



Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie

Kanclerz

Szczecin, dnia 24.09.2019 r.

DZP-303/2019/MKB

bip.pum.edu.pl

### ODPOWIEDZI NA WNIOSKI O WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ

***Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Autostainer z aparatem do deparafinizacji do badań immunohistochemicznych”, nr postępowania: DZP-262-32/2019.***

Zamawiający – Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, działając na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przekazuje odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści siwz:

#### **Pytanie nr 6**

Prosimy o modyfikację zapisów § 5 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 osiągnięte przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia.

#### **Pytanie nr 7**

Wnosimy o zmianę stanowiska Zamawiającego w kwestii liczenia kar umownych za odstąpienie od umowy od kwoty niezrealizowanej lub niewłaściwie, nieterminowo zrealizowanej wartości umowy, a nie całkowitej, krzywdzącym jest, aby Wykonawca, bądź Zamawiający ponosił ewentualną karę za prawidłowo zrealizowaną już wartość umowy. Pozwoli to również na dostosowanie wysokości kar do wartości przedmiotu umowy, co zgodne będzie z zasadami prawa w tym zakresie. Wspomnieć w tym miejscu należy, iż, Zamawiający w projekcie umowy sam zastrzegł możliwość niezrealizowania 20% wartości umowy, zatem niestosownym jest oczekiwanie od Wykonawców uregulowania kar za całą wartość umowy. Czy zatem Zamawiający dokona modyfikacji wspomnianego zapisu umowy?

#### **Pytanie nr 8**

##### ***Dotyczy wzoru umowy:***

Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dodanie zapisów do projektu umowy w § 5, mając na względzie zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą.

*„Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w przypadku rozwiązania umowy z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający w wysokości 10% wynagrodzenia netto pozostałego do zapłaty w zakresie części, której, odstąpienie dotyczy..”*

Wskazany zapis jest istotny dla należytej realizacji zamówienia publicznego oraz współpracy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. W stosunkach cywilnoprawnych bardzo ważna jest równowaga pomiędzy obiema stronami umowy oraz wzajemne kształtowanie jej postanowień w granicach zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> KC), pozwalające na uznanie wykonawcy za partnera, szanujące jego podstawowe prawa i pozwalające na zrównoważone i partnerskie relacje między zamawiającym i wykonawcą.

#### **Pytanie nr 9**

W związku z obecnie (od 18.04.2019r) obowiązującymi przepisami pozwalającymi na stosowanie faktur elektronicznych (art. 2 pkt 32 oraz art. 106n ust. 1 Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług) oraz planowanym w sierpniu br. upowszechnieniem stosowania elektronicznego fakturowania w zamówieniach publicznych dzięki obowiązkowi przyjmowania e-faktur przez Zamawiających (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/55/UE z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie fakturowania elektronicznego w zamówieniach publicznych), zwracamy się z prośbą o wskazanie w umowie w § 4 adresu e-mail, na który Wykonawca może przesyłać fakturę w formie elektronicznej.

#### **Pytanie 10**

W § 5 wzoru umowy Zamawiający uregulował zapisy dotyczące kar umownych, w następujących okolicznościach i wysokości:

- 1) w przypadku opóźnienia w realizacji zamówienia - kara umowna będzie wynosiła 0,5 % wartości umowy za każdy dzień opóźnienia;
- 2) w przypadku opóźnienia w usunięciu uszkodzenia/awarii/usterki/wady - kara umowna będzie wynosiła 1 % wartości umowy za każdy dzień opóźnienia;
- 3) w przypadku opóźnienia w reakcji na zgłoszenie uszkodzenia/awarii/usterki/wady - kara umowna będzie wynosiła 0,1 % wartości umowy za każdą godzinę opóźnienia;
- 4) w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca - kara umowna będzie wynosiła 10% wartości umowy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w przypadku zbiegu kilku roszczeń z tytułu kar umownych Zamawiający uprawniony jest do ich dochodzenia ze wszystkich istniejących tytułów.

Równocześnie jako przyczynę uzasadniająca odstąpienie od umowy Zamawiający wskazał na okoliczności niedochowania przez wykonawcę terminów umownych, naruszenie istotnych warunków umownych.

Wskazane regulacje stanowią o nieuprawnionej kumulacji kar umownych na etapie zapisów umownych za wystąpienie tych samych okoliczności, natomiast zgodnie z przepisami prawa i orzecznictwem, w którym przyjmuje się, że sytuacja taka jest niedopuszczalna (uchwała SN z dnia 16 stycznia 1984 roku, III CZP 70/83 oraz Wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10) obciążenie dwukrotną karą umowną za tę samą okoliczność przejawiającą się w nienależyтым wykonaniu zobowiązania uznać należy za sprzeczne z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej

(art. 353<sup>1</sup> w zw. Z art. 361 § 1 i 2 w zw. Z art. 483 § 1 KC). Odpowiedzialność odszkodowawcza służyć ma wyrównaniu szkody a nie wzbogaceniu się uprawnionego. W Wyroku SN z dnia 28 stycznia 2011 roku, I CSK 315/10 wskazano: (...) *nie jest możliwe kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. wykonanie ze zwłoką, z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania*. Również zgodnie z wytycznymi komentatorów jeśli w umowie zastrzeżono karę umowną "na wypadek" odstąpienia, to kara taka sankcjonuje zwłokę, która doprowadziła - wskutek odstąpienia - do przekształcenia się stanu nienależytego wykonania zobowiązania w stan jego niewykonania. Nie jest możliwe „kumulowanie” kar, jako że każda z nich odnosi się do innego roszczenia (kara za zwłokę: do roszczenia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania; kara „na wypadek” odstąpienia: do roszczenia o jego niewykonanie), oba zaś te roszczenia nie mogą wystąpić równocześnie. Potwierdzeniem tego są orzeczenia SN, w których stwierdzono, że skoro zobowiązania w ogóle nie wykonano, niemożliwe jest zarazem, by je wykonano, tyle że nienależycie. Nie może dochodzić obu kar naraz, bo retroaktywność odstąpienia (natura stosunku prawnego odstąpienia) na to nie zezwala. Art. 494 k.c. ma charakter przepisu kogentywnego w części, w jakiej określa "naturę" stosunku prawnego odstąpienia; w związku z tym niedopuszczalne jest porozumienie stron, które tą naturę miałyby modyfikować. Potwierdzeniem powyższego jest również orzecznictwo. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2017 roku (I ACa 1259/16) wprost wskazano, że *roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy*. Podobnie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 roku, sygn. akt: III CZP 39/12). 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.

Ponadto zwracamy uwagę, że wysokość kar jest zbyt dowolna i już na etapie zapisów umownych zbyt wygórowana. W orzecznictwie wskazuje się, że kara umowna jest surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Zwracamy się z wnioskiem, aby zapisy wzoru umowy zostały tak ukształtowane:

- 1) aby nie doprowadzały do sytuacji podwójnego ukarania wykonawcy w danych okolicznościach,
- 2) przewidywały kary umowne za zwłokę, a nie opóźnienie, czyli na zasadzie winy wykonawcy,
- 3) nie były zbyt wygórowane.

#### Odpowiedź:

Treść art. 38 ust. 1 ustawy pzp dotyczy wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zaś wniosków o modyfikację treści, która nie budzi wątpliwości, ale wykonawca życzyłby sobie, aby była inna. Przepisy ustawy pzp nie przewidują wniosków wykonawców o modyfikację treści siwz czy załączników, ani negocjacji wykonawcy z zamawiającym co do ostatecznego kształtu dokumentów przetargowych w trybie przetargu nieograniczonego. Dlatego zamawiający pozostawia treść wzoru umowy bez zmian. Kary umowne nie są wygórowane, są sprawiedliwe, a zapisy umowy nie naruszają prawa. Zamawiający ma prawo dochodzić kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia, do realizacji którego

w wymaganym czasie wykonawca zobowiązał się składając ofertę i jednocześnie dochodzić tych kar za nieterminowe usuwanie usterek w trakcie gwarancji. Analiza kar umownych i przesłanek odstąpienia od umowy jednoznacznie wskazuje na to, że zapisy dotyczące kar umownych, przewidziane we wzorze umowy, nie stanowią o nieuprawnionej kumulacji. Fakturę elektroniczną będzie można przesłać na adres: [kwestura@pum.edu.pl](mailto:kwestura@pum.edu.pl)

#### **Pytanie nr 11**

Czy Zamawiający dopuści rozwiązanie, w którym skanowanie szkiełek odbywa się tylko na pokładzie urzędnika?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie dopuszcza skanowania szkiełek tylko na pokładzie urzędnika.

#### **Pytanie nr 12**

Czy Zamawiający dopuści rozwiązanie w którym stosowane są butelki o stałej pojemności, z możliwością nalania płynu o różnej pojemności.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie dopuszcza stosowania butelek o stałej pojemności.

#### **Pytanie nr 13**

Czy w związku z faktem przejęcia Spółki Agilent DGG Polska przez firmę Perlan Technologies Polska Sp. z o.o. zamawiający uzna referencje o należyтым wykonaniu dostawy Autostainera 48 LINK wraz z modułem do deparafinizacji PT link przez firmę Agilent DGG Polska?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający jednoznacznie zapisał w Rozdziale VII ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia „wykonawca składa aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenie wykonawca składa wraz z ofertą w oryginale”, a w ust. 6 tego samego rozdziału, że: „Zamawiający nie będzie wzywał wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu z postępowania w trybie art. 26 ust. 2 ustawy pzp”. Oznacza to, że wykonawca składając ofertę ma oświadczyć, czy legitymuje się wymaganym doświadczeniem. Zamawiający nie będzie żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona referencji, na potwierdzenie prawdziwości tego oświadczenia.

W imieniu Zamawiającego:

KANCLERZ  
Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego  
w Szczecinie

mgr inż. Krzysztof Goralski