

Poznań, dnia 27.08.2008.
EZ/4950/ 2008

Wg rozdzielnika do wszystkich zainteresowanych przetargiem
nieograniczonym nr 90/2008

Dotyczy: **Zakup i dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku, sterylnego**

Wielkopolskie Centrum Onkologii informuje, iż w płynęły zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które udzielmy odpowiedzi.

PYTANIE

Dot. pkt. VII.4 W związku z faktem, że złożenie oferty w postępowaniu przetargowym nie jest czynnością zobowiązującą w rozumieniu prawa cywilnego (a jest nią dopiero podpisanie umowy) prosimy o potwierdzenie, 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 w imieniu Wykonawcy.

ODPOWIEDŹ

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

PYTANIE

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

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż wymaga złożenia przez Wykonawcę dokumentu określonego III pkt 2c tylko w sytuacji, gdy rejestracja wyrobu medycznego oferowanego

przez Wykonawcę i objętego przedmiotem zamówienia jest obowiązkowa na podstawie ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 2004, Nr 93, poz. 896 póź. zm). Nie mniej Wykonawca powinien uprawdopodobnić, iż oferowany przez niego produkt nie podlega rejestracji w myśl cytowanych wyżej przepisów.

Nadmieniamy, iż wytyczne w przedmiotowym zakresie można odnaleźć także w Komunikacie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych z dnia 17 kwietnia 2007 r. w *sprawie rejestracji wyrobów medycznych*.

PYTANIE

Zwracamy się z wnioskiem o zmianę brzmienia art. 6 pkt. 1 Wzoru umowy i obniżenie kar umownych za nieterminowe dostawy towarów do wysokości 0,5 % wartości brutto niezrealizowanej dostawy. Uważamy, że zaproponowane przez Zamawiającego warunki powodują znaczącą dysproporcję w ewentualnych roszczeniach stron (wykonawcy przysługują jedynie odsetki w ustawowej wysokości). Stoi to w sprzeczności z przepisami ustawy PZP (art. 14, 139 PZP) oraz art. 353 KC – tj niezgodności umowy z zasadami współżycia społecznego. Wygórowane kary umowne naruszają także jedną z naczelných zasad PZP zawartą w art. 7 ust. 1 – zasadę uczciwej konkurencji. Dlatego też prosimy o proponowaną przez nas modyfikację.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż nie wyraża zgody na zmianę treści § 7 projektu umowy. Odnosząc się do twierdzeń Wykonawcy, Zamawiający pragnie zauważyć, iż wyciąganie wniosku o nieproporcjonalności kar umownych w stosunku do odsetek ustawowych jest mało precyzyjne. Nie są to bowiem instrumenty tożsame, co wynika bezpośrednio z regulacji kodeksowych – Kodeks cywilny.

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.

Nie mniej, Zamawiający podkreśla, 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 90/2008 wyroby medyczne mają kluczowe znaczenie dla funkcjonowania szpitala. Stąd też ich 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 Wykonawca nie uwzględnia.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiającemu trudno się zgodzić z formułowaną przez Wykonawcę tezą o dyskryminującym charakterze postanowień umownych. Zamawiający ustalił postanowienia umowne w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, jednocześnie zabezpieczając interesy pacjentów oraz chroniąc się przy tym przed nierzetelnymi kontrahentami.

Z poważaniem,
z-ca dyrektora ds. ekonomiczno- eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej- Sarna