

**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 I poz. 3**

Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie w powyższej pozycji elektrody równoważnej o wymiarach 36mm x 42 mm (różnica 1 mm w rozmiarze), przy pozostałych parametrach bez zmian. Proponowany przez Państwa opis elektrody wprost opisuje konkretny wyrób konkretnego producenta. Elektroda EKG do długotrwałego monitorowania EKG ze stałym żelem, podłożem piankowym o średnicy 35mm z języczkiem 43 mm, dla dorosłych, to nic innego jak elektroda H135SG firmy Covidien/CardinalHealth.



**Przegląd elektrod do monitorowania**

Nazwa	Nr ref.	Rozmiar	Żel		Tworzywo				Rtg
			Żel płynny*	Hydrożel	Pianka	Folia	Mikro-guma	Tkanina	
H34SG	31.1946.21	50x45 mm		●	●				●
H92SG	31.1925.21	57x34 mm		●	●				
H91SSG	31.1917.21	57x34 mm		●	●				
H91TSG	31.19158.21	57x34 mm		●	●				●
H93SG	31.1935.21	42x24 mm		●	●				
H135SG	31.1355.21	43x35 mm		●	●				
H135TSG	31.13558.21	43x35 mm		●	●				●
H124SG	31.1245.21	30x24 mm		●	●				
H34LG	31.1345.21	50x45 mm	●		●				

Taki opis asortymentu nie tylko utrudnia uczciwą konkurencję, ale wręcz uniemożliwia Wykonawcy złożenie ważnej, konkurencyjnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty. Zamawiający określił parametry elektrody w taki sposób, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu może złożyć wyłącznie dostawca sprzętu Medtronic./Covidien.. Wprowadzony opis elektrody ogranicza konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż nie mając uzasadnienia merytorycznego jest charakterystyczny dla jednego dostawcy i tym samym pozbawia pozostałych wykonawców możliwości złożenia oferty spełniającej wymogi SIWZ. Na rynku są bowiem dostępne także inne elektrody o identycznych istotnych dla funkcji, jakie mają elektrody pełnić, parametrach.

Odmowa dopuszczenia proponowanych przez nas wyrobów stanowi jawne naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy pzp zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zatem wnioskujemy jak na wstępie o dopuszczenie elektrody równoważnej bądź też wydzielenie elektrody do innego pakietu.

#### **Ad. 1**

Tak, Zamawiający dopuści elektrody o wymiarach 36mm x 42 mm, przy pozostałych parametrach bez zmian.

#### **Pyt. 2**

##### **Pakiet I poz. 1-4**

Czy Zamawiający dopuści podanie w ww. pozycji ceny jednostkowej dla opakowania zawierającego 50 sztuk elektrod, albo podanie ceny jednostkowej za sztukę z dokładnością do czterech miejsc po przecinku? Ceny jednostkowe elektrod są bardzo niskie, proponowane rozwiązanie dałoby wykonawcom możliwość zaoferowania korzystniejszej ceny łącznej.

#### **Ad. 2**

Zamawiający wyraża zgodę na podanie cen jednostkowych za sztukę z dokładnością do czterech miejsc po przecinku, przy podaniu wartości netto i brutto do dwóch miejsc po przecinku.

#### **Pyt. 3**

##### **Projekt umowy- §2 pkt. 1**

Co zamawiający miał na myśli pod pojęciem miejsce wskazane przez Zamawiającego? Czy Zamawiający oczekuje jednego czy też kilku miejsc dostaw? Czy Zamawiający oczekuje rozkładania towaru czy też roznoszenia.

#### **Ad. 3**

Zamawiający pod pojęciem miejsce wskazane przez Zamawiającego miał na myśli 2 magazyny szpitalne umiejscowione w budynku głównym szpitala oraz w budynku administracji. Zamawiający nie oczekuje rozkładania towaru czy też roznoszenia na oddziały.

#### **Pyt. 4**

##### **Projekt umowy- §3 pkt. 5**

Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu wymiany towaru po uznaniu reklamacji (z 10 godzin na cito) i 12 godzin na 2-5 dni roboczych.

Wykonawca, aby wymienić reklamowany asortyment musi najpierw zbadać zwrócony towar i następnie podjąć decyzję o uznaniu reklamacji. Załatwienie reklamacji wymaga spełnienia określonych procedur, co jest czasochłonne, dlatego też właściwe rozpatrzenie reklamacji i wymiana towaru w ciągu 12 godzin jest trudne do wykonania. W razie pozostawienia zapisu wątpliwa będzie

jego ważność w świetle przepisów kodeksu cywilnego, bowiem zapis nosi znamiona świadczenia niemożliwego.

Ponad to termin 10-12 godzi jest możliwy wyłącznie dla firm z Zabrze co ewidentnie ogranicza O grono wykonawców spoza siedziby Zamawiającego. Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Ad. 4**

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

#### **Pyt. 5**

##### **Projekt umowy- §7 pkt. 1 a)**

Czy Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości kar umownych w przypadku zwłoki w dostarczeniu towaru do części niedostarczonej partii towaru zamiast wartości brutto umowy, tj. w § 7 ust. 1a projektu umowy zamiast zwrotu „kwoty brutto” wpisanie zwrotu: „wartości brutto niezrealizowanej dostawy” oraz zastrzeżenie, że naliczenie kary umownej z tytułu przekroczenia terminu realizacji dostawy przedmiotu umowy nie będzie miało miejsca w sytuacji wstrzymania dostaw z powodu zaległości w zapłacie za towar już przez Zamawiającego pobrany

Wskazanie 0,5% wartości umowy za opóźnienie z dostarczeniem zamówionej partii towaru jest nieadekwatne do szkody, którą Szpital może z tego tytułu ponieść. Obwarowanie Wykonawcy tak wysokimi karami umownymi stoi w sprzeczności z istotą instytucji kary umownej. Zgodnie z Orzecznictwem Sądu Najwyższego (Wyrok z dnia 29.12.1978r., 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.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.

Dostawca nie przewiduje żadnych opóźnień w terminie dostawy zamówionego przez Szpital towaru w trakcie obowiązywania umowy. Jakkolwiek obwarowanie Wykonawcy .....% wartości umowy w przypadku zwłoki w dostawie jedynie części umowy (partii towaru) jest ekonomicznie niczym nieuzasadnione, bowiem ewentualna szkoda wyrządzona w ten sposób przez dostawcę Zamawiającemu nie będzie aż tak duża. Zastrzeżenie tak wysokiej kary umownej prowadzi na wzbogacenia się Szpitala kosztem Wykonawcy, co jest niezgodne z ideą instytucji kary umownej i w konsekwencji prowadzi do sądowego miarkowania wysokości odszkodowania.

Proszę również o dopisanie zastrzeżenia, że naliczenie kary umownej z tytułu przekroczenia terminu realizacji dostawy przedmiotu umowy nie będzie miało miejsca w sytuacji wstrzymania dostaw z powodu zaległości w zapłacie za towar już przez Zamawiającego pobrany”. Dotychczasowe brzmienie zapisu umownego próbuje wymusić na Wykonawcy zobowiązanie do działania niezgodnie z prawem. Zgodnie z art. 488 § 1 kc świadczenia będące przedmiotem zobowiązań z umów wzajemnych (a taką umową jest umowa sprzedaży) powinny być spełnione jednocześnie, chyba że z umowy, z ustawy albo z orzeczenia sądu lub decyzji innego właściwego organu wynika, iż jedna ze stron obowiązana jest do wcześniejszego świadczenia. Z niniejszej umowy wynika, że zobowiązani jesteśmy dostarczyć Państwu towar, a zapłata za niego nastąpi w określonym czasie od dnia otrzymania towaru. Zgodnie jednak z art. 490 § 1 k.c. jeżeli jedna ze stron obowiązana jest spełnić świadczenie wzajemne wcześniej, a spełnienie świadczenia przez drugą stronę jest wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy, strona zobowiązana do wcześniejszego świadczenia może powstrzymać się z jego spełnieniem, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego lub nie da zabezpieczenia. Oznacza to, że prawem naszym jest wstrzymanie dalszych dostaw w przypadku zwłoki z zapłatą przez Państwa ustalonej ceny, z którego to prawa nie mamy zamiaru rezygnować.

#### **Ad. 5**

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

#### **Pyt. 6**

##### **Projekt umowy- §7 pkt. 1 b)**

Czy Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości kar umownej za odstąpienie od umowy do części niezrealizowanej umowy zamiast wartości nominalnej umowy, tj. w § 7 ust. 1b projektu umowy zamiast zwrotu „kwoty brutto” wpisanie zwrotu: „wartości brutto niezrealizowanej części umowy”

Wskazanie 10% całkowitej wartości umowy za odstąpienie od części umowy jest nieadekwatne do szkody, którą Szpital może z tego tytułu ponieść. Obwarowanie Wykonawcy tak wysokimi karami umownymi stoi w sprzeczności z istotą instytucji kary umownej. Zgodnie z Orzecnictwem Sądu Najwyższego (Wyrok z dnia 29.12.1978r., 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.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 139 ustawy prawo zamówień publicznych w do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się posiłkowo przepisy kodeksu cywilnego. Kluczowy natomiast przepis kodeksu cywilnego dotyczący zasady swobody zawierania umów, art. 3531 k.c., odwołuje się do takich klauzul generalnych jak „właściwość (natura) stosunku prawnego” oraz „zasady współżycia społecznego”. Zamawiający, będąc stroną narzucającą treść umowy, kształtując jej treść, musi mieć na względzie w/w przepis i mieć na uwadze fakt, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się w/w klauzulom generalnym. Prawo Zamawiającego do kształtowania umowy jest ograniczone również art. 5 kc, zgodnie z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a działanie polegające na czynieniu takiego użytku nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Bez wątplenia nakładanie na Wykonawcę kary umownej odnoszącej się do wartości całej umowy, a nie tylko jej niezrealizowanej części w przypadku odstąpienia od umowy powoduje bezpodstawne wzbogacenie się Zamawiającego, bowiem jego ewentualna szkoda ogranicza się jedynie do wartości niezrealizowanej na skutek odstąpienia części umowy.

**Ad. 6**

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pyt. 7**

Prosimy o uzależnienie możliwości przedłużenia czasu obowiązywania umowy, w przypadku niezrealizowania całości zamówienia w okresie 12 miesięcy, od wyrażenia zgody przez Wykonawcę. W przypadku odpowiedzi odmownej na ww. pytanie, prosimy o ustalenie czasu, o który może zostać przedłużona umowa na maksymalnie 6 miesięcy. Byłby to termin wystarczający do przeprowadzenia niezbędnych procedur przetargowych przez Zamawiającego.

**Ad. 7**

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.