

DZP/11PN/2020

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: zapytania do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: **Dostawę jednorazowych wyrobów medycznych, kosmetyków i drobnego oprzyrządowania medycznego dla Szpitala Specjalistycznego w Zabrze Sp. z o.o. DZP/11PN/2020**

Szpital Specjalistyczny w Zabrze Sp. z o.o. informuje, że w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęło zapytanie jednego z wykonawców następującej treści:

Pyt. 1

Pakiet nr III,

Prosimy o dopuszczenie w pozycjach 6-9 pojemników bez pojemności użytkowej oznaczonej skalą. spełniających pozostałe wymagania SIWZ

Ad. 1

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 2

W nawiązaniu do treści zapisu §1 ust. 8 wzoru umowy, w odniesieniu do Pakiet nr III – Pojemniki na igły i wycinki histopatologiczne, czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby jednostkowe zamówienia stanowiły wielokrotność:

- a) Dla produktów objętych pozycją 1 – 40 sztuk
- b) Dla produktów objętych pozycją 3, 4, 5 – 100 sztuk
- c) Dla produktów objętych pozycją 6 – 50 sztuk
- d) Dla produktów objętych pozycją 7 – 30 sztuk
- e) Dla produktów objętych pozycją 8 – 25 sztuk
- f) Dla produktów objętych pozycją 9 – 20 sztuk

Wykonawca wskazuje, iż z uwagi na wielkość opakowań zbiorczych zamawianie produktów z uwzględnieniem wielkości opakowania zbiorczego, przełoży się na efektywniejszą i szybszą realizację zamówienia, a także na niższe koszty samej realizacji umowy. Umożliwi także Wykonawcy prawidłową realizację umowy uwzględniającą bardzo krótkie terminy dostaw, jakich zadeklarowania oczekuje zamawiający.

Ad. 2

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 3

Czy Zamawiający, jeżeli nie podejmie decyzji o realizacji umowy w ramach jednorazowej dostawy, może zadeklarować, iż minimalna wartość jednostkowego zamówienia będzie nie niższa niż 150 zł netto? Wykonawca wskazuje, iż określony w ten sposób próg minimalnej wartości zamówienia ma wpływ na właściwe dokonanie wyceny oferty z uwagi na ewentualne koszty dostaw, oraz uwzględnia

czynniki ekologiczne, takie jak ograniczenie liczby opakowań, ilości listów przewozowych i faktur w formie papierowej.

Ad. 3

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 4

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej?

Wykonawca proponuje następującą treść ww. klauzuli:

„Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku:

- a) zmiany średniego kursu EUR ogłoszonego w dniu zawarcia umowy o 2%, lub
- b) zmiany średniego kursu USD ogłoszonego w dniu zawarcia umowy o 2%, lub
- c) po dniu zawarcia umowy suma miesięcznych lub kwartalnych wskaźników cen i usług konsumpcyjnych opublikowanych przez Prezesa GUS przekroczy 3%

Odpowiedzi winne być udzielane w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania pisma, a cały proces negocjacji zakończony w terminie do 30 dni roboczych od daty złożenia wniosku inicjującego proces.

Każdorazowo dokonana zmiana nie może skutkować podwyższeniem wynagrodzenia o 5% pierwotnej wartości Umowy.”

Wykonawca wyjaśnia, iż umowa będzie umową długoterminową (12 miesięcy z możliwością przedłużenia do 48 miesięcy), i niewątpliwym jest, iż w okresie jej obowiązywania może nastąpić zmiana siły nabywczej pieniądza, w szczególności jako długofalowy efekt społeczno-gospodarczy epidemii COVID-19. Wprowadzenie klauzuli umożliwi zaktualizowanie wynagrodzenia Wykonawcy pod kątem rzeczywistej wartości ekonomicznej świadczonych dostaw, co przyczyni się zarówno do jak najpełniejszego wykonywania umowy jak również sporządzenia właściwej kalkulacji oferty zobowiązania długoterminowego.

Ad. 4

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 5

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminów wskazanych w §3 ust. 5 wzoru umowy: do 32h dla reklamacji zgłoszonych do dostawy wykonanej w normalnym trybie, oraz do 14h dla reklamacji zgłoszonych do dostawy „na cito”?

Wykonawca wskazuje, iż terminy realizacji zobowiązań niepieniężnych winny być określone w sposób adekwatny, uwzględniający okoliczności takie jak organizacja pracy zakładu Wykonawcy i czasu transportu, obiektywnie umożliwiającym Wykonawcy wywiązanie się z umowy. W innym przypadku Wykonawca w momencie przystępowania do postępowania pośrednio akceptuje wysokie ryzyko obciążenia go karami umownymi z tytułu nienależytej realizacji zobowiązania, co może znaleźć odzwierciedlenie w wysokości zażądanego wynagrodzenia.

Ad. 5

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 6

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §7 wzoru umowy w ten sposób, że kara umowna będzie naliczana od wartości netto a nie brutto. Podatek VAT jako należność publicznoprawna jest odprowadzany przez Wykonawcę do urzędu skarbowego i nie prowadzi do powstania po stronie Wykonawcy jakiegokolwiek przysporzenia majątkowego.

Ad. 6

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 7

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby kara umowna naliczana w oparciu o zapisy §7 ust. 1 lit. a wzoru umowy nie przekroczyła poziomu 20% wartości netto danej dostawy.

Wykonawca zwraca uwagę, iż w świetle orzecznictwa, a także wyjaśnień umieszczonych na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, za karę rażąco wygórowaną, nieproporcjonalną i nie spełniającą swej kompensacyjnej funkcji należy uznać karę w sytuacji, w której równa się ona bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania. Wprowadzenie limitu zgodnie z powyższą propozycją pozwoli uniknąć takiej sytuacji.

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została uznana przez Urząd Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszającą równowagę stron w sposób nadmierny, a „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Ad. 7

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 8

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §7 ust. 1 lit. a wzoru umowy w ten sposób, aby kary umowne były naliczane w związku z wystąpieniem zwłoki, a nie opóźnienia realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający uregulował obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku opóźnienia Wykonawcy. Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, Zamawiający powinien mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu. Ponadto takie uregulowanie jest nieuzasadnionym rozszerzeniem odpowiedzialności wykonawcy. Kary umowne winny być powiązane z zawinieniem wykonawcy, na bazie art. 473 k.c. w związku z art. 5 k.c.

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca karę umowną za każdy dzień opóźnienia, a więc przerzucającej na wykonawcę odpowiedzialność za zdarzenia leżące poza jego kontrolą została wskazana na stronach Urzędu Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszającą w sposób nadmierny równowagę stron (https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0012/41313/Listaklauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf).

Ad. 8

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 9

Z uwagi na obowiązujące u Wykonawcy procedury logistyczne oraz stosowane w związku z epidemią wirusa SARS-CoV-2 środki profilaktyczne, Wykonawca zwraca się o uwzględnienie tych okoliczności i naliczanie kary, o której mowa w §7 ust. 1 lit. a dla dostaw „na cito”, za każde rozpoczęte 2,5h zwłoki w dostawie.

Ad. 9

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 10

Wykonawca zwraca się z prośbą, aby kara wskazana w zapisie §7 ust. 1 wzoru umowy była naliczana odpowiednio dla lit. a – od wartości netto dostawy, dla lit. b – od wartości netto niezrealizowanej części umowy, w zakresie której nastąpiło odstąpienie. Wykonawca wskazuje, iż zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa i przyjętym orzecznictwem kara umowna nie może pozostawać w dysproporcji, być nieproporcjonalna w stosunku do wielkości realizowanej części zamówienia. Uznany jest pogląd, że o rażąco wygórowaniu kary umownej świadczy stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie. Do sytuacji rażąco wygórowanej kary może dojść już na etapie samych zapisów umownych, jak również poprzez ich

zastosowanie w konkretnej sytuacji. Nie powinno dochodzić już na etapie samych zapisów umownych do sytuacji, w których zastrzeżona kara umowna będzie rażąco wygórowana. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r. (I ACa 26/14) oceny, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana dokonuje się w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony. Przykładem takiej rażącej dysproporcji jest naliczanie kary także od wartości zrealizowanej już części umowy, w zakresie której Zamawiający nie poniósł żadnej szkody. Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została wskazana na stronach Urzędu Zamówień Publicznych jako klauzula kontrowersyjna, naruszająca równowagę stron w sposób nadmierny, bowiem „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

(https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf).

Ad. 10

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 11

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do wzoru umowy klauzuli wyłączającej odpowiedzialność Stron na wypadek wystąpienia tzw. siły wyższej?

Wykonawca proponuje następującą treść ww. klauzuli: „Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie lub niewykonanie Umowy w takim zakresie, w jakim zostało to spowodowane działaniem siły wyższej. Przez siłę wyższą rozumie się zdarzenia zewnętrzne, niezależne od Stron i niemożliwe do przewidzenia, takie jak w szczególności: kataklizmy lub analogiczne zdarzenia wywołane przez siły naturalne, wojnę, strajki, ataki terrorystyczne, zdarzenia medyczne i epidemiologiczne, inne zdarzenia losowe, działania producentów, gwałtowną dekoniunkturę, inne nieprzewidziane zdarzenia polityczne, w tym akty władzy państwowej, akty organów unijnych, a także okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które wpływają w jakikolwiek sposób na należyte wykonanie umowy.”

Ad. 11

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 12

Czy uwzględniając zasadę równości stron umowy, Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie zapisu umożliwiającego rozwiązanie umowy z inicjatywy Wykonawcy?

Wykonawca proponuje następujące brzmienie zapisu: „Wykonawca ma prawo odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego i bez obowiązku zapłaty kar umownych lub odszkodowania gdy Zamawiający dokonał płatności należnego Wykonawcy wynagrodzenia z opóźnieniem przekraczającym 7 dni kalendarzowych. Uprawnienie może zostać zrealizowane w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o ww. okolicznościach. W takim przypadku Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości wskazanej w §7 ust. 1 lit. b umowy.”

Ad. 12

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

Pyt. 13

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację zapisu §9 wzoru umowy (oraz odpowiednio zapisów SIWZ) w ten sposób, że umowa w sposób niebudzący wątpliwości zostanie zawarta na okres 12 miesięcy, a w przypadku niewykorzystania przez Zamawiającego wartości danego Pakietu Strony będą uprawnione do zawarcia aneksu i zmiany okresu obowiązywania umowy do maksymalnie 48 miesięcy od daty podpisania umowy.

Wykonawca wskazuje, iż inne czynniki są uwzględniane przy sporządzaniu oferty i kalkulacji dla zobowiązań krótkoterminowych, inne dla zobowiązań długoterminowych (dla umów zamówienia publicznego - powyżej 12 miesięcy). Konstrukcja zapisów sugeruje, iż umowa będzie de facto zawarta na okres 4 lat, a Zamawiający jedynie przewiduje wykorzystanie pełnej puli danego Pakietu w ciągu pierwszych 12 miesięcy obowiązywania kontraktu.

Ad. 13

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.