



# SOSNOWIECKI SZPITAL MIEJSKI

sp. z o.o.

ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec

Sosnowiec, dn. 21.03.2014r.

## WYKONAWCY BIORĄCY UDZIAŁ W POSTĘPOWANIU

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **sprzętu medycznego jedno i wielorazowego użytku - wkładów i złączy do strzykawk automatycznej.**

Znak sprawy ZP-2200-22/14

### Wyjaśnienia Zamawiającego 1

Działając zgodnie z art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.) Zamawiający udziela wyjaśnień jak poniżej:

#### Pytanie nr: 1

Pakiet 1, pozycja 1

Czy Zamawiający oczekuje złączy prostych czy spiralnych?

Odpowiedź: Zamawiający dopuści złącze proste i spiralne.

#### Pytanie nr: 2

Pakiet 1, pozycja 1

Czy Zamawiający oczekuje złącza z jednym czy z dwoma zaworkami?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga aby złączki podpinane do pacjenta miały dwa zaworki na obu przyłączach do obu wkładów.

#### Pytanie nr: 3

(dotyczy punktu III Termin i warunki realizacji zamówienia, podpunkt 2 SIWZ)

Czy Zamawiający dokona modyfikacji ppkt. 2 punktu III o brzmieniu (cyt.):

2. W wyjątkowych sytuacjach (cito) Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć przedmiot umowy do Zamawiającego na własny koszt i ryzyko do 24 godzin od złożenia zamówienia telefonicznego potwierdzonego faksem lub emailem. \* i wprowadzi proponowany zapis:

2. W Wyjątkowych sytuacjach (cito), uzasadnionych na piśmie. Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć przedmiot umowy do Zamawiającego na własny koszt i ryzyko do 24 godzin od złożenia zamówienia telefonicznego, potwierdzonego faksem lub emailem.

Uzasadnienie:

Zwracamy uwagę, że na odpowiednich działach/sekcjach Zamawiającego spoczywa ciężar planowania zakupów z odpowiednim wyprzedzeniem. Wykonawcy oczywiście muszą wykazać się najwyższą gotowością we współpracy, jednak dostawa na cito musi mieć uzasadnienie i podstawy. Jest to szczególnie ważne także ze względu na wysokość kar, które Zamawiający we wzorze umowy zaplanował, jako znacząco wysokie.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy i wymaga złożenia oferty zgodnie z SIWZ.

#### Pytanie nr 4

(dotyczy Wzoru umowy, Załącznik nr 3 do SIWZ:

Czy Zamawiający dokona modyfikacji Wzoru umowy w ramach §5 Kary umowne, pkt. .1.

3, 6, 7 o brzmieniu (cyt.):

1. W Przypadku nie wykonania dostawy przez Wykonawcę, nie uzupełnienia przez Wykonawcę braków ilościowych, powstania zwłoki w realizacji zamówienia „zgodnie z terminami określonymi w §4 ust.1 i 6 niniejszej umowy Zamawiający naliczy, a wykonawca zapłaci kary umowne w wysokości 2% wartości brutto nie dostarczonej zamówionej części przedmiotu umowy objętego danym Pakietem – za każdy dzień zwłoki. Po 14 dniach przysługuje Zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy z przy czyn dotyczących Wykonawcy.

3. W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bądź przez Wykonawcę z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej; w wysokości 15% niezrealizowanej części umowy brutto w zakresie danego pakietu.

6. Wykonawca nie może bez pisemnej zgody Zamawiającego przenosić wierzycelności wynikających z umowy niniejszej na osoby trzecie, ani rozporządzać nimi w jakiegokolwiek prawem przewidzianej formie. W szczególności wierzycelność nie może być przedmiotem zabezpieczenia zobowiązań Wykonawcy (np. z tytułu umowy kredytu, pożyczki). Wykonawca nie może również zawrzeć umowy z osobą trzecią o podstawienie w prawa wierzyciela (art. 518 Kodeksu cywilnego), umowy poręczenia, przekazu.

7. Za naruszenie zobowiązania określonego w ust. 6, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości wierzycelności objętej czynnością prawną pociągającą za sobą skutki wskazane w ust.6.

i zmodyfikuje zapisy umowy zgodnie z poniższą propozycją:

1. W Przypadku nie wykonania dostawy przez Wykonawcę, nie uzupełnienia przez Wykonawcę braków ilościowych, powstania zwłoki w realizacji zamówienia, zgodnie z terminami określonymi w §4 ust.1 i 6 niniejszej umowy Zamawiający naliczy, a wykonawca zapłaci kary umowne w wysokości 0,5% wartości brutto nie dostarczonej zamówionej części przedmiotu umowy objętego danym pakietem – za każdy dzień zwłoki. Po 14 dniach po bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do właściwego realizowania zamówienia, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do rozwiązania umowy z przy czyn dotyczących Wykonawcy.

3. W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bądź przez Wykonawcę z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego, Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej w wysokości 10% niezrealizowanej części umowy brutto w zakresie danego pakietu.

6. Wykonawca nie może bez pisemnej zgody Zamawiającego przenosić wierzytelności wynikających z umowy niniejszej na osoby, ani rozporządzać nimi w jakiegokolwiek prawem przewidzianej formie. W szczególności wierzytelność nie może być przedmiotem zabezpieczenia zobowiązań Wykonawcy (np. z tytułu umowy kredytu, pożyczki). Wykonawca nie może również zawrzeć umowy z osobą trzecią o podstawienie w prawa wierzyciela (art. 518 Kodeksu cywilnego), umowy poręczenia, przekazu.

7. Za naruszenie zobowiązania określonego w ust. 6, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości wierzytelności objętej czynnością prawną pociągającą za sobą skutki wskazane w ust.6.

#### Uzasadnienie:

Zwracamy uwagę Zamawiającego na fakt, że wszelkie kary umowne muszą być adekwatne do wysokości doznanych szkód i w żadnym przypadku nie powinny one przewyższać wielkości świadczenia, którego wykonanie mają zabezpieczać.

Tym samym wnosimy o obniżenie kar do bardziej rozsądnego poziomu przez modyfikację sposobu ich naliczania w przypadku ewentualnych opóźnień w dostarczeniu zamawianego towaru. Zwracamy przy tej okazji uwagę na fakt, iż Zamawiający nie uwzględnił w projekcie umowy obiektywnych przyczyn powstania opóźnień w dostawie towaru lub fizycznego braku możliwości dostarczenia towaru, w wyniku wystąpienia okoliczności „Siły wyższej”, czyli zdarzeń losowych, na które Wykonawca nie ma wpływu (np. pożar, powódź lub zalanie magazynu, wypadek w czasie jego transportu, warunki atmosferyczne uniemożliwiające terminową realizację zamówienia).

Ponadto podnieść także należy - w odniesieniu do pkt. 7, którego wykreślenia w całości żądamy - że Zamawiający, będąc jedną / równoprawnych stron umowy, nie ma podstawy prawnej do narzucania obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kary umownej, w sytuacji niezwiązanej z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie ma także prawa do wykorzystania instytucji kary umownej w sposób sprzeczny z funkcją, jaką powinna ona pełnić w ramach stosunku cywilnoprawnego oraz w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego.

Kara umowna może być zastrzegana w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania głównego przedmiotu umowy (np. zwłoka w dostawie, braki ilościowe lub jakościowe przedmiotu zamówienia) i tylko w takim wypadku kara umowna zastępuje odszkodowanie należne Zamawiającemu.

Kara umowna ma zabezpieczać interes Zamawiającego i ma ona mobilizować Wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, jednak kara umowna nie może stanowić ograniczenia praw Wykonawcy i pozbawiać go, podczas realizacji zamówienia, możliwości korzystania z potencjału finansowego podmiotów trzecich, ani też nie może ona ograniczać prawa Wykonawcy do dochodzenia należnego mu wynagrodzenia.

Działania, do jakich w ramach obecnych zapisów §8 ust. 1c oraz § 11, ust. 1-8 Wzoru Umowy pragnie sobie zastrzec prawo zamawiający, mają na celu karanie wykonawców za czynności podejmowane przez nich, których celem ma być zabezpieczenie i odzyskanie przez nich ich własnych środków finansowych, po prawidłowym i rzetelnym wykonaniu przez nich zobowiązania wynikającego z

Umowy.

Wspomniane powyżej działania Zamawiającego są nieuzasadnione prawnie i merytorycznie i stanowią one o naruszeniu przez Zamawiającego szeregu przepisów prawnych, w tym: art. 14 Pzp oraz art., 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 351, 1 kc oraz w zw. z art. 5 kc.

Przypominamy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania, lub nienależytego niewykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej.

Kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zaostrenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są zobowiązaniem, którego niewykonania, względnie nienależytego wykonania, kara dotyczy. Ze względu na wskazaną wyżej funkcję kara umowna zwykle zastrzegana jest w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania głównego przedmiotu umowy, więc jeśli kara umowna nie ma stanowić zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to jej uwzględnienie przez Zamawiającego stanowi o pogwałceniu zasad współzycia społecznego.

Zgodzić się należy z poglądem, iż Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających jego interes, co jest szczególnie istotne w przypadku wydatkowania środków publicznych. Opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi

konsekwencjami. Jednakże wykorzystywanie przez Zamawiającego, będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kary umownej, która byłaby należna niezależnie od sposobu wykonania przedmiotu zamówienia jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 353.1 kc granice swobody umów.

Powyższe potwierdza aktualne orzecznictwo, Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie Izba, rozpatrując podobny przypadek (sygn. akt KIO 2397/13) nakazała Zamawiającemu usunięcie zapisów dotyczących kar umownych niezwiązanych z przedmiotem zamówienia, stwierdzając, że „, naruszenie Przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353.1 i art. 5 kc może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia”. Co więcej, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2013 roku, sygn. akt. KIO 2397/13 nakazującym Zamawiającemu usunięcie postanowień dotyczących kar umownych niezwiązanych z przedmiotem zamówienia, skład orzekający Izby uznał, że „(...) kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego nie mają żadnego związku z uchybieniami Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia oraz że kary umowne niezwiązane z przedmiotem zamówienia zastrzeżone przez Zamawiającego należy uznać za przekroczenie przez Zamawiającego przysługującego mu, co do zasady, uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2014 roku, sygn. akt KIO 487/14 (gdzie...Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2013 roku Sygn. akt. Ko 2397/13, w którym Izba w analogicznym stanie faktycznym uznała za niedopuszczalne zastrzeżenie kar umownych niezwiązanych z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, wskazując, że stanowią one przekroczenie przysługującego zamawiającemu uprawnienia do konstruowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego:): „Zastrzeżenie kar umownych w sytuacji, gdy zamawiający spóźnia się z zapłatą wynagrodzenia i sankcjonowanie podejmowania przez wykonawcę prób zmierzających do odzyskania wierzytelności, jest zdaniem Izby sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i stanowi nadużycie przez zamawiającego jego prawa podmiotowego do kształtowania postanowień umowy”.

Wnioskujemy o wprowadzenie przez Zamawiającego treści udzielonych odpowiedzi do zapisów SIWZ i nadanie im tym samym charakteru wiążącego dla wszystkich podmiotów biorących udział w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Odpowiedź: Biorąc pod uwagę specyfikę działalności i wynikające z tego wymagania - Zamawiający podtrzymuje zapisy i wymaga złożenia oferty zgodnie z SIWZ.

**Pytanie nr 5**

dot. Projektu UMOWY – Załącznik Nr 3 do SIWZ:

- 1.** Dot. § 5 - Prosimy o modyfikację tego paragrafu w następujący sposób:

„§ 5

**KARY UMOWNE**

1. W przypadku nie wykonania dostawy przez Wykonawcę, nie uzupełnienia przez Wykonawcę braków ilościowych, powstania zwłoki w realizacji zamówienia, zgodnie z terminami określonymi w § 4 ust. 1 i 6 niniejszej umowy Zamawiający naliczy, a Wykonawca zapłaci kary umowne w wysokości 2% 0,5% wartości brutto nie dostarczonej zamówionej części przedmiotu umowy objętego danym pakietem - za każdy dzień zwłoki. Po 14 dniach przysługuje Zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy.
2. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w zakresie danego pakietu w następujących przypadkach:
  - a. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy - odstąpienie w tym przypadku może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach.
  - b. Gdy Wykonawca nie wywiązuje się ze świadczonych dostaw, zgodnie z umową lub też nienależycie wykonuje swoje zobowiązania umowne - odstąpienie od umowy w tym przypadku może nastąpić w trybie natychmiastowym.

W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy.
3. W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bądź przez Wykonawcę z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego, Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej w wysokości 45% 10% niezrealizowanej części umowy brutto w zakresie danego pakietu.
4. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wartości wskazanych wyżej kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego do wartości rzeczywiście poniesionej i udowodnionej szkody.”
5. Kary umowne naliczone, zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu są płatne na podstawie noty obciążeniowej, w terminie 7 dni od daty doręczenia noty stronie zobowiązanej. Zamawiający ma prawo potrącić kwoty kar umownych z należności wobec Wykonawcy.
6. Wykonawca nie może bez pisemnej zgody Zamawiającego przenosić wierzytelności wynikających z umowy niniejszej na osoby trzecie, ani rozporządzać nimi w jakiegokolwiek prawem przewidzianej formie. W szczególności wierzytelność nie może być przedmiotem zabezpieczenia zobowiązań Wykonawcy (np. z tytułu umowy kredytu, pożyczki). Wykonawca nie może również zawrzeć umowy z osobą trzecią o podstawienie w prawa wierzyciela (art. 518 Kodeksu cywilnego), umowy poręczenia, przekazu.
7. Za naruszenie zobowiązania określonego w ust. 6. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości wierzytelności objętej czynnością prawną pociągającą za sobą skutki wskazane w ust.6.” oraz o dodanie ustępu o następującej treści:

„8. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umową w wysokości 0,2% wartości umownej wyrobów za zwłokę w odbiorze przedmiotu zamówienia ponad 3 dni od dnia dostarczenia zamawianego asortymentu i/lub zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru, przy czym od dnia dostarczenia zamawianego asortymentu ryzyko z tytułu uszkodzenia lub utraty przedmiotu umowy przechodzi z Wykonawcy na Zamawiającego.

9. Łączna suma naliczonych kar umownych z wszystkich tytułów nie może przekroczyć 10% wartości brutto umowy.”

- 2.** Dot. § 7 ust. 4 - Prosimy o modyfikację tego ustępu w następujący sposób:

„4. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, jeżeli konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego, a w szczególności dotyczą:

- a) obniżenia cen w stosunku do cen ofertowych przez Wykonawcę,
- b) zmiany numeru katalogowego produktu lub jego nazwy przy zachowaniu tożsamości dostarczanego produktu i jego cech jakościowych opisanych w SIWZ, nie gorszych niż produkt zaofertowany w ofercie, w szczególności, gdy Wykonawca nie ma możliwości dostarczenia produktu wskazanego w formularzu cenowym albo wprowadza produkt ulepszony,

- c) zmiany danych Stron ( np. zmiana siedziby, adresu, nazwy, formy organizacyjno prawnej).
- d) zmian organizacyjnych Zamawiającego powodujących, iż wykonanie zamówienia lub jego części staje się bezprzedmiotowe.
- e) wydłużenia w uzasadnionych przypadkach terminu realizacji umowy.
- f) zmiany wynikającej z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy, niezbędnej do prawidłowej realizacji umowy.
- g) zmiany wynikającej z nowelizacji przepisów prawa,
- h) zmiany terminu wykonania zamówienia publicznego,
- i) zmiany warunków płatności: terminu płatności.
- j) zmiany wynagrodzenia dla Wykonawcy za wykonane prace dodatkowe, wynikłe w trakcie realizacji zamówienia publicznego, a niemożliwe do przewidzenia w momencie składania oferty przetargowej lub wynikające z działania „siły wyższej”.
- k) ze względu na procedury niezależne od Wykonawcy w szczególności podatkowe, celne, trwające dłużej niż terminy określone przepisami.
- l) przekroczenia czasu zwykłego cyklu produkcyjnego u producenta sprzętu specjalistycznego.
- m) ze względu na niezależne od Wykonawcy przekroczenie terminów uzyskania niezbędnych pozwoleń na użytkowanie sprzętu.”

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy i wymaga złożenia oferty zgodnie z SIWZ.

*\* up Kwasnicka*

**KIEROWNIK  
DZIAŁU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

*E.K.*  
**mgr Ela Kwaśnicka**