



Wrocław, 27.04.2023r.

**4. Wojskowy Szpital Kliniczny
z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu**
ul. Rudolfa Weigla 5, 50-981 Wrocław

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów eksploatacyjnych 2023/2024 OPI
znak sprawy: 4WSzKzP.SZP.2612.20.2023

WYJAŚNIENIA I MODYFIKACJA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Zamawiający 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ we Wrocławiu działając na podstawie art. 135 ust. 2 oraz 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r.poz.1710 ze zm.) dalej Pzp informuje, że wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w ww. postępowaniu przetargowym:

Pytanie nr 1 dotyczy Pakietu nr 4, poz. 1:

- „Wg informacji producenta tusz HP do PSC 2710 czarny oryginalny HP339 (C8765EE) został wycofany z produkcji i nie jest dostępny na rynku. Dla drukarki PSC 2710 kompatybilny jest oryginalny tusz HP C8765EE, HP 338, black, 480s, 11ml. Prosimy o zmianę asortymentu w specyfikacji.”

Pytanie nr 2 dotyczy Pakietu nr 4, poz. 3 i 4:

- „Wg informacji producenta tusze HP 21 xl (C9351CE) czarny oraz HP 22 xl (C9352CE) kolor zostały wycofane z produkcji i nie są dostępne na rynku. Dostępne są na rynku tusze o mniejszej wydajności, odpowiednio:

Poz. 3 HP tusz C9351AE, HP 21 czarny, 150s, 5ml.

Poz. 4 HP tusz C9352AE, HP 22 kolor, 138s, 5ml.

Prosimy o zmianę asortymentu w specyfikacji.”

Pytanie nr 3 dotyczy Pakietu nr 4, poz. 34:

- „Prawidłowy kod tuszu koloru magenta dla Brother do MFC-J233DW to LC3617M, prosimy o poprawienie omyłki.”

W odpowiedzi na pytania nr 1 – 3 Zamawiający modyfikuje w/w pozycje – zmodyfikowany załącznik nr 2 do SWZ w zakresie pakietu nr 3 do pobrania poniżej.

Pytanie nr 4 dotyczy Pakietu nr 2 – *Tonery i folie do drukarek i faksów – refabrykowane (zamienniki):*

- „Zamawiający w SWZ rozdział IV PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA / OPIS CZĘŚCI ZAMÓWIENIA w pkt. 6 wskazuje, że „Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych do opisywanych w SWZ, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania/parametry określone przez zamawiającego, poprzez wpisanie nazwy, parametrów technicznych, produktu równoważnego w Załączniku nr 2 do SWZ oraz wykazanie równoważności oferowanego produktu w stosunku do danej pozycji szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.” oraz w pkt. 8 ;

„W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności wykonawca musi udowodnić w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 PZP, że obiekt budowlany, dostawa lub usługa, spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego.”

Dalej w SWZ w rozdział V. INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH
Zamawiający nie żąda przedmiotowych środków dowodowych.

Prosimy o potwierdzenie, że dla pakietu 2 - TONERY I FOLIE DO DRUKAREK I FAKSÓW – REFABRYKOWANE (ZAMIENNIKI) Zamawiający nie żąda przedmiotowych środków dowodowych oraz na potwierdzenie równoważności wystarczającym będzie wypełnianie Załącznika nr 2 formularz ofertowy w kolumnie „nazwa handlowa / nr katalogowy”, podając dla przykładu: nazwa zamiennika/ kod zamiennika (bez podawania jak określa Zamawiający w powyższych pkt SWZ „ parametrów technicznych”)

ODP. na pyt. nr 4: Zamawiający NIE potwierdza. Zgodnie z wyrokiem rajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 524/18), Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych do opisywanych w SWZ, jest obowiązany wykazać równoważności oferowanego produktu w stosunku do danej pozycji szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia **już na etapie składania oferty, a nie na etapie późniejszym (podpisania umowy czy wykonania zamówienia) i to bez względu na to, czy Zamawiający żądał lub nie przedmiotowych środków dowodowych.**

Pytanie nr 5 dotyczy Załącznika nr 3 do SWZ:

- „§ 8 Kary umowne: „*W razie nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę: pkt. 1) w wysokości % ceny brutto umowy (zgodnie ze złożoną ofertą) w przypadku opóźnienia w wykonaniu dostawy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, za każdy dzień opóźnienia licząc od daty upływu terminu realizacji umowy do dnia ostatecznego przyjęcia bez zastrzeżeń przez Zamawiającego zamawianego przedmiotu umowy” oraz kryterium oceny, jak niżej:*

3.5 **Punkty za wysokość kary umownej za każdy dzień opóźnienia w dostawie towaru**
(z przyczyn leżących po stronie wykonawcy) – min. 0,5% - max. 3% ceny brutto
gwarantowanej części pakietu za dzień opóźnienia), wyliczamy wg wzoru:

$$\text{Wart.punktowa} = W \cdot \frac{K_n}{K_{\max}} \cdot 100 \text{ pkt.}$$

W – waga kryterium (%)

K_n – oferowany % kary umownej danej oferty

K_{\max} – maksymalny % kary umownej możliwy do zaoferowania (5 %)

Zaoferowanie kary umownej za opóźnienie dostawie towaru za każdy dzień opóźnienia poniżej 0,5% ceny brutto gwarantowanej części pakietu, spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W przypadku zaoferowania kary umownej za opóźnienie w realizacji części zamówienia za każdy dzień opóźnienia powyżej 3% ceny brutto gwarantowanej części umowy (np. 4%), do wzoru zostanie podstawiony maksymalny procent kary (3%), a do umowy ostatecznej zostanie wpisany faktycznie zaoferowany % kary umownej (np. 4%).

Chcielibyśmy zwrócić uwagę Zamawiającego, że sposób wyliczenia wysokości kary umownej w przytoczonych punktach może spowodować, że wysokość kary umownej będzie niewspółmiernie wysoka w stosunku do wartości towaru dostarczonego z opóźnieniem.

Równocześnie nadmieniamy, że nieproporcjonalność wysokości kar umownych była wielokrotnie rozważana przez Urząd Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie UZP, który wskazuje, że kara umowna nie może być środkiem do wzbogacenia się Zamawiającego i przytacza wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13: „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody”. Takie samo stanowisko zajmuje Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15: „Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej 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 współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa

i nie korzysta z ochrony. (...) W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości oraz ilości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa.”

„W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.(...)”

„Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody”. (JÓZEF EDMUND NOWICKI CONEXIS ZAMÓWIENIA PUBLICZNE)

Przykładowo przy szacunkowej wartości pakietu 100 000,00 zł brutto oraz przy maksymalnym ustaleniu poza cenowym kryterium oceny na poziomie 3% 2-dniowa zwłoka w dostarczeniu towaru o wartości 100 zł spowoduje naliczenie kary w wysokości 6 000 zł, a więc stanowiłaby 60-krotność wartości towaru niedostarczonego w terminie.

W związku z powyższym, w celu zachowania zasady proporcjonalności i zasady równowagi stron umowy wnioskujemy o zmianę zapisu umowy oraz kryterium oceny przyjmując założenie, że:

„§8 pkt. 1 wzór Umowy

w wysokości % ceny brutto umowy (zgodnie ze złożoną ofertą) zamówienia częściowego w przypadku opóźnienia w wykonaniu dostawy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, za każdy dzień opóźnienia licząc od daty upływu terminu realizacji umowy do dnia ostatecznego przyjęcia bez zastrzeżeń przez Zamawiającego zamawianego przedmiotu umowy;”

oraz

„3.5 Punkty za wysokość kary umownej za każdy dzień zwłoki w dostawie towaru (z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy) - min. 0,5 %- max 3% ceny brutto towaru niedostarczonego w terminie za dzień zwłoki (...)”

ODP. na pyt. nr 5: NIE. SWZ bez zmian.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 7 października 2016 r., KIO 1738/16; KIO 1740/16 Zamawiający podając wykonawcom opisany zakres świadczenia zamówienia pozostawił im swobodną decyzję w zakresie poziomu kary umownej. Tym samym można wskazać, że im bardziej wykonawca jest pewien

jakości świadczonej usługi tym może wskazać Zamawiającemu wyższą procentową wartość naliczanej kary umownej, natomiast jeżeli wykonawca chce być ostrożniejszy może wskazać niższy poziom procentowy wartości naliczanej kary umownej. Wynika z tego w sposób jednoznaczny, że im wyższa zaofiarowana procentowa wartość kary finansowej to i finansowe ryzyko wykonawcy jest większe ale jednocześnie gwarancja jakości świadczonej usługi jest wyższa. Tym samym Zamawiający osiąga dzięki tak ukształtowanemu kryterium zamierzony cel tzn. wysoką jakość świadczonych usług.

/-z up. Komendanta Szpitala

Piotr Strąk – Kierownik Sekcji Zamówień Publicznych/