

Pabianice, dnia 14 czerwca 2024 roku

**Wykonawcy biorący udział w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na realizację zadania pn.: „Dostawy gazów medycznych i technicznych wraz z dzierżawą butli, akcesoriów i osprzętem na potrzeby PCM Sp. z o.o.”, znak: 28/ZP/TP1/D/24

Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice, zgodnie z art. 284 ust. 2 udziela odpowiedzi na pytania do SWZ:

**Pytanie 1**

Wnosimy do Zamawiającego wniosek o modyfikację wzoru umowy poprzez rozszerzenie § 9 Kary Umowne o dodatkowy zapis w brzmieniu: „**Strony odpowiadają wyłącznie za normalne skutki swoich działań oraz zaniechań, z wyłączeniem utraconych korzyści.**”

Uzasadnienie: Powyższe zmiany mają na celu uniknięcie nieograniczonej odpowiedzialności Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy. Nieograniczona odpowiedzialność Wykonawcy mogłaby naruszać art. 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nieograniczona odpowiedzialność może przewyższać wynagrodzenie brutto należne wykonawcy, a tym samym naruszać zasadę proporcjonalności.

**Odpowiedź**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

**Pytanie 2**

Wnosimy do Zamawiającego wniosek o modyfikację wzoru umowy poprzez rozszerzenie § 9 Kary Umowne o dodatkowy zapis w brzmieniu: „**W przypadku zaistnienia okoliczności siły wyższej, przez cały czas jej trwania, wykonanie obowiązków każdej ze Stron wynikających z niniejszej umowy ulegają zawieszeniu. Nie dotyczy to jednak obowiązku regulowania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Siła wyższa obejmuje wszelkie zdarzenia i okoliczności będące poza kontrolą Stron, niemożliwe do przewidzenia, którym Strona nie jest w stanie zapobiec ani przeciwdziałać przy zachowaniu biznesowo uzasadnionych środków, takie jak m.in. strajk, powódź, eksplozja, awaria urządzeń lub instalacji, powstanie zbrojne, trzęsienie ziemi, rozruchy, ograniczenia powstałe na skutek przeciwdziałania rozwojowi epidemii. O fakcie zaistnienia siły wyższej Strona objęta jej oddziaływaniem winna niezwłocznie powiadomić drugą Stronę, przesyłając, o ile to możliwe, potwierdzenie właściwego organu, na którego terenie wystąpiła siła wyższa i informując o przewidywanym okresie jej trwania.**”

**Odpowiedź**

Zamawiający dodaje ust. 5 w § 9 o następującym brzmieniu:

„5. W przypadku zaistnienia okoliczności siły wyższej, przez cały czas jej trwania, wykonanie obowiązków każdej ze Stron wynikających z niniejszej umowy ulegają zawieszeniu. Nie dotyczy to jednak obowiązku regulowania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Siła wyższa obejmuje wszelkie zdarzenia i okoliczności będące poza kontrolą Stron, niemożliwe do przewidzenia, którym Strona nie jest w stanie zapobiec ani przeciwdziałać takie

jak m.in. strajk, powódź, eksplozja, awaria urządzeń lub instalacji, powstanie zbrojne, trzęsienie ziemi, rozruchy, ograniczenia powstałe na skutek przeciwdziałania rozwojowi epidemii. O fakcie zaistnienia siły wyższej Strona objęta jej oddziaływaniem winna niezwłocznie powiadomić drugą Stronę, przesyłając, o ile to możliwe, potwierdzenie właściwego organu, na którego terenie wystąpiła siła wyższa i informując o przewidywanym okresie jej trwania.”

### **Pytanie 3**

Projekt umowy § 9 ust. 2

Wnosimy do Zamawiającego o zmianę zapisów odnośnie kar umownych w następującym zakresie (proponowane zapisy):

Uprawnienia przysługujące z tytułu kary umownej nie wyłączają dochodzenia przez Zamawiającego uzupełniającego odszkodowania przewyższającego naliczone kary umowne na zasadach ogólnych, **jednak maksymalnie do wysokości całkowitego wynagrodzenia brutto należnego z umowy.**

Dodatkowo należy nadmienić, iż obecnie zapisy projektu umowy w przytaczanym zakresie w nawiązaniu do długości oraz przede wszystkim wartości przyszłego kontraktu, stoją w opozycji do art. 431 ustawy Pzp oraz art. 354 § 1 i 2 KC w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

Generalnie zgodnie z art. 484 §1 Kodeksu Cywilnego, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Tak więc podstawowym rozwiązaniem z mocy prawa w razie braku odrębnego uregulowania jest brak odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych. Skoro już zostaje takie wprowadzone, limit jest uzasadniony żeby nie doszło do potencjalnej odpowiedzialności wyższej niż wynagrodzenie umowne, a tym samym rażącej dysproporcji stron.

### **Odpowiedź**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

### **Pytanie 4**

Projekt umowy § 9 ust. 1 b i c

Wnosimy do Zamawiającego o zmianę zapisów odnośnie kar umownych w następującym zakresie (proponowane zapisy):

W razie stwierdzenia przez Zamawiającego niewykonania lub nienależytego wykonania warunków umowy lub części umowy, Wykonawca zapłaci kary umowne:

b) gdy Zamawiający lub Wykonawca rozwiąże umowę z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości 5% wartości brutto **niezrealizowanej części umowy;**

c) gdy Zamawiający lub Wykonawca odstąpi od umowy lub w inny sposób ją zakończy z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości 5% wartości brutto **niezrealizowanej części**

**umowy** odpowiednio danej części umowy określonej w załączniku nr 1 do umowy lub odpowiednio w wysokości 5% wartości brutto **niezrealizowanej części całości umowy**

Obecne zapisy dotyczące kar umownych (cytowany § 9 ust. 1 b i c) prowadzą do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, a także mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego względem wykonawcy (kary umowne), co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego. Na podstawie obecnych zapisów umowy w przypadku konieczności zerwania umowy w ostatnim okresie jej trwania, wykonawcy zostaną naliczone kary od wartości całej umowy, niezależnie od tego, iż do tej pory realizował należycie i sumiennie. Takie jednostronne ustanawianie warunków Umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.

#### **Odpowiedź**

Zamawiający zmienia zapisy Załącznika nr 5 do SWZ – Projektu umowy w ten sposób, że § 9 ust. 1 b i c otrzymuje następujące brzmienie:

„b) gdy Zamawiający lub Wykonawca rozwiąże umowę z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości 5% wartości brutto niezrealizowanej części umowy;

c) gdy Zamawiający lub Wykonawca odstąpi od umowy lub w inny sposób ją zakończy z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości 5% wartości brutto odpowiednio danej części umowy określonej w załączniku nr 1 do umowy.”

**Z upoważnienia**

**Kierownik**

**Działu Zamówień Publicznych**