



LAS-7/2-PN/13-2020

Rybnik, dnia 01.04.2020 r.

Do Wykonawców uczestniczących
w postępowaniu o udzielenie zamówienia

WYJASNIENIE - MODYFIKACJA 2

W PRZETARGU NIEOGRANICZONYM NA:

**dostawy wyrobów medycznych dla Pracowni Histopatologii
i Zakładu Anatomopatologii
(zamówienie nr LAS-7-PN/13-2020)**

ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20.03.2020 r., nr 525461-N-2020

**W związku z wniesionymi zapytaniem, zamawiający udziela poniższych odpowiedzi.
Ponadto zamawiający wprowadza niżej podane modyfikacje.**

Pytanie 1: „Pakiet 6 - Czy Zamawiający dopuści tusz histopatologiczny zielony, czerwony, pomarańczowy do wyboru przez Zamawiającego konfekcjonowany w opakowaniach 20 x 3 ml? Sumaryczna ilość zamówienia zostaje zachowana”

Odpowiedź 1: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie asortymentu pierwotnie określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również asortymentu opisanego w powyższych pytaniach – przy zachowaniu dodatkowych wymagań określonych przez zamawiającego. W przypadku zaoferowania asortymentu dopuszczonego niniejszym wyjaśnieniem - modyfikacją należy w formularzu cenowym w kolumnie „Opis przedmiotu zamówienia” nanieść stosownie skorygowane zapisy tak, by nie było wątpliwości, co zaoferowano w danej pozycji.

Pytanie 2: „Pakiet 7 - Czy Zamawiający wymaga aby ostrza z pozycji 1 oraz 2 były kompatybilne z posiadanymi uchwytami do wykrawania materiału, tj., wyposażone w dwa otwory mocujące o wymiarach 8 x 2 mm zlokalizowane w odległości 24 mm od końców żyłki dla długości oraz 5 mm od ostrza żyłki dla szerokości (licząc do środka otworu) – co zapewnia bezpieczne zamknięcie żyłki bez możliwości jej ruchu w uchwycie?”

Odpowiedź 2: Zamawiający nie stawia dodatkowych wymagań poza wymienionymi w formularzu cenowym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pytanie 3: „Czy Zamawiający może zagwarantować realizację przedmiotu zamówienia na poziomie nie mniejszym niż 80% ilości wyszczególnionych w ofercie?
Pozytywna odpowiedź na powyższe pytanie ma istotne znaczenie dla odpowiedniej kalkulacji oferowanej ceny. Zapewnieniem przestrzegania zasady uczciwej konkurencji będzie określenie przez Zamawiającego gwarantowanego poziomu zamówienia publicznego, który zostanie na pewno zrealizowany. Jak wskazano w Wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2011 roku

Telefony:

Centrala: 032 42-91-000

Główny Księgowy: 032 42-91-299

Dział Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia: 032 42-91-288

Sekretariat: 032 42-91-254

Dział Organizacyjny: 032 42-926-11

Fax: 032 42-28-272

BGŻ BNP Paribas SA 38 1600 1055 1833 4024 4000 0001

(KIO 2649/11): „Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy, roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres, tak aby spełniały oczekiwania Zamawiającego, a z drugiej strony aby wykonawcy mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (...). Zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym m.in. w wyroku z dnia 18 czerwca 2010 r. KIO 1087/10, z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek dokładnego określenia przez zamawiającego ilości zamawianych produktów; zamawiający nie jest zwolniony z tego obowiązku nawet, jeżeli nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów oraz w wyroku z dnia 3.10.2014 r., KIO 1944/14: „Dla zapewnienia uczciwej konkurencji przy kalkulowaniu ceny oferty konieczne jest określenie w sposób precyzyjny zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy, oraz wskazanie tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno, oraz tej części, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji”. Powyższe stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła także w wyroku z dnia 7 maja 2014 r., KIO 809/14, wskazując, iż: „nie można zaakceptować postanowień umowy dających zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zmniejszeniu zakresu dostaw będących przedmiotem zamówienia”.

Odpowiedź 3: Zamawiający informuje, że będzie dokonywał zamówień w ilościach zgodnie z formularzem cenowym, stanowiącym załącznik do oferty wykonawcy.

Pytanie 4: „Czy Zamawiający rozważy możliwość wcześniejszej renegocjacji warunków umowy z uwagi na zmianę czynników wymienionych w §4 ust. 5 wzoru umowy niż po upływie 12 miesięcy wykonywania umowy? Wykonawca wskazuje, iż ustawodawca w art. 142 ust. 5 ustawy PZP uzależnił moment i zakres wprowadzenia zmiany wynagrodzenia jedynie od treści i daty zmieniających się przepisów prawa. W konsekwencji niezasadnym jest w ocenie Wykonawcy wprowadzanie dodatkowych zasad dokonywania zmian wynagrodzenia i przesuwania w czasie uprawnienia Wykonawcy do wystąpienia z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia (tak KIO w wyroku z dn. 04.12.2015, 2546/15: Jedynym ograniczeniem ustawowym możliwości dokonania zmiany wynagrodzenia, jest brak wykazania wpływu na wysokość kosztów związanych z wykonaniem umowy. Powoduje to potrzebę każdorazowego przeanalizowania zmiany przepisów i ich wpływu na realizowaną przez wykonawcę umowę. W tym znaczeniu automatyzm mechanizmu zmiany wysokości wynagrodzenia nie może być postulowany.)”

Odpowiedź 4: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 5: „Czy Zamawiający pod sformułowaniem użytym w zapisie §4 ust. 5 wzoru umowy „w przypadku zmian (...) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę” rozumie także zmianę wysokości minimalnej stawki godzinowej, zgodnie z katalogiem czynników wymienionych przez ustawodawcę w art. 142 ust. 5 pkt. 2 ustawy PZP? Jeżeli nie, Wykonawca zwraca się z prośbą o dostosowanie zapisu do zapisu ustawy PZP.”

Odpowiedź 5: Tak, Zamawiający potwierdza.

Pytanie 6: „Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §5 wzoru umowy w następujący sposób:

- a. wysokość kary umownej będzie naliczana od wartości netto, a nie brutto bowiem podatek VAT jako należność publicznoprawna jest odprowadzany przez Wykonawcę do urzędu skarbowego i nie stanowi przysporzenia po stronie Wykonawcy;
- b. uzależnienia możliwości naliczenia kary wskazanej w §5 ust. 1 oraz §5 ust. 4 lit. a wzoru umowy od wystąpienia po stronie Wykonawcy zwłoki, a nie opóźnienia, a więc od okoliczności, za które Wykonawca odpowiada i na które ma realny wpływ;
- c. miarkowania kary umownej w przypadku niedotrzymania terminu dostawy przedmiotu umowy (§5 ust. 1 wzoru umowy) do wysokości 0,01% wartości netto niezrealizowanej w terminie części umowy;
- d. miarkowania kary umownej w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy na warunkach wskazanych w §5 ust. 4 do 10% wartości netto niezrealizowanej części umowy. Jak wskazano wyżej, podatek VAT jako należność publicznoprawna jest odprowadzany

przez Wykonawcę do urzędu skarbowego i nie stanowi przysporzenia po stronie Wykonawcy, nadto w zakresie zrealizowanej już części umowy Zamawiający nie ponosi szkody, która uzasadniałaby – w ramach kompensaty - naliczenie kary umownej.

W uzasadnieniu, Wnioskodawca wskazuje, iż zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa i przyjętym orzecnictwem kara umowna nie może pozostawać w dysproporcji, być nieproporcjonalna w stosunku do wielkości realizowanej części zamówienia. Uznany jest pogląd, że o rażącym wygórowaniu kary umownej świadczy stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie. Ponadto Wykonawca zwraca uwagę, że w doktrynie i orzecnictwie uznaje się, że w sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, można ją uważać za rażąco wygórowaną. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 listopada 2013 roku (I ACa 539/13) podniesiono, że w orzecnictwie Sądu Najwyższego uznaje się za miernik oceny wysokości kary umownej stosunek między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania. Wykonawca zwraca także uwagę, iż zapisy projektu umowy winny przewidywać kary umowne w adekwatnej wysokości do odszkodowania, które mogłyby być dochodzone na zasadach ogólnych. Kara umowna jest instytucją, która ma pełnić przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Obowiązujące zasady prawa wskazują na przesłanki przesądzające o rażącym wygórowaniu kary umownej zwłaszcza w okolicznościach, gdy wierzyciel nie poniósł żadnej szkody albo poniósł szkodę nieznaczną wskutek niewykonania umowy. 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 nieadekwatności we wzorze umowy jest w szczególności zastosowanie takiej samej wysokiej stawki kary dla nieterminowej dostawy przedmiotu umowy, na której realizację przypada większość wynagrodzenia wykonawcy i dla świadczenia ubocznego, jakim jest rozpatrywanie zgłoszonych reklamacji.”

Odpowiedź 6: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 7: „Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §5 ust. 4 lit. a i lit. b wzoru umowy w ten sposób, iż wskazane w nich dni zostaną określone jako dni robocze, a nie kalendarzowe. Wykonawca wskazuje, iż zgodnie z zapisami §2 i §3 wzoru umowy i zasadami funkcjonowania Zamawiającego, obiektywnie swoje zobowiązania może realizować wyłącznie w dniach roboczych. Zastosowanie przez Zamawiającego innego miernika czasu przy definiowaniu podstaw odstąpienia od umowy prowadzi skutkować może niemożnością spełnienia świadczenia przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.”

Odpowiedź 7: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisu na „robocze”. Umowa z wybranym wykonawcą zostanie o powyższe zmodyfikowana.

Pytanie 8: Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisu §8 wzoru umowy w następujący sposób:

1. Oprócz uprawnień, o których mowa w § 5 Zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w zakresie danego pakietu w przypadku, gdy:

- a. Wykonawca w sposób zawiniony trzykrotnie nie dochowa terminu dostawy,
- b. Wykonawca trzykrotnie dostarczy towar nieodpowiadający wymaganiom określonym w specyfikacji i w zamówieniu lub niespełniający prawidłowo swojej funkcji, w tym – w naruszonym opakowaniu,

- c. Wykonawca trzykrotnie nie dochowa terminów reklamacji zakreślonych zgodnie z warunkami określonymi w § 3 ust. 2,
- d. Wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy PZP;
- e. Wobec towaru zostanie wydana decyzja odpowiednich organów o wycofaniu z obrotu, wstrzymaniu w obrocie, zakazie wprowadzania,
- f. Wykonawca zostanie pozbawiony prawa do dystrybucji i sprzedaży towaru określonego w § 1 na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Przed rozwiązaniem umowy na podstawie § 8 lit. a, b lub c Zamawiający pisemnie wezwie Wykonawcę do należytego wykonywania umowy w terminie nie krótszym niż 7 dni roboczych.

Wykonawca wskazuje, iż umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego są umowami zawieranymi na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy PZP nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. W konsekwencji przesłanki do ich rozwiązania powinny być konkretnie określone w umowie, a mechanizmy odstąpienia winny być stosowane z zachowaniem należytej ostrożności. Odnosząc się do zaproponowanego w ust. 2 terminu do wykonania zobowiązania z zawartej umowy, Wykonawca wskazuje, iż jest on terminem odpowiednim i realnym z uwagi na zasady funkcjonowania zakładu Zamawiającego, nadto jego wyznaczenie jest zgodne z zasadami wykonywania prawa odstąpienia.”

Odpowiedź 8: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 9: „Z uwagi na obecną sytuację wywołaną rozwojem pandemii COVID-19 Wykonawca zwraca się z prośbą o uwzględnienie w zapisach §13 ust. 2 przesłanki zmiany umowy w postaci:

Ust. 4a. Dopuszczalne są zmiany umowy, jeśli w związku z rozwojem pandemii COVID-19 oraz wprowadzonym stanem epidemii, a także dalszymi działaniami podjętymi przez właściwe władze i organy w ramach zapobiegania, przeciwdziałania i zwalczania COVID-19 nie będzie możliwe realizowanie umowy na pierwotnych zasadach, w szczególności w zakresie terminów realizacji przedmiotu umowy poprzez ich wydłużenie, zmiany asortymentu z uwagi na zmianę jego dostępności lub warunków finansowych poprzez jego zwiększenie.

Wykonawca wskazuje, iż w obecnej sytuacji pandemii i występujących ograniczeń, można spodziewać się wprowadzania dalszych obostrzeń mających wpływ na przebieg wykonywania zobowiązań umownych i konieczne jest wprowadzenie mechanizmów dostosowawczych opartych na innych przesłankach niż wskazane w §13 wzoru umowy czy też art. 144 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP (ponieważ umowa będzie zawierana w czasie trwania pandemii, to zmiany społeczno-gospodarcze nią wywołane nie będą już stanowić nadzwyczajnych okoliczności, uprawniających do wszczęcia ustawowej procedury zmiany umowy).”

Odpowiedź 9: Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie powyższego zapisu do wzoru umowy. Umowa z wybranym wykonawcą zostanie o powyższe zmodyfikowana.

Pytanie 10: „Wykonawca zwraca się z prośbą o wskazanie przez Zamawiającego jakie środki ochronne dla osób dostarczających zamówienia przewidział Zamawiający w związku z zaistniałą pandemią COVID-19? W szczególności jaki jest stopień odizolowania miejsca dostawy od części oddanej do dyspozycji chorych pacjentów oraz personelu, czy dostęp do miejsca dostawy wymaga przejścia przez strefy styczności z pacjentami bądź leczącym personelem?”

Odpowiedź 10: Dostawy odbywają się do pomieszczeń magazynowych Apteki szpitalnej poprzez komorę przyjęć Apteki, osobnym wejściem, z pominięciem traktów komunikacyjnych szpitala przeznaczonych dla pacjentów i leczącego personelu medycznego.

Pytanie 11: „Dotyczy wzoru umowy

Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do umowy sformułowania, iż „Zamawiający będzie składał zamówienia według bieżących potrzeb, przy czym wartość zamówienia jednostkowego nie powinna być mniejsza niż 150 zł. netto”?

Mając na względzie czynniki ekologiczne, chcielibyśmy dążyć do ograniczenia liczby opakowań, ilości listów przewozowych i faktur w formie papierowej. W związku z tym prosimy o ustanowienie minimalnej wartości zamówienia w kwocie 150 zł.”

Odpowiedź 11: Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z SIWZ i projektem umowy faktura VAT może być wystawiona elektronicznie.

Pozostałe warunki zamówienia nie ulegają zmianie, aktualny pozostaje również termin składania ofert zmieniony i ustalony do dnia 07.04.2020 r. do godziny 10.00 oraz termin otwarcia ofert: w tym samym dniu o godzinie 10.30.