

ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW

Dotyczy: postępowania pn. „Dostawy odczynników i materiałów zużywalnych do wykonywania oznaczeń metodą immunoturbidymetryczną wraz z dzierżawą analizatora do ich wykonania” - znak sprawy: 24/PN/2023/ZS

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie, informuje, iż wpłynęły pytania od Wykonawców, na które Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Pytanie numer 1

Dotyczy: Załącznik nr 3 do SWZ §5 ust 3.

Zamawiający we wzorze umowy §5 ust 3. wymaga, aby Wykonawca przystąpił do naprawy uszkodzonego urządzenia w terminie 24 godzin, jednak nie później niż następnego dnia roboczego. Czy Zamawiający dopuści zmianę tego zapisu poprzez wprowadzenie zapisu czas reakcji serwisu Wykonawcy nie przekroczy 24 godzin od chwili przekazania zgłoszenia awarii, oraz przystąpi do naprawy w terminie do 48 godzin w dni robocze?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę i tym samym odpowiedni dostosuje zapisy projektu umowy w tym zakresie.

Pytanie numer 2

Dotyczy: Załącznik nr 3 do SWZ §10 ust 1-3.

Zamawiający we wzorze umowy §10 ust 1-3 proponuje zgodnie z treścią Umowy:

Ust. 1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku nieterminowego wykonania dostawy lub niekompletnej dostawy (dostawy towaru ze stwierdzonymi brakami ilościowymi) lub nieterminowego usunięcia wady (dostawy towaru wolnego od wad) w wysokości 1% wartości brutto dostawy częściowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

Ust. 2) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku nieterminowej dostawy dzierżawionych urządzeń oraz odczynników – w wysokości 400,00 zł za każdy dzień zwłoki, taka sama kara zostanie naliczona w przypadku braku naprawy lub niedostarczenia urządzenia zastępczego.

Ust. 3) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków określonych w (załączniku nr 1 do Umowy) – w wysokości 500 zł za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, naliczenie kary umownej nie zwalania Wykonawcy od wykonania umowy zgodnie z zakresem obowiązków wynikających ze złożonej oferty. Wykonawca jest zobowiązany do naprawienia wady w terminie wskazanych w ust 2, po upływie tego okresu kary zostaną naliczone ponownie.

Wykonawca zwraca uwagę, że wskazane wyżej zapisy powodują, że Zamawiający przewidział we wzorze Umowy jednocześnie różne i wielokrotne kary w przypadku niedopełnienia tego samego obowiązku. Taka sytuacja może prowadzić do wielokrotnego karania Wykonawcy za to samo uchybienie, co stoi w opozycji wobec ogólnych zasad kształtowania postanowień umownych na gruncie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360) (dalej jako „k.c.”), stosowanej odpowiednio do umów zawieranych na

gruncie przepisów ustawy Pzp. W przypadku np. nieterminowego wykonania dostawy towaru Zamawiający przewidział karę dla Wykonawcy w wysokości 1% wartości brutto dostawy częściowej za każdy dzień zwłoki w ust. 1, a jednocześnie w ust. 2 - 400,00 zł za każdy dzień zwłoki, jak również w ust. 3 - 500,00 zł za każdy przypadek nienależytego wykonania tych samych obowiązków (załącznik nr 1 do Umowy). W związku z powyższym Wykonawca, zwraca się do Zamawiającego z następującymi wnioskami o modyfikację ww. zapisów projektowanych postanowień umownych w następujący sposób

1/ zmianę treści § 10 ust. 1 wzoru umowy poprzez zastąpienie doczasowego zapisu następującym postanowieniem:

naliczanie kar umownych w wysokości 0,2 % wartości brutto dostawy częściowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przypadku nieterminowego wykonania dostawy lub niekompletnej dostawy (dostawy towaru ze stwierdzonymi brakami ilościowymi) lub nieterminowego usunięcia wady (dostawy towaru wolnego od wad).

2/ zmianę treści § 10 ust. 2 wzoru umowy poprzez zastąpienie doczasowego zapisu następującym postanowieniem:

naliczanie kar umownych w wysokości 100,00 zł za każdy dzień zwłoki w przypadku nieterminowej dostawy dzierżawionych urządzeń, taka sama kara zostanie naliczona w przypadku braku naprawy lub niedostarczenia urządzenia zastępczego.

3/ Usunięcie treści § 10 ust. 3 z projektowanych postanowień umowy.

Należy zauważyć, że w świetle przepisów ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony w zasadzie do jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego i ciężko mówić o pełnym zastosowaniu swobody umów wynikającej z przepis art. 353 (1) k.c. jednakże nie może on swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający powinien jednak kierować się także dyrektywami wskazanymi przez ustawodawcę, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społecznogospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. W przedmiotowym zakresie wypowiedziała się także wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza (vide np. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 47/18, wyrok KIO z dnia 13 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2729/20), która stanęła na stanowisku, że uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Na gruncie przedmiotowego Postępowania oczywistym jest, iż wniosek o modyfikację wskazanych zapisów projektowanych postanowień umowy jest uzasadniony.

Odpowiedź: Zamawiający zmienia treść § 10 projektu umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

„§ 10.

1. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia następujących kar umownych:

- 1) w wysokości 0,2% całkowitej wartości umowy, o której mowa w § 9 ust. 1 - za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przypadku niedotrzymania terminów, o których mowa w § 2 ust. 1, 7 i 8 pkt 2;
- 2) w wysokości 400,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki - w dostawie przedmiotu dzierżawy lub odczynników oraz w przypadku niedotrzymania terminów, o których mowa w § 5 ust. 3;
- 3) w wysokości 500 zł za każdy przypadek nieudostępnienia zastępczego urządzenia lub udostępnienia urządzenia o nieodpowiednich parametrach, zgodnie z § 5 ust. 4;
- 4) w wysokości 10% całkowitej wartości umowy, o której mowa w § 9 ust. 1 - w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego;

- 5) w wysokości 2 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek niezapłaconia lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy Pzp, przez Wykonawcę.
2. Kary umowne płatne będą w ciągu 7 dni od daty wystawienia Wykonawcy not obciążeniowych, obejmujących naliczone kary umowne, przy czym Zamawiający ma prawo do potrąceń kwot kar umownych z faktur za wykonane dostawy, wystawionych przez Wykonawcę.
3. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych.
4. Łączna wartość kar umownych nie może przekroczyć 30% całkowitej wartości umowy, o której mowa w § 9 ust. 1.”.

Zamawiający informuje, że udzielone odpowiedzi są integralną częścią SWZ dla przedmiotowego postępowania i są wiążące dla wszystkich Wykonawców od dnia przekazania.