



4. Wojskowy Szpital Kliniczny
z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu
ul. R. Weigla 5 Wrocław 50 - 981

Wrocław, 20.02.2020r

WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę jednorazowych materiałów medycznych, znak sprawy 4WSzKzP.SZP.2612.8.2020

Zamawiający 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu działając na podstawie art. 38 ust.1, 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 poz. 1843 z późn.zm.) dalej PZP informuje, że wpłynęło zapytanie o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ww. postępowaniu przetargowym:

Pytanie nr 38 - WZÓR UMOWY, Załącznik nr 3 do SIWZ - §8 ust. 1 – Czy Zamawiający zgadza się aby w §8 ust. 1 słowo „opóźnienia” zostało zastąpione słowem „zwłoki”? Uzasadnione jest aby przesłanką naliczenia kary umownej była zwłoka (czyli opóźnienie zawinione przez wykonawcę), nie zaś za wszelkie opóźnienia, czyli także niezawinione przez wykonawcę. Nie ma uzasadnienia rozszerzanie odpowiedzialności wykonawcy także na niezawinione naruszenie terminu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2014 r. KIO 1338/14; KIO 1377/14, „kara umowna należy się za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (art. 483 i nast. Kodeksu cywilnego), a więc tradycyjnie za zwłokę, a nie każde opóźnienie w wykonaniu umowy.”

Odpowiedź na pytanie nr 38: Zapisy SIWZ bez zmian.

Ewentualne kary będą naliczane, gdy opóźnienie będzie wynikać tylko z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Pytanie nr 39 - WZÓR UMOWY, Załącznik nr 3 do SIWZ - §8 ust. 1 oraz Rozdział VII, pkt. 7. SIWZ – Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę w §8 ust. 1 oraz w Rozdziale VII, pkt. 7. zapisów związanych z kryterium oceny ofert?

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych dalej p.z.p., *kryteriami oceny ofert* są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; 4) aspekty innowacyjne; 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Z powyższej regulacji wynika zatem wprost, że pozacenowe *kryteria oceny ofert* muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia. Aby zatem ustalić, czy kryterium *kary umownej* jest dopuszczalne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trzeba ustalić, czy odnosi się ono do przedmiotu zamówienia. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że zdania w powyższym zakresie są podzielone. KIO w wyroku z dnia 24 lutego 2012r. (KIO 291/12) wskazała, że "...podobnie jak często stosowanym kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia jest termin wykonania zamówienia, termin zapłaty czy gwarancja należytego wykonania umowy - gwarancja jakości (przy określeniu przez zamawiającego minimalnego oraz maksymalnego okresu dopuszczonej gwarancji), tak w przypadku usług, *kara umowna*, jako odnosząca się do realizacji przedmiotu zamówienia (przy określeniu również minimalnej i maksymalnej rozpiętości procentowej), może stanowić gwarancję należytego

wykonania usług.". Takie samo stanowisko zajął W. Dzierżanowski, mówiąc, iż: "Choć rzeczywiście brzmi to niecodziennie, nie wykluczałbym zastosowania takiego kryterium. Jest ono przecież w pewien sposób związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający może je tłumaczyć chęcią wyboru wykonawcy, który daje najlepszą gwarancję jakości. A wysokość *kar umownych* jest miernikiem takiej gwarancji (...) Takie kryterium musi być jednak rozsądnie skonstruowane i wyznaczać jakieś granice wysokości *kar umownych*. W przeciwnym razie mogłyby zostać uznane za rażąco wygórowane, a to kolidowałoby z art. 484 kodeksu cywilnego" (vide: *Kara umowna jako kryterium oceny ofert wzbudza kontrowersje*, <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/kara-umowna-jako-kryterium-oceny-ofert-wzbudza-kontrowersje>).

Z drugiej jednak strony podnosi się, że zasadniczym celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji zawarcie umowy, w ramach której zaspokojone zostaną określone potrzeby zamawiającego. Zastrzeżenie *kary umownej* takiego celu nie realizuje. *Kara umowna* jest bowiem instytucją, która, pełniąc ma dwie podstawowe funkcje. Po pierwsze, ma stanowić narzędzie służące szybkiemu pokryciu szkody poniesionej przez wierzyciela (zamawiającego) w związku z niewykonaniem lub

nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika (wykonawcę). Po drugie, powinna skłaniać dłużnika (wykonawcę) do realnego, zgodnego z treścią zawartej umowy, wykonania ciążących na nim na mocy tej umowy obowiązków. Podkreślić trzeba, że przez zapłatę *kary umownej* dłużnik (wykonawca) nie może bez zgody wierzyciela (zamawiającego) zwolnić się z obowiązku wykonania zobowiązania głównego (art. 483 § 2 k.c.). *Kara umowna* nie zastępuje zatem co do zasady świadczenia, które powinno być wykonane zgodnie z umową. We wzorze umowy można natomiast przewidzieć dopuszczalność dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary, na wypadek gdyby okazała się ona zbyt niska (arg. a contrario z art. 484 § 1 k.c.). W przypadku przeciwnym, w którym zobowiązanie zostałoby w znacznej części wykonane, bądź *kara umowna* okazałaby się rażąco wygórowana, dłużnik (wykonawca) mógłby żądać jej obniżenia przez sąd (art. 484 § 2 k.c.). Część ekspertów jest zdania, że stawianie takiego kryterium jest niezgodne z prawem. Podnoszą oni bowiem, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia wysokości *kar umownych* w taki sposób, by nie zostały one potraktowane jako rażąco surowe. Ponadto kryterium to wcale nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. W prawie zamówień publicznych występują bowiem trzy rodzaje przedmiotów zamówienia: dostawy, usługi oraz roboty budowlane i są to niepieniężne świadczenia główne, których realizacją zajmuje się wykonawca. Kara natomiast może być jedynie rozpatrywana pod kątem odszkodowawczym. Jest ona sankcją prawną wynikającą z niewykonania zobowiązania.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem autorki, zamawiający powinien rozważyć, czy w danym stanie faktycznym określenie pozacenowego kryterium w postaci wysokości *kary umownej*, faktycznie pozwoli mu na wybór najkorzystniejszej oferty. Musi mieć przy tym na uwadze, że ma on prawo zastrzec *kary umowne* niezależnie od kryteriów oceny.

Odpowiedź na pytanie nr 39: Zapisy SIWZ bez zmian.

Z upoważnienia
KOMENDANTA
4 WOJSKOWEJ SZPITALI KULIENI
w Katowicach

(podpis i pieczęć Kierownika Zamawiającego
lub osoby upoważnionej)