

Bielsko-Biała dn. 03.01.2024r.

DZP.271.47.2023 - 3

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym z możliwymi negocjacjami art. 275 pkt 2) pzp) na dostawę gazów medycznych wraz z transportem, najmem butli oraz zbiorników kriogenicznych dla potrzeb Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej (znak sprawy: DZP.271.47.2023)

Zamawiający informuje, że wpłynęło niżej wymienione zapytanie do SWZ, na które Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

ZAPYTANIE NR 1

1. Prosimy o zmianę, w stosownych miejscach SWZ wraz z załącznikami, wymogu dotyczącego wyrobów medycznych polegającą na dopisaniu po zwrocie „wymaganiami ustawy z dnia 07 kwietnia 2022r. o wyrobach medycznych” zwrotu „z zachowaniem okresów przejściowych wyznaczonych przez tę Ustawę na dostosowanie do niej”.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ. Zarówno Zamawiający jak i Wykonawcą są związani przepisami ustawy. Zatem jeśli ustawa przewiduje okresy przejściowe na dostosowanie do jej zapisów to wykonawca jest uprawniony do zastosowania się do tych zapisów.

2. W celu równego traktowania Stron Umowy (zgodnie z K.C.) prosimy o rozszerzenie w niej, doskonale rozbudowanego systemu kar dla Wykonawcy o proporcjonalne, analogiczne i zbliżone kary dla Zamawiającego.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający jest podmiotem uprawnionym do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego i ma prawo do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Nie ulega wątpliwości, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje ograniczenia zasady swobody zawierania umów.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnej autonomicznej regulacji zasady równości. Ustawa pzp w art. 16 stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, niemniej przepis ten nie przewiduje zasady równości zamawiającego i wykonawców. Wykonawca nie ma przymusu kontraktowania i obowiązku zawarcia umowy zawierającej postanowienia, które są dla niego nieakceptowalne.

Na brak równości zamawiającego i wykonawcy na gruncie prawa zamówień publicznych wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie KIO, która w przykładowym wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego stwierdziła, że „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego

podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1189/10).

W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11 Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „(...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 3531 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

W konsekwencji Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania do umowy postanowień przewidujących możliwość naliczania kar umownych przez Wykonawcę.

3. W celu równego traktowania Stron Umowy (zgodnie z K.C.) prosimy o rozszerzenie w niej, doskonale rozbudowanego systemu możliwości rozwiązania Umowy przez Zamawiającego o proporcjonalne, analogiczne i zbliżone możliwości dla Wykonawcy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy.

Zamawiający jest podmiotem uprawnionym do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego i ma prawo do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Nie ulega wątpliwości, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje ograniczenia zasady swobody zawierania umów.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnej autonomicznej regulacji zasady równości. Ustawa pzp w art. 16 stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, niemniej przepis ten nie przewiduje zasady równości zamawiającego i wykonawców. Wykonawca nie ma przymusu kontraktowania i obowiązku zawarcia umowy zawierającej postanowienia, które są dla niego nieakceptowalne.

Na brak równości zamawiającego i wykonawcy na gruncie prawa zamówień publicznych wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie KIO, która w przykładowym wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego stwierdziła, że „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w



M. S.

celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1189/10).

W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11 Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „(...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 3531 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

W konsekwencji Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania do umowy postanowień przewidujących możliwość rozwiązania umowy przez Wykonawcę.

4. Prosimy o zmianę terminu rozpatrzenia reklamacji z nierealnych 3 dni na 10 dni roboczych.

Rozpatrzenie reklamacji wymaga zorganizowania transportu w celu odebrania reklamowanego towaru od Zamawiającego oraz analizy gazu w niezależnym zewnętrznym laboratorium na co czas 3 dni jest zdecydowanie za krótki.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na proponowaną zmianę, wobec powyższego § 4 ust. 13 projektu umowy otrzymuje brzmienie: „Reklamacje Zamawiającego będą rozpatrzone przez Wykonawcę nie później, niż w ciągu 10 dni roboczych od daty otrzymania zgłoszenia o wadzie.”

5. Prosimy o zmianę terminu płatności z „60 dni od daty doręczenia faktury” na dotychczas obowiązujący w Umowie na dostawę gazów „60 dni od daty wystawienia faktury” lub ewentualnie „60 dni od daty sprzedaży” lub 60 dni od daty dostarczenia towaru”. Zmiana terminu na 60 dni od dostarczenia faktury pociąga za sobą wzrost kosztów kredytowania który musi być wliczony w cenę gazów co bezsprzecznie nie leży w interesie publicznym.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody.

6. Prosimy o zmianę w Formularzu Cenowym dla pakietu nr I wiersz nr 9 i 14 z „2,14m³” na „1,6m³”. Tyle bowiem gazu mieści się w butli o poj 10l ze zwykłym/standardowym zaworem. (tak jak jest to w Formularzu Cenowym dla pakietu nr pozycja 2 i 6).

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający zmienia zapis. Zmodyfikowany załącznik nr 5 do SWZ w załączeniu.

7. Prosimy o podanie czy dwutlenek węgla medyczny w butli 40l dla Pakietu nr 2 wiersz 12 i 13 ma być do laparoskopii czy do krioterapii.



Wprowadzenie powyższych zmian do specyfikacji i umowy umożliwi nam złożenie oferty oraz chociaż trochę równorzędną współpracę Wykonawcy i Zamawiającego przy realizacji zamówienia.

Odpowiedź Zamawiającego:

Dwutlenek węgla medyczny w butli 40l dla Pakietu nr 2 wiersz 12 i 13 ma być do laparoskopii.

ZAPYTANIE NR 2

W związku z ogłoszeniem przez Państwa przetargu nieograniczonego na „Dostawa gazów medycznych wraz z transportem, najmem butli oraz zbiorników kriogenicznych dla potrzeb Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej.”, nr postępowania DZP.271.47.2023, zwracamy się z prośbą o wydzielenie z tabel (Załącznik nr 5) będących formularzem asortymentowo-cenowym do osobnego pakietu formularza asortymentowo-cenowego do SWZ:

- pozycji 1,2,3 pakietu I i II wyżej wymienionego formularza (załącznik nr 5), to jest ciekłego tlenu medycznego wraz z dostawą oraz dzierżawą zbiornika (ów)

Tlen medyczny ciekły to specyficzny produkt, którego producentem są wyłącznie nieliczne duże firmy i koncerny, które posiadają również cysterny do przewozu tlenu ciekłego. Cysterna taka jest poza zasięgiem mniejszych firm, które są zarejestrowane jako hurtownie farmaceutyczne i posiadają w swojej ofercie gazy medyczne w przystosowanych do nich butlach. Prosimy, o nie ograniczanie możliwości dostawcy tlenu medycznego w butlach do podmiotów posiadających cysterny do przewozu tlenu medycznego ciekłego gdyż, zakłóca to możliwość złożenia oferty przez firmy nie posiadające tego gazu lub pojazdu.

Dla podmiotu ochrony zdrowia jest to szansa na uzyskanie lepszych cen gazów na zasadzie wolnej konkurencji. Może się okazać, że w postępowaniu zostanie złożona oferta tylko jednej firmy, przez co Państwa jednostka będzie stratna finansowo, gdyż oferent – Dostawca, posiadający cysternę do tlenu medycznego będzie w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do firm nie posiadających takiego pojazdu i takiego gazu (cieczy) w swojej ofercie.

Biorąc pod uwagę art. 16 i art. 17 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019) - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zamówień publicznych, sugeruje, że dzielenie pakietów na mniejsze lub przesuwanie danego asortymentu zamówienia, zwłaszcza gdy ogranicza dostęp innym Wykonawcom, jest uzasadnione i nie zakłóca organizacji pracy Podmiotu Zamawiającego.

Dlatego zwracamy się z prośbą o wydzielenie tlenu medycznego ciekłego i oraz dzierżawy zbiornika do tlen medycznego do osobnego pakietu

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na wydzielenie pozycji nr 1,2 i 3 z pakietu nr 1 i 2 do osobnego pakietu.

Z poważaniem

Z-CA DYREKTORA
ds. Techniczno-Administracyjnych
Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego
Im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej
mgr inż. Grzegorz Kubica



KRS 0000412996 NIP 9372662340 REGON 242865296 BDO 000043647
ING Bank Śląski O/Bielsko-Biała Nr konta 68105010701000000106298375
www.onkologia.bielsko.pl email: szpital@onkologia.bielsko.pl

