC), a nie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się jednej strony umowy.

Czy wobec powyższego, Zamawiający dopuszcza możliwość rewizji swojego stanowiska w zakresie kar umownych i stosownego ograniczenia ich wysokości, zakresu stosowania itp., tak by wprowadzić zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą i pozbawienia kar umownych charakteru rażąco wygórowanych dokonując złagodzenia ich rangi do 5%?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

**Pytanie nr 8**

Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dokonanie modyfikacji zapisów do projektu umowy w § 5 pkt 1a) poprzez zmniejszenie wysokości kar umownych do 0,5% wartości netto zamiast obecnych 1% z uwagi na nieadekwatność ich wysokości do danego niespełnienia świadczenia umowy?

Wprawdzie nie istnieją przepisy regulujące wysokości kar umownych, jednak przy ustaleniu wysokości kar Zamawiający powinien opierać się na zasadzie równości i ekwiwalentności stron, a tym samym wymagać od Wykonawcy płacenia kar w takiej samej lub nieznacznie wyższej wysokości, w jakiej sam Zamawiający może ewentualnie płacić za zwłokę w płaceniu za towar.

Zamawiający nie powinien wykorzystywać swojej dominującej pozycji ustalając wysokość kar umownych. Kary umowne powinny mieć charakter dyscyplinujący w stosunku do Wykonawcy, a nie prowadzić do wzbogacenia się Zamawiającego, a taką funkcję zaczynają pełnić w momencie, gdy okazuje się, iż wartość kary umownej może przekroczyć wartość zapłaty należną Wykonawcy za dostarczony towar. Nadto liczenie kary umownej w wysokości 5% wartości netto niezrealizowanej w terminie dostawy częściowej jest wysoce niesprawiedliwe. W tym miejscu należy przywołać treść art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, który stanowi, iż w przypadku, gdy zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, to samo dotyczy przypadku, gdy kara jest rażąco wygórowana.

Dlatego też w przypadku braku zgody Zamawiającego na zmniejszenie kar umownych w momencie, gdy będą one naliczane, Wykonawca będzie zmuszony podjąć odpowiednie kroki prawne celem miarkowania tych kar, a co za tym idzie ochrony swoich interesów.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

**Pytanie nr 9**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby łączna suma kar umownych nie przekroczyła poziomu 20% wartości netto umowy?

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:**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

**Pytanie nr 10**

Pakiet nr 1 – Procesor tkankowy, próżniowy – 1 szt.

Pozycja 36

Prosimy zamawiającego o dopuszczenie procesora o wadze bez odczynników wynoszącej 121 kg

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza powyższe.

Treść udzielonych odpowiedzi stanowi integralną część SWZ.

Uwaga: Zamawiający informuje, iż Wykonawca zobowiązany jest uaktualnić Formularz asortymentowo-cenowy (załącznik nr 1a do SWZ) zgodnie z udzielonymi odpowiedziami i adekwatnie do oferowanych produktów.

Zatwierdził  
Kierownik Zamawiającego