Kraków, dnia 11.01.2022 r.

DFP.271.127.2021.BM

**Do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu**

# *Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę różnego rodzaju odczynników i materiałów zużywalnych dla Zakładu Patomorfologii oraz dzierżawa analizatorów.*

Zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przedstawiam odpowiedzi na pytania wykonawców oraz zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikuję specyfikację warunków zamówienia:

**Pytanie 1**

Dot. swz pkt 10.2.4.1 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostarczenie ulotek/specyfikacji technicznych dot. oferowanych odczynników i urządzeń?

**Odpowiedź:** Zamawiający wymaga zgodnie z SWZ.

**Pytanie 2**

Dot. części 1 i 2

Czy w związku z tym, że Zamawiający obecnie korzysta z rozwiązań które firma (...)[[1]](#footnote-1) zamierza zaoferować w bieżącym postępowaniu, czy Zamawiający zgodzi się z rezygnować z próbek barwionych preparatów w części 1 oraz 2?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 3**

Dot. części 1 i 2

Czy w związku z trwającą pandemia i przerwanymi łańcuchami dostaw Zamawiający zgodzi się aby dostawa urządzeń wynosiła 30 dni roboczych od podpisania umowy?

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę i modyfikuje zapis punktu 4.3 SWZ, który otrzymuje brzmienie:

„4.3. Dostarczenie urządzeń i ich uruchomienie do 70 dni roboczych od daty zawarcia umowy (dostawa do: Zakładu Patomorfologii Szpitala Uniwersyteckiego, ul. Jakubowskiego 2 w Krakowie).”

Zamawiający informuje, że §2a ust. 1 przyjmuje następujące brzmienie**:**

*„§2a*

1. *Wykonawca wydzierżawia Szpitalowi Uniwersyteckiemu Sprzęt określony w Załączniku nr 1   
   do Umowy oraz w tym celu zobowiązuje się w terminie* ***maksymalnie do 70 dni od daty zawarcia umowy:***
2. *dostarczyć go na własny koszt i ryzyko wraz z wyładunkiem do Zakładu Patomorfologii w Nowej Siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego przy ul. Jakubowskiego 2 w Krakowie. Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie możliwość zmiany miejsca użytkowania;*
3. *oraz uruchomić go.*

*Wszystkie czynności powinien wykonywać wyłącznie autoryzowany przedstawiciel Wykonawcy – na własny koszt, zawarty w cenie Umowy.”*

**Pytanie 4**

Dot. części 1 i 2

Czy w przypadku przedłużającego się oczekiwania na nowe urządzenie do Immunohistochemii, Zamawiający zgodzi się na tymczasową instalację aparatu używanego, którego Zamawiający nie będzie pierwszym użytkownikiem a następnie jego wymianę po dostarczeniu nowego?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 5**

Pytania do umowy

Czy Zamawiający uznaje, że warunki trwającej pandemii stanowią okoliczności siły wyższej?   
**Odpowiedź:** Zamawiający informuje, iż sam fakt istnienia pandemii nie jest traktowany jako siła wyższa, jednak spowodowane nią obostrzenia oraz problemy w realizacji umowy mogą być traktowane w taki sposób. Każda taka sytuacja rozpatrywana jest indywidualnie.

**Pytanie 6**

Pytania do umowy

Czy Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia o dopuszczalności wprowadzenia w trakcie trwania umowy zamiennika danego produktu wchodzącego w skład przedmiotu umowy, na podstawie pisemnego zawiadomienia, bez konieczności zawierania pisemnego aneksu, przy spełnieniu oczywiście dodatkowych założeń? Propozycja postanowienia poniżej:   
„Strony dopuszczają w trakcie trwania umowy zamianę danego produktu wchodzącego w skład przedmiotu umowy w przypadku zaoferowania przez Wykonawcę odpowiedniego zamiennika lub produktu zmodyfikowanego, w szczególności udoskonalonego, o ile zamiennik ten jest produktem o właściwościach równoważnych bądź lepszych w stosunku do zamienionego, odpowiadających charakterystyce pierwotnego produktu.

W przypadku, gdy nie ulegnie zmianie cena jednostkowa, a tym samym nie wpłynie to na zmianę wynagrodzenia z tytuły realizacji umowy i jednocześnie zmiana ta jest korzystna dla Zamawiającego, nie wymaga ona zawarcia pisemnego aneksu, lecz jest skuteczna na podstawie pisemnego zawiadomienia Zamawiającego w tym zakresie przez Wykonawcę. Zmiana uznawana będzie za skuteczną w chwili otrzymania przez Zamawiającego zawiadomienia, chyba że została wskazana w nim inna data."   
Uzasadnienie:   
Zmiana opisana powyżej jest korzystna dla Zamawiającego i może usprawnić proces wprowadzania zmian korzystnych dla Zamawiającego, także po stronie wykonawcy, ponieważ w przypadku zastąpienia danego produktu udoskonalonym, wymaga to wprowadzania zmian w bardzo wielu umowach. Dopuszczenie w takich sytuacjach formy pisemnego zawiadomienia dla skuteczności tej zmiany byłoby racjonalnym postępowaniem.   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 7**

Pytania do umowy

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zawarcie umowy w formie elektronicznej przy wykorzystaniu kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez Wykonawcę?

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę.

**Pytanie 8**

Pytania do umowy

Par. 2 ust. 5 Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby dostarczone zostały dokumenty w formie elektronicznej (CD, email, strona internetowa)?

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę.Zmianie ulega zapis §2 ust.5 który przyjmuje następujące brzmienie:

*§2*

*5. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia następujących dokumentów, w formie papierowej lub na płycie CD wraz z pierwszą dostawą produktów lub do pierwszej dostawy produktów w formie elektronicznej na adresy e-mail określone w §2 ust.9 , poprzez przesłanie dokumentów albo wskazanie adresu strony internetowej Wykonawcy, na którym są one dostępne 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu”*

**Pytanie 9**

Pytania do umowy

Par. 2 ust. 8 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie zdania „W razie nieuznania reklamacji przez Wykonawcę Szpital Uniwersytecki uprawniony będzie do rozwiązania niniejszej Umowy ze skutkiem natychmiastowym”?   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 10**

Pytania do umowy

Ponadto czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługiwało po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu, nie krótszego niż 5 dni roboczych, wyznaczonego w pisemnym wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania umowy?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 11**

Pytania do umowy

Czy zamawiający wyraża zgodę na całkowite wykreślenie tego „W przypadku dostarczenia Szpitalowi Uniwersyteckiemu w ramach reklamacji produktu w opakowaniu, które zawiera więcej produktów niż powinno zostać dostarczone w ramach reklamacji, Wykonawcy przysługuje prawo do odbioru nadliczbowych produktów w terminie 7 dni roboczych, którego bieg rozpoczyna się począwszy od 14 dnia roboczego od daty zgłoszenia reklamacji, a kończy z upływem 21 dnia roboczego liczonego od dnia zgłoszenia reklamacji. Nieskorzystanie z powyższego uprawnienia w oznaczonym terminie powoduje jego wygaśnięcie. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za nieodebrane nadliczbowe produkty lub roszczenie oparte na innej podstawie prawnej, na co Wykonawca wyraża zgodę” postanowienia, względnie jego modyfikację w zakresie ewentualnego rozliczenia nadmiarowo dostarczonego towaru, tak by nie było w żadnym wypadku możliwe zaliczenie danego towaru jako darowizny? Dotychczasowe sformułowanie tego postanowienia, , nie może mieć miejsca w świetle zasad panujących na rynku w szczególności postanowień Kodeksu Etyki Med Tech. Postanowienie w obecnym brzmieniu nie znajduje uzasadnienia i w ocenie Wykonawcy rodzi ryzyka dla obu stron kontraktu, zatem powinno zostać całkowicie usunięte.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian. Zamawiający zwraca uwagę, iż wzór umowy przewiduje w §7 ust. 1 odstąpienie w terminie 30 dni od powzięcia informacji o przypadkach, szczegółowo opisanych w przedmiotowym postanowieniu.

**Pytanie 12**

Pytania do umowy

Par. 2a ust.9 pkt 3 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zamianę słowa "godzin" na "godzin w dni robocze"?   
**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę. Zmianie ulega zapis §2a ust.9 pkt 3 który przyjmuje następujące brzmienie:

*„§2a*

* *usuwania każdej awarii sprzętu w ciągu* ***48 godzin w dni robocze****, przy czym czas reakcji w przypadku awarii nie może przekroczyć* ***24 godzin w dni robocze*** *liczonych od daty zgłoszenia.* *Wszelkie koszty w powyższym zakresie obciążają Wykonawcę. Jeśli usunięcie usterki w tym czasie jest niemożliwe Wykonawca zobowiązuje się wykonywać odczyny na własny koszy w innej jednostce, na urządzeniu tego samego typu, aż do czasu usunięcia usterki lub dostarczenia i uruchomieni aparatu o niegorszych parametrach. Ponadto w przypadku, co najmniej trzech powtarzających się awarii sprzętu, Wykonawca zobowiązuje się do wymiany wadliwego sprzętu na sprzęt nowy, wolny od wad.”*

**Pytanie 13**

Pytania do umowy

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na to, by obowiązek wymiany dotyczył wyłącznie wadliwego elementu, a nie całego aparatu?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian. Zamawiający zwraca uwagę, iż wymienienie wadliwego elementu jest częścią zwykłego serwisu, w sytuacji kiedy naprawa elementu nie jest możliwa. Wymiana sprzętu zgodnie z postanowieniem §2a ust. 9 pkt. 3 następuje dopiero po co najmniej trzykrotnej, powtarzającej się awarii sprzętu.

**Pytanie 14**

Pytania do umowy

Par. 2a ust 9 pkt 8 Czy Zamawiający odstąpi od wymogu ubezpieczenia aparatury określonego w niniejszym postanowieniu umowy?

Uzasadnienie:   
Ubezpieczenie urządzenia leży w strefie autonomicznych uprawnień Wykonawcy jako właściciela przedmiotu dzierżawy, dlatego umowa pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym nie powinna regulować tej kwestii.   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 15**

Pytania do umowy

Par. 4 Czy Zamawiający wyrazi zgodę aby faktura była wysyłana tylko drogą elektroniczną?   
**Odpowiedź:** Zamawiającywyraża zgodę. Zmianie ulega brzmienie §4 ust. 5 lit. A w następujący sposób:

*„§4*

*5. Zapłata za dostarczone produkty następować będzie na podstawie faktur, zaopatrzonych akceptacją Kierownika Zakładu Patomorfologii lub osoby przez niego upoważnionej, w których określona będzie ilość produktów, a także zawierających dane określone w ustępie 6 niniejszego paragrafu. Ustala się następujące zasady dostarczania faktur do Szpitala Uniwersyteckiego:*

*A. Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć jeden egzemplarz faktury w formie papierowej lub* ***elektronicznej*** *w terminie do 3 dni roboczych, przy czym pierwszy dzień rozpoczynający bieg terminu to dzień dostawy produktu. W odniesieniu do produktu wysyłanego ostatniego dnia miesiąca Wykonawca dodatkowo ma obowiązek dostarczyć na adres e-mailowy: efaktury@su.krakow.pl skan przedmiotowej faktury****, chyba, że faktura wysyłana była tylko drogą elektroniczną;***

**Pytanie 16**

Pytania do umowy

Par. 7 Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby uprawnienie do rozwiązania / odstąpienia od umowy przysługiwało po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu, nie krótszego niż 5 dni roboczych, wyznaczonego w pisemnym wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania umowy?   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 17**

Pytania do umowy

Par. 8 ust. 2 lit. b Czy Zamawiający wyrazi zgodę aby kara umowna była naliczana od wartości produktów poddanych reklamacji?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 18**

Pytania do umowy

Par. 8 ust. 2 lit. c-d Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby wysokość kary umownej była liczona od wartości sumy czynszu dzierżawnego?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 19**

Pytania do umowy

Par. 8 ust. 3 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę przesłanki naliczenia kary umownej za odstąpienie „z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę”?

Uzasadnienie:   
Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik odpowiada za nienależyte wykonanie umowy jeżeli wynika ono z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność. Przyczyny niezależne od Zamawiającego obejmują także okoliczności za które dłużnik nie odpowiada.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 20**

Pytania do umowy

Par. 8 ust. 5 Czy Zamawiający wyraża zgodę na dodanie "do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody?" ewentualnie dodanie: wyłączona jest odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu utraconych korzyści?   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 21**

UMOWA POWIERZENIA Zał Nr 3

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość przetwarzania danych w ramach grupy kapitałowej Wykonawcy? Jeśli tak, to czy wyraża zgodę na modyfikację tego postanowienia poprzez dodanie w tym punkcie następującego fragmentu: " Zamawiający wyraża zgodę na dalsze powierzenie przez Wykonawcę innym podmiotom w ramach grupy kapitałowej Wykonawcy lub związanych z grupą Wykonawcy czynności przetwarzania danych osobowych wyłącznie w przypadku konieczności dokonania przez te podmioty napraw, przeglądów i konserwacji z zastrzeżeniem, iż podmioty te będą spełniały warunki określone w poniższych ustępach"?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie proponowanego zapisu. Zamawiający dopuszcza korzystanie przez Podmiot przetwarzający z usług innych podmiotów przetwarzających, w tym w ramach grupy kapitałowej Wykonawcy, jednak pod warunkiem uzyskania uprzedniej szczegółowej zgody Zamawiającego. W związku z powyższym §6 ust. 1 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych (Załącznika nr 3 do wzoru umowy) otrzymuje brzmienie:

1. *Podmiot Przetwarzający może powierzyć dane osobowe do dalszego przetwarzania podwykonawcom jedynie w celu i zakresie niezbędnym do wykonania Umowy Głównej i po uzyskaniu uprzedniej pisemnej zgody Administratora Danych. Administrator danych wyraża zgodę na powierzenie przez Podmiot Przetwarzający danych osobowych do dalszego przetwarzania podwykonawcom wskazanym w Załączniku nr 2 do niniejszej Umowy Powierzenia, jedynie w celu i zakresie niezbędnym do wykonania Umowy Głównej oraz na warunkach określonych w niniejszym paragrafie.*

Jednocześnie do wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych dodaje się Załącznik nr 2 w brzmieniu:

***„Wykaz podmiotów podprzetwarzających zaakceptowanych przez Administratora danych:***

*1. Imię i nazwisko lub nazwa:*

*Adres i dane kontaktowe :*

*Opis przetwarzania, w tym charakter i cele przetwarzania:*

*Sposób zapewnienia zgodności z rozdziałem V RODO (jeśli dotyczy):*

*2. Imię i nazwisko lub nazwa:*

*Adres i dane kontaktowe :*

*Opis przetwarzania, w tym charakter i cele przetwarzania:*

*Sposób zapewnienia zgodności z rozdziałem V RODO (jeśli dotyczy):*

*„*

**Pytanie 22**

UMOWA POWIERZENIA Zał Nr 3

Par. 4 ust. 5 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zamianę słowa "godzin" na "godzin w dni robocze"?   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 23**

UMOWA POWIERZENIA Zał Nr 3

Par. 5 Czy Zamawiający wyraża zgodę, aby po punkcie 3 dodać następujące postanowienia:   
  
"a. Czynności kontrolne nie mogą prowadzić do ujawnienia Zamawiającego danych osobowych nieobjętych niniejszą umową, w szczególności danych osobowych innych klientów Wykonawcy, lub prowadzić do obniżenia skuteczności przyjętych przez Wykonawcę środków technicznych i organizacyjnych w celu ochrony danych osobowych przetwarzanych w jego organizacji bądź zagrażać lub prowadzić do obniżenia poziomu ich bezpieczeństwa.   
b. Kontrola obejmuje swoim zakresem wyłącznie przetwarzanie danych osobowych, z wyłączeniem wszelkich informacji niejawnych, poufnych, czy stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.   
c. Czynności audytowe odbywają się wyłącznie w obecności osoby wyznaczonej przez Wykonawcę   
d. Czynności audytowe nie mogą utrudniać działalności Wykonawcy, w szczególności wykonywania obowiązków przez pracowników lub współpracowników Wykonawcy." ?   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 24**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Celem usprawnienia procesu realizacji umowy zwracamy się do Zamawiającego czy przewiduje taką możliwość, aby po podpisaniu umowy zobowiązał się do przekazywania opiekunowi handlowemu przewidywalnego - orientacyjnego w okresie kwartalnym/miesięcznym harmonogramu oczekiwanych dostaw/zamówień? Pozwoli to Wykonawcy w odpowiednim czasie zarezerwować wymagany dostawą towar dla Zamawiającego.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 25**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Zważywszy na doniosłe i nieodwracalne skutki prawne rozwiązania umowy, celowe jest, aby przed rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego wykonawca został wezwany do należytego wykonywania umowy. Takie wezwanie najprawdopodobniej wystarczająco zmobilizuje wykonawcę do należytego wykonywania umowy i pozwoli uniknąć rozwiązania umowy, a tym samym uniknąć skutków rozwiązania umowy, które są niekorzystne dla obu stron. W związku z powyższym zwracamy się o wprowadzenie dodatkowego zapisu w umowie uwzględniającego wcześniejsze wezwanie Wykonawcy do należytego wykonania umowy.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Zwracamy uwagę, iż rozwiązanie umowy w przypadku reklamacji poprzedzone jest już kontaktem z Wykonawcą, mianowicie samym zgłoszeniem reklamacji. Posiadanie aktualnego certyfikatu CE IVD jest warunkiem koniecznym dla Zamawiającego.

**Pytanie 26**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Prosimy o modyfikację zapisów § 8 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 osiągane przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia.   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 27**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dodanie zapisów do projektu umowy w § 8, mając na względzie zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą.   
Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne za: odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający, w wysokości 10 % wartości netto umowy.   
Wskazany zapis jest istotny dla należytej realizacji zamówienia publicznego oraz współpracy pomiędzy Zamawiający a Wykonawcą. W stosunkach cywilnoprawnych bardzo ważna jest równowaga pomiędzy obiema stronami umowy oraz wzajemne kształtowanie jej postanowień w granicach zasady swobody umów (art. 3531 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. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 28**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do umowy sformułowania, iż   
„Zamawiający będzie składał zamówienia według bieżących potrzeb, przy czym wartość zamówienia jednostkowego nie powinna być mniejsza niż 500 zł. netto”?   
Mając na względzie czynniki ekologiczne, chcielibyśmy dążyć do ograniczenia liczby opakowań, ilości listów przewozowych i faktur w formie papierowej. W związku z tym prosimy o ustanowienie minimalnej wartości zamówienia w kwocie 500 zł.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 29**

Dotyczy SWZ:

Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie wymogu załączenia do oferty: informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, z uwagi na to, iż postępowania nie podlega przepisom, które obligują do składania takiej informacji : Podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy, z uwagi na wartość poniżej 10 000 000 euro w przedmiotowym postępowaniu nie ma zastosowania.

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.Przedmiotowe postępowanie udzielane jest w częściach a wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, która przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro. W związku z tym niezbędne jest zastosowanie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust 2 ustawy Pzp.

**Pytanie 30**

Dotyczy SWZ oraz wzoru umowy Część nr 6:

Wnioskujemy do Zamawiającego o modyfikację zapisów SWZ w Rozdziale 3. Pkt. 3.7, Formularza oferty pkt.7 oraz § 2 ust. 4 i 5 lit. d „wzoru umowy” poprzez dopisanie sformułowania „jeżeli dotyczy”, bądź „ nie dotyczy Części nr 6 poz 1 i 2”. Powyżej zawnioskowana zmiana wynika z faktu, że nie wszystkie oferowane odczynniki zostały przez producentów sklasyfikowane jako wyroby medyczne do diagnostyki - in Vitro jak np. asortyment w poz. nr 1 i 2 .

**Odpowiedź:** Zamawiający wprowadza modyfikację SWZ w niżej wymienionych punktach, które otrzymują brzmienie:

* *„3.7 Oferowane odczynniki w zakresie części 1, 2, 3, 4 (poz. 1-54, 56, 57, 61-81), 6 (poz. 3 – 9) i 7 oraz urządzenia w zakresie części 1, 2, 4 (z wyjątkiem osprzętu) muszą posiadać ważne certyfikaty CE IVD. Wymóg nie dotyczy materiałów zużywalnych.”*
* *„3.8 Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia wraz z pierwszą dostawą towaru:*

*- aktualnych kart charakterystyki substancji (MSDS) w języku polskim w wersji papierowej lub zapewnienia dostępu do kart charakterystyki w języku polskim na stronie internetowej 7 dni w tygodniu, 24 h na dobę. Udostępnienie kart na stronie internetowej wykonawcy ma rozpocząć się z chwilą wysłania towaru do użytkownika. W przypadku aktualizacji Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zaktualizowane karty w terminie 14 dni od daty ich aktualizacji, bezpośrednio do użytkownika w wersji papierowej lub też powiadomi użytkownika drogą e-mailową o nowej wersji karty zamieszczonej na stronie wykonawcy w terminie 14 dni od daty ich aktualizacji. Ponadto wykonawca zapewni użytkownikom możliwość pobrania kart ze strony internetowej w postaci pliku PDF. Przez aktualną kartę charakterystyki należy rozumieć Karty charakterystyki zgodne z ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach (Dz.U.2015.1203 j.t.), spełniające wymogi aktualnie obowiązującego rozporządzenia REACH (ang. Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals) – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1907/2006 regulujące kwestie stosowania chemikaliów, poprzez ich rejestrację i ocenę oraz w niektórych przypadkach, udzielanie zezwoleń i wprowadzanie ograniczeń obrotu - jeżeli oferowane odczynniki zawierają substancje niebezpieczne;*

*- Oświadczenia, które oferowane odczynniki zawierają w swoim składzie substancje niebezpieczne, w rozumieniu ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach;*

*- Certyfikaty CE IVD dotyczące oferowanych odczynników w zakresie części 1, 2, 3, 4 (poz. 1-54, 56, 57, 61-81), 6 (poz. 3 – 9) i 7 oraz urządzeń w zakresie części 1, 2, 4 (z wyjątkiem osprzętu) zgodnie z wymaganiami granicznymi (załącznik nr 1b do SWZ).*

*- Instrukcja obsługi dzierżawionych aparatów w języku polskim.”*

Zmodyfikowany zostaje również punkt 7 formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, który otrzymuje brzmienie:

*„7. Oświadczamy, że oferowane produkty oraz urządzenia są dopuszczone do obrotu i używania na terenie Polski zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (jeżeli dotyczy) oraz posiadają ważne certyfikaty CE IVD dotyczące oferowanych odczynników w zakresie części 1, 2, 3, 4 (poz. 1-54, 56, 57, 61-81), 6 (poz. 3 – 9) i 7 oraz urządzeń w zakresie części 1, 2, 4 (z wyjątkiem osprzętu).*

*Wymóg nie dotyczy materiałów zużywalnych. Jednocześnie oświadczamy, że na każdorazowe wezwanie Zamawiającego przedstawimy dokumenty dopuszczające do obrotu i używania na terenie Polski.”*

Zamawiający zwraca uwagę, iż w zakresie §2 ust 4, w nawiasie zostało zaznaczone, iż dotyczy produktów tylko „jeżeli są one wyrobem medycznym”. Zmianie ulega zapis § 2 ust. 4 który przyjmuje następujące brzmienie:

*„§2*

*4. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczania przez cały okres obowiązywania niniejszej Umowy produktów dopuszczonych do obrotu i używania na terenie Polski zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (pod warunkiem, że są one wyrobem medycznym) oraz posiadających certyfikat CE IVD*[[2]](#footnote-2)*. [[3]](#footnote-3)”*

**Zmianie ulega również zapis §2 ust. 5 lit. d który przyjmuje następujące brzmienie:**

*„§2*

*5. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia wraz z pierwszą dostawą produktów:*

*d) ważnych certyfikatów CE IVD dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia*[[4]](#footnote-4)*.[[5]](#footnote-5)*

**Pytanie 31**

Dotyczy SWZ:

Zwracamy się z wnioskiem o potwierdzenie, iż wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 10.2.4 nie dotyczy Części nr 6?

**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ i wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do wszystkich części postępowania.

**Pytanie 32**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Zwracamy się z wnioskiem o potwierdzenie, iż zapisy zapisy dotyczące kar umownych w dla Części nr 6 w § 8 ust.2 obejmuje tylko zapisy zawarte w lit a) i b)?

**Odpowiedź:** Zgodnie z przypisami wskazanymi w Załączniku nr 5, pozostałe litery dotyczą części 1, 2 oraz 4.

**Pytanie 33**

Dotyczy Część nr 1

Czy w załączniku 1A w tabeli dzierżawa aparatów należy wypełnić parametry dla każdego oferowanego urządzenia ( osprzętu, tj. również dla drukarek, mikrotomów itd.) osobno?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wymaga i podtrzymuje zapisy SWZ.

**Pytanie 34**

Dotyczy Część nr 1

Czy w załączniku 1A w tabeli dzierżawa aparatów należy zaoferować i wycenić materiały eksploatacyjne (dla wszystkich oferowanych urządzeń z osprzętem dodatkowym również na okres 36 mc w cenie dzierżawy?   
**Odpowiedź:** Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

**Pytanie 35**

Dotyczy Część nr 1

W przypadku konieczności wyceny materiałów eksploatacyjnych zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o określenie listy przewidywanych materiałów oraz przybliżonej +/- 5% ilości przeprowadzanych w czasie dzierżawy badań dla urządzeń:

1. mikrotom z drukarką do szkiełek,
2. drukarka do nalepek,
3. płyta chłodząca,
4. nakrywarka do preparatów.

Obecna postanowienia dokumentacji przetargowej uniemożliwiają prawidłową wycenę oferty z uwagi na to, że wykonawcy nie mają dostępu do takich samych danych w oparciu o które mogą dokonać prawidłowych wyliczeń. Powoduje to, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i wykonawcy mogą go różnie interpretować, dlatego oferty składane przez wykonawców będą nieporównywalne, stąd konieczność podania przez Zamawiającego przybliżonej ilości przeprowadzanych w czasie dzierżawy badań dla urządzeń.

Na zamawiającym ciąży obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jest to jeden z jego najważniejszych obowiązków przy udzielaniu zamówień publicznych. Ponadto zamawiający nie może opisywać zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać zachowanie uczciwej konkurencji.   
Oczywiście Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo decydować o tym, w jaki sposób dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, jednak powinien zwrócić szczególną uwagę na konieczność opisania przedmiotu zamówienia w zgodnie z art. 99 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”), a zatem uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Do podobnego wniosku doszła Izba rozpoznająca sprawę o sygn. akt 2018/20, wskazując iż: „Obowiązki w zakresie opisania przedmiotu zamówienia nie ulegają zmniejszeniu z racji zastosowanego wynagrodzenia ryczałtowego. Wręcz przeciwnie, jeżeli bowiem wynagrodzenie ryczałtowe ma obejmować cały zakres zamówienia i nie może ono podlegać zmianie (za wyjątkiem nadzwyczajnych sytuacji), to tym bardziej wykonawca powinien posiadać niezbędny zestaw informacji pozwalający mu na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i w konsekwencji oferowaną cenę.” W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu zmianę SIWZ poprzez wskazanie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów oraz określenie konsekwencji przekroczenia tej ilości – w przypadku braku zmiany przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenie ustalane za określoną ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów. Izba podkreśliła przy tym, że biorcą pod uwagę sposób określenia wynagrodzenia (ryczałt) oraz przedmiot usługi, wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty nie mają możliwości jej realnego skalkulowania bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla wyceny. Za taki parametr należy w szczególności uznać ilość (masę) odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach umowy, analogicznie do przedmiotowego postępowania – za taki parametr należy uznać przybliżoną ilości przeprowadzanych w czasie dzierżawy badań dla urządzeń, których wartość w trakcie realizacji umowy może wahać się +/- 5 % w zależności od aktualnych potrzeb Zamawiającego.   
**Odpowiedź:** Na podstawie wskazanych w Arkuszu cenowym (załącznik nr 1a do SWZ) ilości odczynników, Wykonawca powinien obliczyć ilości materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych, niezbędnych do prawidłowej realizacji całego przedmiotu zamówienia.

**Pytanie 36**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o potwierdzenie, że zapis „Wykaz i ceny jednostkowe towaru szczegółowo określone są w Załączniku nr 1 do niniejszej Umowy” wskazany w § 1 ust. 2 dotyczy części 3, 5, 6, 7 ?

**Odpowiedź:** Załącznik nr 1 przewidziany jest dla każdej części. Zamawiający zwraca uwagę, iż Załącznikiem nr 1 do umowy będzie arkusz cenowy stanowiący Załącznik nr 1a do SWZ.

**Pytanie 37**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o poprawę oczywistej omyłki pisarskiej i wykreślenie z § 2 ust. 5 lit. c odniesienia do części nr 6, gdyż nie dotyczy ona dzierżawy sprzętu.   
**Odpowiedź:** Zmianie ulega §2 ust.5 lit. c wzoru umowy, który przyjmuje brzmienie:

*„§2*

*5. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia wraz z pierwszą dostawą produktów:*

*c) pełnej instrukcji obsługi i instalacji dzierżawionego Sprzętu w języku polskim.[[6]](#footnote-6)”*

**Pytanie 38**

Dotyczy Część nr 1

Zwracamy się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę postanowień § 2 ust. 4 i 5 lit. d „wzoru umowy” oraz SWZ w Rozdziale 3. Pkt. 3.7, oraz Formularza oferty pkt.7 poprzez dopisanie sformułowania „jeżeli dotyczy”.   
Powyżej zawnioskowana zmiana wynika z faktu, że nie wszystkie oferowane urządzenia zostały przez producentów sklasyfikowane jako wyroby medyczne do diagnostyki - in Vitro jak np. drukarka do szkiełek mikroskopowych.

**Odpowiedź:** Zamawiający zmodyfikował zapisy udzielając odpowiedzi na pytanie nr 30.

**Pytanie 39**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o potwierdzenie, iż wskazane w § 2 ust. 7-8 „wzoru umowy” nie dotyczą części nr 1 zamówienia?

**Odpowiedź:** Zamawiającynie potwierdza. Wskazane postanowienia dotyczą wszystkich części.

**Pytanie 40**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o potwierdzenie, iż postanowienia § 2 ust. 11 „wzoru umowy” dotyczą wyłącznie 3 sztuk aparatów do wykonania badań immunohistochemicznych opisanych w części nr 1 ?

**Odpowiedź:** Przedmiotowe zapisy dotyczą wyłącznie przedmiotów dzierżawy wskazanych w częściach 1, 2 oraz 4. W przypadku części 1 są to 3 sztuki analizatorów wraz z osprzętem i oprogramowaniem, zgodnie z Załącznikiem nr 1a do SWZ.

**Pytanie 41**

Dotyczy Część nr 1

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o wydłużenie terminu wskazanego w § 2a ust. 1 „wzoru umowy” z 14 dni na 70 dni, tj. w taki sposób, aby postanowienie § 2a ust. 1 „wzoru umowy” brzmiało:   
„Wykonawca wydzierżawia Szpitalowi Uniwersyteckiemu Sprzęt określony w Załączniku nr 1 do Umowy oraz w tym celu zobowiązuje się w terminie maksymalnie do 70 dni od daty zawarcia umowy:   
a) dostarczyć go na własny koszt i ryzyko wraz z wyładunkiem do Zakładu Patomorfologii w Nowej Siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego przy ul. Jakubowskiego 2 w Krakowie. Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie możliwość zmiany miejsca użytkowania;

b) oraz uruchomić go.

Wszystkie czynności powinien wykonywać wyłącznie autoryzowany przedstawiciel Wykonawcy – na własny koszt, zawarty w cenie Umowy”.

Wykonawca wyjaśnia, iż przedmiot umowy, z uwagi na swoje właściwości, nie znajduje się na stałe na stanie magazynu żadnego Wykonawcy, w związku z czym spełnienie świadczenia przez Wykonawcę w pierwotnie wskazanym terminie nie jest możliwe. Dodatkowo, z uwagi na obecnie panującą epidemię wirusa SARS-CoV-2,okres świąteczno-noworoczny i związane z tym przerwy w produkcji urządzeń oraz konieczność sprowadzenia urządzenia z zagranicy, terminy produkcji urządzeń i ich dostaw uległy wydłużeniu. W konsekwencji Wykonawca zwraca się wnioskiem o dostosowanie i urealnienie terminu dostawy w sposób wskazany powyżej. Na marginesie Wykonawca nadmienia, iż termin dostawy nie stanowi elementu oceny oferty, a jego modyfikacja może przełożyć się jedynie na poszerzenie kręgu wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę. Zmianie ulega §2a ust. 1 który przyjmuje następujące brzmienie:

*„§2a*

*1. Wykonawca wydzierżawia Szpitalowi Uniwersyteckiemu Sprzęt określony w Załączniku nr 1 do Umowy oraz w tym celu zobowiązuje się w terminie maksymalnie do 70 dni od daty zawarcia umowy:*

*a) dostarczyć go na własny koszt i ryzyko wraz z wyładunkiem do Zakładu Patomorfologii w Nowej Siedzibie Szpitala Uniwersyteckiego przy ul. Jakubowskiego 2 w Krakowie, Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie możliwość zmiany miejsca użytkowania;*

*b) oraz uruchomić go*

*Wszelkie czynności powinien wykonywać wyłącznie autoryzowany przedstawiciel Wykonawcy – na własny koszt, zawarty w cenie Umowy”*

**Pytanie 42**

Dotyczy Część nr 1

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o wydłużenie terminu wskazanego w § 2a ust. 9 tiret trzeci „wzoru umowy” z 48 godz. na 72 godz. oraz, aby w przypadku konieczności ściągnięcia części zamiennych z zagranicy termin ten wynosił 14 dni , tj. w taki sposób, aby postanowienie § 2a ust. 9 tiret trzeci „wzoru umowy” brzmiało:

„usuwania każdej awarii sprzętu w ciągu 72 godzin, przy czym czas reakcji w przypadku awarii nie może przekroczyć 24 godzin liczonych od daty zgłoszenia chyba, że usunięcie awarii wymagać będzie wymiany części, które nie będą dostępne – wówczas usuwania każdej awarii sprzętu w ciągu 14 dni, przy czym czas reakcji w przypadku awarii nie może przekroczyć 24 godzin liczonych od daty otrzymania części zamiennych przez Wykonawcę. Wszelkie koszty w powyższym zakresie obciążają Wykonawcę. Jeśli usunięcie usterki w tym czasie jest niemożliwe Wykonawca zobowiązuje się wykonywać odczyny na własny koszy w innej jednostce, na urządzeniu tego samego typu, aż do czasu usunięcia usterki lub dostarczenia i uruchomienia aparatu o niegorszych parametrach. Ponadto w przypadku, co najmniej trzech powtarzających się awarii sprzętu, Wykonawca zobowiązuje się do wymiany wadliwego sprzętu na sprzęt nowy, wolny od wad”.

Przedmiotem zamówienia są urządzenia o złożonym mechanizmie. Ponieważ w chwili dostarczenia tych urządzeń nie jest wiadome, które części mogą ulec awarii, a powszechnie wiadomym jest, że przypadku braku dostępności części zamiennych konieczna jest oczekiwanie na ich dostawę, w celu dostosowania postanowień dokumentacji przetargowej do realiów w jakich faktycznie świadczona będzie umowa, konieczne jest dokonanie zawnioskowanej powyżej zmiany.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 43**

Dotyczy Część nr 1

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o potwierdzenie, iż postanowienia § 2a ust. 9 tiret trzeci „wzoru umowy” dotyczą wyłącznie 3 sztuk aparatów do wykonania badań immunohistochemicznych opisanych w części nr 1 ?

**Odpowiedź:** Przedmiotowe zapisy dotyczą wyłącznie przedmiotów dzierżawy wskazanych w częściach 1,2 oraz 4. W przypadku części 1 są to 3 sztuki analizatorów wraz z osprzętem i oprogramowaniem, zgodnie z Załącznikiem nr 1a do Specyfikacji Warunków Zamówienia.

**Pytanie 44**

Dotyczy Część nr 1

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę postanowień § 2a ust. 9 tiret trzeci „wzoru umowy” w taki sposób aby uzyskał on brzmienie:

„Ponadto w przypadku, co najmniej trzech powtarzających się napraw tego samego podzespołu, Wykonawca zobowiązuje się do wymiany wadliwego podzespołu na nowy, wolny od wad”.   
Wymiana urządzenia na nowe w przypadku awarii jego podzespołu jest ekonomicznie nieuzasadniona w sytuacji, w której sprawność i funkcjonalność urządzenia zapewni naprawa podzespołu, który uległ awarii. Ponieważ umowa ma trwać dłuższy okres, może wystąpić sytuacja, w której nie będzie możliwe zakupienia takiego samego urządzenia w miejsce tego, który uległ drobnej awarii. Ponadto skoro awaria może zostać usunięta poprzez prostą naprawę podzespołu urządzenia, to konieczność wymiany urządzenia w takiej sytuacji na nowe jest pozbawione racjonalności. Z tych przyczyn zawnioskowana przez wykonawcę zmiana jest konieczna i uzasadniona.

Wykonawca nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, jednak zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej uprawnienie to nie charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13.11.2020 r., KIO 2729/20).

Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe, a skutki niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla Wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, co ma miejsce w niniejszej sprawie w przypadku narzucenia wykonawcy obowiązku wymiany urządzenia na nowe.   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 45**

Dotyczy Część nr 1

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o potwierdzenie, iż postanowienia § 2b „wzoru umowy” dotyczą wyłącznie 3 sztuk aparatów do wykonania badań immunohistochemicznych opisanych w części nr 1?   
**Odpowiedź:** Przedmiotowe zapisy dotyczą wyłącznie przedmiotów dzierżawy wskazanych w częściach 1, 2 oraz 4. W przypadku części 1 są to 3 sztuki analizatorów wraz z osprzętem i oprogramowaniem, zgodnie z Załącznikiem nr 1a do Specyfikacji Warunków Zamówienia.

**Pytanie 46**

Dotyczy Część nr 1

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o potwierdzenie, iż postanowienia § 8 ust. 2 lit. a i lit. b „wzoru umowy” dotyczą części nr 1?

**Odpowiedź:** Zamawiający potwierdza, że przedmiotowe zapisy dotyczą również części 1.

**Pytanie 47**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o doprecyzowanie w jakim terminie nastąpić mają dostawy w ramach postanowień § 8 ust. 2 lit. a (materiałów zużywalnych pakiet 6) i lit. b (materiałów zużywalnych części nr 1)?

**Odpowiedź:** Zamawiający zwraca uwagę, iż wskazany zapis odnosi się do kar umownych, obowiązujących w zakresie wszystkich części. Szczegółowe terminy dostaw określa §2 ust.3

**Pytanie 48**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę postanowień § 8 ust. 2 „wzoru umowy”, w taki sposób, aby uzyskał on brzmienie:

„2. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego kar umownych w razie nienależytego wykonania Umowy, zgodnie z poniższymi zasadami:   
a) w przypadku naruszenia terminu, o którym mowa w § 2 ust. 3 Umowy – Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 20 zł brutto za każdy dzień zwłoki,   
b) przypadku naruszenia terminów, o których mowa w § 2 ust. 5, 8, 9, 10 Umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 5 zł brutto za każdy dzień zwłoki,

c) w przypadku naruszenia terminów, o których mowa w § 2a ust. 1, 3, 4, 7, 9, 10, 11 Umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 20 zł brutto za każdy dzień zwłoki,

d) w przypadku naruszenia terminu, o którym mowa w § 2b ust. 1 Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 20 zł brutto za każdy dzień zwłoki,   
e) w przypadku naruszenia terminu, o którym mowa w § 2b ust. 5 lit a Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 50,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki,   
f) w przypadku naruszenia terminu, o którym mowa w § 2b ust. 5 lit b Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 20,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki,   
g) w przypadku naruszenia terminu, o którym mowa w § 2b ust. 5 lit c Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 30,00 zł odpowiednio za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

W ocenie wykonawcy procentowo określone kary mają charakter wygórowany i poprzez ich wysokość nie mają charakteru prewencyjnego ale charakter represyjny, a w razie ich naliczenia prowadziłby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który w przypadku uchybienia w obowiązkach wykonawcy nie ponosi szkody.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

„Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 49**

Zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie postanowień § 8 ust. 3 „wzoru umowy” ponieważ nie jest możliwe określenie 20% od niezrealizowanej części zamówienia w przypadku dzierżawy (nie jest określony cezus czasowy dzierżawy), zatem postanowienie to jest nieprecyzyjne i niemożliwe do zastosowanie. Powyższe powoduje, że powinno zostać wykreślone.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 50**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę postanowień § 8 ust. 4 „wzoru umowy”, w taki sposób, aby uzyskał on brzmienie: „ 4. Łączna wysokość kar umownych nie może przekraczać 15% maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy (w zakresie części, której dotyczy)”.   
Zastosowanie przez Zamawiającego łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 30 % stanowi naruszenie art. 3531 k.c. art. 483 k.c. § 1 k.c., art. 484 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 436 pkt 3 Pzp, dlatego konieczna i uzasadniona jest zmiana zawnioskowana przez wykonawcę. Ustalony przez Zamawiającego limit 30 % wartości wynagrodzenia brutto należnego za wykonanie całości zamówienia nie uzasadnienia charakter okoliczności, które Zamawiający zamierza penalizować karami umownymi. Tak wysokiego limitu nie uzasadnia przepis 436 pkt 3 Pzp. Powyższe poglądy potwierdzają autorzy Komentarza do ustawy Pzp opublikowanego przez Urząd Zamówień Publicznych. Wskazano w nim, że ustalając górny limit kar umownych zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenie zasady proporcjonalności określonej a art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna jako surogat odszkodowania powinna zmierzać do naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenie niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla Zamawiającego dodatkowego źródła zysku (..) Ustawodawca nie precyzuje górnej granicy wysokości kar umownych, przekazując tym samym uprawnienie do jej zindywidualizowania zamawiającemu jako gospodarzowi postępowania. Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien jednak wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 51**

Zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie postanowień § 7 ust. 1 lit c „wzoru umowy” ponieważ Zamawiający zastrzega sobie na podstawie tego postanowienia prawo do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy w przypadku subiektywnego stwierdzenia przez Zamawiającego nienależytego wykonania umowy. W sytuacji, gdy kwestionowane będzie przez Wykonawcę stwierdzenie naruszenia to i tak nie będzie stało na przeszkodzie do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na podstawie tego postanowienia Umownego. Z tych przyczyn konieczne jest wykreślenie postanowień § 7 ust. 1 lit c „wzoru umowy” lub ustalenie konkretnych przypadków – wskazanie jakiego rodzaju naruszenie umowy, które obiektywnie zaistnieje i nie jest kwestionowane przez wykonawcę, stanowi podstawę do odstąpienia od umowy.   
W wyroku z 17.03.2017r. (sygn. KIO 409/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że z art. 3531 k.c. wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy, o ile jest ona objęta ich zgodnym zamiarem. Powoływanie się tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka, dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, wykonawca ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba, że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne. W ocenie Odwołującego, dokonane w niniejszym postępowaniu zastrzeżenie prawa do odstąpienia od umowy w przypadku dwukrotnego stwierdzenia przez Zamawiającego, że doszło do naruszenia umou należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych wyżej regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353 1 k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353 1 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15.02.2018r. (KIO 173/18) oraz w wyroku z 10.07.2018r. (KIO 1266), w wyniku których Zamawiający został zobowiązany do usunięcia z warunków umowy kwestionowanego zapisu.   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 52**

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę postanowień § 2 ust. 8 „wzoru umowy”, w taki sposób, aby uzyskał on brzmienie:

„8. W przypadku stwierdzenia wad w dostarczonych produktach, o których mowa w ustępie poprzednim, Wykonawca zobowiązany jest do zbadania produktów i pisemnego ustosunkowania się do reklamacji w terminie 5 dni roboczych liczonych od daty wpływu zgłoszenia faktu reklamacji za pośrednictwem faxu lub poczty elektronicznej na adres email Wykonawcy: …………………………..……. Wykonawca zobowiązany jest dokonać w ciągu kolejnych 5 dni roboczych wymiany reklamowanego produktu na produkt bez wad.

W przypadku dostarczenia Szpitalowi Uniwersyteckiemu w ramach reklamacji produktu w opakowaniu, które zawiera więcej produktów niż powinno zostać dostarczone w ramach reklamacji, Wykonawcy przysługuje prawo do odbioru nadliczbowych produktów w terminie 7 dni roboczych, którego bieg rozpoczyna się począwszy od 14 dnia roboczego od daty zgłoszenia reklamacji, a kończy z upływem 21 dnia roboczego liczonego od dnia zgłoszenia reklamacji. Nieskorzystanie z powyższego uprawnienia w oznaczonym terminie powoduje jego wygaśnięcie. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za nieodebrane nadliczbowe produkty lub roszczenie oparte na innej podstawie prawnej, na co Wykonawca wyraża zgodę”.

Wykonawca nie może ponosić konsekwencji złożenia przez Zamawiającego niezasadnych reklamacji. Utrzymanie dotychczasowego postanowienia § 2 ust. 8 „wzoru umowy” doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca niezależnie od zasadności złożonej przez Zamawiającego reklamacji musiałby je uwzględniać w obawie przed sankcją zapisaną w § 2 ust. 8 „wzoru umowy”. Powyższe zaprzecza zasadzie współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą oraz wskazuje na rażącą dysproporcję w uprawnieniach stron. Wykonawca wskazuje, że argumentacja prawna zawarta w uzasadnieniu do pytania nr 19 jest aktualna także na gruncie pytania nr 20 bowiem takie postanowienie umowne nie może się ostać w obliczu jawnego nadużycia prawa (vide uzasadnienie do pyt. 19).

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 53**

Dotyczy załącznik 1 b - Części 1 punkt 2

Prosimy o dopuszczenie drukarki termo transferowej do szkiełek o wymiarach 140 x 295 x 200 mm( szerokość x głębokość x wysokość).

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuszcza i wprowadza modyfikację w Opisie wymagań granicznych (załącznik nr 1b do SWZ).

**Pytanie 54**

Zwracamy się z wnioskiem o potwierdzenie, iż kwota za zrealizowanie całości przedmiotu umowy określona w§ 4 ust. 1 lit. B wzoru umowy będzie stanowiła wartość brutto dzierżawy obejmującej okres 36 miesięcy wraz z materiałami eksploatacyjnymi?

**Odpowiedź:** Zamawiający potwierdza.

**Pytanie 55**

Gdyby Zamawiający nie zgodził się na wykreślenie postanowień § 8 ust. 3 „wzoru umowy” w „wzoru umowy” to zwracamy się z wnioskiem o zmianę postanowień § 8 ust. 3 „wzoru umowy” w „wzoru umowy”, w taki sposób, aby uzyskał on brzmienie: „W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Szpital Uniwersytecki z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej w wysokości 10% wartości niezrealizowanej części umowy. Kara, o której mowa w zdaniu poprzednim dotyczy odstąpienia w trybie przepisów kodeksu cywilnego, a także odstąpienia przewidzianego w Umowie”.

Wykonawca podaje, że ustalona kara na poziomie 20% jest rażąco wygórowana, z tego powodu powinna zostać zmieniona zawnioskowany przez wykonawcę sposób. „Przesłanka rażącego wygórowania może się też przejawiać w zestawieniu wielkości poniesionej szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania z wysokością zastrzeżonej kary umownej. Ponadto rażące wygórowanie może mieć miejsce na skutek porównania wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych” – vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.10.2020r., I A Ga 106/19   
W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej, bo ustalonej w Umowie na poziomie 20%, odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że: „Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 56**

Zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie postanowień § 8 ust. 8 „wzoru umowy” z uwagi na to, że uprawnia Zamawiającego do dokonywania potrąceń wynikających z tytułu realizacji innych umów niż ta, jaka zostanie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania przetargowego. Powyższe doprowadzić może do zupełnej utraty rentowności kontraktu, w sytuacji jego prawidłowej realizacji – tylko z tej przyczyny, że Zamawiający dokona potrącenia należności z innego tytułu – także, z takiego tytułu, który może być kwestionowany przez Wykonawcę. Dalej - powyższe może doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca realizował będzie prawidłowo usługę, za którą nie otrzyma wynagrodzenia do czasu wygrania sprawy cywilnej przed sądem o zapłatę za nieuzasadnione potrącenie z wynagrodzenia. Nieuzasadnione potrącenie oznacza, że wykonawca kwestionował będzie podstawę faktyczną i/lub prawną do roszczeń Zamawiającego wynikających z innych kontraktów, co nie będzie stało na przeszkodzie w dokonaniu potrącenia na podstawie § 8 ust. 8 „wzoru umowy”. Dlatego wykonawca w przypadku zaistnienia takiego potrącenia znajduje się w skrajnie trudnej sytuacji, gdy jest zobowiązany do dalszej realizacji umowy – pomimo braku zapłaty, jednoczenie zmuszony będzie do sfinansowania kosztów postępowania przed sądem i oczekiwania do zakończenia sprawy co w realiach dzisiejszych trwać może nawet kilka lat. Z tych własne przyczyn postanowienie § 8 ust. 8 „wzoru umowy” jest skrajnie niekorzystne dla wykonawcy i jako takie powinno zostać wykreślone z postanowień umowy.   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 57**

Wnoszę o dodanie w § 9 ust. 3 „wzoru umowy” postanowień zgodnie, z którymi będzie możliwe dokonanie:   
1. zmiany w umowie terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,

2. zmiany w umowie sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,   
3. zmian w umowie zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy

- o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.   
Z jednoczesnym wyłączeniem możliwości nałożenia na wykonawcę kar umownych za opóźnienia w realizacji umowy wynikające z przyczyn od wykonawcy niezależnych, a związanych z epidemią lub siłą wyższą.   
Powyższa zmiana podyktowana jest dynamicznie zmieniającą się sytuacją wynikającą z panującej pandemii, która ma przełożenie na łańcuch realizacji dostaw, a jednocześnie jest okolicznością, na którą strony umowy nie mają wpływu. Z tych przyczyn oczywistym jest, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji wynikających z sytuacji spowodowanej pandemią, a zamawiający nie może z przyczyn braku możliwości prawidłowego realizowania umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nakładać na wykonawcę kar umownych.   
**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian. Zwracamy jednak uwagę, iż kary umowne naliczane są za zwłokę, która wymaga przesłanki winy po stronie Wykonawcy. Co więcej, wszystkie sytuacje związane z pandemią rozpatrywane są w sposób indywidualny oraz z zastosowaniem rozwiązań przewidzianych w ustawie z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

**Pytanie 58**

Wnoszę o dodanie w § 13 ust. 5 „wzoru umowy” postanowień zgodnie, z którymi:   
„Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie lub niewykonanie Umowy w takim zakresie, w jakim zostało to spowodowane działaniem siły wyższej. Przez siłę wyższą rozumie się zdarzenia zewnętrzne, niezależne od Stron i niemożliwe do przewidzenia, takie jak w szczególności: wojna, pożar, trwająca epidemia COVID-19, epidemia, powódź, blokady komunikacyjne o charakterze ponadregionalnym, kataklizmy społeczne albo katastrofy budowli lub budynków. W przypadku wystąpienia siły wyższej Strona, która uzyskała taką informację poinformuje niezwłocznie drugą Stronę o niemożności wykonania swoich zobowiązań wynikających z Umowy oraz uzgodni z drugą Stroną podjęcie ewentualnych środków w celu usunięcia skutków działania siły wyższej. Ciężar dowodu niewykonania zobowiązania z powodu siły wyższej obciąża Stronę, która powołuje się na siłę wyższą”.   
Okolicznością, przed którą najtrudniej się zabezpieczyć zarówno Zamawiającemu jak i wykonawcy, jest niezaprzeczalnie pojawienie się siły wyższej. Jest to o tyle problematyczne, że w przypadku nagłej, nieprzewidywalnej sytuacji, na którą żadna ze stron nie mogła się przygotować, nie można przypisać winy żadnej ze stron umowy, a tym samym strona poszkodowana nie ma możliwości dochodzenia odszkodowania. W takiej sytuacji warto zadbać, aby w umowie znalazła się klauzula siły wyższej. Pozwala ona na stosowny rozkład ryzyka i podział odpowiedzialności między kontrahentami w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych zdarzeń o charakterze przypadkowym lub naturalnym, tj. żywiołowym, których nie da się uniknąć. W konsekwencji powyższego w pełni uzasadnione jest wprowadzenie zawnioskowanej zmiany do umowy.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian. Zwracamy jednak uwagę, iż odpowiedzialność wynikająca z kar umownych oparta jest o pojęcie zwłoki, a nie wskazanego przez Wykonawcę opóźnienia.

**Pytanie 59**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę postanowień § 8 ust. 2 „wzoru umowy”, w taki sposób, aby uzyskał on brzmienie:

„2. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego kar umownych w razie nienależytego wykonania Umowy, zgodnie z poniższymi zasadami:   
a) w przypadku naruszenia terminu, o którym mowa w § 2 ust. 3 Umowy – Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 0,1% wartości brutto zamówionego , a nie dostarczonego w terminie produktu za każdy dzień zwłoki,   
b) przypadku naruszenia terminów, o których mowa w § 2 ust. 5, 8, 9, 10 Umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 0,01% kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 Umowy (jednak nie mniej niż 15 zł) za każdy dzień zwłoki   
W ocenie wykonawcy minimalne kwotowe określenie kary ma charakter wygórowany i poprzez ich wysokość nie mają charakteru prewencyjnego ale charakter represyjny, a w razie ich naliczenia prowadziłby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który w przypadku uchybienia w obowiązkach wykonawcy nie ponosi szkody.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

„Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 60**

Dotyczy wzoru umowy w zakresie Części nr 6:

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę postanowień § 8 ust. 2 „wzoru umowy”, w taki sposób, aby uzyskał on brzmienie:

„2. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego kar umownych w razie nienależytego wykonania Umowy, zgodnie z poniższymi zasadami:   
a) w przypadku naruszenia terminu, o którym mowa w § 2 ust. 3 Umowy – Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 0,1% wartości brutto zamówionego , a nie dostarczonego w terminie produktu za każdy dzień zwłoki,   
b) przypadku naruszenia terminów, o których mowa w § 2 ust. 5, 8, 9, 10 Umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Szpitalowi Uniwersyteckiemu kary umownej w wysokości 0,01% kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki   
W ocenie wykonawcy minimalne kwotowe określonie kary ma charakter wygórowany i poprzez ich wysokość nie mają charakteru prewencyjnego ale charakter represyjny, a w razie ich naliczenia prowadziłby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który w przypadku uchybienia w obowiązkach wykonawcy nie ponosi szkody.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

„Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

Zamawiający wprowadza modyfikację SWZ i zmienia ponadto brzmienie §2a ust.10 na następujące:

*„§2a*

*10. Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć Sprzęt w pełni sprawny, rok produkcji nie wcześniej niż 2021, bez wad fizycznych i prawnych wraz z aktualnym paszportem technicznym. Paszport powinien zawierać wszystkie niezbędne dane identyfikujące sprzęt. W trakcie eksploatacji Wykonawca zobowiązany jest dokonywać w paszporcie technicznym zapisów dotyczących wszystkich czynności naprawczych lub załączać do paszportu karty pracy.”*

W załączeniu przekazuję Formularz oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, Opis wymagań granicznych stanowiący załącznik nr 1b do SWZ oraz Wzór umowy stanowiący załącznik nr 5 do SWZ uwzględniające wprowadzone modyfikacje.

1. *Zgodnie z art. 135 ust 6 Zamawiający nie ujawnia źródła zapytania.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Wymóg nie dotyczy materiałów zużywalnych **oraz osprzętu**. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Dotyczy części 1 – 3, części 4 poz. 1-54, poz.56, poz.57, poz. 61-81, części 6 poz. 3-9, części 7**. [↑](#footnote-ref-3)
4. Wymóg nie dotyczy materiałów zużywalnych **oraz osprzętu.** [↑](#footnote-ref-4)
5. **Dotyczy części 1 – 3, części 4 poz. 1-54, poz.56, poz.57, poz. 61-81, części 6 poz. 3-9, części 7**. [↑](#footnote-ref-5)
6. Dotyczy części 1,2,4. [↑](#footnote-ref-6)