

Poznań, dnia 2008-07-04

EZ/.....4014...../2008

**Wg rozdzielnika:
do uczestników postępowania o zamówienie publiczne**

dotyczy: przetargu nieograniczonego 65/2008 leki i opatrunki.

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

Pytanie nr 1

Czy w sytuacji jeżeli Wykonawca chce złożyć ofertę tylko na wybrane części zamówienia Zamawiający wyrazi zgodę na przedstawienie dostawy swoją wartością odpowiadającej sumie wartości tychże części lub kilku dostaw których sumy odpowiadają wymogowi postawionemu przez Zamawiającego?

Odpowiedź nr 1

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż zgodnie z zapisem pkt III podpunkt 4 - dopuszcza się składanie ofert częściowych odpowiadających poszczególnym pakietom, lecz nie dopuszcza możliwości składania ofert na dowolnie wybrane pozycje w pakietach-zadaniach. **W poszczególnych zadaniach musi być wyceniony pełen asortyment w ilościach podanych przez Zamawiającego.** Liczba pakietów-18.

Pytanie nr 2

W związku z tym, iż w myśl obowiązujących przepisów dla firm oferujących materiały opatrunkowe nie jest wymagane Zezwolenie Głównego Inspektora Farmaceutycznego na prowadzenie działalności w zakresie materiałów opatrunkowych a jedynie dokumenty dopuszczające oferowany asortyment do obrotu określone w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 93, poz. 896) – prosimy o dokonanie zmian zapisów SIWZ i projektu umowy i wyrażenie zgody na załączenie do oferty tychże dokumentów a zrezygnowanie z zapisów mówiących o Zezwoleniu Głównego Inspektora Farmaceutycznego (dotyczy zakresu materiałów opatrunkowych).

Odpowiedź nr 2

Zamawiający uprzejmie informuje, iż zezwolenie Głównego Inspektora Farmaceutycznego, o którym mowa w art. 74 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2004 r., Nr 53, poz.533 z późn. zm.) wymagane jest wyłącznie w zakresie przewidzianym dyspozycją art. 72 ust. 1, tj. w odniesieniu do hurtowego obrotu produktami leczniczymi. Tak też należy czytać zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o czym jednoznacznie przesądza pkt VI podpunkt 2 siwz cyt. „koncesję, zezwolenie lub licencja, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia.....”

Pytanie nr 3

W związku z tym, iż część przedmiotu zamówienia stanowią materiały opatrunkowe prosimy o dokonanie zmian w treści umowy oraz w nazwie pakietu NR 16 – zastąpienie określeń „LEK” - określeniem ”MATERIAŁY OPATRUNKOWE”.

Odpowiedź nr 3

Zamawiający uprzejmie informuje, iż w odniesieniu do pakietu 16 zmienia wprowadza modyfikację w § 3 ust. 1 projektu umowy, polegająca na tym, iż dotychczasowy zwrot „leków w pakietach” zastępuje się słowami „materiałów opatrunkowych w pakiecie”.

Oraz dokonuje się zmiany zapisu w pakiecie 16 – zamiast sowa „lek” winno być „materiał opatrunkowy”.

Pytanie nr 4

Dotyczy OŚWIADCZENIA stanowiącego załącznik 5 do SIWZ -Czy Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację tego oświadczenia na : „ Oświadczam/y, iż wszystkie oferowane przez nas materiały opatrunkowe wspomniane w naszej ofercie zostały dopuszczone na terenie RP, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 93, poz. 896). Jednocześnie zobowiązujemy się, do przedstawienia na żądanie Zamawiającego odpowiednich dokumentów w terminie 24 godzin od chwili otrzymania pisemnej, w formie faxu, telefonicznej prośby o okazanie świadectwa” - w przypadku gdy Wykonawca składać będzie ofertę tylko na pakiety obejmujące materiały opatrunkowe.

Odpowiedź nr 4

Analogicznie, jak w przypadku odp. nr 2 – Zamawiający informuje, iż złożenie oświadczenie, określonego w załączniku nr 5 SIWZ wymagane jest tylko w odniesieniu do produktów leczniczych (jeśli dotyczy), o których mowa w ustawie Prawo farmaceutyczne.

Pytanie nr 5

PROJEKT UMOWY – Czy w przypadku, gdy Zamawiający zdecyduje się na przedłużenie umowy o kolejne 24 miesiące negocjacji podlegaty będą ceny i dotyczyć

to będzie nie tylko okoliczności wymienionych § 4, czy Zamawiający dopuszcza przedstawienie nowej kalkulacji cenowej? Jeżeli tak to prosimy o dodanie w umowie paragrafu regulującego tą kwestię. Co w sytuacji gdy Zamawiający i Wykonawca nie osiągną porozumienia co do nowych cen?

Odpowiedź nr 5

Zamawiający informuje, iż w przypadku sytuacji, o których mowa w § 6 ust. 2 projektu umowy nie będzie prowadził żadnych negocjacji w sprawie ceny zamówienia, jak również innych elementów dotyczących złożonej oferty.

Ewentualne zmiana ceny, może nastąpić tylko w ściśle określonych okolicznościach i na zasadach, o których mowa w § 4 projektu umowy.

Pytanie 6

Czy Zamawiający zechciałby zmniejszyć wysokość kar umownych za zwłokę w dostawie towaru do wysokości 0,5 wartości niedostarczonego towaru za każdy dzień zwłoki?.

Wysokość kar zaproponowanych przez Państwa jest rażąco wysoka w porównaniu z przysługującymi na odsetkami ustawowymi za zwłokę w zapłacie, które wynoszą 11,5% w skali roku, co daje 0.03% za każdy dzień zwłoki.

Odpowiedź nr 6

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż nie wyraża zgody na zmianę treści § 7 projektu umowy.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający zwraca uwagę, iż określone w § 7 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.

Zamawiane w ramach postępowania przetargowego nr 65/2008 leki i inne wyroby medyczne mają 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 mogą zatem stanowić poważne zagrożenie dla realizacji celów statutowych szpitala i narażają jednostkę na odpowiedzialność nie tylko cywilną ale także karną.

Ponadto, w przypadku nieterminowych dostaw – Szpital (Zamawiający) staje przed dylematem, czy z narażeniem zdrowia pacjentów cierpliwie znosić opóźnienia w dostawie przedmiotu zamówienia, 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, których już nie uwzględnia Wykonawca.

Odnosząc się do twierdzeń Wykonawcy, zgodnie z którymi wysokość kar umownych cyt. „*jest rażąco wysoka w porównaniu z przysługującymi na odsetkami ustawowymi za zwłokę w zapłacie*” Zamawiający pragnie zauważyć, iż wyciąganie powyższych wniosków na bazie 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).

Pytanie nr 7

Czy Zamawiający zmieni wysokość kar umownych poprzez wprowadzenie następujących zapisu w § 7 ust. 1 a, b, c wzoru umowy.

- I. „Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty kar umownych poprzez wprowadzenie następującego zapisu § 7 ust. 1 a, b, c wzoru umowy.
 - 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 jednak nie więcej niż 10% wartości opóźnionej dostawy,
 - b) Drugiego opóźnienia w dostawie oraz każdego kolejnego opóźnienia wysokość kar umownych stanowić będzie 5% nierealizowanej części zamówienia, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy jednak nie więcej niż 10% wartości opóźnionej dostawy”,

Pozostawienie zapisów bez zmian, przy odsetkach ustawowych 11, 5% w skali roku powoduje, iż są one rażąco wygórowane i niezgodne z art. 5 oraz 353 KC.

Odpowiedź nr 7

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż nie wyraża zgody na zmianę treści § 7 projektu umowy.

Podkreślić przy tym należy, iż niektóre proponowane przez Wykonawcę zmiany są dla niego, a także dla innych wykonawców mało korzystne. Wykonawcy wnioskuje bowiem o wprowadzenie m.in. następującego zapisu cyt. „*w przypadku 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, jednak nie więcej niż 10% wartości opóźnionej dostawy*”.

Biorąc pod uwagę powyższe propozycje, ewentualna modyfikacja zapisów umowy skutkowałaby w przedmiotowym zakresie możliwością naliczania kar umownych do wysokości 10 %, co jest w opinii Zamawiającego rozwiązaniem niekorzystnym dla Wykonawców.

Ponadto, Zamawiający akcentuje, iż określone w § 7 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 65/2008 leki i inne wyroby medyczne mają 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 mogą zatem stanowić poważne zagrożenie dla realizacji celów statutowych szpitala i narażają jednostkę na odpowiedzialność nie tylko cywilną ale także karną.

Ponadto, w przypadku nieterminowych dostaw – Szpital (Zamawiający) staje przed dylematem, czy z narażeniem zdrowia pacjentów cierpliwie znosić opóźnienia w dostawie przedmiotu zamówienia, 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, których już nie uwzględnia Wykonawca.

Odnosząc się do twierdzeń Wykonawcy, zgodnie z którymi kary umowne są cyt. „*rażąco wygórowane i niegodne z art. 5 oraz 353 KC*” Zamawiający pragnie zauważyć, iż wyciąganie powyższych wniosków na bazie 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).

Pytanie nr 8

Czy wyrażają Państwo zgodę na zmianę zapisu w projekcie umowy § 7 ust. 1 lit a oraz b na karę umowną w wysokości 0,5 % za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy.

Odpowiedź nr 8

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż nie wyraża zgody na zmianę treści § 7 projektu umowy. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego analogiczne, jak w przypadku odpowiedzi nr 6 i 7.

Z poważaniem,
Z-ca Dyr. ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna