

Warszawa, dn. 21 lipca 2017

ODPOWIEDZI

na zapytania w sprawie SIWZ

Uprzejmie informujemy, iż w postępowaniu na usługę „**Dostawa wyrobów medycznych i preparatów dezynfekcyjnych**” dla Narodowego Instytutu Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji Im. Prof. Dr Hab. Med. Eleonory Reicher w Warszawie, – znak sprawy **16/PN/2017/PW** na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) wpłynęły do Zamawiającego zapytania dotyczące zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odpowiada na zdane pytania.

Pytania dotyczące umowy:

1. Czy za dni robocze w rozumieniu wzoru umowy będą uważane dni od poniedziałku do piątku, za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy?

Odpowiedź: Tak, zamawiający potwierdza.

2. Czy Zamawiający zgadza się aby w § 3 ust. 6 wzoru umowy po wyrażeniu „w terminie godzin” zostało dodane wyrażenie „przypadających w dni robocze”?

Uzasadnione jest aby krótki, liczony w godzinach termin dostawy biegł wyłącznie w dni robocze. Organizacja natychmiastowych dostaw w dniach wolnych od pracy, np. w niedziele, istotnie zwiększyłaby koszty logistyczne związane z obsługą dostaw. Miałoby to niekorzystny dla Zamawiającego wpływ na wysokość ceny oferowanej w przetargu.

Odpowiedź: Nie, zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

3. Czy Zamawiający zgadza się aby w § 6 ust. 2, 3 i 4 wzoru umowy słowo „opóźnienia” zostało zastąpione słowem „zwłoki”?

Uzasadnione jest aby kara była naliczana tylko za zwłokę (czyli opóźnienie zawinione przez wykonawcę), nie zaś za wszelkie opóźnienia, czyli także niezawinione przez wykonawcę. Nie ma uzasadnienia rozszerzanie odpowiedzialności wykonawcy także na niezawinione naruszenie terminu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2014 r. KIO 1338/14; KIO 1377/14, „kara umowna należy się za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (art. 483 i nast. Kodeksu cywilnego), a więc tradycyjnie za zwłokę, a nie każde opóźnienie w wykonaniu umowy.” Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 3 sierpnia 2015 r. KIO 1546/15 stwierdzając „uprawnienie do dochodzenia kar umownych w wypadku zaistnienia opóźnienia (a nie zwłoki) powoduje niesłuszne obciążanie wykonawcy skutkami okoliczności, za które nie będzie on ponosił winy i nie będzie miał żadnego wpływu na ich zaistnienie. Obciążenie wykonawcy ryzykiem za wszelkie zdarzenia prowadzące do nieterminowego spełnienia świadczenia w sposób oczywisty prowadzi do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, będącej jego właściwością, co pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 3531 k.c.”



Odpowiedź: Zamawiający zmodyfikował §6 ust. 2, 3 i 4 projektu umowy. Nowy załącznik nr 4 do SIWZ w załączeniu.

4. Czy Zamawiający zgadza się aby w § 6 ust. 2 wzoru umowy wyrażenie „0,05% wartości brutto umowy, o której mowa w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy” zostało zastąpione wyrażeniem „0,05% wartości brutto przedmiotu umowy niedostarczonego w terminie”? Czy Zamawiający zgadza się aby w § 6 ust. 3 wzoru umowy wyrażenie „0,5% wartości umowy brutto, o której mowa w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy” zostało zastąpione wyrażeniem „0,5% wartości brutto wadliwego przedmiotu umowy”?

Uzasadnione jest aby kara umowna za zwłokę w dostawie lub wymianie towarów wadliwych na wolne od wad była naliczana od wartości niedostarczonych w terminie/wadliwych towarów, nie zaś od wartości całej umowy. W przeciwnym razie kara umowna byłaby niewspółmiernie wysoka w stosunku do wartości niedostarczonych w terminie/wadliwych towarów, a nawet mogłaby przewyższać tę wartość. Taka kara byłaby rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego i naruszałaby zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Warto zacytować wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2011 r. KIO 475/11: „Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że kara umowa to surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalana na poziomie odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody. Tymczasem zastosowany przez Zamawiającego mechanizm naliczania kar umownych od całej wartości umowy mógłby znaleźć zastosowanie także w przypadku zwłoki w dostawie urządzeń o małej wartości, które również wchodziły w skład przedmiotu zamówienia. Takie ukształtowanie stosunku prawnego w ocenie Izby stanowi nadużycie przyznanego Zamawiającemu prawa podmiotowego. Za uzasadnione należy uznać żądanie Odwołującego, aby kary umowne za zwłokę w dostawie poszczególnych urządzeń obliczane były w stosunku procentowym nie do wartości całego zamówienia, lecz w stosunku do tego elementu zamówienia, z dostawą którego wykonawca popadł w zwłokę.”

Odpowiedź: Zamawiający zmodyfikował §6 ust. 2, 3 i 4 projektu umowy. Nowy załącznik nr 4 do SIWZ w załączeniu.

5. Czy Zamawiający zgadza się aby w § 6 ust. 5 wzoru umowy wyrażenie „10,00% wartości brutto umowy, o której mowa w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy” zostało zastąpione wyrażeniem „10% niezrealizowanej wartości umowy brutto”?

Uzasadnione jest aby kara umowna za odstąpienie od umowy była naliczana od wartości niezrealizowanej części umowy, nie zaś od wartości całej umowy. W przeciwnym razie, w przypadku odstąpienia od umowy po zrealizowaniu jej znaczącej części, kara umowna byłaby niewspółmiernie wysoka w stosunku do wartości niezrealizowanej części umowy, a nawet mogłaby przewyższać wartość niezrealizowanej części umowy. Taka kara byłaby rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego i naruszałaby zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikacje.

6. Czy Zamawiający zgadza się aby w § 7 ust. 5 oraz w § 10 ust. 9 pkt 2) i 3) wzoru umowy zostało dodane zdanie o następującej (lub podobnej) treści: „Przed odstąpieniem od umowy Zamawiający pisemnie wezwie Dostawcę do należytego wykonywania umowy.”?

Zważywszy na doniosłe i nieodwracalne skutki prawne odstąpienia od umowy, celowe jest aby przed odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego wykonawca został wezwany do należytego wykonywania umowy. Takie wezwanie najprawdopodobniej zmobilizuje wykonawcę do należytego

wykonywania umowy i pozwoli uniknąć odstąpienia od umowy, a tym samym uniknąć skutków odstąpienia od umowy, które są niekorzystne dla obu stron.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikacje.

7. Zważywszy na możliwość przedłużenia okresu obowiązywania umowy na podstawie § 10 ust. 2 pkt 6) umowy, czy Zamawiający uzupełni wzór umowy o postanowienia wymagane przez art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych?

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytania proszę wziąć pod uwagę bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące umów.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2009 r. KIO/UZP 767/09, „mimo iż sytuacja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy Wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 21 lutego 2008 r. KIO/UZP 97/08, w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r. KIO 2649/11, w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r. KIO 2631/12, KIO 2655/12 oraz w wielu innych orzeczeniach.

Odpowiedź: Zgodnie z §10 ust. 2 pkt 3) i 4) Projektu umowy takie zmiany są przewidziane.

8. W celu zapewnienia równego traktowania stron umowy i umożliwienia wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o wprowadzenie w § 5 ust. 10 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

9. Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów pkt. 6 ust. 2, 3, 4, 5:

- Strony uzgadniają, że w przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczy przedmiotu umowy do Zamawiającego w terminie określonym w § 3 ust. 4-7 niniejszej Umowy, zapłaci karę umowną w wysokości 0,05 % wartości brutto niedostarczonego w terminie przedmiotu umowy, o której mowa w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niedostarczonego w terminie przedmiotu umowy.
- Strony uzgadniają, że za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostarczeniu w dostawach częściowych asortymentu pozbawionego defektów jakościowych w odniesieniu, do których została złożona reklamacja Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,5 % wartości reklamowanej części umowy brutto, o której mowa w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy; jednak nie więcej niż 10% wartości brutto reklamowanej części umowy.
- W razie niedostarczenia dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 10 niniejszej Umowy, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,5 % wartości brutto zamówienia złożonego, zgodnie z § 3 ust. 3 niniejszej Umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostarczeniu ww. dokumentów, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto zamówienia złożonego, zgodnie z § 3 ust. 3 niniejszej Umowy.
- 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 10,00 % wartości brutto niezrealizowanej części umowy, o której mowa w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy.

Odpowiedź: Zamawiający zmodyfikował §6 projektu umowy. Nowy załącznik nr 4 do SIWZ w załączeniu.

PEŁNOMOCNIK
DYREKTORA ds. EKONOMICZNO-FINANSOWYCH
Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii
i Rehabilitacji w Warszawie

mgr Ilona Truskolas