Nr sprawy: DSUiZP 252/MT/1/2017 Końskie 2017-01-09

|  |
| --- |
| Firmy biorące udział w postępowaniu ogłoszonym w Systemie Zamówień Publicznych Portal Centralny Nr ogłoszenia:1546 - 2017 z dnia 2017-01-03 r. **;**  na  stronie internetowej zoz-konskie.bip.org.pl oraz w siedzibie zamawiającego -Tablica ogłoszeń |

***dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: systematyczne* – *sukcesywnie przez okres 24 miesięcy dostawy: soczewek wewnątrzgałkowych, materiału wiskoelastycznego, materiałów zużywalnych jednorazowych i wielorazowych do mikrochirurgii oka, serwet okulistycznych, - wg. zadań 1-5***

Dyrekcja Zespołu Opieki Zdrowotnej w Końskich w odpowiedzi na złożone następujące pytania i wnioski dotyczące treści zapisów SIWZ informuje :

1. **Pytanie dot. zadania 3 poz.1**

Czy Zamawiający dopuści w zadaniu nr 3 poz.1 soczewkę wewnątrzgałkową o średnicy całkowitej 12,5 mm, pozostałe parametry bez zmian ?

**Odp: Tak.**

1. **Pytanie nr 1 dot. zadania 2 poz. 2**

Czy Zamawiający dopuści optykę sferyczną ?

**Odp: Tak.**

**Pytanie nr 2 dot. zadania 2 poz. 2**

Czy Zamawiający dopuści soczewkę o przednio dwuwypukłej części optycznej ?

**Odp: Tak.**

**Pytanie nr 3 dot. wzoru umowy**

Zwracam się z prośbą o usunięcie § 1 ust. 4 wzoru umowy.

Uzasadnienie: Zgodnie z art. 556 w zw. z art. 5563 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli na podstawie decyzji lub orzeczenia właściwego organu korzystanie z rzeczy sprzedanej lub rozporządzanie nią jest ograniczone lub zabronione (tzw. wada prawna). Jednakże w nauce prawa powszechnie ugruntowany jest podgląd, że chwilą decydującą dla istnienia wady prawnej jest chwila sprzedaży ((R. Longchamps de Bérier, Zobowiązania, red. J. Górski, Poznań 1948, s. 466), a przy rzeczach indywidualnie oznaczonych – chwila wydania rzeczy kupującemu (J. Skąpski, w: System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań. Część szczegółowa, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976 s. 129). Niezasadnie byłoby bowiem obciążać sprzedawcę odpowiedzialnością za okoliczności, na które zwykle nie ma wpływu. Zgodnie z art. 548 § 1 i 2 kodeksu cywilnego, jeżeli strony nie zastrzegły inaczej, z chwilą wydania rzeczy przechodzą na kupującego wszelkie korzyści i ciężary z nią związane, a zatem również ryzyko zakazania lub ograniczenia używania rzeczy. Postanowienia wzoru umowy nie mogę zatem przewidywać, aby ryzyko to, po wydaniu rzeczy, w dalszym ciągu spoczywało na wykonawcy, a tak właśnie wprost zostało przewidziane w § 1 ust. 4 wzoru umowy.

**Odp: Nie.**

**Pytanie nr 4 dot. wzoru umowy**

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 1 ust. 5 wzoru umowy w brzmieniu: *„Zamawiający zastrzega sobie prawo składania zamówień i realizacji przedmiotu umowy w zależności od ilości hospitalizowanych pacjentów i posiadanych środków finansowych, tym samym ma prawo ograniczenia ilości przedmiotu zamówienia, co może spowodować zmniejszenie wartości umowy, jednakże w żadnym wypadku nie bardziej niż do minimalnego poziomu 80% wartości umowy określonej w § 2, a Wykonawca nie będzie dochodził żadnych roszczeń z tytułu zmniejszenia wartości umowy i ograniczenia ilości wyszczególnionych w formularzu ofertowym w ramach powyższego limitu.”*

Uzasadnienie:

- Przewidziany przez zamawiającego brak minimalnego poziomu zamówienia nie pozwala wykonawcy na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) niedopuszczalne jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający nie może pozostawiać wykonawcy w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwiać mu w ten sposób kalkulacji ceny umownej. W takiej sytuacji bowiem to na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy (zob. również wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10). Celem umożliwienia wykonawcy przedstawienia racjonalnie

skalkulowanej oferty, zamawiający musi zagwarantować wykonawcy realizację zamówienia na poziomie co najmniej 80%.

- Równocześnie, zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres lub wielkość zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Wykonawca musi mieć pewność co do przedmiotu zamówienia (zob. wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2005 r., V Ca 1110/04). § 1 ust. 5 wzoru umowy nie może zatem przewidywać, że zamawiający może zakupić dowolnie więcej jednego produktu, a dowolnie mniej innego. Kwestionowany zapis wzoru umowy nie daje wykonawcy pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie. Nie spełnia również wymogów art. 29 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiot zamówienia musi być opisany w sposób konkretny i precyzyjny. Dlatego też konieczne jest usunięcie tego fragmentu z § 1 ust. 5 wzoru umowy.

**Odpowiedź; Nie. Ponieważ w 12 Zamawiający zastrzega sobie prawo przedłużenia terminu obowiązywania umowy aneksem do czasu pełnej realizacji ilości zawartych w formularzach cenowych.**

**Pytanie nr 5 dot. wzoru umowy**

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 4 ust. 1 wzoru umowy w brzmieniu: *„Za nienależyte wykonanie umowy strony ustalają kary w następujących wypadkach i w wysokości:*

*a) za zwłokę w dostawie przedmiotu zamówienia w wysokości* ***0,5****%, wartości* ***netto*** *towaru niedostarczonego w wyznaczonym terminie, jeśli wina będzie leżeć po stronie Wykonawcy, jednak nie więcej niż 10% wartości opóźnionej dostawy,*

*b) w przypadku gdy Zamawiający odstąpi od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca w wysokości 1% wartości* ***netto*** *niezrealizowanej części umowy,*

*c) za zwłokę w wymianie asortymentu w ramach postępowania reklamacyjnego, o którym mowa w § 3, w wysokości* ***0,5****% wartości* ***netto*** *przedmiotu reklamacji za każdy dzień zwłoki,* ***jednak nie więcej niż 10% tej wartości****.”*

Uzasadnienie:

- Wynikające z art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny uprawnienie stron do ustalenia określonej sumy, przez zapłatę której nastąpić ma naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (kara umowna), nie oznacza zupełnej dowolności. Swobodę umów w tej kwestii ograniczają zasady współżycia społecznego i dobre obyczaje handlowe, których wola umawiających się stron nie powinna naruszać. W orzeczeniu z 16 marca 2006 roku, I ACa 1909/05, Sąd Apelacyjny w Katowicach stwierdził, że odsetki za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego w wysokości 2% dziennie (730% rocznie), gdy kontrahent sankcjonowany jest karą umowną w rozmiarze czterokrotnie mniejszym – 0,5% dziennie za niedotrzymanie terminu wykonania umowy, prowadzi do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, będącej jego właściwością i pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 3531 kodeksu cywilnego. W przedmiotowym wzorze umowy mamy do czynienia z jeszcze większą dysproporcją, skoro wykonawcy należą się zgodnie z prawem odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych w stawce 9,5% rocznie (na podst. art. 8 i art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych), a zamawiający zastrzega na swoją korzyść karę umowną w stawce 3% oraz 1% dziennie, czyli odpowiednio 1095% i 365% w stosunku rocznym. Jest to odpowiednio ponad 115-krotnie oraz prawie 40-krotnie

więcej, niż należy się wykonawcy z tytułu odsetek za opóźnienie w zapłacie. Jeśli w powołanym wyżej wyroku sąd uznał 4-krotną dysproporcję pomiędzy stawką odsetek za opóźnienie w zapłacie a stawką kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania umowy za sprzeczną z zasadą swobody umów, to z całą pewnością analogicznie należy ocenić ponad 115-krotną oraz niemal 40-krotną dysproporcję zaproponowaną w przedmiotowym wzorze umowy. Zasadne jest zatem zmniejszenie stawki kary umownej dla obu przypadków nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę do 0,5%, co i tak stanowi prawie 20-krotnie więcej, niż należy się wykonawcy z tytułu odsetek ustawowych;

- Kara umowna, której wysokość uzależniona jest od wartości zobowiązania, powinna być odniesiona do tej wartości netto. Tylko wartość netto zobowiązania stanowi bowiem dla wykonawcy rzeczywisty z ekonomicznego punktu widzenia ekwiwalent jego świadczenia, natomiast podatek VAT, składający się na kwotę brutto, jest daniną publiczną, której wykonawca jest tylko płatnikiem;

- Słusznie § 4 ust. 1 lit. a wzoru umowy przewiduje 10-procentowy limit naliczania kar umownych. W ocenie wykonawcy taki sam limit powinien zostać przewidziany dla przypadku określonego w § 4 ust. 1 lit. c. Brak górnego limitu naliczania kary umownej w praktyce może powodować, iż jej celem nie będzie zagwarantowanie zamawiającemu sprawiedliwej rekompensaty w przypadku niewykonania zobowiązania, ani nawet zdyscyplinowanie wykonawcy i przymuszenie go do najwyższej staranności, ale umożliwienie zamawiającemu wzbogacenia się kosztem wykonawcy. Jest to sprzeczne z naturą kary umownej i w konsekwencji nie mieści się w zasadzie swobody umów (art. 3531 kodeksu cywilnego), tym bardziej w sytuacji, gdy zastrzeżono na korzyść zamawiającego możliwość dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej.

**Odp: Nie.**

**Pytanie nr 6 dot. wzoru umowy**

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 4 ust. 3 wzoru umowy w brzmieniu: *„Postanowienia* ***ust. 1 i 2*** *nie wyłączają prawa* ***żadnej ze stron*** *do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, jeżeli wartość powstałej szkody przekroczy wysokość kar umownych.”*

Uzasadnienie: Umowa sprzedaży jest umową wzajemną. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, jeśli umowa ma cechy wzajemności, to strony nie mogą kształtować jej w sposób podważający zasadę ekwiwalentności ich świadczeń (zob. wyrok SN z 23 czerwca 2005 r., II CK 739/2004). Jeżeli zatem zamawiający zastrzega na swoją korzyść możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, to analogiczne uprawnienie powinno zostać przewidziane również na rzecz wykonawcy.

**Odp: Tak.**

2. **(zadanie nr 5)** Czy Zamawiający dopuści otwór 15x20cm?

**Odp: Nie**

1. **(zadanie nr 5)** Ze względu na konieczność uruchomienia produkcji zestawów operacyjnych przez producenta Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie czasu realizacji pierwszej dostawy do 4 tygodni od daty podpisania umowy?

**Odp: Nie – zgodnie z deklarowanym przez Wykonawcę terminem dostaw.**

*Pismo zostaje w dniu dzisiejszym zamieszczone na stronach*  [[http: /zoz-konskie.bip.org.pl/](http://zoz-konskie.bip.org.pl/)](http://www.zoz.konskie.pl)

Końskie 2017-01-09 Z-ca *Dyrektora*

*Zespołu Opieki Zdrowotnej*

*w Końskich*

*mgr inż. Jerzy Grodzki*

*Sporządził:*

*Zastępca Kierownika DSUiZP*

*ds. Zamówień Publicznych*

*Tomasz Milcarz*