

Projekt „BRaIn – Badania Rozwój Innowacje w łódzkim kampusie biomedycyny i farmacji” (RPLD.01.01.00-10-0003/17)  
współfinansowany przez Unię Europejską,  
ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa  
Łódzkiego na lata 2014-2020

Wykonawcy postępowania  
ZP/88/2021

Łódź, dn. 24.09.2021 r.

**Dot.: udzielenia odpowiedzi na pytania zadane w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawa czytnika w ramach realizacji projektu „BRaIn – Badania Rozwój Innowacje w łódzkim kampusie biomedycyny i farmacji” – ZP/88/2021.**

**Działając w oparciu o art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawa zamówień publicznych Zamawiający udziela wyjaśnień w zakresie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania:**

**Pytanie 1:**

**dot. § 8 ust. 4 Wzoru Umowy:**

*„Kwota o jakiej mowa w § 8 ust. 1 niniejszej umowy płatna będzie na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę, na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany w § 8 ust. 6. W fakturze powinna zostać”*

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści SWZ poprzez dokończenie ostatniego zdania w projektowanym postanowieniu umownym – wygląda ono na niedokończone, urwane w połowie.

**Odpowiedź:**

Zamawiający modyfikuje zapis wzoru umowy, § 8, ustęp 4 na następujący:

*„Kwota o jakiej mowa w § 8 ust. 1 niniejszej umowy płatna będzie na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę, na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany w § 8 ust. 6.”*

Modyfikacja załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy w załączeniu.

**Pytanie 2:**

**dot. § 9 ust. 3 Wzoru Umowy:**

*„Za błędne wystawienie faktury, w szczególności naruszenie zapisu o obowiązku zgodności faktury z ofertą, o którym mowa w § 8 ust. 3 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1, a termin płatności faktury zostanie wstrzymany to czasu dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury.”*

Zgodnie z obowiązującym od 1 stycznia 2021 r. art. 433 pkt 2) ustawy Pzp projektowane postanowienia umowne nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Przedmiotem niniejszej umowy jest dostawa wraz z uruchomieniem czytnika w ramach realizowanego przez Zamawiającego projektu. Wobec powyższego zdecydowanie należy stwierdzić, że jakiegokolwiek błędy w wystawieniu faktury nie są zachowaniem wykonawcy, które byłyby związane z prawidłową realizacją umowy i stanowi świadczenie poboczne, niestanowiące istoty jego zobowiązania.

Zgodnie zaś z intencją ustawodawcy zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy wynikającymi z przedmiotu zamówienia. Podstawowymi funkcjami kar umownych są funkcje odszkodowawcza i dyscyplinująca, motywujące wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, wobec czego powinny być one z nim związane. Kary umowne nie powinny bowiem prowadzić do nieuzasadnionego bogacenia się zamawiającego. Już na

gruncie ustawy Pzp z 2004 r., Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2014 r. wskazała że:

„Zastrzeżenie kar umownych niezwiązanych z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia stanowi przekroczenie przysługującego zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Dlatego też, tym bardziej w sytuacji gdy ustawodawca wprost wskazał niedopuszczalność takiego kształtowania proponowanych postanowień umownych, zaproponowana przez Zamawiającego kara umowna stanowi klauzulę abuzywną w świetle przywołanego wyżej art. 433 pkt 2) ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższych rozważań Wykonawca wnosi o zmianę treści SWZ poprzez usunięcie postanowienia zawartego w § 9 ust. 3 projektu Umowy.

**Odpowiedź:**

Wyrażamy zgodę na usunięcie ustępu 3 w § 9. Jednocześnie dodajemy w § 8 ust. 3 zapis: *„Za błędne wystawienie faktury VAT przez Wykonawcę, płatności faktury zostanie wstrzymana do czasu dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury”*. Modyfikacja załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy w załączeniu.

**Pytanie 3:**

dot. § 9 ust. 2 Wzoru Umowy:

„Za naruszenie obowiązku określonego w § 10 ust. 3 i 4 niniejszej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1, liczoną za każdy dzień braku możliwości pełnego wykorzystywania możliwości urządzenia.”

Sporządzone w ten sposób postanowienie de facto stanowi zawołowaną formę naliczania kary umownej za opóźnienie w realizacji obowiązków wynikających z umowy. W tym zakresie jest ono sprzeczne z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający publiczny może naliczyć wykonawcy karę umowną wyłącznie za kwalifikowaną formę opóźnienia, tj. za zwłokę.

Zaproponowana przez Zamawiającego wersja w rzeczywistości stanowi formę kary za opóźnienie, gdyż uzależnia możliwość jej naliczenia wyłącznie od braku możliwości pełnego korzystania z urządzenia będącego przedmiotem Umowy, niezależnie od tego kto w rzeczywistości odpowiada za taki stan rzeczy i czy mamy do czynienia z opóźnieniem zawinionym przez Wykonawcę. Podjęta przez Zamawiającego próba stanowi wyraz jego rzeczywistych intencji, tj. przerzucenia całego ryzyka związanego z realizacją umowy na wykonawcę. Sprzeciw takim praktykom dał natomiast ustawodawca określając naliczanie kar umownych za opóźnienie jako klauzulę abuzywną i wprowadzając art. 433 pkt 1) ustawy Pzp.

Dlatego też – Wykonawca wnosi o zmianę SWZ poprzez zmianę § 9 ust. 2 Wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„Za naruszenie obowiązku określonego w § 10 ust. 3 i 4 niniejszej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1, liczoną za każdy dzień zwłoki w realizacji obowiązków określonych w § 10 ust. 3 i 4 .”

**Odpowiedź:**

Zamawiający modyfikuje zapis wzoru umowy, § 9, ustęp 2 na następujący

*„Za naruszenie obowiązku określonego w § 10 ust. 3 i 4 niniejszej umowy, z przyczyn zależnych od Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1, liczoną za każdy dzień braku możliwości pełnego wykorzystywania możliwości urządzenia”*.

Modyfikacja załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy w załączeniu.

**Pytanie 4:**

dot. § 10 ust. 1 Wzoru Umowy:

„Wykonawca udziela Zamawiającemu 60 miesięcznej gwarancji na całość przedmiotu zamówienia określonego w § 1 umowy liczonej od daty podpisania bezusterkowego protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w § 6 ust. 6 niniejszej umowy.”

Wykonawca pragnie podkreślić, że zaproponowany we Wzorze Umowy termin świadczeń gwarancyjnych zdecydowanie przekracza termin gwarancji oferowany przez producentów urządzeń, które mogą zostać zaoferowane w ramach niniejszego Postępowania (producenci oferują maksymalnie 24-miesięczny termin gwarancji). Dodatkowo, zgodnie z § 10 ust. 2, Zamawiający

wymaga aby gwarancja realizowana była w ramach autoryzowanego serwisu. Ze względu na długość gwarancji oferowaną przez producentów, realizacja tychże postanowień umownych jest niemożliwa bądź też nakłada na wykonawców obowiązek negocjacji dodatkowych zobowiązań ze strony producenta. Przy czym, należy mieć na uwadze fakt, że w przypadku wyrażenia przez producenta zgody na takie dodatkowe świadczenie, znaczącej zmianie ulegną koszty ofert składanych przez wykonawców (w przypadku, gdy wykonawcy ci rzetelnie podejną do wyceny kosztów zobowiązań wynikających z Umowy). Nie można natomiast wykluczyć, że będzie to element pomijany w niektórych wycenach i Zamawiający otrzyma w Postępowaniu oferty z rażąco niską ceną.

Warto również zwrócić uwagę na ustawowe terminy rękojmi, które ustalają zakres odpowiedzialności za przedmiot dostawy – zgodnie z art. 612 w zw. z art. 568 § 1 k.c. – termin odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi pokrywa się z terminem gwarancji oferowanym przez producentów wynosi 2 lata.

Dlatego też, w celu zachowania konkurencyjności Postępowania i umożliwienia wykonawcom konkurowania na równych, uczciwych zasadach, **zwracamy się z wnioskiem o zmianę § 10 ust. 1 Wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:**

*„Wykonawca udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej gwarancji na całość przedmiotu zamówienia określonego w § 1 umowy liczonej od daty podpisania bezusterkowego protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w § 6 ust. 6 niniejszej umowy.”*

#### Odpowiedź

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 6.

#### **Pytanie 5:**

dot. § 9 ust. 4 Wzoru Umowy:

*„Za naruszenie obowiązku określonego w § 10 ust. 7 niniejszej umowy (tj. brak przeglądu konserwacyjno/zapobiegawczego w każdym roku gwarancji) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 3 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1.”*

W ocenie Wykonawcy zaproponowana wysokość kary jest niewspółmierna do ewentualnego uchybienia w sposobie realizacji świadczenia, do którego jest on zobowiązany w ramach Umowy, w szczególności biorąc pod uwagę wysokość kar za uchybienia w realizacji pozostałych obowiązków gwarancyjnych Wykonawcy (0,1 % wartości wynagrodzenia za dzień zwłoki w realizacji naprawy). Zdaniem Wykonawcy naliczanie kar umownych w ustalonej przez Zamawiającego wysokości narusza równość stron umowy, zasady współżycia społecznego i słuszności kontraktowej. Postanowienie Umowy o wskazanej treści daleko wykracza poza cel, dla którego zastrzegana jest kara umowna, która ma kompensować negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i stanowić swego rodzaju zryczałtowane odszkodowanie. Odszkodowanie zaś powinno być adekwatne do szkody jaką może ponieść Zamawiający.

Wykonawca wskazuje również, że określenie kary umownej w wysokościach wskazanych w § 9 ust. 4 Umowy w ogóle nie ma związku ze szkodą jaką może ponieść Zamawiający w przypadku niedotrzymania terminu przeglądu przez Wykonawcę. Należy wskazać, że kara w takiej wysokości, stwarza dla Wykonawcy ryzyko, że w przypadku nawet niewielkiego przekroczenia terminu przeglądu (np. 1 – 2 dni), wysokość kary umownej będzie identyczna jak w przypadku przekroczenia terminu o dłuższy okres czasu (np. 3 – 4 miesiące) bądź też w ogóle niezrealizowania tego obowiązku. W skrajnych przypadkach może prowadzić do braku realizacji przeglądu w sytuacji gdy wykonawca miałby spóźnić się z jego wykonaniem o np. 1 dzień, gdyż wysokość naliczonej kary będzie taka sama w obydwu przypadkach (wówczas analiza ekonomiczna prowadzić będzie do wniosku, że korzystniej jest nie poświęcać środków na realizację przeglądu).

Dodatkowo, Zamawiający założył 60-miesięczny okres gwarancji (o którego skrócenie wniosł Wykonawca), co bezpośrednio przekładałoby się na obowiązek wykonania 5 przeglądów gwarancyjnych. Zakładając, że każdorazowo wykonawca spóźniłby się z jego przeprowadzeniem o 1 dzień, co nie wpłynie w żaden sposób na funkcjonowanie sprzętu, to kara umowna dla takiego wykonawcy wyniosłaby 15% wartości przedmiotu Umowy i jest wysoce prawdopodobne, że znacznie przekroczyłaby wysokość zysku, jaki wykonawca osiągnąłby w wyniku realizacji Umowy.

W kwestii rażąco wygórowanych kar umownych KIO zajęło stanowisko w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r., Sygn. akt: KIO 2219/17, KIO 2228/17, KIO 2232/17, KIO 2234/17:

„Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie 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 zastrzeżenia lub stad 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.”

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt KIO 892/15, gdzie stwierdziła:

*„Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. **słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. **O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca.** W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie, **czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci.** Chodzi zatem o konieczność zapewnienia zarówno wzajemności lub odpowiedniości uprawnień.”*

**Jednocześnie należy wskazać, iż Zamawiający nie ma całkowitej swobody w kształtowaniu wzoru umowy, powinien w tym zakresie kierować się zasadami określonymi w Kodeksie Cywilnym.** Takie stanowisko KIO zajęła m.in. w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt 2649/11:

*„Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 3531 Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłyby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Pzp. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułować zawartych we wzorze umowy. **Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.** Zaproponowane*

przez Zamawiającego zapisy § 1 oraz § 3 wzoru umowy pozostawiają Zamawiającemu sporą uznaniowość w zakresie realizowanego w przyszłości zamówienia stoją tym samym w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych oraz w swych skutkach doprowadzić mogą do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.”

W konsekwencji powyższych rozważań **Wykonawca wnosi o zmianę treści SWZ poprzez usunięcie postanowienia zawartego w § 9 ust. 4 projektu Umowy**, jako kary umownej rażąco wygórowanej za zobowiązanie wykonawcy, które tylko w sposób pośredni związane jest z przedmiotem niniejszej Umowy

Odpowiedź

Nie wyrażamy zgody.

**Pytanie 6:**

*Czy Zamawiający zgodzi się na 24-miesięczną gwarancję producenta dla oferowanego urządzenia rozszerzoną o pakiet serwisowy na przestrzeni 60 miesięcy od daty dostarczenia urządzenia, w postaci corocznych przeglądów, zgodnie z rekomendacjami producenta ?”*

Odpowiedź

Wyrażamy zgodę. Zamawiający modyfikuje:

zapis wzoru umowy, § 10, ustęp 1 na następujący:

*„Wykonawca udziela Zamawiającemu **60 24 miesięcznej gwarancji** producenta, rozszerzonej o pakiet serwisowy na przestrzeni 60 miesięcy, w postaci corocznych przeglądów, zgodnie z rekomendacjami producenta, na całość przedmiotu zamówienia określonego w § 1 umowy liczonej od daty podpisania bezusterkowego protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w § 6 ust. 6 niniejszej umowy.”*

oraz zapis wzoru umowy, § 10, ustęp 7 na następujący:

*„W ramach gwarancji Wykonawca zapewni przeprowadzenie bezpłatnego przeglądu konserwacyjno/zapobiegawczego w każdym roku gwarancji. Ostatni przegląd (w ostatnim roku gwarancji) ma być wykonany nie wcześniej niż na 30 dni przed końcem okresu gwarancji. Po upływie gwarancji coroczne przeglądy będą realizowane w ramach pakietu serwisowego w ciągu 60 miesięcy, zgodnie z zapisem w § 10 ust.1.”*

Modyfikacja załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy w załączeniu.

**Pytanie 7:**

Dotyczy punktów nr 1 i 38 załącznik nr 2

*„Czy Zamawiający wymaga dostarczenia akcesorium umożliwiającego pomiar w 16 lub 48 mikrokroplach o objętościach 2 ul, pomiar w 2 kuwetach specjalnych o drodze optycznej 1 cm oraz 1 kuwecie standardowej o drodze optycznej 1 cm ?”*

Odpowiedź

Zamawiający modyfikuje zapis pkt. 38 załącznika nr 2 na następujący:

*„Akcesorium umożliwiające pomiar w 16 mikrokroplach o objętościach 2 ul.”*

Modyfikacja załącznika nr 2 do SWZ opis przedmiotu zamówienia w załączeniu.

**W związku z odpowiedziami na pytania Wykonawców zmianie ulegają załączniki nr 2. Opis Przedmiotu Zamówienia i załącznik nr 4 wzór umowy. Wykonawcy pragnący złożyć ofertę w toczącym się postępowaniu są zobligowani do złożenia oferty w oparciu o udzielone odpowiedzi i modyfikacje.**

**Termin składania ofert przesunięty w dniu 22.09.2021 r. pozostaje bez zmian:**

- składanie ofert do 01.10.2021 r. do godz. 12.30**
- wniesienie wadium do 01.10.2021 r. do godz. 12.30.**

Dyrektor  
Biura Obsługi i Realizacji Zamówień Publicznych  
Uniwersytetu Medycznego w Łodzi