

DZP/19PN/2017

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: zapytania do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę sprzętu jednorazowego do cewnikowania serca i urządzeń do stymulacji serca dla Szpitala Specjalistycznego w Zabrze Sp. z o.o.” Nr sprawy **DZP/19PN/2017**

Szpital Specjalistyczny w Zabrze Sp. z o.o. informuje, że w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęło zapytanie jednego z wykonawców następującej treści:

Pytania do asortymentu:

Pyt. 1

Pakiet nr 70:

Czy Zamawiający dopuści zestaw do angiografii o składzie:

Zestaw do angiografii o składzie:

- pojemnik plastikowy 250ml - 2 szt.
- serweta angiograficzna wykonana z włókniny foliowanej polietylenowo- polipropylenowej w rozmiarze 320 x 240 cm z dwoma otworami 10x15cm owalnymi wypełnionymi folią- 1 szt.
- serweta podfoliowana na stolik narzędziowy w rozmiarze 150cm x 190cm, do owinięcia zestawu – 1 szt.
- strzykawką luer lock (3 częściowa) 20 ml – 1 szt.
- strzykawką (2 częściowa) 20ml – 1 szt.
- osłona foliowa z gumką (30÷72)x36cm – 1szt.
- osłona foliowana z gumką (33÷112)x56cm – 1 szt.
- fartuch chirurgiczny wzmocniony rozmiar XL – 1 szt.
- fartuch chirurgiczny rozmiar XL – 1szt.
- kompresy gazowe 7,5x7,5cm 17-nitkowe, 8- warstwowe – 50szt.
- ręczniki chłonne 20x40cm – 1szt.
- igła 0,8mm - 1 szt.

Ad. 1

Tak, Zamawiający wyraża zgodę.

Pyt. 2

Pakiet nr 71:

Czy Zamawiający dopuści zestaw do angiografii o składzie:

- miska plastikowa 250 ml – 2 szt.
- kompresy gazowe 17-nitkowe 8-warstwowe, rozm. 7,5 cm x 7,5cm – 30 szt.
- fartuch chirurgiczny wzmocniony w rozmiarze XL – 1 szt.
- serweta angiograficzna wykonana z włókniny foliowanej polietylenowo- polipropylenowej w rozmiarze 320 x 235 cm z panelem foliowym i otworami o średnicy 12 cm bez folii, z przylepcem – 1 szt.
- ręcznik włókninowy w rozmiarze 20cm x 40cm – 2 szt.
- osłona foliowa z gumką (22÷60)x30cm -2 szt.
- osłona foliowa z gumką (33÷112)x 56cm okrągła z gumką – 1 szt.
- osłona foliowa z gumką (28÷102)x91 cm prostokątna z gumką – 1 szt.

- serweta podfoliowana na stół narzędziowy w rozmiarze 150cm x 190cm, do owinięcia zestawu – 1 szt.
- podkład higieniczny w rozmiarze 90cm x 60cm – 1 szt.
- strzykawka luer lock (3 częściowa) 20 ml – 1 szt.
- strzykawka (2 częściowa) 10 ml – 1 szt.
- igła 0,8 x 40 mm – 1 szt.

Ad. 2

Tak, Zamawiający wyraża zgodę.

Pytania do umowy:

Pyt. 3

Czy Zamawiający zgadza się aby w § 7 ust. 1 wzoru umowy zostało dodane zdanie o następującej (lub podobnej) treści: „*Przed rozwiązaniem umowy Zamawiający pisemnie wezwie Wykonawcę do należytego wykonywania umowy.*”?

Zważywszy na doniosłe i nieodwracalne skutki prawne rozwiązania umowy, celowe jest aby przed rozwiązaniem umowy Zamawiający wezwał wykonawcę do należytego wykonywania umowy. Takie wezwanie najprawdopodobniej zmobilizuje wykonawcę do należytego wykonywania umowy i pozwoli uniknąć rozwiązania umowy, a tym samym uniknąć skutków rozwiązania umowy, które są niekorzystne dla obu stron.

Ad. 3

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 4

Czy Zamawiający zgadza się aby w § 8 ust. 1 lit. a) wzoru umowy wyrażenie „0,5% kwoty brutto określonej dla danego pakietu w § 1 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia” zostało zastąpione wyrażeniem „0,5% wartości brutto towaru niedostarczonego w terminie za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”?

Czy Zamawiający zgadza się aby w § 8 ust. 1 lit. a) wzoru umowy wyrażenie „0,1% kwoty brutto określonej dla danego pakietu w § 1 ust. 1 za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia” zostało zastąpione wyrażeniem „0,1% wartości brutto towaru niedostarczonego w terminie za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki”?

Uzasadnione jest aby kara umowna za brak terminowej dostawy była naliczana od wartości towaru niedostarczonego w terminie, nie zaś od wartości całej umowy (pakietu). W przeciwnym razie kara umowna okaże się niewspółmiernie wysoka w stosunku do wartości towaru niedostarczonego w terminie, a niewykluczone, że wielokrotnie przewyższy tę wartość. Taka kara będzie rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego i naruszy zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Warto zacytować wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2011 r. KIO 475/11: „Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że kara umowna to surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalana na poziomie odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody. Tymczasem zastosowany przez Zamawiającego mechanizm naliczania kar umownych od całej wartości umowy mógłby znaleźć zastosowanie także w przypadku zwłoki w dostawie urządzeń o małej wartości, które również wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Takie ukształtowanie stosunku prawnego w ocenie Izby stanowi nadużycie przyznanego Zamawiającemu prawa podmiotowego. Za uzasadnione należy uznać żądanie Odwołującego, aby kary umowne za zwłokę w dostawie poszczególnych urządzeń obliczane były w stosunku procentowym nie do wartości całego zamówienia, lecz w stosunku do tego elementu zamówienia, z dostawą którego wykonawca popadł w zwłokę.”

Poza tym, uzasadnione jest aby przesłanką naliczenia kary umownej była zwłoka (czyli opóźnienie zawinione przez wykonawcę), nie zaś za wszelkie opóźnienia, czyli także niezawinione przez wykonawcę. Nie ma uzasadnienia rozszerzanie odpowiedzialności wykonawcy także na niezawinione naruszenie terminu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2014 r. KIO 1338/14; KIO 1377/14, „kara umowna należy się za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy

(art. 483 i nast. Kodeksu cywilnego), a więc tradycyjnie za zwłokę, a nie każde opóźnienie w wykonaniu umowy.” Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 3 sierpnia 2015 r. KIO 1546/15 stwierdzając „uprawnienie do dochodzenia kar umownych w wypadku zaistnienia opóźnienia (a nie zwłoki) powoduje niesłuszne obciążanie wykonawcy skutkami okoliczności, za które nie będzie on ponosił winy i nie będzie miał żadnego wpływu na ich zaistnienie. Obciążenie wykonawcy ryzykiem za wszelkie zdarzenia prowadzące do nieterminowego spełnienia świadczenia w sposób oczywisty prowadzi do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, będącej jego właściwością, co pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 353¹ k.c.”

Ad. 4

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 5

Czy Zamawiający zgadza się aby w § 8 ust. 1 lit. b) wzoru umowy wyrażenie „10% kwoty brutto dla danego pakietu określonej w § 1 ust. 1” zostało zastąpione wyrażeniem „10% niezrealizowanej wartości brutto danego pakietu”?

Czy Zamawiający zgadza się aby w § 8 ust. 1 lit. c) wzoru umowy wyrażenie „5% kwoty brutto dla danego pakietu określonej w § 1 ust. 1” zostało zastąpione wyrażeniem „5% niezrealizowanej wartości brutto danego pakietu”?

Uzasadnione jest aby kara umowna za odstąpienie od umowy była naliczana od wartości niezrealizowanej części umowy, nie zaś od wartości całej umowy. W przeciwnym razie, zwłaszcza w przypadku odstąpienia od umowy po zrealizowaniu jej znaczącej części, kara umowna byłaby niewspółmiernie wysoka w stosunku do wartości niezrealizowanej części umowy, a nawet mogłaby przewyższać wartość niezrealizowanej części umowy. Taka kara byłaby rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego i naruszałaby zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. 5

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 6

Jak należy rozumieć obciążenie wykonawcy kosztami zakupu, o którym mowa w § 8 ust. 2 wzoru umowy? Czy chodzi o obciążenie wykonawcy różnicą pomiędzy ceną zapłaconą innemu dostawcy przez Zamawiającego a ceną wynikającą z umowy?

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytania proszę wziąć pod uwagę bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące umów.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2009 r. KIO/UZP 767/09, „*mimo iż sytuacja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy Wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone*”. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 21 lutego 2008 r. KIO/UZP 97/08, w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r. KIO 2649/11, w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r. KIO 2631/12, KIO 2655/12 oraz w wielu innych orzeczeniach.

Ad. 6

W okolicznościach wskazanych w § 8 ust. 2 wzoru umowy mamy do czynienia z obciążeniem wykonawcy różnicą pomiędzy ceną zapłaconą innemu dostawcy przez Zamawiającego a ceną wynikającą z umowy

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytania proszę wziąć pod uwagę bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące umów.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2009 r. KIO/UZP 767/09, „*mimo iż sytuacja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy Wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone*”. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 21 lutego 2008 r. KIO/UZP 97/08, w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r. KIO 2649/11, w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r. KIO 2631/12, KIO 2655/12 oraz w wielu innych orzeczeniach.