

Warszawa, dnia 28.02.2017 r.

Biuro Zamówień Publicznych
ZP- 01/01/2017

Informacja dla wszystkich Wykonawców uczestniczących w przetargu nieograniczonym na „Dostawę zestawów do zabiegów fakoemulsyfikacji” (nr sprawy 01/2017).

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający udziela odpowiedzi na następujące pytania wniesione w trakcie postępowania:

Pytanie nr 1 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 3 ust. 7 wzoru umowy w brzmieniu: „*Jako datę realizacji przedmiotu umowy rozumie się datę podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego przez osobę, o której mowa w ust. 8. Podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego następuje w dniu wykonania dostawy*”

Uzasadnienie: O ile intencją Zamawiającego było, aby wprowadzić procedurę pisemnego potwierdzenia wykonania dostawy, właściwym dla tego celu jest odwołanie się do dokumentu (protokołu zdawczo-odbiorczego), innego niż faktura VAT. Obowiązek wystawienia faktury VAT i treść takiego dokumenty określają przepisy prawa podatkowego. Ponadto § 4 ust. 3-6 nie istnieją, więc należało zapis o nich mówiący usunąć.

Odpowiedź: W odpowiedzi na pytanie Zamawiający dokonuje następującej zmiany w SIWZ. Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w załączniku nr 5 do SIWZ w § 3 ust. 7 otrzymuje brzmienie: „7. Jako datę realizacji przedmiotu umowy rozumie się datę podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego przez osobę, o której mowa w ust. 8. Podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego następuje w dniu wykonania dostawy”.

Pytanie nr 2 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

W związku z tym, że na oznakowaniach wyrobów medycznych będących przedmiotem niniejszego postępowania znajdują się wszystkie informacje dotyczące magazynowania i przechowywania towaru uprzejmie prosimy o odstąpienie od wymogu załączania do towaru oddzielnej instrukcji w języku polskim dotyczącej magazynowania i przechowywania.

Odpowiedź: W odpowiedzi na pytanie Zamawiający dokonuje następującej zmiany w SIWZ. Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w załączniku nr 5 do SIWZ w § 3 w ust. 10 pkt 2 otrzymuje brzmienie: „2)_instrukcje w języku polskim dotyczące magazynowania i przechowywania przedmiotu umowy (nie dotyczy - jeżeli na opakowaniu znajdują się wszystkie informacje dotyczące magazynowania i przechowywania przedmiotu umowy).”

Pytanie nr 3 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

W oparciu o art.14, pkt 2 rozdziału 2 ustawy z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych w brzmieniu:

„Dopuszcza się, aby wyroby przeznaczone do użytkowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dostarczane **profesjonalnym użytkownikom** miały oznakowania lub instrukcje używania w języku angielskim(...) zwracamy się z prośbą o dopuszczenie oznakowań w języku angielskim.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 4 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 3 ust. 11-13 wzoru umowy w brzmieniu: „11. Wykonawca zobowiązany jest na każde pisemne żądanie Zamawiającego i wyznaczonym terminie, **nie krótszym niż 5 dni roboczych**, przedstawić oryginał lub potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę deklarację zgodności CE przedmiotu umowy, który został wyszczególniony w Załączniku nr 1 do niniejszej umowy.

12. W przypadku niedotrzymania terminu, o którym jest mowa w ust. 11 Zamawiający wyznaczy dodatkowy termin, **nie krótszy jednak niż 5 dni roboczych**, na przedstawienie dokumentów, o których jest mowa w ust. 11.

13. W przypadku niedotrzymania dodatkowego terminu, o którym jest mowa w ust. 12 Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w terminie 14 dni od daty upływu dodatkowego terminu. Skutki odstąpienia następują na przyszłość. § 6 ust. 2 stosuje się odpowiednio.”

Uzasadnienie: Skoro naruszenie obowiązku przedstawienia dokumentów prowadzi do powstania uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, przepisy umowne powinny w sposób precyzyjny określać długość terminu na złożenie dokumentu (także terminu dodatkowego). W przeciwnym razie Zamawiający mógłby w sposób dowolny je kształtować i w łatwy sposób odstąpić od umowy oraz nałożyć na Wykonawcę dotkliwą karę umowną. Dokonanie proponowanych zmian przywróci zgodność w/w zapisu z zasadami współzycia społecznego (art. 353¹ k.c.).

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 5 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o usunięcie § 3 ust. 15 wzoru umowy.

Uzasadnienie: W w/w postanowieniu nie wskazano dokładnie o jakie „zastrzeżenia” chodzi, a ponadto niedopuszczalne jest (sprzeczne z zasadami współzycia społecznego - art. 353¹ k.c.), aby Zamawiającemu przysługiwało uprawnienia do dowolnego wyznaczania terminu

usuwania bliżej nieokreślonych zastrzeżeń. Jednocześnie należy podkreślić, że reguły postępowania w przypadku dostarczenia niekompletnego/wadliwego towaru uregulowane są w § 3 ust. 15 wzoru umowy oraz w § 5 wzoru umowy. Regulacje te powinny być wyczerpujące i precyzyjne.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 6 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 4 ust. 1 wzoru umowy w brzmieniu: „*Płatność będzie realizowana sukcesywnie w terminie do 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT (po podpisaniu protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w § 3 ust. 3 niniejszej umowy, przelewem na konto podane na fakturze.*”

Uzasadnienie: Termin płatności wymaga precyzyjnego określenia. Takich wymogów nie spełniał pierwotny zapis. Dodatkowo wskazano, że wystawienie faktury VAT poprzedza podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego, w którym potwierdza się wykonanie dostawy.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 7 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 4 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu: „*Jako datę zapłaty faktury rozumie się datę uznania rachunku bankowego Wykonawcy.*”

Uzasadnienie: Data zapłaty powinna być zgodna z faktyczną chwilą otrzymania świadczenia przez wierzyciela. Nie ma żadnych podstaw by kreować w tej mierze odmienne postanowienia - zapłata nastąpi w dniu obciążenia rachunku Zamawiającego.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 8 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 5 ust. 6 wzoru umowy w brzmieniu: „*Wykonawca zobowiązany będzie do bezpłatnej wymiany wadliwego towaru na wolny od wad, w przypadku wad ilościowych w terminie 2 dni roboczych od otrzymania reklamacji, o której mowa w ust. 4. W przypadku reklamacji jakościowej, termin biegnie od dnia doręczenia Wykonawcy reklamowanego towaru.*”

Uzasadnienie: Zgodnie z art. 561² § 1 k.c. w przypadku, 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. Sprzedający nie może zatem 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 sprzedającemu.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 9 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o usunięcie § 5 ust. 10, 11, 13, 14 wzoru umowy

Uzasadnienie:

- Powołane zapisy są sprzeczne z art. 560 § 4 k.c., zgodnie z którym kupujący nie może odstąpić od umowy, jeżeli wada jest nieistotna i to niezależnie od tego, czy przedmiot umowy był już w ramach uprawnień przysługujących kupującemu kiedykolwiek wymieniany bądź naprawiany. Ponadto, zgodnie z art. 565 k.c., jeżeli spośród rzeczy sprzedanych tylko niektóre są wadliwe i dają się odłączyć od rzeczy wolnych od wad, bez szkody dla obu stron, uprawnienie kupującego do odstąpienia od umowy ogranicza się wyłącznie do rzeczy wadliwych. Podsumowując, Zamawiający nie może odstąpić od całej umowy, ale tylko w zakresie towarów wadliwych oraz towarów, które nie zostały jeszcze dostarczone, pod warunkiem wszakże, że wady towarów są istotne, a Wykonawca nie dokona wymiany wadliwych towarów. Zastosowanie sankcji w postaci odstąpienia od umowy, z uwagi na jej rygoryzm, powinno być stosowane z należyłą rozważą.
- Uprawnienia Zamawiającego z gwarancji w sposób wyczerpujący reguluje ust. 3-9 i 12 wzoru umowy. Usuwane zapisy stanowiły w istocie zbędne regulacje *które dodatkowo powodować mogą wątpliwości interpretacyjne.*

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 10 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 5 ust. 15 wzoru umowy w brzmieniu: „Zastosowanie procedury przewidzianej w ust. 4 nie wyłącza postanowień określonych w § 6 ust. 1 oraz 3.”

Uzasadnienie: Zmiana jest podyktowana usunięciem § 5 ust. 11.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 11 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 6 ust. 1-2 wzoru umowy w brzmieniu: „1. Strony uzgadniają, że w przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczy przedmiotu umowy do Zamawiającego w terminie określonym w § 3 ust. 4-6 niniejszej umowy, Zamawiający ma

*prawo żądać kary umownej w wysokości 0,2 % wartości **netto niedostarczonej dostawy**, za każdy dzień zwłoki, nie więcej jednak niż 10% tej wartości.*

*2. W przypadku odstąpienia Wykonawcy od wykonania postanowień niniejszej umowy z winy Wykonawcy, bądź odstąpienia Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% wartości **netto niezrealizowanej części umowy**.”*

Uzasadnienie:

- Kara umowna, której wysokość uzależniona jest od wartości zobowiązania, powinna być odniesiona do tej wartości netto. Wyłącznie wartość netto zobowiązania stanowi 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 k.c., karę umowną można zastrzec w celu naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Z kolei zgodnie z art. 471 k.c. 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 k.c., za „opóźnienie” należy rozumieć również takie przypadki nieterminowego spełnienia świadczenia, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Przypadki zawinonego niespełnienia świadczenia w terminie określa się natomiast w prawie cywilnym mianem „zwłoki”. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż Zamawiający uprawniony jest do naliczenia kary umownej jedynie w przypadku zwłoki Wykonawcy. 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 k.c.), tym bardziej w sytuacji, gdy zastrzeżono 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 współzycia społecznego (art. 353¹ k.c.). 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 współzycia społecznego.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 12 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 7 ust. 1 wzoru umowy w brzmieniu: „*W przypadku, gdy Wykonawca **popadnie w zwłokę w dostawie przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 4 lub 5, Zamawiający zastrzega sobie, po wyznaczeniu dodatkowego terminu, nie krótszego niż 5 dni roboczych na dostarczenie przedmiotu umowy, prawo dokonania zakupu interwencyjnego od innego dostawcy w ilości i asortymencie nie zrealizowanej w terminie dostawy.***”

Uzasadnienie: Rygorystyczny mechanizm wykonania zastępczego przewidziany w art. 480 k.c. powinien być powiązany wyłącznie z zawinionym działaniem/zaniechaniem Wykonawcy i ponadto wskazywać sposób postępowania dający Wykonawcy szansę na naprawienie nieprawidłowości w dodatkowym terminie.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 13 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o usunięcie § 10 ust. 8 pkt 2 wzoru umowy.

Uzasadnienie: Ustawodawca w art. 491 k.c. przewidział możliwość odstąpienia od umowy wzajemnej w przypadku popadnięcia przez dłużnika w zwłokę z wykonaniem całego zobowiązania lub jego istotnej części (po wyznaczeniu odpowiedniego dodatkowego terminu). Odstąpienie od umowy (ze wszystkimi tego konsekwencjami) jest rygorystyczną sankcją, która unicestwia stosunek zobowiązaniowego, który z zasady powinien być trwały (w myśl zasady pacta sunt servanda). Strony muszą w sposób wyraźny przewidzieć sytuacje, w których takie uprawnienie do odstąpienia od umowy powstanie. Kwestionowany zapis przyznaje Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w sposób tak szeroki i nieokreślony, iż należy uznać go za sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego i zasadami współzycia społecznego, a tym samym niezgodny z prawem (art. 353¹ k.c.), stąd konieczne jest jego usunięcie



Odpowiedź: W odpowiedzi na pytanie Zamawiający dokonuje następującej zmiany w SIWZ. Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w załączniku nr 5 do SIWZ w § 10 ust. 8 otrzymuje brzmienie: „8. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach”.

Pytanie nr 14 do projektu umowy(załącznik nr 5 do SIWZ)

Zwracam się z prośbą o przyjęcie § 10 ust. 12 wzoru umowy w brzmieniu: „*W przypadku, o którym mowa w ust. 8 pkt 1), Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.*”

Uzasadnienie: Ograniczenie roszczeń odszkodowawczych w sposób o jakim mowa w w/w postanowieniu, jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku opisanym w art. 145 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm., zob. także art. 145 ust. 2 w/w ustawy). Powyższa regulacja dotycząca odstąpienia od umowy, jak i ograniczonych roszczeń w takim przypadku, ma charakter wyjątkowy. Zastosowanie w/w ograniczeń w innych przypadkach odstąpienia jest niedopuszczalne.

Odpowiedź: Patrz zmiana w odpowiedzi na pytanie nr 13.

Z-ca DYREKTORA
ds. Ekonomiczno-Administracyjnych

mgr Dominik Kołodziej