



Siedlce, dnia 19 kwietnia 2023 r.

SAT.272.2.2023

Powiatowa Stacja
Sanitarno – Epidemiologiczna
w Siedlcach
ul. Poniatowskiego 31
08-110 Siedlce
www.gov.pl/web/psse-siedlce
e-mail: sekretariat.psse.siedlce@sanepid.gov.pl
tel./fax.: 25 644 20 40/25 632 61 37

Nr sprawy: SAT.272.2.2023

ZAPYTANIA DO TREŚCI SWZ – ODPOWIEDZI i WYJAŚNIENIA

Dotyczy: postępowania na „Sukcesywną dostawę Produktów diagnostycznych, Odczynników chemicznych i Wskaźników biologicznych w 2023 roku”

nr sprawy: SAT. 272.2. 2023

Identyfikator postępowania: ocids-148610-677cde92-daac-11ed-b70f-ae2d9e28ec7b

Wyjaśnienia treści SWZ

Niniejszym informujemy, że otrzymaliśmy od Wykonawców zapytania dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie projektowanych zapisów umowy (wzór umowy) – **Załącznik Nr 5** oraz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - **Załącznika Nr 2** formularza asortymentowo – cenowego.

Na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) wyjaśniamy co następuje:

Pytania z zakresu treści SWZ oraz Projektowanych zapisów umowy (wzoru umowy) – Załącznika nr 5 do SWZ

Pytanie 1.

1. (§ 5 ust. 11) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu wymiany reklamowanej części zamówienia z 3 dni roboczych do 30 dni?

Uzasadnienie:

Nie wszystkie oferowane produkty znajdują się na stałe na stanie w naszym magazynie, a w przypadku zgłoszenia reklamacji produkty te musimy wpierv sprowadzić bezpośrednio od producenta do naszego magazynu. W związku z czym 3 dniowy termin realizacji jest

nierozwiązywalny do dotrzymania. Realny czas realizacji reklamacji to 15 dni (taki, jak standardowy czas realizacji zamówienia)

Odpowiedź:

Zamawiający **nie wyraża zgody** na wydłużenie terminu wymiany reklamowanej części zamówienia z 3 dni roboczych do 30 dni.

Uzasadnienie:

§ 5 ust. 11 brzmi: „Wykonawca rozpatrzy reklamację ilościową i jakościową w terminie 15 dni roboczych i udzieli odpowiedzi w formie pisemnej. W przypadku pozytywnego rozpatrzenia reklamacji, Wykonawca w ciągu 3 dni od zaistnienia tego faktu zobowiązuje się do wymiany wadliwego towaru lub dostarczenia brakującej ilości”. Oznacza to, że w przypadku zasadnej reklamacji towaru Wykonawca ma w sumie 18 dni roboczych na wymianę reklamowanej części zamówienia. Wydłużenie terminu reklamowanej części zamówienia do 30 dni, oznaczałoby że Zamawiający może oczekiwać na zamówiony towar (dostarczony wadliwie przez Wykonawcę) łącznie 45 dni roboczych. Z uwagi na zakres i charakter prac laboratorium jest to niedopuszczalne.

Pytanie nr2

2. (§ 8 ust. 1 pkt 3) Prosimy o wyjaśnienie podstaw zaproponowanej wysokości kar umownych w przypadku niezrealizowania umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 5% wartości NETTO niezrealizowanej umowy?

Uzasadnienie:

Zastrzeżona we wzorze umowy kara umowna jest rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 kodeksu cywilnego. Podstawową funkcją kary umownej jest kompensacja szkody poniesionej przez Zamawiającego. Powinna ona bowiem służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania, a nie prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający wzbogaca się na niewykonaniu zobowiązania przez Wykonawcę (por. wyr. SA w Katowicach 17.12.2008 r., V ACA 483/08, OSA w Katowicach 2009, Nr 1, poz. 5). W związku z tym, w przypadku utrzymania obecnego brzmienia postanowienia umowy (niewspółmierność z ewentualną szkodą Zamawiającego) ewentualnie naliczona kara umowna zostanie uznana za rażąco wygórowaną, a w konsekwencji tego możliwe będzie jej miarkowanie, co naraża instytucję zamawiającą na nieuzyskanie zakładanego odszkodowania oraz dodatkowe koszty postępowania sądowego. Mając na względzie z jednej strony ochronę słusznego interesu Zamawiającego, a z drugiej zasadę równości stron prawa kontraktów oraz regulację art. 484 § 2 kodeksu cywilnego proponujemy, aby podstawą naliczenia kary umownej było 5% wartości netto umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający **nie wyraża** zgody na zmniejszenie procenta kary ujętego w § 8 ust.1 pkt 3 od wartości niezrealizowanej części umowy. Wartość kary naliczana jest od wartości brutto. Zapisy pozostają zgodne z SWZ.

Uzasadnienie: 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 przenoszące wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły, natomiast § 2 mówi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zdaniem Zamawiającego trudno na tym etapie, nie odnosząc się do rzeczywistej sytuacji i wynikających z niej skutków mówić o wygórowaniu kary.

Istotną rolą Zamawiającego, jako jednostki budżetowej, w myśl art. 44 przepisów ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. 2023 poz. 412) jest takie wydatkowanie środków publicznych, aby wydatki publiczne realizować:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Podniesiona w Państwa uzasadnieniu kwestia wzbogacania się Zamawiającego, jest niezasadna, gdyż wszystkie dochody, opłaty i daniny, Zamawiający odprowadza w całości do budżetu Skarbu Państwa. Zatem de facto Zamawiający w myśl przepisów ustawy zabiega o właściwe wydatkowanie środków publicznych, a z drugiej z przyczyn niezrealizowania umowy przez Wykonawcę, naraża się na szkodę, poprzez niezrealizowanie badań i niewywiązanie się z zobowiązań lub umów z kontrahentami. Trudno mówić o niewspółmierności szkody, w przypadku konieczności zatrzymania prowadzonej analizy i diagnostyki laboratoryjnej z powodu braku realizacji części umowy.

Pytanie nr 3

3. Czy zamawiający wyraża zgodę na dodanie w projekcie umowy zapisu: „Dostawca ma prawo zmiany ceny w przypadku ponad 5-procentowego wzrostu kursu EUR/PLN, liczonego jako odchylenie procentowe bieżącego średniego kursu NBP pary walutowej EUR/PLN do średniego kursu NBP pary walutowej EUR/PLN z dnia złożenia oferty. Zmiana ceny, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, wymaga pod rygorem nieważności zawarcia pisemnego aneksu. Rozliczenie zmiany wysokości wynagrodzenia zostanie rozliczone poprzez wystawienie faktury korygującej.”

Odpowiedź:

Zamawiający **nie wyraża** zgody na dodanie w projekcie umowy proponowanego przez Dostawcę zapisu.

Wszelkie kwestie dotyczące ewentualnej zmiany cen i zapisów umowy, zostały określone w ust. 10 SWZ oraz w § 6 i § 7 – załącznika Nr 5 do SWZ – projektowanych zapisów umowy.

Pytanie nr 4

4. (§ 8 ust. 1 pkt. 1) Prosimy o wyjaśnienie i podanie podstaw prawnych zapisu. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 0,1% NETTO niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień zwłoki w realizacji dostawy?

Uzasadnienie:

Prośbę swą motywujemy tym iż zgodnie z kodeksem cywilnym umowy powinna cechować równość stron stosunku cywilnego. Korekta, o którą prosimy w znacznym stopniu przybliży wymagany prawem charakter. W treści KC nie ma postanowień, które wskazywałyby na preferowanie Zamawiającego, zawierającego umowę o Zamówienie publiczne. Także żaden zapis z Prawa Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia odstępstw od zasady równości stron.

Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Wyrok KIO z dnia 14 października 2021 r., sygn. 2762/21 przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwwstawienie obu w/w interesów nie może prowadzić do nieuzasadnionego przerwania na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych i do przypisywania mu odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie ma żadnego wpływu.

Powyższy problem został zauważony przez Urząd Zamówień Publicznych, który w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018 r.),

stwierdził że „kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna”

Odpowiedź:

Zamawiający **nie wyraża** zgody na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 0,1% NETTO niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień zwłoki w realizacji dostawy.

Zamawiający ustalając wysokość kar umownych analizował aspekty prawne i finansowe ich ewentualnego naliczania. Między innymi zasadę równości stron stosunku cywilnego, o którym mowa w kodeksie cywilnym. Zamawiający w tym względzie, przy tej wysokości kar umownych, nie widzi zasadności w stwierdzeniu, że czyni odstępstwo od tej zasady.

Również posiłkując się raportem Urzędu Zamówień Publicznych twierdzącym, że „kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna” Zamawiający uznaje, że dopełnił należytej staranności w ustaleniu wysokości kary umownej i nie jest ona rażąco wygórowaną przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu Skarbu Państwa. Tym bardziej, że kara umowna na którą się Państwo powołują, dotyczy jednostkowego zamówienia, z punktu widzenia Wykonawcy wartość jednostkowa produktu nie jest wysoka, natomiast zwłoka w dostawie i brak jednego produktu dla Zamawiającego rodzi już poważne problemy związane z brakiem możliwości prowadzenia badań i niewywiązaniem się z umów na wykonanie konkretnych badań.

Zamawiający przewidział nieprzewidziane sytuacje z jakimi może się spotkać Wykonawca, m.in. w § 6 ust. 5 oraz § 8 ust. 3 projektu umowy, które pozwalają na odstępianie od naliczania kar umownych. Zamawiający zakłada również, że Wykonawca składając ofertę dokona oceny ryzyka dostaw i zaproponuje taki termin dostawy, który zminimalizuje powód, dla którego Zamawiający byłby zobligowany do naliczania kar umownych. Biorąc pod uwagę, że termin dostawy jest kryterium oceny ofert w postępowaniu, wysokość kary umownej za zwłokę w dostawie powinna skłaniać Wykonawcę do jego rzetelnego opracowania.

Zamawiający w swej ocenie zaproponowanych wysokości kar umownych kierował się art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. 2023, poz. 412); art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2021, poz. 289 ze zm.); art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Pytanie nr 5

5. (§ 8 ust. 1 pkt. 2) Prosimy o wyjaśnienie i podanie podstaw prawnych zapisu. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 0,1% wartości NETTO tej dostawy, za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze?

Uzasadnienie:

Prośbę swą motywujemy tym iż zgodnie z kodeksem cywilnym umowy powinna cechować równość stron stosunku cywilnego. Korekta, o którą prosimy w znacznym stopniu przybliży wymagany prawem charakter. W treści KC nie ma postanowień, które wskazywałyby na preferowanie Zamawiającego, zawierającego umowę o Zamówienie publiczne. Także żaden zapis z Prawa Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia odstępstw od zasady równości stron.

Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Wyrok KIO z dnia 14 października 2021 r., sygn. 2762/21 przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki

publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwwstawienie obu w/w interesów nie może prowadzić do nieuzasadnionego przerwania na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych i do przypisywania mu odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie ma żadnego wpływu.

Powyższy problem został zauważony przez Urząd Zamówień Publicznych, który w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018 r.), stwierdził że „kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna.

Odpowiedź:

Zamawiający **nie wyraża** zgody na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 0,1% wartości NETTO tej dostawy, za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze.

Zamawiający w projekcie umowy określił jego zdaniem wystarczająco długi czas na rozpatrzenie reklamacji i usunięcie stwierdzonych wad. Przekroczenie tego terminu powoduje zachwianie ciągłości badań, a tym samym wpływa negatywnie na jedno z głównych zadań działalności Zamawiającego.

Zamawiający w ramach swobody umów narzuca we wzorze umowy postanowienia, które z jego punktu widzenia są istotne dla prawidłowego funkcjonowania zamawiającego, a Wykonawca składając ofertę musi wziąć związane z tym ryzyko i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.

Zamawiający w swej ocenie zaproponowanych wysokości kar umownych kierował się art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. 2023, poz. 412); art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2021, poz. 289 ze zm.); art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Pytanie 6.

6. (§8) Zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisów w taki sposób, aby wysokość kary umownej naliczana była od wartości netto a nie brutto.

Uzasadnienie: 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.

Odpowiedź.

Zamawiający **nie wyraża** zgody na modyfikację zapisów umowy w taki sposób, aby wysokość kary umownej naliczana była od wartości netto a nie brutto. Zamawiający ponosi wydatki w wartości brutto i w takiej wartości oczekuje rozliczenia ewentualnych kar.

Wszystkie uzyskane dochody, opłaty i daniny Zamawiający odprowadza w całości do budżetu Skarbu Państwa w kwocie brutto. Zatem Zamawiający w myśl przepisów ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. 2023 poz. 412) zabiega o właściwe wydatkowanie środków publicznych.

Pytania z zakresu Formularza asortymentowo-cenowego - Załącznika Nr 2 do SWZ

Pytanie nr 1: dotyczy Pakiet III, pozycja 1 i 2

1. Czy Zamawiający dopuści zaoferowanie produktu równoważnego w postaci paska bibuły nasączonego sporami w bardziej profesjonalnym opakowaniu z papieru pergaminowego zabezpieczającego przed kontaminacją?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na dopuszczenie w poz. Nr 1 i 2 produktu równoważnego w postaci paska bibuły nasączonego sporami w bardziej profesjonalnym opakowaniu z papieru pergaminowego zabezpieczającego przed kontaminacją.

Ww. produkty mają zastosowanie w badaniach akredytowanych

Pytanie nr 2, Pakiet II

Jako producent asortymentu z pakietu nr III, zwracamy się z uprzejmą o dopuszczenie asortymentu z terminem ważności min. 12 miesięcy w dniu dostawy.

Odpowiedź.

Zamawiający **wyraża zgodę** na dopuszczenie asortymentu z pakietu III z terminem ważności min. 12 miesięcy w dniu dostawy.