

Zagłębiowskie Centrum Onkologii
Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza
ul. Szpitalna 13
41-300 Dąbrowa Górnicza
Tel.: 032 621 20 50/51
zamowienia.publiczne@zco-dg.pl

Dąbrowa Górnicza, 17.02.2020r

*Do uczestników przetargu nieograniczonego
„Dostawa radiofarmaceutyków”*

Dot.: „Dostawa radiofarmaceutyków” , ZP/2/ZCO/2020

**WYJASNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH
WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

Na podstawie dyspozycji art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych udziela w niniejszym postępowaniu wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w odpowiedzi na następujące pytania Wykonawcy

Zestaw pytań nr 1

Pytanie nr 1

dot. projektu umowy. § 9 ust. 1 i ust. 2

Czy Zamawiający dokona w § 9 ust. 1 – ust. 2 modyfikacji projektu umowy w zakresie zapisów dotyczących kar umownych jako rażąco wygórowanych oraz nieprecyzyjnych?

Wskazać należy, że Zamawiający, jako podmiot uprawniony do kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, w tym także zakresu kar umownych nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Ograniczenia w kształtowaniu przez niego treści umowy wynikają art. 353(1) kodeksu cywilnego, a także z zasady wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Mając na uwadze treść art. 484 § 2 k.c. rażąco wygórowana kara umowna obejmuje sytuacje, gdy **zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością kary umownej zastrzeżonej za naruszenie umowy** jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy **zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody**. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie (por. m. in. wyrok KIO z 25 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1123/10), kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń. O karze rażąco wygórowanej można mówić, w sytuacji, gdy wysokość kar stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o:

1



▪ zastąpienie w § 9 ust. 1 lit. a) Umowy terminu „opóźnienie” terminem „zwłoka”; orzecznictwo i piśmiennictwo zgodnie przyjmują, iż kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, zatem przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, z dnia 8 lipca 2004 r. IV CKN 583/03). Obciążanie karą umowną może więc nastąpić jedynie w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika – **a więc działania przez niego zawinionego. Tym samym zasadnym jest zastąpienie pojęcia opóźnienia pojęciem „zwłoki”, rozumianym jako opóźnienie o charakterze zawinionym;**

▪ usunięcie § 9 ust. 1 lit. c) i d) Umowy; zdaniem Wykonawcy brak jest podstaw do obciążania Wykonawcy karą umowną, w wskazanych tam sytuacjach, gdyż faktura zawierająca nieprawidłowe dane może być w każdym momencie (na żądanie Zamawiającego lub z inicjatywy Wykonawcy) skorygowana; w momencie wystawienia faktury Zamawiający nie ponosi jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych, a w szczególności szkody;

Ponadto wnosimy o **modyfikację § 9 ust. 2** Umowy poprzez wprowadzenie wymogu „uprzedniego Wezwania wykonawcy do należytej realizacji umowy i wyznaczeniu mu adekwatnego terminu” przed odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy (sankcjonowanego karą umowną). Zapis taki pozwoli na uniknięcie sytuacji w której zwykle „przeoczenie” przez Zamawiającego danego terminu pozwoli na odstąpienie przez Zamawiającego od całej Umowy i zagwarantuje pewność obrotu między stronami.

Stanowisko wykonawcy potwierdzają liczne wyroki KIO i ZA, np. wyrok KIO z 24 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1137/17, KIO 1147/17, KIO 1151/17, KIO 1157/17) lub wyrok ZA z 24 czerwca 2014 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-924/04), w którym orzeczono, że wprowadzanie rażącej dysproporcji co do praw i obowiązków stron jest niedozwolone. Obwarowanie wykonawcy wysokimi karami umownymi stoi w sprzeczności z istotą instytucji kary umownej. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 29 grudnia 1978 r., IV CR 440/798): „Kara umowna – jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna – tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) – prowadzi do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.”

Odpowiedź:

Zamawiający informuje iż wyraża zgodę na zastąpienie zapisu w § 9 ust. 1 lit. a) Umowy terminu „opóźnienie” terminem „zwłoka”. **Pozostałe zapisy zgodnie z SIWZ.**

Pytanie nr 2

dot. projektu umowy, § 9 ust. 9 lit. b)

Czy mając na uwadze bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Prawo Farmaceutyczne Zamawiający dokona w § 9 ust. 9 lit. b) umowy zmiany zapisu z „realizację dostawy przez podwykonawcę wskazanego przez Wykonawcę umowy” na „realizację dostawy przez podmiot bądź podmioty wskazane przez Wykonawcę”? Zapis dotyczący „podwykonawstwa” narzuca bowiem formę prawną relacji między stronami.

Odpowiedź:

Zamawiający dokona § 9 ust. 9 lit. b) umowy zmiany zapisu z „realizację dostawy przez podwykonawcę wskazanego przez Wykonawcę umowy” na „realizację dostawy przez podmiot bądź podmioty wskazane przez Wykonawcę”

Dyrektor
Zagłębiowskie Centrum Onkologii
Szpital Specjalistyczny Im. Św. Starkiewicza
w Dąbrowie Górniczej
mgr inż. Beata Łobiejko

