



DZP/381/94A/2016

Katowice/08.11.2016

Do wszystkich Wykonawców

Dot. postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń medycznych

Kierownik Działu Zamówień Publicznych

mgr Andrzej Rechowicz

ul. Ceglana 35
40-514 Katowice

SEKRETARIAT

tel.: (32) 358 14 60

tel.: (32) 358 12 00

fax : (32) 251 84 37

sekretariat@uick.katowice.pl

Pytanie 1: dot. zapisów wzoru umowy: Zwracam się z prośbą o usunięcie § 2 ust. 13 wzoru umowy. Uzasadnienie: 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 (zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2013 roku, KIO 1481/13, oraz z dnia 6 listopada 2014 r., KIO 2177/14). Wykonawca musi mieć pewność, że zrealizuje zamówienie w określonym zakresie (zob. wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2005 r., V Ca 1110/04). Kwestionowany zapis wzoru umowy nie daje wykonawcy pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie. Dlatego też konieczne jest jego usunięcie z wzoru umowy. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2014 roku, KIO 809/14, nie można zaakceptować postanowień umowy dających zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zakresie i ilości dostaw będących przedmiotem zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający nie usuwa § 2 ust. 13 wzoru umowy, ale zmienia jego treść w następujący sposób: „Zamawiający ma prawo do składania zamówień bez ograniczeń co do zakresu i ilości, a także prawo do nie wykorzystania pełnego zakresu asortymentu objętego umową w przypadku zmniejszonego zapotrzebowania, pod warunkiem, że niezrealizowana wartość umowy nie będzie większa niż 30% wartości umowy.”

Pytanie 2: 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. Natomiast w przypadku zmiany obowiązującej stawki VAT ceny brutto ulegną automatycznej waloryzacji stosownie do nowych stawek VAT, przy zachowaniu niezmiennych cen netto.” Uzasadnienie: Wykonawca nie może zagwarantować stałości cen brutto. Z ekonomicznego punktu widzenia jedynie cena netto stanowi bowiem ekwiwalent spełnianego przez niego świadczenia.

Odpowiedź: Zamawiający zmienia treść §3 ust.3 wzoru umowy w następujący sposób : „Wykonawca gwarantuje, że w trakcie trwania umowy ceny jednostkowe netto nie ulegną podwyższeniu. Strony dopuszczają możliwość podwyższenia wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy wyłącznie w formie pisemnego aneksu do niniejszej umowy w przypadku urzędowej zmiany stawki podatku VAT.”

Pytanie 3: dot. zapisów wzoru umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 4 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu: „Wykonawca rozpatrzy reklamację Zamawiającego w terminie 5 dni roboczych od daty zgłoszenia reklamacji, a reklamację co do jakości lub zgodności towaru z umową – w terminie 5 dni roboczych od otrzymania przez Wykonawcę wadliwego towaru od 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 wprowadza proponowanej zmiany do wzoru umowy.

Pytanie 4: 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 Wyrobów medycznych niedostarczonych w ramach danego zamówienia częściowego za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu tych Wyrobów medycznych, lecz nie więcej niż 10% tej wartości, b) w wysokości 10% wartości netto niewykonanej części umowy w przypadku, gdy dojdzie do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od umowy 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 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, 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 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny), tym bardziej w sytuacji, gdy zastrzeżono na korzyść zamawiającego możliwość dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej; - Usunięcie litery b omawianego ustępu uzasadnione jest tym, że zamawiający nie może zastrzec dwóch jednoczesnych kar umownych za jeden i ten sam przypadek nienależytego wykonania umowy. Zgodnie z § 4 ust. 4 wzoru umowy, zamówienie dotknięte wadami lub brakami ilościowymi uważane jest za niezrealizowane w tej części aż do czasu uzupełnienia braków lub wymiany wadliwych towarów przez wykonawcę. Jeśli zatem zamówienie w tej części jest niewykonane, to zamawiającemu przysługuje z tego tytułu kara umowna określona pod lit. a kwestionowanego ustępu – za zwłokę w realizacji zamówienia; - Kara umowna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy powinna być naliczana jedynie od wartości niewykonanej lub nienależyte wykonanej części umowy, w przeciwnym razie będzie to kara rażąco niesprawiedliwa i w związku z tym sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny). Kara umowna nie może pozostawać w oderwaniu od rozmiaru niewykonanego zobowiązania. Jeśli przy odstąpieniu od umowy „w stosunku do danej części zamówienia” wykonawca zapłaci nominalnie taką samą karę umowną niezależnie od tego, czy tę część zamówienia 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 wprowadza proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 5: 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, gdy dojdzie do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od umowy 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 wprowadza proponowanej zmiany do wzoru umowy.

Pytanie 6: dot. zapisów wzoru umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 5 ust. 3 wzoru umowy w brzmieniu: „W przypadku, gdy wysokość wyrządzonych 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 wprowadza proponowanej zmiany do wzoru umowy.

Pytanie 7: dot. zapisów wzoru umowy: Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 6 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu: „Zamawiający może odstąpić od umowy w całości lub części w przypadku, gdy: a. Wykonawca z własnej winy trzykrotnie nie dotrzyma terminów realizacji dostaw częściowych określonych zgodnie z § 2 ust. 9 niniejszej umowy; b. zwłoka w zrealizowaniu dostawy częściowej przekroczy 10 dni kalendarzowych; c. Wykonawca jest w zwłoce z realizacją któregośkolwiek z obowiązków określonych w § 4 ust. 3 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 wprowadza proponowanej zmiany do wzoru umowy.

Jednocześnie na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zmienia treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w następujący sposób:

- Pkt III SIWZ – w części 6 dodaje się zapis - „Wykonawca na czas obowiązywania umowy dostarczy Zamawiającemu do bezpłatnego użyczenia aparat do witrektomii i fakoemulsyfikacji określony w załączniku nr 4.6a do SIWZ. Aparat do witrektomii i fakoemulsyfikacji określony w w/w Załączniku musi być właściwy do oferowanych w Załączniku nr 4.6 materiałów eksploatacyjnych.”
- Pkt IV SIWZ – dodaje się zapis – „Dostawa, instalacja i uruchomienie aparatu do witrektomii i fakoemulsyfikacji oraz przeszkolenie wskazanych pracowników Zamawiającego w terminie do 7 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy.”
- Pkt V SIWZ – w PPkt 1.2)b) Zamawiający uściśla warunki udziału w postępowaniu dodając po słowach „przedstawić wykaz dostaw materiałów eksploatacyjnych do urzędzeń medycznych,” zapis „ w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie,”
- w załączniku nr 4.6 dodaje się w Lp.3 poz.30 tj. „końcówka do endolaseru 25G-1 szt.”
- dodaje się Załącznik nr 4.6a - „Wymagane parametry oferowanego do użyczenia aparatu do witrektomii i fakoemulsyfikacji”
- dodaje się Załącznik nr 5a – wzór umowy dla części nr 6 (dla części nr 1 do 5 obowiązuje wzór umowy stanowiący Załącznik nr 5).

Na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający zmienia terminy składania i otwarcia ofert w następujący sposób:

Termin składania ofert upływa w dniu 30.11.2016 r. o godz.10.00.

Otwarcie ofert nastąpi w siedzibie Zamawiającego w pokoju E057 w dniu **30.11.2016 r. o godz. 10.30.**

Przed upływem terminu składania ofert tj. **30.11.2016 r.** należy wnieść wadium w kwocie określonej w Pkt VIII.1 SIWZ.

W załączeniu :

- zmieniona treść Załącznika Nr 1 (Formularz ofertowy)
- zmieniona treść Załącznika Nr 4.6 (Formularz asortymentowo-cenowy dla części nr 6)
- Załącznik Nr 4.6a (Wymagane parametry oferowanego do użyczenia aparatu dla części nr 6)
- Załącznik Nr 5a (wzór umowy dla części nr 6 wraz z Załącznikami A,B,C,D)

Z upoważnienia Dyrektora
Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego im. prof. K. Gibińskiego
Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

mgr Andrzej Pechowicz
Kierownik Działu Zamówień Publicznych