

Do wszystkich wykonawców

Dot.: odpowiedzi na pytania w postępowaniu do 30 000 euro na dostawę soczewek kontaktowych opatrunkowych i korekcyjnych

Pytanie 1: Dot. opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji asortymentowo-cenowej – Załącznik nr 3 do SIWZ, dla Części nr 12: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dopuszczenie soczewek z okresem ważności krótszym niż 3, jednak nie krótszym niż 2 lata?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający dopuści w Części 12 soczewki z okresem ważności nie krótszym niż 2 lat.

Pytanie 2: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 2 ust. 11 wzoru umowy w brzmieniu: „Zamawiający ma prawo do składania zamówień bez ograniczeń co do zakresu i ilości, a także prawo do niewykorzystania maks. do 20% asortymentu objętego umową (według wartości) w przypadku zmniejszonego zapotrzebowania”. Uzasadnienie: Wskazanie minimalnego zakresu zamówienia, który zamawiający zobowiąże się zrealizować w każdym wypadku, na poziomie 80% pozwoli wykonawcy na racjonalne oszacowanie ceny ofertowej.

Odpowiedź: Zamawiający zmienia treść § 2 ust. 11 wzoru umowy na następującą: „Zamawiający ma prawo do składania zamówień bez ograniczeń co do zakresu i ilości, a także prawo do niewykorzystania maks. do 20% asortymentu objętego umową (według wartości) w przypadku zmniejszonego zapotrzebowania.”

Pytanie 3: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o: - przyjęcie § 3 ust. 3 wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca gwarantuje, że w trakcie trwania umowy ceny jednostkowe netto nie ulegną podwyższeniu.”, - przyjęcie § 3 ust. 4 wzoru umowy w brzmieniu: „W przypadku zmiany obowiązującej stawki VAT ceny brutto ulegną automatycznej waloryzacji stosownie do nowo obowiązującej stawki VAT” - oraz usunięcie § 7 ust. 3 lit. b wzoru umowy. Uzasadnienie: Wykonawca nie może zagwarantować stałości cen brutto, ponieważ kwota VAT ujęta w cenie brutto jest tylko podatkiem, którego wykonawca jest płatnikiem, natomiast rzeczywista z ekonomicznego punktu widzenia cena świadczenia wykonawcy to wyłącznie cena netto. Z tego względu zmiany stawki VAT powinny być automatycznie uwzględniane w trakcie obowiązywania umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmieni zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 4: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 4 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca rozpatrzy reklamację Zamawiającego w terminie 3 dni od daty zgłoszenia reklamacji, a reklamację co do jakości lub zgodności towaru z umową – w terminie 3 dni od odesłania Wykonawcy wadliwego towaru przez Zamawiającego. Nieudzielenie odpowiedzi w tym terminie lub brak podania przyczyn nieuznania zasadności reklamacji w tym terminie uważane będzie za uwzględnienie reklamacji.” Uzasadnienie: Zgodnie z art. 561² § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, w razie gdy kupujący żąda wymiany rzeczy wadliwej na wolną od wad, obowiązany jest on dostarczyć rzecz sprzedawcy na jego koszt. Konieczność przemieszczenia przedmiotu sprzedaży wynika z samego żądania zastąpienia rzeczy wadliwej rzeczą wolną od wad, a ponadto umożliwić ma sprzedającemu ustosunkowanie się do żądania kupującego, co wymaga uprzedniego zbadania reklamowanego towaru. Wykonawca nie może ustosunkować się do zgłoszonej mu reklamacji co do jakości towaru zanim nie będzie mógł samodzielnie ocenić, czy towar faktycznie dotknięty jest wadą. Termin na wymianę towaru bądź odmowę uznania reklamacji winien zatem rozpoczynać swój bieg dopiero z chwilą udostępnienia reklamowanego towaru wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmieni zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 5: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 5 ust. 1 wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: a) w wysokości 0,5% wartości netto danego zamówienia częściowego – za każdy dzień zwłoki w zrealizowaniu dostawy częściowej, lecz nie więcej niż 10% tej wartości, b) w wysokości 0,5% wartości netto danego zamówienia częściowego – za każdy dzień zwłoki w realizacji obowiązków określonych w § 4 ust. 3 niniejszej umowy, lecz nie więcej niż 10% tej wartości, c) w wysokości 10% wartości netto niewykonanej części umowy – w przypadku odstąpienia lub rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca.” Uzasadnienie: - 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; - Kara umowna

winna być należna jedynie w przypadku zwłoki wykonawcy, nie zaś opóźnienia. Zgodnie z art. 483 kodeksu cywilnego, karę umowną można zastrzec w celu naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Z kolei zgodnie z art. 471 kodeksu cywilnego dłużnik nie jest obowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania będącego następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. W rozumieniu art. 476 kodeksu cywilnego, za „opóźnienie” należy rozumieć również takie przypadki nieterminowego spełnienia świadczenia, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Przypadki zawinionego niespełnienia świadczenia w terminie określa się natomiast w prawie cywilnym mianem „zwłoki”. Zamawiający uprawniony jest zatem do naliczenia kary umownej jedynie w przypadku zwłoki wykonawcy – a więc w przypadku zawinionego przez wykonawcę niespełnienia świadczenia w terminie. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, a takie okoliczności mieszczą się w pojęciu „opóźnienia”; - Kara umowna stanowić ma ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, ma służyć naprawieniu szkody a nie wzbogaceniu się poszkodowanego. 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; - Kara umowna za odstąpienie od umowy powinna być naliczana jedynie od wartości niewykonanej części umowy, w przeciwnym razie będzie to kara rażąco niesprawiedliwa i w związku z tym sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ kodeksu cywilnego). Kara umowna nie może pozostawać w oderwaniu od rozmiaru niewykonanego zobowiązania. Jeśli wykonawca zapłaci nominalnie taką samą karę umowną niezależnie od tego, czy umowę wykona w 1% czy w 99%, oznacza to, iż proporcjonalnie do wartości niewykonanego zobowiązania wykonawca zapłaci tym większą karę im w mniejszej części zobowiązania nie wykona, co jest ewidentnie sprzeczne z elementarnymi zasadami współżycia społecznego.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 6: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o dodanie do § 5 wzoru umowy, po ust. 1, nowego ustępu 1a w brzmieniu: *„Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% wartości netto niewykonanej części umowy – w przypadku odstąpienia lub rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający.”* Uzasadnienie: Umowa sprzedaży jest umową wzajemną. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, 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 więc zamawiający domaga się zapłaty od wykonawcy kary umownej za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy, to dla zachowania ekwiwalentności świadczeń stron musi zaoferować zapłatę takiej samej kary w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 7: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o usunięcie § 5 ust. 2 wzoru umowy. Uzasadnienie: Z uwagi na to, iż potrącenie stanowi jednostronną czynność prawną, przez którą zainteresowany może ukształtować nie tylko swoją sytuację prawną, lecz także sytuację prawną innego podmiotu, wykorzystywanie tej instytucji powinno mieć miejsce tylko wówczas, gdy spełnione są ściśle wszystkie przesłanki potrącenia określone w ustawie. Wymaga tego egzekucyjna funkcja potrącenia oraz konieczność ochrony uzasadnionych interesów drugiego wierzyciela, do którego kierowane jest oświadczenie o potrąceniu, lub osób trzecich (por. L. Stępiak, Potrącenie..., s. 21 i n.; tenże, Głos do wyroku SN z dnia 15 grudnia 1994 r., I CRN 149/94, OSP 1996, z. 4, poz. 84; M. Pyziak-Szafnicka (w:) System prawa prywatnego, t. 6, s. 1099; G. Wolak, O formie złożenia oświadczenia woli o potrąceniu oraz zarzutu potrącenia, Mon. Praw. 2010, nr 23, s. 1290 i n.). Z tego też względu projekt umowy nie powinien przewidywać innych możliwości potrącenia niż wynikające z bezwzględnie obowiązujących norm art. 498 i następnych kodeksu cywilnego.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 8: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 5 ust. 3 wzoru umowy w brzmieniu: *„W przypadku, gdy wysokość wyrządzonej szkody przewyższa naliczoną karę umowną każda ze stron ma prawo żądać odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.”* Uzasadnienie: Zmiana jest konieczna celem zagwarantowania ekwiwalentnej pozycji obu stron umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

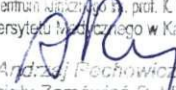
Pytanie 9: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 6 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu: *„Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku, gdy Wykonawca: a) pięciokrotnie nie dotrzyma terminów realizacji dostaw częściowych określonych zgodnie z § 2 ust. 8 niniejszej umowy; b) jest*

w zwłoce z realizacją dostawy częściowej o ponad 10 dni kalendarzowych; b) jest w zwłoce z realizacją któregośkolwiek z obowiązków określonych w § 4 umowy o ponad 10 dni kalendarzowych." Uzasadnienie: Zgodnie z art. 145a a contrario ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, niedopuszczalne jest rozwiązanie umowy przez zamawiającego z innych przyczyn niż wskazane w tym przepisie. Zamawiający może natomiast odstąpić od umowy z powodu nienależytego jej wykonania przez wykonawcę, pod warunkiem jednak, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za takie nienależyte wykonanie umowy. Jak wyjaśniono powyżej, same pojęcia „opóźnienia” czy „niedotrzymania terminów” są pojęciami obiektywnymi, niezależnymi od zawinienia wykonawcy. Opóźnienie lub niedotrzymanie terminu może nastąpić również z przyczyn niezależnych od wykonawcy, na przykład z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zamawiający nie może odstąpić od umowy i domagać się zapłaty od wykonawcy kary umownej w sytuacji, gdy wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 10: Dot. zapisów wzoru Umowy: Zwracam się z prośbą o dodanie do § 6 wzoru umowy, po ust. 2, nowego ustępu 2a w brzmieniu: „Wykonawca może odstąpić od umowy w przypadku, gdy Zamawiający: a) pięciokrotnie nie dotrzyma terminów zapłaty; b) jest w zwłoce z zapłatą o ponad 10 dni kalendarzowych” Uzasadnienie: Umowa sprzedaży jest umową wzajemną. Dla zagwarantowania ekwiwalentnej pozycji stron wykonawca powinien mieć zapewnione analogiczne uprawnienia do odstąpienia od umowy jak zamawiający.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów wzoru umowy w tym zakresie.

Z upoważnienia Dyrektora
Uniwersyteckiego Centrum Wzrostu i Zdrowia prof. K. Górnika
Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

mgr Andrzej Fochowicz
Kierownik Działu Zamówień Publicznych