

Toruń, dnia 29-02-2024 r.

**W.Sz.Z: TZ-280-06/24**

dotyczy: postępowania na **dostawę sprzętu do zaawansowanych gastroenterologicznych zabiegów laparoskopowych.**

W związku z otrzymanymi zapytaniami do Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający zgodnie z art.135 ust.2 oraz art.137 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.z 2023r. poz.1605z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, udziela poniżej odpowiedzi:

**Pytanie Nr 1 dot. projektu umowy § 4 ust. 1 lit. a) i b)**

Wnosimy o dokonanie zmiany § 4 ust. 1 lit. a) i b) projektowanych postanowień umowy różnicujących wysokość kary umownej z tytułu nieterminowej dostawy w zależności od liczby dni zwłoki poprzez usunięcie lit. b) powołanego postanowienia i ujednoczenie, że każdorazowo „z tytułu nieterminowej dostawy Zamawiający może naliczyć Wykonawcy kary umowne w wysokości 0,5% wartości brutto niezrealizowanej części dostawy za każdy dzień zwłoki w dostawie”.

Określona w § 4 ust. 1 lit. b) projektowanych postanowień umowy kara umowna z tytułu nieterminowej dostawy w wysokości „3% wartości brutto niezrealizowanej części dostawy za każdy dzień zwłoki w dostawie trwającej powyżej 3 dnia zwłoki” - w ocenie Wykonawcy, a także w świetle orzecznictwa - rażąco wygórowana. Tak określona kara umowna prowadzi do zachwiania relacji pomiędzy wysokością wynagrodzenia za dostawę towaru a wysokością kary umownej zastrzeżonej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu zwłoki. Jak wskazuje się w orzecznictwie „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 24.01.2014 r., I CSK 124/13). Choćby udostępnione na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych przykłady negatywnych i dobrych praktyk kontraktowych jasno określają, że w przypadku zwłoki w dostawie kary umowne powinny mieścić się w przedziale 0,1%-0,5% za każdy dzień zwłoki i dotyczyć wyłącznie części zamówienia, którego rzeczywiście dotyczy naruszenie umowy. Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż Zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SWZ zawarte w PZP (por. wyrok KIO z 31.07.2015 r., sygn. KIO 1519/15). Powyższe uzasadnia ujednoczenie wysokości kary umownej z tytułu nieterminowej dostawy i nieróżnicowanie wysokości kary umownej gdy zwłoka wynosi poniżej 3 dni i powyżej 3 dni.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów § 4 ust. 1 lit. a) i b) wzoru umowy.

**Pytanie Nr 2 dot. projektu umowy § 4 ust. 2**

Wnosimy o usunięcie postanowienia zawartego w § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy przewidującego karę umowną „z tytułu nienależytego wykonania umowy” ponieważ zastrzega ono nieokreśloną, blankietową i sprzeczną z art. 483 § 1 k.c. karę umowną, tym samym stanowi nieważną klauzulę kary umownej. Do koniecznych elementów ważnej klauzuli umownej kreującej obowiązek zapłaty kary umownej należy określenie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku), którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z dnia 4 października 2021 r., V AGa 182/20). Jak podkreślił Sąd Najwyższy, kara umowna nie może być ustalana na podstawie bliżej nieokreślonych lub niejasnych kryteriów, a powinna odnosić się do wprost określonych w umowie, zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 17 maja 2023 r., II CSKP 216/22). Kara umowna zawarta w § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy nie określa jednostkowego zobowiązania, którego nienależyte wykonanie rodzi obowiązek jej zapłaty, a posługuje się jedynie ogólnikowym sformułowaniem, że kara umowna należąca jest w związku z nienależytym wykonaniem umowy (w wyłączeniu zwłoki w dostawie), powiela ona wyłącznie art. 483 § 1 k.c. nie określając przy tym konkretnych postaci nienależytego wykonania. Tak nieokreślona, nieprecyzyjna, niejasna, blankietowa klauzula, wprowadzająca niepewność dla Wykonawcy z jego tytułu może zostać obciążony karą umowną jest spreczna z art. 483 § 1 k.c. i tym samym nieważna. Powyższe uzasadnia wyeliminowanie z postanowień umowy § 4 ust. 2.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapis § 4 ust. 2 wzoru umowy.

**Pytanie Nr 2 dot. projektu umowy § 1 ust. 3 ppkt 1**

Wnosimy o dokonanie zmiany § 1 ust. 3 ppkt 1 projektowanych postanowień umowy poprzez określenie w sposób zgodny z art. 441 PZP maksymalnej wartości opcji.

Zgodnie z art. 441 PZP Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji, 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy. Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu. Opisane w § 1 ust. 3 ppkt 1 projektowanych postanowień umowy prawo opcji nie określa wymaganej przez art. 441 PZP maksymalnej wartości opcji. Zamawiający powinien chociażby procentowo lub ilościowo lub wartościowo określić maksymalną wartość opcji. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty (wyrok KIO z 18 listopada 2011 r., KIO 2398/11).

**Odpowiedź:**

Zamawiający wskazuje, że w § 1 ust. 3 ppkt 1 nie znajduje się zapis wskazany w pytaniu. Jednocześnie informuje, że zapis prawa opcji został określony w § 1 ust. 4 wzoru umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na jego zmianę.