

Poznań, dnia 2008-02-06

EZ/764/2008

Wg rozdzielnika

Do wszystkich uczestników postępowania o zamówienie publiczne.

dotyczy: przetargu nieograniczonego 17/2008 sprzęt medyczny jednorazowego użytku sterylne.

Wielkopolskie Centrum Onkologii uprzejmie informuje, iż wpłynęły zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które udzielamy odpowiedzi:

Pytanie 1

Paragraf 6 ustęp 1a

Niniejszym Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisu na „1% wartości dostawy za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy.

Odpowiedź 1

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców – Zamawiający dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownych modyfikacji zapisów w projekcie umowy odnoszących się do zakresu i wysokości kar umownych.

W związku z powyższym zmianie ulega treść § 6 projektu umowy – załącznik nr 7 do SIWZ, a mianowicie:

1. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kar umownych według następujących zasad, tj. w przypadku:
 - a) pierwszego opóźnienia w dostawie wysokości kar umownych stanowić będzie 2 % niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy,
 - b) drugiego opóźnienia w dostawie oraz każdego kolejnego opóźnienia wysokości kar umownych stanowić będzie 5% niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy.
 - c) nieuzasadnionego zerwania umowy, wysokość kar umownych stanowić będzie 5 % wartości netto umowy, o której mowa w § 4 umowy.

2. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego zastrzeżone kary umowne w przypadku, gdy nie pokryją wartości poniesionych szkód.
 3. Zamawiającemu przysługuje prawo potrącenia ewentualnych kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.
 4. Zamawiający ma prawo odstąpić od niniejszej umowy w przypadku, gdy opóźnienia w dostawie będzie przekraczać 15 dni roboczych od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy. Niniejsze opóźnienie będzie potraktowane jak nieuzasadnione zerwanie umowy i wywoła skutek w postaci konsekwencji określonych w ust. 1 lit. c niniejszego paragrafu.
 5. Postanowienia § 6 ust. 4 nie mają zastosowania w przypadku, gdy Zamawiający nie będzie w terminie regulował płatności z tytułu zrealizowanych dostaw.
-

Pytanie 2

Paragraf 7 ustęp 1

Niniejszym Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisu na „Podstawą wystawienia faktury przez Wykonawcę jest podpisany przez Zamawiającego protokół odbioru nie później niż 7 dni od terminu dostawy”.

Odpowiedź 2

W odpowiedzi informujemy, iż protokół odbioru może być podpisany nie później niż 7 dni od terminu dostawy po warunkiem, że dostarczony towar będzie zgadzał się przedmiotowo oraz ilościowo z przedmiotem zamówienia objętym umową.

Zamawiający nie dokonuje zmian zapisu umowy w tym paragrafie.

Pytanie 3

Czy Zamawiający zmieni wysokość kar umownych poprzez wprowadzenie następującego zapisu § 6 ust. 1 a wzoru umowy:

a) 0,1 maksymalnej wartości umowy, o której mowa w § 4 umowy, za dzień opóźnienia licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy, jednaka nie więcej niż 10% wartości opóźnionej dostawy.

Odpowiedź 3

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców – Zamawiający dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownych modyfikacji zapisów w projekcie umowy odnoszących się do zakresu i wysokości kar umownych.

W związku z powyższym zmianie ulega treść § 6 projektu umowy – załącznik nr 7 do SIWZ, a mianowicie:

1. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kar umownych według następujących zasad, tj. w przypadku:

- a) *pierwszego opóźnienia w dostawie wysokości kar umownych stanowić będzie 2 % niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy,*
 - b) *drugiego opóźnienia w dostawie oraz każdego kolejnego opóźnienia wysokości kar umownych stanowić będzie 5% niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy.*
 - c) *nieuzasadnionego zerwania umowy, wysokość kar umownych stanowić będzie 5 % wartości netto umowy, o której mowa w § 4 umowy.*
2. *Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego zastrzeżone kary umowne w przypadku, gdy nie pokryją wartości poniesionych szkód.*
 3. *Zamawiającemu przysługuje prawo potrącenia ewentualnych kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.*
 4. *Zamawiający ma prawo odstąpić od niniejszej umowy w przypadku, gdy opóźnienia w dostawie będzie przekraczać 15 dni roboczych od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy. Niniejsze opóźnienie będzie potraktowane jak nieuzasadnione zerwanie umowy i wywoła skutek w postaci konsekwencji określonych w ust. 1 lit. c niniejszego paragrafu.*
 5. *Postanowienia § 6 ust. 4 nie mają zastosowania w przypadku, gdy Zamawiający nie będzie w terminie regulował płatności z tytułu zrealizowanych dostaw.*
-

Pytanie 4

Czy zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający zechce odstąpić od wymogu podawania na fakturze sprzedaży numeru Protokołu Komisji Zezwoleń do każdej serii dostarczanego przedmioty zamówienia pochodzącego z importu? Pragniemy nadmienić, iż aktualnie obowiązująca ustawa o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004r. nr 93, poz. 896 z późn. zm.) nie nakłada żadnych dodatkowych wymogów na oferowane na rynku wyroby niż oznakowanie znakiem CE. W związku z powyższym nie istnieje obowiązek, ani możliwość posiadania numeru Protokołu Komisji Zezwoleń dla oferowanych przez nas wyrobów medycznych.

Odpowiedź 4

Tak, Zamawiający wyraża zgodę na powyższe.

Pytanie 5

Zamawiający zobowiązuje dostawcę do zapłaty kar umownych w wysokości 1% maksymalnej wartości umowy za każdy dzień opóźnienia w dostawie zamówionego towaru. Naszym zdaniem, kary umowne winny być naliczane od wartości niezrealizowanej dostawy podobnie jak odsetki za zwłokę w płatnościach naliczane są od wartości niezapłaconych faktur w terminie a nie od wartości wszystkich wystawionych faktur. Taki zapis sprawia, że strony umowy nie są równoprawne. Prosimy, zatem aby kary umowne naliczane były tylko od wartości nie wykonanego w terminie świadczenia (dostawy).

Odpowiedź 5

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców – Zamawiający dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownych modyfikacji zapisów w projekcie umowy odnoszących się do zakresu i wysokości kar umownych - **patrz odpowiedź 1 i 3**. Zamawiający przedstawił, także argumenty, które legły u podstaw pierwotnych zapisów, zamieszczonych w projekcie umowy – załącznik nr 6 do SIWZ. W tym celu odsyłamy Wykonawców do analizy treści **odpowiedzi nr 6** - patrz poniżej.

Pytanie 6

Ustalona przez zamawiającego kara umowna w wysokości 1% sprawia, że strony umowy nie są równoprawne, ponieważ w wypadku nieterminowości w płatnościach Zamawiający zapłaci Wykonawcy odsetki jedynie w wysokości ustawowej tj. 0,1%. Zapis taki sprzeczny jest z art. 139 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, oraz z art. 5 KC – „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego.” i art. 353 KC – tj niezgodności umowy z zasadami współzycia społecznego przez co narusza cywilnoprawną równość stron umowy. Potwierdza to Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.06.2004 r. sygn. UZP/ZO/0-924/04, który stwierdza, iż wprowadzanie takich dysproporcji w umowie jest niedozwolone. Wygórowane kary umowne naruszają także jedną z naczelnych zasad PZP zawartą w art. 7 ust. 1 – zasadę uczciwej konkurencji. Wnosimy zatem o zmianę wysokości w/w kar umownych do wysokości 0,1%.

Odpowiedź 6

Odnosząc się do twierdzeń Wykonawcy, Zamawiający pragnie zauważyć, iż wyciąganie wniosku o braku równości podmiotów tylko na bazie porównania dwóch odrębnych instrumentów, a mianowicie instytucji odsetek oraz kar umownych jest mało precyzyjne. Nie są to bowiem instrumenty tożsame, co wynika bezpośrednio z regulacji kodeksowych.

Podstawowa różnica wynika choćby z zakresu zastosowania. Odsetki odnoszą się wyłącznie do zobowiązań pieniężnych, podczas gdy kara umowna może być zastrzeżona jedynie w związku ze świadczeniem niepieniężnym. Kara umowna ma charakter klauzuli gwarancyjnej, tj. odszkodowaniem ex contractu.

W związku z powyższym na tle art. 483 § 1 k.c. należy przyjąć, iż niezależnie od tego jaki zamiar przyświecał stronom zastrzegającym karę umowną, suma (wartość) ustalona w umowie zajmuje miejsce odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na podstawie art. 361 § 2 w zw. z art. 471 k.c. (por. J. Jastrzębski, Kara umowna, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 74, 107)

Z kolei dopuszczalność umownego zastrzeżenia kompensacji szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego zobowiązania przez dłużnika wynika bezpośrednio przepisów kodeksu cywilnego – art. 353¹ (por. wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r. III CKN 122/01- LEX nr 141400). Wzmacnia ją także zasada pacta sunt servanda (umów należy dotrzymywać).

Ponadto, Zamawiający podkreśla, iż określone w § 6 projektu umowy – kary umowne, stosowanie do dyspozycji art. 484 k.c. przewidziane są jedynie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonywania zobowiązania. Zatem w przypadku właściwego realizowania zobowiązań wynikających z zawartej umowy zastosowanie instytucji kary umownej ma charakter jedynie hipotetyczny.

Zamawiany w ramach postępowania przetargowego nr 19/2008 sprzęt medyczny jednorazowego użytku ma kluczowe znaczenie dla funkcjonowania szpitala. Stąd też nieterminowe dostawy mogą uniemożliwić prawidłową opiekę nad chorymi, a w konsekwencji stanowić poważne zagrożenie dla zdrowia i życia pacjentów.

Utrudnienia wynikające z nieterminowych dostaw stanowią zatem poważne zagrożenie dla realizacji celów statutowych szpitala i narażają jednostkę na odpowiedzialność nie tylko cywilną ale także karną.

W tym kontekście to sytuacja szpitala, jako strony stosunku zobowiązaniowego jest daleka od zasad równoprawności.

W przypadku nieterminowych dostaw – Szpital (Zamawiający) staje przed dylematem, czy z narażeniem zdrowia pacjentów cierpliwie znosić opóźnienia w dostawie niezbędnych wyrobów medycznych, czy ewentualnie odstąpić od umowy i dochodzić swoich praw na drodze sądowej.

W tym drugim przypadku Zamawiający będzie ponadto zmuszony uruchomić kolejne postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, co wymaga spełnienia określonych rygorów formalnych i czasowych oraz spowoduje, iż Zamawiający będzie ponosił kolejne koszty, z którymi już nie liczy się Wykonawca.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiającemu trudno się zgodzić z sformułowaną przez Wykonawców6. tezę o braku równości podmiotów oraz twierdzeniami o sprzeczności zapisów zamieszczonych w projekcie umowy z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Zamawiający ukształtował postanowienia umowne w oparciu o obowiązujące przepisy, jednocześnie zabezpieczając interesy pacjentów, chroniąc się przy tym przed nierzetelnymi kontrahentami.

Nie można zatem uznać, iż prowadzi on postępowanie w sposób naruszający dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji.

Ponadto, niepokój Zamawiającego w kontekście chociażby art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mogą budzić pytania kwestionujące zastrzeżenia umowne, które są gwarantem terminowego realizowania zobowiązań przez Wykonawców.

*Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców – Zamawiający dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownych modyfikacji zapisów w projekcie umowy odnoszących się do zakresu i wysokości kar umownych-
patrz odpowiedź nr 1 i 3.*

Pytanie 7

W rozdz. III pkt 2c dla wyrobów medycznych klas (kl. I – z funkcją pomiarową, sterylne, sterylnych zestawów i systemów zabiegowych, kl. IIa, kl. IIb, kl. III) Zamawiający wymaga załączenia do oferty świadectwa rejestracji (...) zachowujące swoją ważność na dzień składnia oferty. Kwestię wprowadzania do obrotu wyrobów medycznych reguluje nowa ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r o wyrobach medycznych. Aktualnie obowiązująca ustawa nie nakłada na nas obowiązku posiadania świadectw rejestracji. Z uwagi na powyższe wnosimy o potwierdzenie, że do spełnienia warunków w/w punktu SIWZ Zamawiający wymaga załączenia do oferty dokumentów dopuszczających zgodnych z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 kwietnia 2004 r w zależności od klasyfikacji wyrobu medycznego.

Odpowiedź 7

Zamawiający wyjaśnia, iż rejestracja wyrobów medycznych odbywa się na podstawie przepisów zawartych w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 2004, Nr 93, poz. 896 ze zmianami). Zasady rejestracji wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania regulują przepisy zawarte w rozdziale 7 ustawy.

W tym zakresie wymagania Zamawiającego, które zostały określone w rozdz. III pkt 2c są zgodne z cytowaną ustawą oraz odpowiadają zaleceniom wynikającym z Komunikatu Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych w sprawie rejestracji wyrobów medycznych z dnia 17 kwietnia 2007 r.

Pytanie 8

Dot. pkt. VI 1.4 SIWZ.. W związku z faktem, że złożenie oferty w postępowaniu przetargowym nie jest czynnością zobowiązującą w rozumieniu prawa cywilnego (a jest nią dopiero podpisanie umowy) chcielibyśmy potwierdzić, że Zamawiający uzna za wystarczające pełnomocnictwo do złożenia oferty przetargowej wskazujące, iż osoba w nim wskazana umocowana jest do przygotowania, podpisania i złożenia oferty przetargowej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Naturalnie umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie podpisana przez osobę umocowaną do zaciągania zobowiązań skutkujących finansowo.

Odpowiedź 8

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż kwestie dotyczące zakresu pełnomocnictwa do wykonywania określonych czynności w imieniu Wykonawców będą rozstrzygane przez Zamawiającego na gruncie obowiązujących przepisów oraz w granicach czynności prawnej, której treścią jest oświadczenie woli mocodawcy upoważniające ściśle określoną osobę lub osoby do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie.

Pytanie 9

Zwracamy się z wnioskiem o zmianę brzmienia § 6 ust 1a) wzoru umowy i obniżenie kar umownych za nieterminową dostawę do wysokości 0.5-1% od wartości brutto nie dostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki.

Zaproponowane przez Szpital warunki powodują ogromną dysproporcję w ewentualnych roszczeniach stron (Wykonawcy przysługują odsetki ustawowe w skali roku od nie zapłaconych w terminie faktur). Stoi to w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych (art. 14, 139 ustawy PZP) oraz art. 58 § 2 oraz art. 353¹ K.c. – tj. niezgodności umowy z zasadami współżycia społecznego. Ponadto zgodnie z obowiązującą doktryną, przy umownym zastrzeżeniu rażąco wygórowanych odsetek mogą one być wykorzystane jako wyzysk. Wykonawca popadając w zwłokę z wykonaniem dostawy narusza postanowienia umowy tylko w zakresie wartości nie dostarczonej dostawy – a nie całej umowy.

Rażąco wygórowane kary umowne naruszają także jedną z naczelnych zasad PZP wyrażoną w art. 7 ust. 1 – zasadę uczciwej konkurencji. Oczywiście jest że zbyt wysokie wymagania w zakresie kar umownych obciążających wykonawcę prowadzą do ograniczenia konkurencji, eliminują bowiem szeroki krąg wykonawców z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Rozumiemy, że kary za nieterminowe dostawy mają służyć zdopingowaniu wykonawcy do jak najrzetelniejszego wywiązywania się z postanowień umowy i wyeliminowaniu dostawców niesolidnych. Nie mogą one jednak łamać zapisów obowiązującego w Polsce prawa – w tym ustawy „Prawo zamówień publicznych”. Nie mogą też zmierzać do bezpodstawnego wzbogacania się zamawiającego. Bo jak inaczej wytłumaczyć fakt, że wartość kary za chociażby jeden dzień opóźnienia w realizacji zamówienia może przekroczyć wartość tego zamówienia ? Czy zamawiający zgodziłby się na zapis mówiący o naliczaniu odsetek za nieterminowe regulowanie należności od wartości całej umowy niezależnie od kwoty zaległości w jaką popadł lub od tego, że terminowo zapłacił wszelkie wcześniejsze należności ?

Odpowiedź 9

*Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców – Zamawiający dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownych modyfikacji zapisów w projekcie umowy odnoszących się do zakresu i wysokości kar umownych-**patrz odpowiedź nr 1 i 3**. Zamawiający przedstawił, także argumenty, które legły u podstaw pierwotnych zapisów, zamieszczonych w projekcie umowy – załącznik nr 6 do SIWZ. W tym celu odsyłamy Wykonawców do analizy treści **odpowiedzi nr 6** -patrz wyżej.*

Pytanie 10

Prosimy o informację na jaki okres czasu zamawiający zamierza zawrzeć umowę dostawy.

Odpowiedź 10

Czas trwania umowy (czyli na 12 miesięcy) określony jest w specyfikacji str. 4 pkt. IV.

Pytanie 11

Prosimy o wykreślenie z siwz zapisu mówiącego o obowiązku zamieszczania na fakturze Protokołu Komisji Zezwoleń do każdej serii dostarczonego towaru. Informujemy, że zgodnie z dyrektywą 92/42/EEC oferowane przez nas wyroby medyczne są dopuszczone do obrotu i stosowania w Polsce na podstawie ustawy z dnia 20.04.2004 o wyrobach medycznych i w myśl tej ustawy Protokoły Komisji Zezwoleń nie są wymagane.

Odpowiedź 11

Tak zamawiający wyraża zgodę na powyższe i tym samym wykreśla się zapis na str. 2 dotyczący tego wymogu(zawarty w ppkt. oznaczonym kropką).

Pytanie 12

Czy w pakiecie II pozycja 1 zamawiający nie miał na myśli koszyków do chwytania polipów wielorazowych, które były dostarczane do Szpitala w ramach wcześniejszych kontraktów ?

Odpowiedź 12

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wyspecyfikował sprzęt medyczny sterylny, jednorazowy. Zatem kosze do chwytania polipów muszą spełniać ten warunek, czyli muszą być sterylne, jednorazowe.

Pytanie 13

Prosimy o wydzielenie z pakietu nr VIII do osobnego pakietu pozycji 1 i dopuszczenie protezy jelitowej stalowej o średnicy trzonu 25mm, długości 40, 60, 80, 100 i 120mm, średnicy rozszerzonego trzonu na końcach 35mm, na zestawie wprowadzającym 31 Fr. (10mm), i długości 400mm.

Odpowiedź 13

Zamawiający wyraża zgodę na wydzielenie pozycji 1 z pakietu nr VII i tworzy odrębny pakiet VIIIA, dopuszczając parametry protezy wyspecyfikowane w zapytaniu.

Z poważaniem,
Inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna

Z-ca Dyrektora ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych