

Oznaczenie sprawy: ZP-102/2019

### Do wszystkich uczestników postępowania

dotyczy: postępowania do 30.000 euro w trybie art.4 pkt.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych ogłoszonego przez Wojewódzki Szpital Zespolony **na dostawę noży mikrochirurgicznych** dla potrzeb Oddziału Okulistycznego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu.

Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu informuje, że w dniu 19.12.2019 roku od Wykonawcy wpłynęły pytania o następującej treści:

#### **Pytanie 1** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie treści §2 ust. 1 projektu umowy w następującym brzmieniu:

*„Wykonawca dostarczy Zamawiającemu przedmiot zamówienia zgodny z § 1 niniejszej umowy, którego ilości zostaną każdorazowo określone na podstawie zamówień Apteki Szpitalnej Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku Zamawiający zobowiązuje się zamówić asortyment o wartości min. 80% wartości umowy i w tym zakresie Wykonawcy przysługuje roszczenie o realizację umowy.”.*

#### Uzasadnienie:

Zamawiający powinien wskazać pewną minimalną wartość zamówień, którą zrealizuje bez względu na okoliczności, w przeciwnym wypadku Wykonawcy mieliby bardzo duże trudności z przedłożeniem swoich ofert. Zagwarantowanie Wykonawcy realizacji zamówienia na poziomie 80% wartości umowy umożliwi mu lepsze, bardziej racjonalne ekonomicznie i również korzystniejsze dla Zamawiającego skalkulowanie ceny ofertowej. Ponadto umowa powinna gwarantować Wykonawcy roszczenie o realizację umowy we wskazanym zakresie.

**Ad.1. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

#### **Pytanie 2** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie treści §4 ust. 2 projektu umowy w następującym brzmieniu:

*„Ceny jednostkowe **netto** dla asortymentu przedstawione w ofercie cenowej z dnia ..... nie ulegną zmianie przez cały okres trwania niniejszej umowy.”.*

#### Uzasadnienie:

Zapewnienie o stałości cen asortymentu składającego się na przedmiot umowy może dotyczyć wyłącznie ceny netto – Wykonawca nie ma bowiem wpływu na zmiany stawki podatku VAT. Ponadto, proponowana zmiana koresponduje z treścią §4 ust. 3 lit. c) projektu umowy.

**Ad.2. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 3** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o wykreślenie pkt b) w treści §4 ust. 3 projektu umowy.

**Uzasadnienie:**

Wykonawca nie ma obowiązku obniżania ceny zaoferowanej w ofercie, na podstawie której został wybrany – nawet w przypadku jej obniżenia przez producenta. Wykonawca prowadzi działalność gospodarczą i w ramach tej działalności dostarcza przedmiot umowy Zamawiającemu. Działalność gospodarcza prowadzona jest w celu wypracowania zysku, wobec czego obniżanie cen przez Wykonawcę byłoby dla Wykonawcy nieopłacalne.

**Ad.3. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 4** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie treści §4 ust. 4-5 projektu umowy w następującym brzmieniu:

***„4. Strony zastrzegają możliwość przedłużenia aneksem terminu obowiązywania umowy w przypadku niewykorzystania ilości określonych w umowie.***

***5. W przypadku udokumentowanych zmian, o których mowa w ust. 3 i 4 niniejszego paragrafu zostaną one uzgodnione i po zaakceptowaniu przez Zamawiającego wprowadzone aneksem do umowy, z zastrzeżeniem zmiany ceny brutto przedmiotu umowy, która obowiązuje od dnia wejścia w życie przepisów zmieniających stawkę podatku VAT – bez konieczności zawarcia przez Strony aneksu do umowy.”.***

**Uzasadnienie:**

Podatek od towarów i usług składający się na cenę brutto jest jedynie daniną publiczną, której Wykonawca jest tylko płatnikiem. Nowa stawka powinna być stosowana automatycznie, bez konieczności zawierania aneksu. Proszę też mieć na względzie, że Wykonawca nie może wystawić faktury z nieobowiązującą stawką.

**Ad.4. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 5** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie treści §5 ust. 2 projektu umowy w następującym brzmieniu:

***„W przypadku nieuiszczenia płatności w terminie, Wykonawca ma prawo naliczyć Zamawiającemu odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2019 r., poz. 118).”.***

**Uzasadnienie:**

Zgodnie z art. 2 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, przepisy ustawy stosuje się do transakcji handlowych, których wyłącznymi stronami są przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców oraz podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Wykonawca jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców. Zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. jednostka sektora finansów publicznych – w związku z art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych). W związku z powyższym, w razie opóźnienia się Zamawiającego w zapłacie należności wynikającej z umowy, Wykonawcy należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych.

**Ad.5. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 6** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie §6 ust. 1-2 i ust. 4 projektu umowy w następującym brzmieniu:

***„Kary umowne:***

***1. Z tytułu nieterminowych dostaw Zamawiający może żądać od Wykonawcy kary umownej w wysokości 0,5% wartości netto danego zamówienia za każdy dzień zwłoki, ale nie więcej niż 10% wartości netto tego zamówienia.***

2. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający ma prawo żądać kary umownej w wysokości **10%** wartości **netto** niezrealizowanej części umowy.  
(...).

4. Zamawiający zastrzega, że w przypadku **zwłoki** w dostawie, **przekraczającej 5 dni roboczych** przysługuje mu prawo zakupu towaru zastępczego u innego Dostawcy. Różnicą w cenie zostanie obciążony Wykonawca.”.

Uzasadnienie:

- Prosimy o obniżenie wysokości kar umownych; kary wskazane w projekcie umowy są w ocenie Wykonawcy rażąco wygórowane;

- Kara umowna może być uiszczona wyłącznie wówczas, gdy nieterminowa realizacja zamówienia wynika z wyłącznej winy Wykonawcy („zwłoka”), a nie np. działania osób trzecich, siły wyższej lub nawet Zamawiającego – Wykonawca nie ma bowiem żadnego wpływu na te zdarzenia i okoliczności;

- Zastrzeżenie górnej granicy kary umownej ma na celu uniknięcie jej wygórowania i naliczania „w nieskończoność”. Kara umowna powinna być substratem odszkodowania i nie powinna prowadzić do wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy. W przypadku przewyższenia wysokości szkody, Zamawiający i tak ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego;

- Zwracam się z prośbą o rozważenie naliczania kar umownych od wartości netto, a nie brutto. Jak już bowiem wskazano, to wartość netto określa wysokość zobowiązania i ma ekonomiczne znaczenie dla Wykonawcy.

**Ad.6. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 7** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie §7 ust. 2, ust. 4-6 projektu umowy w następującym brzmieniu:

„2. Wykonawca w terminie nie dłużej niż 10 dni roboczych licząc od dnia złożenia reklamacji wraz z reklamowanym towarem, **rozpatrzy reklamację i w przypadku uznania jej zasadności dostarczy zamienną partię takiego samego towaru bez wad, na swój koszt i ryzyko.**

(...).

4. W przypadku niezrealizowania reklamacji w terminie, o którym mowa w punkcie 1, **będącego wynikiem wyłącznej winy Wykonawcy, Zamawiający będzie miał prawo żądać kary umownej w wysokości 0,5% wartości netto reklamowanego przedmiotu za każdy dzień zwłoki po tym terminie, ale nie więcej niż 10% wartości netto reklamowanego przedmiotu.**

5. W przypadku nieuznania reklamacji przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo zlecenia ekspertyzy podmiotowi profesjonalnemu, posiadającemu stosowną wiedzę i kwalifikacje, przy czym koszty ekspertyzy ponosi strona, dla której wynik jest niekorzystny.

6. Wyniki ekspertyzy wiążą Strony. W przypadku ekspertyzy niekorzystnej dla Wykonawcy, **będzie on zobowiązany do załatwienia reklamacji w sposób określony w zawiadomieniu o brakach lub wadach.”.**

Uzasadnienie:

- Prosimy o obniżenie wysokości kary umownej; kara wskazana w projekcie umowy jest w ocenie Wykonawcy rażąco wygórowana;

- Kara umowna może być uiszczona wyłącznie wówczas, gdy nieterminowa realizacja zgłoszenia reklamacyjnego wynika z wyłącznej winy Wykonawcy, a nie np. działania osób trzecich, siły wyższej lub nawet Zamawiającego – Wykonawca nie ma bowiem żadnego wpływu na te zdarzenia i okoliczności;

- Zastrzeżenie górnej granicy kary umownej ma na celu uniknięcie jej wygórowania i naliczania „w nieskończoność”. Kara umowna powinna być substratem odszkodowania i nie powinna prowadzić do wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy. W przypadku przewyższenia wysokości szkody, Zamawiający i tak ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego;

- Zwracam się z prośbą o rozważenie naliczania kar umownych od wartości netto, a nie brutto. Jak już bowiem wskazano, to wartość netto określa wysokość zobowiązania i ma ekonomiczne znaczenie dla Wykonawcy;

- Z uwagi na wiążące dla stron umowy skutki wykonanej ekspertyzy i jednostronny wybór podmiotu opiniującego przez Zamawiającego, umowa powinna precyzować, że opiniującym będzie wyłącznie podmiot profesjonalny, posiadający stosowną wiedzę i kompetencje.

**Ad.7. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 8** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie §9 zdanie 1 projektu umowy w następującym brzmieniu:

*„W przypadku **trzykrotnej** nieterminowej realizacji zamówienia, a także w przypadku **trzykrotnego** świadczenia niezgodnego z umową co do przedmiotu lub jakości, o ile powyższe wynika z **wyłącznej winy Wykonawcy**, Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym.”.*

Uzasadnienie:

Rozwiązanie umowy powinno być dopuszczalne tylko wówczas, gdy Wykonawca z własnej winy uchybia jej istotnym postanowieniom, tzn. w przypadku trzykrotnej zwłoki w dostawie. Jak już wskazano, nieterminowa realizacja zamówień może wynikać z powodu okoliczności, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu, nie jest więc zasadnym wyciąganie od niego negatywnych konsekwencji w takich przypadkach.

**Ad.8. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Pytanie 9** (dotyczy Wzoru umowy)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie §12 projektu umowy w następującym brzmieniu:

*„Wszelkie zmiany i uzupełnienia niniejszej umowy wymagają dla swej ważności formy pisemnej w postaci aneksu, z **zastrzeżeniem zmiany umowy, o której mowa w §4 ust. 3 lit. c).**”.*

Uzasadnienie:

Jak wcześniej wskazywano, zmiana umowy w zakresie ceny brutto, będąca wynikiem ustawowej zmiany stawki podatku VAT powinna obowiązywać bez konieczności zawarcia aneksu do umowy.

**Ad.9. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody.**

DYREKTOR MACEJNY

*Elżbieta Gelert*  
mgr Elżbieta Gelert