

Poznań, dnia 2008-02-05

EZ/.....755...../2008

**Wg rozdzielnika  
Do wszystkich uczestników postępowania o zamówienie publiczne.**

dotyczy: przetargu nieograniczonego 19/2008 sprzęt medyczny niesterylny.

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

**Terminy przetargowe zostały zmienione pismem z dnia 31.01.2008 r. nr WCO/Ez/644/2008 r.**

***Pytanie nr 1***

*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 (czyli dostawy).*

**Odpowiedź nr 1**

Zamawiający uprzejmie informuje, iż wyraża zgodę na naliczanie kar umownych tylko od wartości niezrealizowanej dostawy. Jednocześnie Zamawiający dokonuje zmiany w zakresie sposobu naliczania kar umownych.

W związku z powyższym, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zmianie ulega treść § 6 projektu umowy – załącznik nr 4 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 nr 2**

*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 współżycia społecznego.” i art. 353 KC – tj niezgodności umowy z zasadami współżycia 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 naczelných 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 nr 2**

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. 353<sup>1</sup> (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 formułowaną przez Wykonawców<sup>6</sup>. tezą 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.

***Pytanie nr 3***

*Prosimy o określenie terminu dostawy na min. 5 dni roboczych. Sprzęt będziemy dostarczać jak najszybciej i może to nastąpić nawet w terminie krótszym niż powyższy, niemniej jednak rzeczywiste warunki to czasem: odbiór przesyłki z magazynów, rozpakowanie czy przesortowanie.*

**Odpowiedź nr 3**

Tak, zamawiający wyraża zgodę na termin dostawy do 5 dni roboczych.

W związku z powyższym zmianie ulega zapis w pkt II na str. 2 i w pkt. IV na str. 4 na „5 dni”.

***Pytanie nr 4***

*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 w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych bądź inne zaświadczenie ważne w okresie przejściowym do 31.12.2005 poświadczające dopuszczenie produktu do obrotu na rynek Rzeczypospolitej Polskiej oraz, że jest on bezpieczny w użyciu dla personelu medycznego jak i pacjentów 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 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 co będzie zgodne z obowiązującym porządkiem prawnym.*

**Odpowiedź nr 4**

Zamawiający skreśla na stronie 3 zapis w pkt III.2.c.

***Pytanie nr 5***

*W par. 6 pkt. 4 wzoru umowy Zamawiający informuje że ma prawo odstąpić od umowy w przypadku opóźnienia Wykonawcy w wykonaniu zobowiązania -dostawy zamówionej partii towaru – przekraczającego 10 dni. Taki zapis w umowie sprawia że strony umowy nie są równoprawne gdyż zdarzyć się może że w przypadku nieterminowego regulowania płatności przez Zamawiającego zostaną wstrzymane mu dostawy. Taki zapis pozwoliłby Zamawiającemu na odstąpienie od umowy i naliczenie Dostawcy kar umownych bez konieczności terminowego regulowania*

*płatności. Z uwagi na powyższe wnosimy o wykreślenie w/w punktu ze wzoru umowy.*

#### **Odpowiedź nr 5**

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców – Zamawiający dokonał 7.na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownych modyfikacji w zakresie zapisów odnoszących się do przypadku, w którym Zamawiający może odstąpić od umowy – **patrz odpowiedź nr 1.**

---

#### **Pytanie nr 6**

*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 nr 6**

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 nr 7**

##### **Paragraf 6 ustęp 1**

*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 nr 7**

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.**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 2** – patrz wyżej.

---

***Pytanie nr 8***

*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 nr 8**

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 nr 9***

*Paragraf 8*

*W związku ze składaniem oferty na sprzęt jednorazowego użytku zwracamy się z prośbą o wykreślenie paragrafu.*

**Odpowiedź nr 9**

Zamawiający uprzejmie informuje, iż nie widzi uzasadnienia merytorycznego do dokonania wykreślenia § 8 projektu umowy – załącznik nr 6 do SIWZ.

Z poważaniem,  
inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna

Z-ca Dyrektora ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych