



## Uniwersytecka Klinika Stomatologiczna w Krakowie

31-155 Kraków, ul. Montelupich 4  
tel. 012 424 54 24 fax 012 424 54 90

Znak sprawy: DZP-271-250/22

Kraków, dnia 28 marca 2022 r.

### Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej  
Uniwersytecka Klinika Stomatologiczna w Krakowie,  
ul. Montelupich 4, 31-155 Kraków

## Odpowiedzi na zapytania Wykonawcy dotyczące treści SWZ

**Dotyczy:** zamówienia publicznego realizowanego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019 z późn. zm.) nt. „Sukcesywna dostawa leku wziewnego”. Identyfikator postępowania (ID): ea3423c6-b102-46d7-b470-7279bcdd3ea1

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecka Klinika Stomatologiczna w Krakowie, ul. Montelupich 4, 31-155 Kraków, zwany w dalszej części Zamawiającym, informuje, że w dniu 25 marca 2022r. jeden z Wykonawców zwrócił się do niego z prośbą o wyjaśnienie treści SWZ. Zgodnie z art. 284 ust. 2 i 6 oraz 286 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019r., poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, Zamawiający przedstawia poniżej treść pytań i odpowiedzi na nie, bez ujawniania źródła zapytania:

### Pytania i odpowiedzi dotyczące załącznik nr 3 do SWZ – wzoru umowy dostawy

#### **Pytanie 1 dotyczy:** §4 ust. 2 wzoru umowy

„Biorąc pod uwagę, że realizacja umowy odbywała się będzie podczas ogólnokrajowego stanu epidemii wywołanej zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, Wykonawca będąc zobowiązanym do zapewnienia pracownikom bezpiecznych warunków pracy, wprowadził system szczególnych środków ostrożności, między innymi w zakresie postępowania z towarem zwracany z podmiotów leczniczych będących miejscami zwiększonego ryzyka epidemiologicznego. W związku z powyższym, procedura rozpatrzenia reklamacji uległa stosownemu wydłużeniu, co należałoby uwzględnić w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego w §4 ust. 2 wzoru umowy, dlatego też prosimy o wydłużenie terminu wymiany towaru reklamowanego na wolny od wad do 4 dni roboczych od chwili zgłoszenia nieprawidłowości.”

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę na proponowaną zmianę.

W związku z powyższym wprowadzono stosowną zmianę do dokumentów zamówienia: § 4 ust. 2 załącznika nr 4 do SWZ (wzór umowy).

#### **Pytanie 2 dotyczy:** §4 ust. 2 wzoru umowy

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §4 ust. 2 in fine Umowy o treści: „[...]Zamawiającemu przysługuje prawo zamówienia odpowiedniej liczby brakujących Towarów od podmiotu trzeciego, na koszt i ryzyko Wykonawcy.” na zdanie następujące: „Zamawiającemu przysługuje prawo zamówienia odpowiedniej liczby brakujących Towarów od podmiotu trzeciego. Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciążą Sprzedawcę”. Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia

wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłby do niestusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondak, red. K. Osajda, 2021 r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19). Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę na proponowaną zmianę, z zastrzeżeniem dostosowania jej do reguła wynikających z orzecznictwa.

W związku z powyższym wprowadzono stosowną zmianę do dokumentów zamówienia: § 4 ust. 2 załącznika nr 4 do SWZ (wzór umowy), tj. zdanie „*Po uzupełnieniu lub wymianie Towarów na wolne od wad, Strony ponowią procedurę odbioru Towarów, z tym że w przypadku ponownego niewywiązania się przez Wykonawcę w obowiązku dostarczenia Zamawiającemu odpowiedniej liczby wolnych od wad Towarów, Zamawiającemu przysługuje prawo zamówienia odpowiedniej liczby brakujących Towarów od podmiotu trzeciego, na koszt i ryzyko Wykonawcy.*” zastąpiono zdaniem: „*Po uzupełnieniu lub wymianie Towarów na wolne od wad, Strony ponowią procedurę odbioru Towarów, z tym że w przypadku ponownego niewywiązania się przez Wykonawcę w obowiązku dostarczenia Zamawiającemu odpowiedniej liczby wolnych od wad Towarów, Zamawiającemu przysługuje prawo zamówienia odpowiedniej liczby brakujących Towarów od podmiotu trzeciego, w którym to wypadku Wykonawca zwróci Zamawiającemu wszystkie uzasadnione koszty nabycia Towaru od podmiotu trzeciego, pomniejszone o cenę jego nabycia od Wykonawcy, której Zamawiający nie zapłacił.*”

**Uzasadnienie:** Zamawiający pragnie zauważyć, że Wykonawca myli odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy opartą na ustawie, tj. na art. 479 Kodeksu cywilnego, z odpowiedzialnością umowną, wynikającą, w tym wypadku, z przedmiotowego projektu umowy. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z dominującym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, przepis art. 479 Kodeksu cywilnego ma charakter dyspozytywny, co oznacza, że strony – w ramach swobody umów wynikającej z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego – mogą wyłączyć bądź ograniczyć formy samopomocy wierzyciela przewidziane w komentowanym artykule (por. wyr. SN z 10.2.2010 r., V CSK 269/09, Legalis; M. Załucki. Kodeks cywilny. Komentarz. Legalis 2021).

W powyższym kontekście nie powinno umknąć uwadze, że w omawianym wypadku regulacja umowna jest bardzo zbliżona do ustawowej (na której z resztą była wzorowana), zgodnie z którą „*jeżeli przedmiotem świadczenia jest określona ilość rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, wierzyciel może w razie zwłoki dłużnika nabyć na jego koszt taką samą ilość rzeczy tego samego gatunku albo żądać od dłużnika zapłaty ich wartości, zachowując w obu wypadkach roszczenie o naprawienie szkody wynikłej ze zwłoki.*” (art. 479 Kodeksu cywilnego). Innymi słowy, w opinii Zamawiającego, skoro regulacja ustawowa nie zawiera proponowanego przez Wykonawcę zastrzeżenia, a wynika on jedynie z orzecznictwa, to również regulacja umowna nie musi takiego zastrzeżenia przewidywać, gdyż wyrażona w orzecznictwie zasada ograniczenia samopomocy wierzyciela będzie miała zastosowanie również w jej wypadku. Jest tak dlatego, że wyrażona w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego zasada swobody umów nie ma charakteru absolutnego i ograniczona jest naturą stosunku prawnego, przepisami powszechnie obowiązującego prawa oraz zasadami współżycia społecznego. Tymczasem zarówno natura stosunku prawnego, jak i zasady współżycia społecznego klóciły by się z rozwiązaniem, w którym Zamawiający otrzymałaby towar całkowicie za darmo.

Tym niemniej, ponieważ Zamawiający i Wykonawca zgadzają się co do *meritum* (tj. co do ograniczonego charakteru dozwolonej umownie lub ustawowo samopomocy wierzyciela), a ponadto omawiane postanowienie może budzić obawy Wykonawców co do jego zastosowania w praktyce (Wykonawcy nie muszą przecież znać obowiązującej linii orzeczniczej), Zamawiający wyraża zgodę na zmianę omawianego postanowienia w sposób zaproponowany przez Wykonawcę.

Jednocześnie dostosowanie proponowanej przez Wykonawcę zmiany wynika z faktu, że propozycja ta odnosiła się jedynie do zwrotu różnicy w cenie towarów, podczas gdy z orzecznictwa jasno wynika, że Zamawiający może się domagać zwrotu różnicy pomiędzy wszelkimi uzasadnionymi kosztami nabycia Towarów od podmiotu trzeciego (obejmującymi np. dodatkowy koszt transportu, którego umowa z Wykonawcą nie przewidywała), a ceną jego nabycia od Wykonawcy, do którego nie doszło (zob. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 11.04.2013 r., II CSK 540/12, Legalis).

**Pytanie 3 dotyczy:** §6 ust. 2 wzoru umowy.

„Ponieważ zgodnie z Prawem farmaceutycznym produkty lecznicze do ostatniego dnia terminu ważności są pełnowartościowe i dopuszczone do obrotu to prosimy o dopisanie do §6 ust. 2 projektu umowy następującego zdania: "(...). Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.".

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę na proponowaną zmianę.

W związku z powyższym wprowadzono stosowną zmianę do dokumentów zamówienia: § 6 ust. 2 załącznika nr 4 do SWZ (wzór umowy).

**Pytanie 4 dotyczy:** §7 ust. 1 wzoru umowy.

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień umowy §7 ust.1 wzoru umowy w taki sposób, aby kara umowna zastrzeżona na wypadek opóźnienia w realizacji zamówienia lub zamówienia podlegającego reklamacji była wyłącznie proporcjonalna do wartości tej części zamówienia (reklamacji), która została zrealizowana z opóźnieniem lub nie została zrealizowana - bez ryczałtowej, sztywnej kary, tj. 100,00 zł za każdy przypadek - i wynosiła np. 0,5% od wartości tej niezrealizowanej części, za każdy dzień opóźnienia? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze 100,00 zł) nie zostaje uzależniona ani od realnej wartości niezrealizowanej terminowo pozycji zamówienia, czy od poniesionej przez Zamawiającego szkody, ani też od żadnych innych obiektywnych czynników. W konsekwencji, taki sposób naliczania budzi zastrzeżenia wykonawcy z uwagi na fakt, iż może być on dotknięty sankcją nieważności na podstawie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego - ze względu na sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego. Reasumując, ww. sankcje wynikające z proponowanej treści umowy nie spełniają zasadniczego celu, dla którego są wprowadzane i uwzględniają jedynie represyjną funkcję kary umownej. Mając na uwadze powyższe, wykonawca wnosi o zmianę wspomnianego zapisu, aby był on zgodny z reżimem prawa cywilnego”.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Uzasadnienie:** W opinii Zamawiającego zastrzeżona kara umowna nie ma charakteru rażąco wygórowanej, a co za tym idzie, nie jest ona sprzeczna z naturą stosunku zobowiązaniowego. Tytułem wstępu należy podkreślić, że przy ocenie wysokości zastrzeżonej kary umownej należy brać pod uwagę zarówno jej funkcję kompensacyjną, jak i stymulująco-represyjną (zob. wyr. Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21.05.2013 r., V ACa 229/13). Proponowane przez Wykonawcę rozwiązanie jest zawodne i w praktyce nie pozwoli na zrationalizowanie wysokości zastrzeżonej kary umownej. Odniesienie jej wysokości do wartości niezrealizowanej części zamówienia powoduje bowiem, że w zależności od wypadku może być ona rażąco wysoka (znacznie wyższa od jej obecnej wysokości) lub rażąco niska, co z kolei niweczyć będzie jej funkcję stymulująco-represyjną. Nie sposób odnieść również wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości poniesionej przez Zamawiającego szkody, bowiem biorąc pod uwagę specyfikę jego działania (świadczenie usług zdrowotnych), w wylczeniu z góry wysokości takiej szkody jest w praktyce niemożliwe. W związku z powyższym zaproponowana przez Zamawiającego wysokość kary umownej określona została w wysokości, która z jednej strony działać będzie na Wykonawcę dyscyplinująco, a z drugiej uwzględniać będzie szacowaną wartość poszczególnych, objętych umową dostaw.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że gdyby w konkretnym wypadku zastrzeżona kara umowna okazał się zbyt wysoka (np. ze względu na wykonanie znacznej części zobowiązania) lub rażąco wysoka, Wykonawca uprawniony jest, by domagać się jej miarkowania (art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego), który to mechanizm zdaniem Zamawiającego w wystarczający sposób zabezpiecza interesy Wykonawcy.

**Pytanie 5 dotyczy:** §7 ust. 2

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §7 ust. 2 poprzez zapis o ewentualnej karze za odstąpienie od umowy (ustania umowy) w wysokości 10% wartości brutto NIEZREALIZOWANEJ części przedmiotu umowy?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę. Wysokość omawianej kary umownej równoważona jest wysokością kary umownej zastrzeżonej na rzecz Wykonawcy (zob. § 7 ust. 3 wzoru umowy – załącznika nr 4 do SWZ).

**Zamawiający, informuje, że wprowadza stosowne zmiany w załączniku nr 4 do SWZ (wzór umowy) i zamieszcza je na stronie prowadzonego postępowania.**

Pozostałe zapisy SWZ pozostają bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający na podstawie art. 286 ust. 3 ustawy zmienia:

- Termin składania ofert: z dnia 30 marca 2022r. godz. 11.00 na **1 kwietnia 2022r. godz. 11.00**
- Termin otwarcia ofert: z dnia 30 marca 2022r. godz. 11.30 na **1 kwietnia 2022r. godz. 11.30**
- Termin związania ofertą upływa: **30 kwietnia 2022r.**

**DYREKTOR**

Uniwersyteckiej Kliniki Stomatologicznej w Krakowie

**Marek Szwarczyński**

.....  
Kierownik zamawiającego lub osoba upoważniona do podejmowania czynności w jego imieniu