

WSZ-EP-21/580/2019

Konin, 03.07.2019.

wg rozdzielnika

WYJAŚNIENIA DO SIWZ

Dotyczy przetargu nieograniczonego powyżej 221 000 euro na dostawę leków dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie, nr sprawy WSZ-EP-21/2019

W związku ze zgłoszonymi przez uczestnika postępowania przetargowego zapytaniami dotyczącymi SIWZ, niniejszym na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), uprzejmie wyjaśniamy:

Dotyczy pakietów

1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postaci proponowanych preparatów – tabletki na tabletki powlekane lub kapsułki lub drażetki i odwrotnie?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę postaci leku w zakresie wskazanym w zmodyfikowanym załączniku nr 2 do SIWZ nr WSZ-EP-21/2019, który udostępni na swojej stronie internetowej www.szpital-konin.pl oraz na <https://platformazakupowa.pl>.

2. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę fiołki na ampułki?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę postaci leku w zakresie wskazanym w zmodyfikowanym załączniku nr 2 do SIWZ nr WSZ-EP-21/2019, który udostępni na swojej stronie internetowej www.szpital-konin.pl oraz na <https://platformazakupowa.pl>.

3. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę fiołki lub ampułki na ampułko-strzykawkę?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę postaci leku w zakresie wskazanym w zmodyfikowanym załączniku nr 2 do SIWZ nr WSZ-EP-21/2019, który udostępni na swojej stronie internetowej www.szpital-konin.pl oraz na <https://platformazakupowa.pl>.

4. Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wielkości opakowania. Proszę podać sposób przeliczenia – do 2 miejsc po przecinku czy do pełnego opakowania w górę?

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

5. Czy Zamawiający pod pojęciem możliwości zmiany wielkości opakowania rozumie również zmianę gramatury (gramy, kilogramy, mililitry, litry itd.)

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

6. Zwracamy się z prośbą o określenie w jaki sposób postąpić w przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na podanie ostatniej ceny i informacji pod pakietem?

Odpowiedź: W przypadku, gdy na etapie przygotowywania oferty okaże się, że lek będący przedmiotem zamówienia został wycofany z produkcji i jest niedostępny na rynku, należy wycenić lek oraz podać informację o braku dostępności. W związku z powyższym Zamawiający zmodyfikuje załącznik nr 2 do SIWZ nr WSZ-EP-21/2019, który udostępni na swojej stronie internetowej www.szpital-konin.pl oraz na <https://platformazakupowa.pl>.

7. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku, sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, iż „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Nadto stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14.12.2005 r. (I Aca 1114/2005), miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco

wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób naliczania kary umownej w praktyce może doprowadzić do naliczenia niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do poniesionych szkód kar umownych. W doktrynie podkreśla się, że umowa jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jeśli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami oraz wykracza poza przyjętą w obrocie uczciwość kupiecką.

W przedmiotowej sprawie wysokość zastrzeżonej kary umownej w sposób zdecydowany wykracza poza przyjęte w obrocie obyczaje kupieckie. Określenie rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 §1 KC, który określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji zastrzeżenia kary umownej przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój z natury dyscyplinujący charakter, a zyskuje przymiot niczym nieuzasadnionego zysku wierzyciela, a więc bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego. Ponadto, ukształtowanie wzoru umowy ze zbyt surowymi sankcjami doprowadzi do zwiększenia ceny ofertowej - gdyż każdy rzetelny Wykonawca funkcjonujący na rynku będzie zmuszony do wkalkulowania ryzyka związanych z karą w cenę swojej oferty. W związku z powyższym wnosimy o wprowadzenie zmian w § 6 umowy w wysokości kar umownych jak poniżej:

1. Wykonawca jest zobowiązany zapłacić Zamawiającemu kary umowne w przypadku nienależytego wykonania warunków umowy:
 - 1) **w wysokości 20%** niezrealizowanej części wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, jeżeli Zamawiający odstąpi od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca.
 - 2) **w wysokości 0,1%** niezrealizowanej części wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia w dostawie zamówionego przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 1 ust. 2 umowy,
 - 3) **w wysokości 0,1 %** niezrealizowanej części wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia w dostarczeniu zamówionego asortymentu wolnego od wad w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 6 i 9 umowy.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.