NZ………../2022 Wrocław, 01-07-2022r.

**WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ**

## Dotyczy trybu podstawowego bez negocjacji na: **„Okresowe przeglądy aparatury medycznej dla Szpitala Specjalistycznego im. A. Falkiewicza we Wrocławiu (72 zadania)”,** sygn. postęp. ZP/TP- 11/2022.

Dyrekcja Szpitala Specjalistycznego im. A. Falkiewicza we Wrocławiu, ul. Warszawska 2, informuje, **że wpłynęły kolejne pytania** do ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego **w trybie podstawowym bez negocjacji**, na które Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

**ZESTAW NR 1:**

1. Prosimy o podanie modeli respiratorów z zadania nr 62.

**Odpowiedź:**

**Brak danych.**

1. Prosimy o podanie dokładnej nazwy producenta respiratorów z zadania nr 62.

**Odpowiedź:**

**Stephan GmbH.**

1. Prosimy o podanie przewidywanych terminów przeglądów respiratorów z zadania nr 62. Informacja jest niezbędna do uwzględnienia w kalkulacji ceny odpowiedniej ilości dojazdów do siedziby Klienta w celu realizacji umowy.

**Odpowiedź:**

**Luty - Maj 2024, 2025.**

1. Zwracamy się z prośbą o zmianę terminu płatności z 60 dni na 30 dni, aby umożliwić naszej firmie złożenie korzystnej oferty.
2. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na uzupełnienie treści wzoru umowy o następujący zapis:

„ W przypadku opóźnień w dokonywaniu płatności przez Zamawiającego, przekraczających 30 dni kalendarzowych, Wykonawca zastrzega sobie prawo do wstrzymania świadczenia usług serwisowych w zakresie tej umowy, aż do momentu całkowitego uregulowania przez Zamawiającego zobowiązań finansowych wobec Wykonawcy.”

1. Zwracamy się z prośbą o objęcie zadania nr 62 bezwzględnym wymogiem posiadania 1 osoby posiadającej przeszkolenie z zakresu serwisowania/przeglądów aparatury **wystawione przez producenta lub podmiot przez niego upoważniony.** Prośbę swą motywujemy zaleceniem producenta do wykonywania przeglądów i napraw jedynie przez profesjonalnie przeszkolony personel. Dodać pragniemy, że respiratory to sprzęt ratujący życie pacjenta, więc usługi winny być wykonywane przez fachowy zespół gwarantujący najwyższą jakość usług.

**Odpowiedź:**

**Nie wyrażamy zgody.**

**ZESTAW NR 2:**

1. Dot. zapisów SWZ pkt 4.6, umowy § 4

Zwracamy się z wnioskiem do Zamawiającego o usunięcie lub zmianę zapisu w w/w punktach SWZ i Umowy dotyczącego wymogu zatrudniania przez Wykonawcę na umowę o pracę osób wykonujących czynności w zakresie prowadzonego postępowania, gdyż prace te mogą także realizować osoby, które są zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy cywilnoprawnej, jako zasób własny firmy.

Zmodyfikowany zapis może mieć następujące brzmienie: ,,**Zamawiający informuje, że Wykonawca może przy realizacji zamówienia posługiwać się zarówno pracownikami zatrudnionymi na umowę o pracę, jak i osobami zatrudnionymi przez niego na podstawie umów cywilnoprawnych, rozumianych jak zasób własny firmy**."

Uzasadniając -z aktualnego brzmienia w/w zapisów SWZ i Umowy wynika, że Wykonawca, przy wykonywaniu czynności w zakresie prowadzonego postępowania, musi posłużyć się wyłącznie osobami zatrudnionymi przez niego na podstawie umowy o pracę.

W naszej ocenie jest to wymóg nieuprawniony w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ charakter obowiązków osób, które mają bezpośrednio wykonywać usługi serwisowania, znacząco odbiega od rodzaju stosunku prawnego, jaki łączy pracodawcę i pracownika na podstawie Kodeksu pracy. Zgodnie z art. 95 ust. 1 Ustawy PZP „Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495).” Oznacza to, że zamieszczenie w SWZ i Umowie tego wymogu jest obowiązkowe pod warunkiem, że czynności będą miały w istocie pracowniczy charakter.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu: „zatrudnienie na podstawie stosunku pracy dotyczy osób, które wykonują wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Zgodnie z tym przepisem przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Pracodawca zaś zatrudnia pracownika za wynagrodzeniem. Przy czym o tym, czy strony istotnie nawiązały umowę o pracę, nie decyduje formalne zawarcie (podpisanie) umowy nazwanej umową o pracę oraz przedłożenie innych związanych z tym dokumentów, lecz faktyczne i rzeczywiste realizowanie na jej podstawie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy (tak m.in. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. III AUa 235/16).

Innymi słowy, elementami decydującymi o tym, czy dane czynności można zakwalifikować jako wykonywane w ramach umowy o pracę są (występujące łącznie): osobiste świadczenie pracy w sposób ciągły, podporządkowanie przełożonemu nadzorującemu wykonywane prace, wykonywanie pracy na stanowisku wskazanym przez pracodawcę i w czasie wskazanym przez pracodawcę.

Zatem, w przypadku ustalenia, że w łączącym strony stosunku prawnym występowały elementy obce stosunkowi pracy (np. osobiste świadczenie pracy w sposób ciągły, brak podporządkowania), nie jest możliwa jego kwalifikacja do stosunku pracy.

Wykonywanie czynności z zakresu serwisu sprzętu i urządzeń medycznych nie odpowiada definicji stosunku pracy ponieważ:

- serwisantów cechuje wysoki stopień samodzielności i niezależności (brak podporządkowania - podstawowego elementu stosunku pracy);

- od osób wykonujących te usługi oczekuje się osiągnięcia określonego rezultatu, a nie wyłącznie starannego działania przy wykonywaniu powierzonych czynności;

- czas wykonywania czynności wynika z okoliczności umowy z Zamawiającym oraz dyspozycyjności serwisanta (czas nie jest określany przez wykonawcę, praca nie jest świadczona w sposób ciągły - brak podstawowej cechy stosunku pracy). Czas, w jakim pracownik pozostaje do dyspozycji pracodawcy, określa szczegółowo art. 129. § 1. Kodeksu pracy. Zgodnie z zapisanymi w nim przepisami przeciętny czas pracy wynosi 8 godzin na dobę w przeciętnie 5-dniowym tygodniu pracy. Przeprowadzenie prac serwisowych u Zamawiającego, to świadczenie pracy przez serwisanta najwyżej kilka razy w okresie zawartej umowy, a nie praca codzienna przez 5 dni w tygodniu.

W związku z powyższym, pracę wykonywaną przez serwisantów sprzętu i urządzeń medycznych należałoby porównać raczej do pracy wykonywanej np.: przez prawników, doradców (czyli bez określonych ram czasowych), a nie do pracy np.: osób sprzątających, które wykonują pracę w określonych ramach czasowych co do dnia i godziny. Dodatkowo pracownik świadczący prace na podstawie umowy cywilno-prawnej, jako zasób własny pracodawcy, jest tak samo traktowany jak pracownik zatrudniony na umowę o pracę.

Z powyższego wynika, że wykonanie usług określonych przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, będzie zawierało elementy obce stosunkowi pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

**Odpowiedź:**

**Propozycja uwzględniona.**

1. Dot. zapisów umowy § 7

Zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisów § 7 w taki sposób, aby wysokość kary umownej naliczana była od wartości netto a nie brutto. VAT jest należnością publicznoprawną, którą wykonawca jest zobowiązany odprowadzić do urzędu skarbowego. Ponadto sama kwota podatku VAT wliczona do ceny oferty nie ma wpływu na korzyści ekonomiczne osiągane przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia.

**Odpowiedź:**

**Propozycja uwzględniona.**

**ZESTAW NR 3:**

1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie zmian w § 5 ust. 8 poprzez zamianę słów „odsetki za zwłokę w wysokości ustawowej” na „odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych”?

**Odpowiedź:**

**Nie wyrażamy zgody.**

2. Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 2:

2. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić kary umowne:

a) w wysokości 0,1% wartości brutto **niewykonanej w terminie usługi** za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy (przeprowadzenia przeglądu okresowego w wyznaczonym terminie), **jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niewykonanej w terminie usługi**.

**Odpowiedź:**

**Nie wyrażamy zgody.**

d) w wysokości **50,00 PLN** za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po upływie terminu określonego w § 4 ust. 2 umowy w przypadku opóźnienia w przedłożeniu zanonimizowanych kopii dokumentów pracowników wykonujących czynności wskazane w § 4 ust. 1 umowy, **jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy**.

**Odpowiedź:**

**Tak.**

3. Czy Zamawiający uzupełni projekt umowy o zapis, że na podstawie art. 106n ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług udziela Wykonawcy zgody na wystawianie i przesyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formacie pliku elektronicznego PDF na wskazany przez siebie adres poczty e-mail, ze wskazanych w umowie adresów poczty e-mail Wykonawcy?

**Odpowiedź:**

**Nie wyrażamy zgody.**

**ZESTAW NR 4:**

W związku z powyższym, zwracam się z prośbą o odpowiedź na następujące pytania w zakresie części nr 13:

**Pytanie nr 1**

**Dotyczy zapisów SWZ, rozdz. 4 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, załącznik nr 4 UMOWA § 1 ust. 3 w nawiązaniu do § 2 ust. 4. b), zał. nr 1a OPIS PRZEDMIOTU ZAMOWIENIA (OPZ):**

3. „Wykonawca udziela 12 miesięcznej gwarancji na wymienione podczas przeglądu elementy”

4. b) „gwarancja na wymienione części i podzespoły udzielana będzie na warunkach przewidzianych przez producenta”

Zwracamy się z prośbą o ujednolicenie zapisów w § 1 ust. 3 zgodnie z § 2 ust. 4. b)

**Odpowiedź:**

**Oczywiście zapis pkt 3.**

**Pytanie nr 2**

**Dotyczy zapisów SWZ, rozdz. 4 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, załącznik nr 4 UMOWA § 2 ust. 4. b):**

Zwracamy się z prośbą o skrócenie min. okresu udzielonej gwarancji na wykonane naprawy z 12 na 6 miesięcy.

Jest to okres powszechnie wymagany przez Zamawiających w postępowaniach o podobnym zakresie przedmiotowym.

**Odpowiedź:**

**Nie wyrażamy na to zgody.**

**Pytanie nr 3**

**Dotyczy zapisów SWZ, załącznik nr 4 UMOWA § 2 ust. 3:**

Wnosimy o potwierdzenie, że Zamawiający, będzie wymagał dostarczenia części zamiennych pochodzących z oficjalnego kanału dystrybucji producenta aparatu USG na rynek Unii Europejskiej.

**Odpowiedź:**

**Nie.**

**Pytanie nr 4**

**Dotyczy zapisów SWZ, załącznik nr 4 UMOWA § 3 ust. 1.:**

Zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie dla aparatu USG w pakiecie nr 13, aby Wykonawca posiadał autoryzację producenta na wykonywanie usług serwisowych.

Jedynie autoryzowany serwis jest w stanie zapewnić właściwą, wysoką jakość usług, dostęp do oryginalnych części zamiennych oraz zagwarantować właściwą pracę aparatu i jego przydatność diagnostyczną oraz jak najdłuższą żywotność.

Dlatego producent zaleca obsługę jedynie przez autoryzowany serwis.

Ponadto autoryzowany serwis dysponuje pracownikami, którzy odbyli szkolenia u producenta więc posiadają specjalistyczną wiedzę na temat sprzętu, który serwisują. Wszelkie zmiany aparatu, modyfikacje przy użyciu nieoryginalnych części i nieautoryzowanego oprogramowania, bądź niewłaściwie przeprowadzone naprawy mogą skutkować utratą wymaganych niezbędnych możliwości diagnostycznych oraz bezpieczeństwa użytkowania aparatu. W związku z powyższym wnosimy jak na wstępie.

**Odpowiedź:**

**Nie.**

**ZESTAW NR 5:**

1. **Pytania do SWZ**

**Pytanie 1, pakiety 6, 31, 37**

Czy w celu zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta oraz jakości usług medycznych Zamawiający będzie wymagał odpowiednich kwalifikacji technicznych dostawcy serwisu w zakresie aparatury będącej przedmiotem przetargu, potwierdzonych **aktualnymi certyfikatami odbytych przez inżynierów szkoleń?**

**Odpowiedź:**

**Nie**.

**Pytanie 2, Pakiet 6**

Prosimy Zamawiającego o informację czy aparaty do znieczulania posiadają monitory, które należy uwzględnić w wycenie, a jeżeli tak - prosimy o podanie typu i producenta monitora. Czy jeśli posiadają monitory to czy też posiadają moduły gazowe, które należy wkalkulować w cenę?

**Odpowiedź:**

**Tak, posiadają monitory i moduły gazowe.**

**Pytanie 3, Pakiet 31**

Czy inkubatory wymagają wymiany akumulatorów? Jeżeli tak, to czy mają być wliczone w cenę przeglądu czy będą rozliczane osobno na podstawie odrębnej oferty?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający wymaga wymiany akumulatorów jedynie w przypadku stwierdzenia zużycia.**

**Pytanie 5,** **Pakiet 6, 31, 37**

Czy Zamawiający wymaga wykonania przeglądów powyższych pakietów zgodnie z zaleceniami producenta, licząc od daty instalacji sprzętu – odpowiednio przegląd roczny, dwuletni, trzyletni, czteroletni – uwzględniając wymianę wszystkich części wymaganych przy danym przeglądzie przez producenta?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający wymaga przeglądów rocznych.**

**Pytanie 5, pakiet 6, 31, 37**

Prosimy o potwierdzenie, że jeśli w trakcie trwania umowy okaże się, że sprzęt nie nadaje się już do naprawy bądź brak jest części do przeglądów ze względu na jego wiek – dany sprzęt zostanie wyłączony aneksem z umowy bez konsekwencji dla wykonawcy.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie zleci wykonania przeglądu aparatu o stwierdzonej niesprawności.**

**Pytanie 6**

W związku z wykonywaniem umowy może dojść do przekazania Wykonawcy i przetwarzania przez Wykonawcę do danych osobowych pacjentów lub personelu Zamawiającego. W takiej sytuacji zgodnie z obowiązującymi przepisami ogólnego rozporządzenia o ochronie danych strony są zobowiązane zawrzeć umowę o powierzeniu przetwarzania danych osobowych. Uprzejma prośba o informację czy Zamawiający przewiduje zawarcie takiej umowy i czy wyraża zgodę na zawarcie takiej umowy na wzorze przedstawionym przez Wykonawcę?

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie przewiduje zawarcia takiej umowy. W razie potrzeby może być zawarta taka umowa na wzorze przedstawionym przez Wykonawcę.**

**Pytania do wzoru umowy (załącznik nr 4 do SWZ)**

**Pytanie 7, § 2 ust. 4**

Prosimy o wyjaśnienie co zdaniem Zamawiającego oznacza i co obejmuje „*gwarancja na wykonane usługi”*, o której mowa w § 2 ust. 4 lit. a) wzoru umowy?

Zwracamy uwagę, iż zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego udzielając *gwarancji jakości* gwarant (wykonawca) udziela gwarancji, że rzecz sprzedana jest zgodna z umową. Zatem gwarancji jakości można udzielić wyłącznie na towary/rzeczy czyli w przypadku umów serwisowych sprzętu medycznego na części zamienne.

Jednocześnie zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego w przypadku wadliwego wykonania usługi (tj. przeglądu czy naprawy), wykonawca z mocy samej umowy jest zobowiązany do ponownego jej wykonania na warunkach wskazanych w umowie.

Dlatego w naszej ocenie § 2 ust. 4 wzoru umowy odniesienie do „gwarancji na wykonane usługi” powinno zostać wykreślone, a tym samym wnosimy o nadaniu mu następującego brzmienia:

*„Wykonawca udzieli gwarancji na* ***wymienione części i podzespoły*** *na warunkach przewidzianych przez producenta”*.

**Odpowiedź:**

**Zgodnie z zapisem w SWZ zamawiający wymaga gwarancji na wymienione podczas przeglądu części i podzespoły na okres 1 roku.**

**Pytanie 8, § 2 ust. 4**

§ 2 ust. 4 wzoru umowy przewiduje, że Wykonawca udziela gwarancji na wykonane naprawy. We wzorze umowy nie określono jednak okoliczności, w których odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji jest wyłączona. Powoduje to niemożność lub istotne utrudnienie wyliczenia kosztu usługi (może prowadzić do zawyżenia kosztu usługi wskutek konieczności objęcia dużego zakresu ryzyka) i ryzyka po stronie Wykonawcy.

Czy w związku z tym Zamawiający wyraża zgodę na dodanie do § 2 wzoru umowy nowego ust. 5, wskazującego okoliczności, które odzwierciedlają przyjęte rynkowo standardy wyłączające/ograniczające ryzyko Wykonawcy, a także naturę gwarancji:

*„Gwarancja określona niniejszą umową nie obejmuje awarii/usterek wynikających z:*

* 1. *niewłaściwego użytkowania wymienionych części lub podzespołów, w tym niezgodnie z ich przeznaczeniem lub instrukcją użytkowania;*
  2. *mechanicznego uszkodzenia wymienionych części lub podzespołów, powstałego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub osób trzecich i wywołane nimi wady;*
  3. *samowolnych napraw, przeróbek lub zmian konstrukcyjnych (dokonywanych przez Zamawiającego lub inne nieuprawnione osoby bez zgody Wykonawcy);*
  4. *jakiejkolwiek ingerencji osób trzecich;*
  5. *uszkodzenia spowodowanego zdarzeniami noszącymi znamiona siły wyższej (pożar, powódź);*
  6. *normalnego zużycia wymienionych części lub podzespołów”*

**Odpowiedź:**

**Tak, propozycja uwzględniona z wyjątkiem pkt. d.**

**Pytanie 9, § 4 ust. 2 lit. b) i d)**

W § 4 ust. 2 lit. b) i d) uwzględniono postanowienia, w myśl których zanonimizowanie danych osobowych pracowników ma następować zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych. Wnosimy o modyfikację tych postanowień i wprowadzenie odesłań do aktualnie obowiązujących przepisów w zakresie ochrony danych osobowych.

**Odpowiedź:**

**Propozycja uwzględniona.**

**Pytanie 10, § 5 ust. 6**

Wnosimy o skrócenie terminu płatności faktury do 45 dni od dnia otrzymania prawidłowo wystawionego dokumentu. Termin 60 dni jest w naszej ocenie zbyt długi i może negatywnie wpłynąć na płynność finansową Wykonawcy.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża na to zgody.**

**Pytanie 11,** **§ 7 ust. 3**

Prosimy o usunięcie postanowienia § 7 ust. 3 wzoru umowy, zgodnie z którym Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia. Postanowienie takie narusza zasadę równowagi stron i proporcjonalności. Ponadto zwracamy uwagę, iż w obecnej sytuacji związanej z COVID-19 przepisy prawa wprost zakazują Zamawiającemu dokonywania tego typu potrąceń. Zgodnie bowiem z art. 15r¹ ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm.) w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, Zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Zgodnie zaś z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 25 marca 2022 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu zagrożenia epidemicznego, aktualnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązuje stan zagrożenia epidemicznego.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża na to zgody.**

**Pytanie 12, § 7 ust. 4**

W § 7 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający przewidział prawo Stron do dochodzenia roszczenia o zapłatę odszkodowania uzupełniającego do wysokości poniesionej szkody, w tym także zwrot utraconego zysku, w przypadku gdy poniesiona szkoda przewyższa wysokość kary umownej.

W naszej ocenie nieuzasadnione jest rozciąganie odpowiedzialności Stron również na utracony przez drugą Stronę zysk, gdyż w praktyce, w najbardziej niekorzystnym scenariuszu mogłoby to oznaczać poniesienie odpowiedzialności w kwocie znacząco przekraczającej łączną wartość umowy brutto. W związku z powyższym, wnosimy o modyfikację § 7 ust. 4 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

*„Jeżeli szkoda przewyższa wysokość kary umownej stronie uprawnionej przysługuje roszczenie o zapłatę odszkodowania uzupełniającego do wysokości szkody, z wyłączeniem utraconych korzyści”*.

**Odpowiedź:**

**Propozycja uwzględniona.**

**Pytanie 13, § 7**

Zwracamy uwagę, że we wzorze umowy nie określono limitu kar umownych, jakie będzie mógł naliczyć Zamawiający z tytułu naruszeń umowy przez Wykonawcę. Brak wprowadzenia takiego limitu może prowadzić do powstania kary rażąco wygórowanej. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego oraz naruszenia zasady proporcjonalności.

Wskazać należy ponadto, że w art. 436 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych wprowadzono obowiązek określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić Strony, a celem wprowadzenia tego przepisu było właśnie uniknięcie sytuacji naliczania rażąco wygórowanych. Brak limitu kar umownych stanowi zatem naruszenie art. 436 pkt 3) ustawy PZP.

Dlatego też z uwagi na konieczność zachowania równowagi w interesach stron, proponujemy określenie limitu kar umownych, jakie może naliczyć Zamawiający zgodnie z umową, do wysokości 20% łącznej wartości umowy brutto, co umożliwi również wykonawcom właściwą ocenę ryzyka i należytą wycenę oferty, poprzez dodanie do § 7 wzoru umowy nowego ustępu 6 o następującym brzmieniu:

„*Maksymalna wysokość kar umownych jakich Strony mogą dochodzić na podstawie umowy wynosi 20% łącznej wartości umowy brutto określonej w § 5 ust. 2 umowy*”*.*

**Odpowiedź:**

**Propozycja uwzględniona.**

**Pytanie 14, § 8 ust. 2**

W odniesieniu do §8 ust. 2 wzoru umowy wskazujemy, że odstąpienie od/wypowiedzenie umowy jest czynnością radykalną, stanowi wyjątek od zasady *pacta sunt servanda* i nie powinno zaskakiwać żadnej ze Stron, tym bardziej w sytuacji, gdy jest dodatkowo powiązane obarczone obowiązkiem zapłaty kary umownej przewidzianej w §7 ust. 2 lit. b) wzoru umowy. Mając ponadto na względzie ogólne sformułowanie podstawy do odstąpienia od umowy przewidzianej w § 8 ust. 2 wzoru umowy, przewidziane uprawnienie Zamawiającego wiąże się z istotnym ryzykiem po stronie Wykonawcy które nie znajduje obiektywnego uzasadnienia. Ponadto w naszej ocenie takie uprawnienie powinno przysługiwać obu stronom umowy. Proponujemy zatem, aby z prawa wypowiedzenia umowy przewidzianego w § 8 ust. 2 wzoru umowy mogły skorzystać obie strony, a jednocześnie aby przed rozwiązaniem umowy strona dotknięta naruszeniem wezwała stronę naruszającą do usunięcia naruszenia z zagrożeniem wypowiedzenia umowy, udzielając jej odpowiedniego dodatkowego terminu. Dzięki takiemu rozwiązaniu zachowana jest ochrona słusznego interesu Zamawiającego, a Wykonawcy umożliwia rzetelną kalkulację ryzyka.

Proponujemy zatem modyfikację § 8 ust. 2 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

*„Podstawę do wypowiedzenia stanowi również niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z postanowień niniejszej umowy, pod warunkiem uprzedniego pisemnego wezwania wystosowanego przez stronę dotkniętą naruszeniem, wyznaczającego stronie dopuszczającej się naruszenia umowy dodatkowy termin 14 dni na przystąpienie do należytego wykonania umowy, usunięcie stwierdzonych naruszeń lub przywrócenie stanu zgodnego z umową (zależnie od okoliczności)”.*

**Odpowiedź:**

**Propozycja uwzględniona.**

**Pytanie 15, § 10**

W treści klauzuli informacyjnej zawartej w § 10 wskazano, że dane osobowe będą przetwarzane na potrzeby prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *”Okresowe przeglądy aparatury medycznej dla Szpitala Specjalistycznego im. A. Falkiewicza we Wrocławiu (72 zadania)”*, tj. w oparciu o art. 6 ust. 1 lit. c Ogólnego rozporządzenia o ochronie danych („RODO”). W naszej ocenie w przypadku zawarcia umowy przetwarzanie danych osobowych będzie dokonywane na innej podstawie prawnej, tj. w oparciu o prawnie uzasadniony interes każdej ze stron (chyba, że jedną ze stron będzie osoba fizyczna, wówczas dodatkową podstawą przetwarzania danych osobowych będzie art. 6 ust. 1 lit. b RODO). Wnosimy o aktualizację klauzuli

**Odpowiedź:**

**Propozycja uwzględniona.**

(-) Paweł Błasiak

DYREKTOR Szpitala Specjalistycznego im. A. Falkiewicza we Wrocławiu