



Sękocin Stary, 9/09/ 2020 r.

### Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu ZP 39-209007

*Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę dla Instytutu Badawczego Leśnictwa w Sękocinie Starym, ul. Braci Leśnej 3, 05-090 Raszyn (IBL) zestawu do analizowania barwionych preparatów mikroskopowych z tkanek miękkich roślin, z podziałem na części:*

*Część 1 – skaner preparatów mikroskopowych;*

*Część 2 – procesor tkankowy, stacja do zatapiania preparatów, ręczny mikrotom rotacyjny;*

*(Nr sprawy: ZP 39-209007).*

Szanowni Państwo,

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej ustawą PZP, Zamawiający odpowiada na pytania zadane przez Wykonawców.

#### **Pytanie nr 1**

Wykonawca zwraca się z prośbą o odstąpienie przez Zamawiającego od wymogu wniesienia wadium.

Na mocy art. 77 pkt. 24 ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorstwom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086), dalej Tarcza 4.0, wyłączono obowiązek wnoszenia wadium przewidziany w art. 45 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią uzasadnienia projektu Tarczy 4.0, rozwiązanie to, uwzględniając fakt pogorszenia się sytuacji ekonomicznej przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych, ma się przyczynić do ograniczenia po stronie wykonawców kosztów uzyskania zamówienia publicznego, a przez to zwiększyć dostępności rynku zamówień publicznych dla wykonawców w okresie występowania epidemii COVID-19 oraz pobudzić koniunkturę gospodarczą. Skoro ustawodawca, z uwagi na sytuację ekonomiczno-gospodarczą towarzyszącą epidemii COVID-19, złagodził wymogi dotyczące postępowań o szacunkowej wartości powyżej progów unijnych, a więc w odniesieniu do postępowań o najwyższych wartościach, to tym bardziej Zamawiający winien rozważyć zasadność sięgania po rozwiązania fakultatywne, nieobligatoryjne, takie jak właśnie żądanie wniesienia wadium w ramach postępowania poniżej progów unijnych. Dokonując oceny stosowności podejmowanych w ramach postępowania działań można sięgnąć do dalszej części uzasadnienia projektu Tarczy 4.0, gdzie jako przesłanki mogące przemawiać za koniecznością żądania wniesienia wadium (o którym mowa w art. 45 ust. 1 ustawy Pzp) wskazano okoliczności skutkujące poważnym zakłóceniem postępowania przetargowego, w tym mogące wpłynąć na jego wynik (np. ryzyko wystąpienia zmowy wykonawców, udziału w postępowaniu niesolidnego wykonawcy). Ponieważ charakter i zakres niniejszego postępowania nie wskazuje na występowanie ww. ryzyk, to żądanie wniesienia wadium w tym przypadku nie jest celowe.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ i ogłoszenia dotyczące obowiązku wpłaty wadium. Postanowienia SIWZ w tym zakresie pozostają bez zmian.

**Pytanie nr 2**

Wykonawca zwraca się z prośbą, aby Zamawiający zdefiniował termin wykonania zobowiązania w dniach roboczych, rozumianych jako dni od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, zamiast w dniach kalendarzowych. Dodatkowo, przedmiot umowy, z uwagi na swoje właściwości, nie znajduje się na stałe na stanie magazynu centralnego Wykonawcy, w związku z czym spełnienie świadczenia przez Wykonawcę w tak krótko określonych terminach (28 dni kalendarzowych) nie jest możliwe. Niezależnie, z uwagi na obecnie panującą epidemię wirusa SARS-CoV-2, sezon urlopowy u części kooperantów oraz konieczność sprowadzenia urządzenia z zagranicy, terminy dostaw w łańcuchu uległy wydłużeniu. W konsekwencji Wykonawca zwraca się z prośbą o dostosowanie i urealnienie terminu dostawy w sposób wskazany powyżej.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje wymagania dotyczące terminów wykonania zobowiązania. Wykonawca nie ma obowiązku deklarować realizacji zamówienia w terminie 28 dni. Zgodnie z SIWZ, Wykonawca ma możliwość zadeklarowania innego (dłuższego) terminu dostawy, który nie może przekroczyć 56 dni.

**Pytanie nr 3**

W nawiązaniu do zapisów § 4 ust. 2 wzoru umowy, Wykonawca zwraca się z prośbą, aby w przypadku odmowy przyjęcia uszkodzonej części sprzętów Zamawiający sporządził z Wykonawcą Protokół Odbioru w zakresie prawidłowo dostarczonych urządzeń, a w stosunku do urządzeń wadliwych – odmówił ich przyjęcia oraz przekazał stosowne zastrzeżenia. W ocenie Wykonawcy charakter dostarczanych urządzeń nie daje podstaw, by Zamawiający odmówił przyjęcia sprzętu zgodnego z umową.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia § 4 ust. 2 umowy bez zmian. Zgodnie ze zdaniem pierwszym przedmiotowego postanowienia zamawiający może odmówić dokonania odbioru całości lub uszkodzonej części sprzętów.

**Pytanie nr 4**

Wykonawca zwraca się z prośbą o rezygnację przez Zamawiającego z modyfikacją zapisu § 6 ust. 3 wzoru umowy:

Zamawiający zawiadomi pisemnie Wykonawcę o wadach przedmiotu Umowy niezwłocznie po ich wykryciu. Dokonanie odbioru przedmiotu Umowy nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności z tytułu rękojmi, a Strony określają termin zbadania przedmiotu umowy na 14 dni od dnia przeszkolenia pracowników Zamawiającego zgodnie z § 2 ust. 2 umowy.

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający jest podmiotem profesjonalnie zajmującym się pracami badawczymi, co wymaga posiadania odpowiedniej wiedzy i umiejętności w zakresie obsługi urządzeń wykorzystywanych w tym zakresie. Dodatkowo zespół pracowników wskazanych przez Zamawiającego zostanie przeszkolony w przedmiocie obsługi dostarczonych przez wykonawcę urządzeń. W konsekwencji należy uznać, iż Zamawiający dysponuje odpowiednią wiedzą i ma możliwość dokonania oceny i wykrycia wad danego urządzenia, a pierwotne brzmienie ww. zapisu

wzoru umowy prowadzi do niezasadnego i nieograniczonego czasowo wydłużenia terminów wynikających z art. 563 k.c.

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż nie dokonywał zmiany przedmiotowego postanowienia umowy. Postanowienie z § 6 ust. 3 umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie nr 5**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów § 8 wzoru umowy w ten sposób, że kara umowna będzie naliczana od wartości netto a nie brutto. Podatek VAT jako należność publicznoprawna jest odprowadzany przez Wykonawcę do urzędu skarbowego i nie prowadzi do powstania po stronie Wykonawcy jakiegokolwiek przysporzenia majątkowego.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę proponowaną przez Wykonawcę i pozostawia § 8 umowy bez zmian.

**Pytanie nr 6**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację:

- a) zapisu § 8 ust. 1 lit. a wzoru umowy poprzez miarkowanie wysokości kary umownej do poziomu 0,1 %
- b) zapisu § 8 ust. 1 lit. b wzoru umowy poprzez miarkowanie wysokości kary umownej do poziomu 20 %
- c) zapisu § 8 ust. 1 lit. c wzoru umowy poprzez miarkowanie wysokości kary umownej do poziomu 0,05%

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 mogłyby 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 sankcji finansowej za odstąpienie od umowy czy 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, naruszającą 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](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 na zmianę proponowaną przez Wykonawcę i pozostawia § 8 ust. 1 umowy bez zmian.

Na marginesie Zamawiający wskazuje, że w przypadku wyboru tego samego Wykonawcy do realizacji części 1 oraz części 2 przedmiotu zamówienia, Zamawiający zawrze Wykonawcą dwie odrębne umowy na realizację poszczególnych części zamówienia.

#### **Pytanie nr 7**

W nawiązaniu do zapisu § 8 ust. 3 wzoru umowy, czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby łączna suma kar umownych nie przekroczyła poziomu 35% 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, naruszającą 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 pozbawiają 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:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę proponowaną przez Wykonawcę i pozostawia § 8 ust. 3 umowy bez zmian.

**Pytanie nr 8**

W nawiązaniu do zapisu § 8 ust. 5 wzoru umowy, Wykonawca zwraca się z prośbą o rezygnację przez Zamawiającego z uprawnienia do kumulacji kar umownych. Wskazany zapis stanowi bowiem o nieuprawnionej kumulacji kar, 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 nienależywym 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). 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 do 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).

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę proponowaną przez Wykonawcę i pozostawia § 8 ust. 5 umowy bez zmian.

**Pytanie nr 9**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisu § 9 ust. 5 wzoru umowy w następujący sposób: „Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia awarii lub uszkodzenia bez zbędnej zwłoki w terminie nie dłuższym niż 5 dni roboczych od daty skutecznego otrzymania od Zamawiającego zgłoszenia, a w przypadku konieczności odesłania przedmiotu umowy do naprawy poza granice kraju bądź w przypadku potrzeby sprowadzenia części zamiennych z zagranicy, w terminie każdorazowo uzgodnionym z przedstawicielem Zamawiającego nie krótszym niż 10 dni roboczych”.

Powyższe Wykonawca motywuje specyfiką dostarczanych urządzeń oraz rzeczywistym czasem, który jest niezbędny do odbioru i zweryfikowania zakresu wad danego elementu, czasu dostawy nowego elementu w przypadku ich produkcji i magazynowania poza granicami kraju. Zakreślony ogólny termin 5 dni roboczych jest dla takich przypadków niewystarczający i naraża Wykonawcę automatycznie na ponoszenie kar umownych.

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż w dniu 3 września 2020 r. dokonał zmiany postanowienia z § 9 ust. 5 umowy w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawców. Postanowienie § 9 ust. 5 umowy pozostaje w treści ustalonej w SIWZ oraz piśmie z 3 września 2020 r.

**Pytanie nr 10**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisu § 9 ust. 6 poprzez uwzględnienie propozycji, o której mowa w pytaniu powyżej, w następujący sposób: „W przypadku, gdy usunięcie awarii lub uszkodzenia będzie przekraczać 10 dni roboczych, wykonawca zobowiązuje się bezzwłocznie powiadomić Zamawiającego oraz dostarczyć, zainstalować i uruchomić w tym czasie sprzęt zastępczy o równoważnych cechach użytkowych. W przypadku niedostarczenia sprzętu zamiennego, Zamawiający może wynająć sprzęt zastępczy na koszt Wykonawcy.”

**Odpowiedź:**

Zamawiający odsyła od odpowiedzi na pytania z dnia 4 września 2020 r., zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego.

**Pytanie nr 11**

W nawiązaniu do zapisu § 9 ust. 8 wzoru umowy Wykonawca zwraca się z prośbą o wydłużenie terminu czasu reakcji serwisu na 2 dni robocze. Wykonawca wskazuje, iż obecne brzmienie zapisu faworyzuje wykonawców dysponujących serwisem w bezpośrednim sąsiedztwie Zamawiającego, narażając pozostałych na ryzyko ponoszenia negatywnych sankcji już w momencie podpisywania umowy. W szczególności zgłoszenie awarii przez Zamawiającego w godzinach popołudniowych de facto ogranicza czas, jakim dysponuje Wykonawca na dojazd do miejsca instalacji produktu i rozpoczęcia tam działań diagnostycznych do jednego dnia.

**Odpowiedź:**

Zamawiający odsyła od odpowiedzi na pytania z dnia 3 września 2020 r., zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego.

**Pytanie nr 12**

W nawiązaniu do treści zapisu § 9 ust. 10 wzoru umowy Wykonawca zwraca się z prośbą o jego modyfikację na rzecz powszechnie przyjmowanego rozwiązania, jako ekonomicznie uzasadnionego, tj. trzykrotna naprawa danego elementu/części/podzespołu wiąże się z koniecznością wymiany tego elementu/części/podzespołu na nowy. W przypadku przewidywania przez Strony wymogu dostarczenia w przypadku awarii/uszkodzenia od razu nowego sprzętu czy też elementu/podzespołu, ryzyko dostawcy w sposób znaczący wzrasta, a ewentualne koszty takiego ryzyka znajdują odzwierciedlenie w treści składanej oferty. Wykonawca proponuje następujące brzmienie zapisu: „Serwis gwarancyjny będzie wykonywany w zakresie usuwania awarii sprzętu także poprzez wymianę wadliwego/uszkodzonego elementu/podzespołu urządzenia na nowy element/podzespół, jeżeli jego wcześniejsza trzykrotna naprawa okazała się bezskuteczna.”

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę proponowaną przez Wykonawcę i pozostawia § 9 ust. 10 umowy bez zmian.

**Pytanie nr 13**

Wykonawca zwraca się z prośbą o dodanie zapisu § 8 ust. 7 wzoru umowy w następującym brzmieniu: „Przed naliczeniem kary umownej Zamawiający wezwie Wykonawcę do pisemnego szczegółowego podania przyczyn niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy w terminie 3 dni roboczych od daty otrzymania wezwania.” Wykonawca wskazuje, iż z uwagi na wysokość przewidzianych sankcji finansowych oraz okoliczność realizacji umowy w czasie obowiązywania stanu epidemii zasadnym jest umożliwienie Wykonawcy złożenia wyjaśnień przed każdorazowym podjęciem decyzji o zastosowaniu sankcji finansowej.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę proponowaną przez Wykonawcę i pozostawia § 8 ust. 7 umowy bez zmian.

ZASTĘPCA DYREKTORA  
ds. Ekonomicznych

*dr hab. Piotr Gólos*