

Poznań, dn. 21.09.2009 r

EZ/ 5312/3 /2009

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Dotyczy przetargu nieograniczonego nr 80/2009 na zakup i dostawę sprzętu medycznego sterylnego, jednorazowego użytku do biopsji marmotomicznej grubo igłowej wraz z dzierżawą urządzenia do wykonywania biopsji grubo igłowej wspomaganą próżnią.

Wielkopolskie Centrum Onkologii, informuje że w dniu 17.09.2009r wpłynęły pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia do wymienionego w tytule przetargu, na które zamawiający udziela odpowiedzi:

W nawiązaniu do w/w przetargu zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ:

1. W odniesieniu do pkt.3 „FORMULARZ OFERTY” prosimy o odstąpienie od pomniejszania czynszu należnego Wykonawcy z tytułu dzierżawy, proporcjonalnie za okres, w którym Zamawiający nie mógłby skorzystać z przedmiotu dzierżawy. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego usuwania wad i usterek, a jeśli nie zostaną usunięte w czasie 48 godzin, zobowiązany jest w terminie 5 dni roboczych dostarczyć urządzenie zastępcze. Urządzenie zastępcze w pełni realizuje procedury, do których jest przeznaczone. Nie ma więc obawy, że w jakiś sposób zostanie naruszony harmonogram działań Zamawiającego.

W związku z tym, nie ma podstaw do tego aby karać Wykonawcę. Ponadto karanie dwukrotne za to samo uchybienie jest sprzeczne z prawem.

W związku z powyższym prosimy o przychylenie się do prośby Wykonawcy, poprzez odstąpienie od pomniejszania czynszu z tytułu dzierżawy, w takim przypadku.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 3 do siwz stanowiącego formularz ofertowy w zakresie punktu 3 oraz załącznika numer 5 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 6 ust. 12 w sposób zaproponowany przez wykonawcę.

Kwestionowany przez wykonawcę zapis dotyczy możliwości umniejszenia czynszu dzierżawnego za okres niemożności korzystania z przedmiotu dzierżawy. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zapłata czynszu dzierżawnego stanowi element zobowiązania wzajemnego wynikającego z umowy dzierżawy jako ekwiwalent zobowiązania do oddania rzeczy do używania i pobierania pożytków. Oczywiście jest zatem, iż w przypadku gdy dzierżawca nie ma możliwości korzystania z przedmiotu dzierżawy, czynsz winien ulec proporcjonalnemu zmniejszeniu. Ponadto, wbrew twierdzeniu wykonawcy, postanowienie to nie koliduje ze zobowiązaniem do dostarczenia sprzętu zastępczego. W razie jego dostarczenia czynsz dzierżawny nie będzie należny jedynie za okres, w którym zamawiający nie mógł korzystać zarówno z przedmiotu dzierżawy, jak i sprzętu zastępczego – w zapisie tym chodzi bowiem o zapewnienie zamawiającemu maksymalnej możliwej ciągłości w korzystaniu ze sprzętu o istotnym znaczeniu dla działalności zamawiającego jako placówki świadczącej usługi w zakresie ochrony zdrowia. Powyższe rozwiązanie chroni zatem zarazem interesy zamawiającego, mobilizując wykonawcę do jak najszybszego dostarczenia sprzętu zastępczego i wiążąc wydatki z tytułu czynszu dzierżawy z okresem, w którym możliwe jest korzystanie z przedmiotu dzierżawy (lub sprzętu zastępczego, pod warunkiem, że nie będzie miał gorszych

parametrów technicznych) tym samym eliminując konieczność ponoszenia nieuzasadnionych kosztów, jak i interesy wykonawcy, umniejszając przysługującą mu z tytułu czynszu dzierżawy należność jedynie w okresie faktycznej niemożności korzystania ze sprzętu przez zamawiającego. W powyższym kontekście zamawiający za niezrozumiałe uznaje twierdzenia wykonawcy, jakoby umniejszenie czynszu dzierżawnego stanowiło sankcję o charakterze „kary” dla wykonawcy, nie jest też jasne w jaki sposób wykonawca miałby być podwójnie ukarany za jeden czyn. Na marginesie wypada zaznaczyć, że nie ma racji wykonawca twierdząc, iż „karanie dwukrotne za to samo uchybienie jest sprzeczne z prawem”. Zasada powyższa, obowiązująca wprawdzie w prawie karnym, nie ma zastosowania w prawie cywilnym, a co za tym idzie możliwe jest nałożenie dwóch różnych sankcji na podmiot zobowiązany (np. odstąpienie od umowy i kara umowna lub odstępnę).

W związku z powyższym nie ma możliwości przychylenia się do prośby wykonawcy o zmianę treści siwz w powyższym zakresie.

2. W nawiązaniu do ust. 1a) i 1b) § 7 wzoru Umowy, prosimy o obniżenie kar umownych w przypadku określonym:

- w pkt.1a) § 7 do w wysokości 0,2% wartości niezrealizowanej umowy za każdy dzień zwłoki;
- w pkt.1b) § 7 do w wysokości 0,5% wartości niezrealizowanej umowy za każdy dzień zwłoki;

Kary określone przez Zamawiającego są niewspółmiernie wysokie do uchybienia. W umowach, dotyczących postępowań na dostawę sprzętu medycznego, w takich przypadkach powszechnie przyjmowane są kary w wysokości 0,2% do 0,5%.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 5 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 7 ust. 1 pkt a)-b) w sposób zaproponowany przez wykonawcę.

Wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępuje w sposób świadomy, kierując się między innymi wymogami zamawiającego odnośnie terminów dostawy objętego zamówieniem publicznym sprzętu, a także konsekwencjami niedotrzymania tych terminów, w szczególności w zakresie uprawnienia zamawiającego do żądania od pozostającego w zwłoce ze spełnieniem świadczenia wykonawcy kar umownych. Nie podlega wątpliwości, iż niedostarczenie przez wykonawcę w terminie objętego zamówieniem publicznym sprzętu spowodować może daleko idące konsekwencje po stronie zamawiającego, wiążące się w szczególności z powstaniem po jego stronie szkody. W związku z powyższym istnieje konieczność zastrzeżenia kary umownej stanowiącej substytut odszkodowania w wysokości określonej z góry przy zawieraniu umowy. Za niezasadne zamawiający uznaje powoływanie się przez wykonawcę na powszechność stosowania w umowach dotyczących postępowań na dostawę sprzętu medycznego kar umownych w niższych wysokościach. To zamawiający jest jedynym podmiotem uprawnionym do określania warunków umowy o wykonanie zamówienia publicznego i zarazem określenia wysokości kar umownych za niewykonanie przez wykonawcę zobowiązań umownych, zaś ich wysokość może być zindywidualizowana w każdym konkretnym przypadku. W razie zaś sporu sądowego dotyczącego zapłaty kary umownej, wykonawca jako dłużnik będzie uprawniony do domagania się zmniejszenia kary umownej jako rażąco wygórowanej. W ocenie zamawiającego nie ma uzasadnionych podstaw do zmiany wysokości kar umownych w sposób, w jaki domaga się tego wykonawca.

3. W nawiązaniu do 1c) § 7 wzoru Umowy, prosimy o obniżenie kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy do wysokości 10% wartości przedmiotu umowy. Kara przewidziana przez Zamawiającego, w takim przypadku jest bardzo wysoka. W umowach, dotyczących postępowań na dostawę sprzętu medycznego, w takich przypadkach powszechnie przyjmowane są kary w wysokości 10% wartości umowy.

Mając na uwadze równe traktowanie stron, prosimy o umieszczenie w umowie zapisu, obciążającego również Zamawiającego karą (wysokości, jak jest przewidziana dla Wykonawcy) z tytułu odstąpienia od umowy z winy Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 5 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 7 ust. 1 pkt c) w sposób zaproponowany przez wykonawcę.

Wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępuje w sposób świadomy, kierując się między innymi wymogami zamawiającego odnośnie terminów dostawy objętego zamówieniem publicznym sprzętu, a także konsekwencjami niedotrzymania tych terminów, w szczególności w zakresie uprawnienia zamawiającego do żądania od pozostającego w zwłoce ze spełnieniem świadczenia wykonawcy kar umownych. Nie podlega wątpliwości, iż niedostarczenie przez wykonawcę w terminie objętego zamówieniem publicznym sprzętu spowodować może daleko idące konsekwencje po stronie zamawiającego, wiążące się w szczególności z powstaniem po jego stronie szkody. W związku z powyższym istnieje konieczność zastrzeżenia kary umownej stanowiącej substytut odszkodowania w wysokości określonej z góry przy zawieraniu umowy. Za niezasadne zamawiający uznaje powoływanie się przez wykonawcę na powszechność stosowania w umowach dotyczących postępowań na dostawę sprzętu medycznego kar umownych w niższych wysokościach. To zamawiający jest jedynym podmiotem uprawnionym do określania warunków umowy o wykonanie zamówienia publicznego i zarazem określenia wysokości kar umownych za niewykonanie przez wykonawcę zobowiązań umownych, zaś ich wysokość może być zindywidualizowana w każdym konkretnym przypadku. W razie zaś sporu sądowego dotyczącego zapłaty kary umownej, wykonawca jako dłużnik będzie uprawniony do domagania się zmniejszenia kary umownej jako rażąco wygórowanej. W ocenie zamawiającego nie ma uzasadnionych podstaw do zmiany wysokości kar umownych w sposób, w jaki domaga się tego wykonawca.

Zamawiający nie wyraża także zgody na wprowadzenie do projektu umowy zapisu obciążającego karą umowną za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Należy wskazać, że żaden przepis prawa nie zobowiązuje zamawiającego do identycznego traktowania stron umowy o zamówienie publiczne, w szczególności w zakresie przysługujących stronom praw i obciążających je obowiązków, zatem brak równoprawności stron, na który powołuje się wykonawca nie może stanowić podstawy zmiany treści projektu umowy zgodnie z jego żądaniem.

Z poważaniem

Z-ca Dyrektora ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna