|  |  |
| --- | --- |
| Znak sprawy: DZP/PN/31/1/2020 |   Zawiercie, 09.07.2020r. |
|  |  |

**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW**

dotyczy: „Usługa pogwarancyjnych przeglądów okresowych sprzętu medycznego – 16 pakietów”

1. Zamawiający Szpital Powiatowy w Zawierciu w odpowiedzi na pytania informuje:

**Pytanie nr 1**

Z uwagi na doniosłość decyzji o rozwiązaniu umowy w trybie odstąpienia, czy Zamawiający może wskazać, iż skorzysta z uprawnienia do odstąpienia od umowy po bezskutecznym wyznaczeniu Wykonawcy dodatkowego terminu nie krótszego niż 7 dni roboczych (§8 ust. 1 wzoru umowy)? Wykonawca podkreśla, iż jest to termin realnie umożliwiający Wykonawcy wywiązanie się z nałożonego nań obowiązku, uwzględniający w szczególności organizację pracy zakładu Zamawiającego, z którego strony niezbędna jest współpraca przy realizacji niektórych zobowiązań Wykonawcy.

**Odpowiedź:** Zgodnie z zapisami wzoru umowy. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że paragraf 8 ust. Wzoru umowy brzmi: „Zamawiający może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy Wykonawca nie dotrzyma terminu określonego w harmonogramie zawartym w załączniku nr 1 do umowy i pomimo pisemnego wezwania przez Zamawiającego w wyznaczonym nowym terminie nie wykona przeglądu.

**Pytanie 2**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §7 ust. 1 lit. a wzoru umowy w ten sposób, aby kary umowne były naliczane w związku z wystąpieniem zwłoki, a nie opóźnienia realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający uregulował obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku opóźnienia Wykonawcy. Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, Zamawiający powinien mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu. Ponadto takie uregulowanie jest nieuzasadnionym rozszerzeniem odpowiedzialności wykonawcy. Kary umowne winny być powiązane z zawinieniem wykonawcy, na bazie art. 473 k.c. w związku z art. 5 k.c.

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca karę umowną za każdy dzień opóźnienia, a więc przerzucającej na wykonawcę odpowiedzialność za zdarzenia leżące poza jego kontrolą została wskazana na stronach Urzędu Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszająca w sposób nadmierny równowagę stron (<https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf>).

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 3**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby łączna suma kar umownych nie przekroczyła poziomu 20% wartości netto umowy?

Wykonawca zwraca uwagę, iż w świetle orzecznictwa, a także wyjaśnień umieszczonych na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, za karę rażąco wygórowaną, nieproporcjonalną i nie spełniającą swej kompensacyjnej funkcji należy uznać karę w sytuacji, w której równa się ona bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania. Wprowadzenie limitu zgodnie z powyższą propozycją pozwoli uniknąć takiej sytuacji.

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została uznana przez Urząd Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszająca równowagę stron w sposób nadmierny, a „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Nadto zgodnie z przyjętym przez KIO stanowiskiem: „Nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.” (wyrok z dn.

28.12.2018 r., sygn. akt 2574/18). W świetle powyższego zasadnym jest postulat Wykonawcy, aby już na etapie formułowania warunków umowy wprowadzić rozwiązania zabezpieczające przez zaistnieniem skrytykowanej przez KIO sytuacji.

**Odpowiedź:** Zgodnie z zapisami wzoru umowy.

**Pytanie 4**

1) Wykonawca zwraca się z prośbą, aby kara umowna związana z odstąpieniem przewidziana w §7 ust. 1 lit. b wzoru umowy naliczana była od wartości netto niezrealizowanej części pakietu, w jakiej następuje odstąpienie

2) Wykonawca zwraca się z prośbą o miarkowanie wysokości kary umownej przewidzianej w §7 ust. 1 lit. a wzoru umowy i określenie jej na poziomie 0,2%

3) Wykonawca zwraca się z prośbą o miarkowanie wysokości kary umownej przewidzianej w §7 ust. 1 lit. b wzoru umowy i określenie jej jako procentowej wartości dostawy na poziomie 10%

Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa i przyjętym orzecznictwem kara umowna nie może pozostawać w dysproporcji, być nieproporcjonalna w stosunku do wielkości realizowanej części zamówienia. Uznany jest pogląd, że o rażącym wygórowaniu kary umownej świadczy stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie. Ponadto Wykonawca zwraca uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że w sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, można ją uważać za rażąco wygórowaną. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 listopada 2013 roku (I ACa 539/13) podniesiono, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznaje się za miernik oceny wysokości kary umownej stosunek między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania. Wykonawca zwraca także uwagę, iż zapisy projektu umowy winny przewidywać kary umowne w adekwatnej wysokości do odszkodowania, które mogłoby być dochodzone na zasadach ogólnych. Kara umowna jest instytucją, która ma pełnić przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Obowiązujące zasady prawa wskazują na przesłanki przesądzające o rażącym wygórowaniu kary umownej zwłaszcza w okolicznościach, gdy wierzyciel nie poniósł żadnej szkody albo poniósł szkodę nieznaczną wskutek niewykonania umowy. Do sytuacji rażąco wygórowanej kary może dojść już na etapie samych zapisów umownych, jak również poprzez ich zastosowanie w konkretnej sytuacji. Nie powinno dochodzić już na etapie samych zapisów umownych do sytuacji, w których zastrzeżona kara umowna będzie rażąco wygórowana. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r. (I ACa 26/14) oceny, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana dokonuje się w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony.

Przykładem takiej rażącej dysproporcji jest naliczanie kary także od wartości zrealizowanej już części umowy, w zakresie której Zamawiający nie poniósł żadnej szkody, bądź ustalania mechanizmu naliczania kary w taki sposób, który może prowadzić do sytuacji, w której wysokość kary umownej za jeden dzień opóźnienia jest wyższa od wartości zamówienia jednostkowego. Za rażąco wysoką karę umowną należy także uznać sankcję finansową za niespełnienie świadczenia ubocznego (przykładowo naprawy gwarancyjne, dostarczenie instrukcji, rozpoznawanie reklamacji) równą lub wyższą od sankcji finansowej za zwłokę w dostawie przedmiotu zamówienia.

Nieuwzględnienie powyższych okoliczności przy definiowaniu kar umownych może prowadzić w następstwie zastosowania wadliwych zapisów umowy do bezpodstawnego wzbogacenia się strony żądającej ich zapłaty

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została uznana przez Urząd Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszająca równowagę stron w sposób nadmierny, a „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem

przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

(<https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf>

**Odpowiedź:** Zgodnie z zapisami wzoru umowy.

**Pytanie 5**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na doprecyzowanie pojęcia „siły wyższej”, o której mowa w §8 ust. 4 lit. a wzoru umowy w następujący sposób: „Przez siłę wyższą rozumie się w szczególności zdarzenia takie jak: kataklizmy lub analogiczne zdarzenia wywołane przez siły naturalne, wojnę, strajki, ataki terrorystyczne, zdarzenia medyczne i epidemiologiczne, inne zdarzenia losowe, działania producentów, gwałtowną dekoniunkturę, inne nieprzewidziane zdarzenia polityczne, w tym akty władzy państwowej, akty organów unijnych, a także okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które wpływają w jakikolwiek sposób na należyte wykonanie umowy.”?

**Odpowiedź:** Zamawiający informuje, że pod pojęciem siły wyższej rozumie zdarzenie wywołane przez siły natury tj. pożar, zalanie oraz zdarzenia epidemiologiczne, które wpływają w jakikolwiek sposób na należyte wykonanie umowy.

**Pytanie 6**

Niezależnie od powyższego pytania, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do wzoru umowy klauzuli wyłączającej odpowiedzialność Stron na wypadek wystąpienia tzw. siły wyższej?

Wykonawca proponuje następującą treść ww. klauzuli: „Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie 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: kataklizmy lub analogiczne zdarzenia wywołane przez siły naturalne, wojnę, strajki, ataki terrorystyczne, zdarzenia medyczne i epidemiologiczne, inne zdarzenia losowe, działania producentów, gwałtowną dekoniunkturę, inne nieprzewidziane zdarzenia polityczne, w tym akty władzy państwowej, akty organów unijnych, a także okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które wpływają w jakikolwiek sposób na należyte wykonanie umowy.”

**Odpowiedź:** Zgodnie z zapisami wzoru umowy.

**Pytanie 7**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej?

Wykonawca proponuje następującą treść ww. klauzuli:

„Jeżeli okres obowiązywania umowy przekroczy okres 12 miesięcy Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku:

a) zmiany średniego kursu EUR ogłoszonego w dniu zawarcia umowy o 2%, lub

b) zmiany średniego kursu USD ogłoszonego w dniu zawarcia umowy o 2%, lub

c) po dniu zawarcia umowy suma miesięcznych lub kwartalnych wskaźników cen i usług konsumpcyjnych opublikowanych przez Prezesa GUS przekroczy 3%

Odpowiedzi winne być udzielane w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania pisma, a cały proces negocjacji zakończony w terminie do 30 dni roboczych od daty złożenia wniosku inicjującego proces.

Każdorazowo dokonana zmiana nie może skutkować podwyższeniem wynagrodzenia o 5% pierwotnej wartości Umowy.”

Wykonawca wyjaśnia, iż umowa będzie umową, i niewątpliwym jest, iż w okresie jej obowiązywania może nastąpić zmiana siły nabywczej pieniądza. Wprowadzenie klauzuli umożliwi zaktualizowanie wynagrodzenia Wykonawcy pod kątem rzeczywistej wartości ekonomicznej świadczonych dostaw, co przyczyni się zarówno do jak najpełniejszego wykonywania umowy jak również sporządzenia właściwej kalkulacji oferty zobowiązania długoterminowego.

**Odpowiedź:** Z uwagi na fakt, że umowa zawarta będzie na okres dłuższy niż 12 m-cy w zapisach umowy w par. 8 ust. 4 przewidziano możliwość zmian postanowień zawartej umowy zgodnie z art. 142 ust. 5 Ustawy Pzp.

**Pytanie 8** dotyczy Załącznika nr 2 do SIWZ – Formularz asortymentowo – cenowy

Zwracamy się z prośbą o wyłączenie z pakietu nr 3 pozycji 5 – Densytometr – Dexa Horizon Hologic i utworzenie odrębnego zadania celem złożenia rzetelnej oferty oraz zwiększenia konkurencyjności.

**Odpowiedź:** Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 9** dotyczy treści umowy w § 3 pkt 3

Zamawiający wymaga aby w w/w punkcie usługa obejmowała ewentualne legalizacje
i kalibracje.

Jeżeli producent aparatu wymaga kalibracji, czy Zamawiający żąda również kalibracji sprzętu, a tym samym posiadania klucza serwisowego i haseł?

**Odpowiedź:** Zgodnie z zapisami SIWZ.

**Pytanie 10** dotyczy treści umowy w § 3 pkt 5, Dotyczy treści umowy w § 5 pkt 1

Czy Zamawiający, celem zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta oraz jakości usług medycznych zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U.2017.211 tj. z dnia 2017.02.03) wymaga aby Wykonawca udokumentował dysponowanie osobami przeszkolonymi przez producenta, potwierdzonych aktualnymi certyfikatami odbytych przez inżynierów szkoleń w zakresie aparatury będącej przedmiotem przetargu jak i kluczy serwisowych i haseł? Kwestia osób dedykowanych do realizacji zamówienia, istotnego z punktu widzenia bezpieczeństwa i zdrowia publicznego jest kwestią kluczową.

**Odpowiedź:** Zgodnie z zapisami SIWZ.

1. Zamawiający informuje, iż zmienia termin składania i otwarcia ofert w prowadzonym postępowaniu przetargowym.

Było: Termin składania i otwarcia ofert – 13.07.2020r. godz. 10.00/11.00,

Jest: Termin składania i otwarcia ofert – 14.07.2020r. godz. 10.00/11.00.