

Bielsko-Biała dn. 09.01.2024r.

DZP.271.47.2023 - 5

**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:

**Pytanie nr 1 – Podpisanie umowy**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość podpisania umowy przez Wykonawcę w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego przez osobę/osoby upoważnione kwalifikowany podpisem elektronicznym, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy, albo przez osobę/osoby umocowane (na podstawie pełnomocnictwa) przez osoby uprawnione?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Tak Zamawiający dopuszcza również podpisanie umowy kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

**Pytanie nr 2 – Załącznik nr 5 PAKIET III**

1. Czy mieszanina gazów N<sub>2</sub>O 50% + O<sub>2</sub> 50% (przeznaczona do leczenia krótkotrwałego bólu o łagodnym lub umiarkowanym nasileniu, kiedy pożądanym jest szybki początek i ustąpienie działania przeciwbólowego) ma być dostarczana w lekkich butlach aluminiowych z zaworem zintegrowanym wyposażonym w przepływomierz umożliwiającą ustawienie przepływu co najmniej w 12 różnych zakresach przepływu wyrażonych w l/min (w tym wartość początkowa - 0 l/min)?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Tak.

2. Czy zawór dozujący do podawania mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny, ma posiadać taką konstrukcję, która do podawania tejże mieszaniny gazów wymaga obligatoryjnie/zawsze zastosowania dodatkowego jednorazowego filtra lub jednorazowego zaworu wydechowego z filtrem (podanie mieszaniny bez tych zabezpieczeń będzie niemożliwe)? Taki wybór zniweluje konieczność kontroli, czy zawór mógł zostać zanieczyszczony, w trakcie przypadkowego lub celowego użytkowania zaworu dozującego bez jakichkolwiek środków zabezpieczających przed kontaminacją (np. filtra lub zaworu wydechowego).

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Tak.

3. Czy w celu zwiększenia komfortu pracy personelu medycznego oraz bezpieczeństwa prowadzonej terapii mieszaniną mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny wszystkie jednorazowe elementy niezbędne do podawania tejże mieszaniny (ustnik, zawór wydechowy z filtrem lub inny równoważny sprzęt jednorazowy, ewentualnie dopuszczony przez Zamawiającego)

mają być zapakowane wspólnie w jednym najmniejszym dostępnym opakowaniu jednostkowym – 1 pojedynczy komplet ?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Tak.

4. Czy zawór dozujący do podawania mieszaniny gazowej 50 % tlen i 50% podtlenek azotu (fabrycznie oryginalny bez dodatkowych modyfikacji i przeróbek, zarejestrowany przez producenta) wraz ze wszystkimi jego elementami składowymi ma być nierozbieralny/nierozkręcalny, tzn. nie ma w nim być elementów, które pacjent i/lub osoba odwiedzająca i/lub personel Zamawiającego bez użycia dedykowanych do tego narzędzi może swobodnie odkręcić, usunąć i stworzyć dla siebie potencjalne zagrożenie oraz zmniejszyć walory użytkowe urządzenia np. poprzez zatrzymanie lub wyraźne spowolnienie przepływu gazu.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Tak.

### **Pytanie nr 3 - PROJEKT UMOWY: paragraf 5**

Wnosimy do Zamawiającego o zmianę zapisów odnośnie kar umownych w następującym zakresie:

#### **Obecny zapis:**

4. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, ponad wysokość kar umownych, to jest dochodzenia odszkodowania przewyższającego zastrzeżone kary umowne.

#### **Proponowany zapis:**

4. W sytuacji, gdy kara umowna nie pokrywa szkody, Zamawiającemu przysługuje prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych, **maksymalnie do wysokości całkowitego wynagrodzenia brutto należnego z umowy.**

Dodatkowo należy nadmienić, iż obecnie zapisy projektu umowy w przytaczanym zakresie w nawiązaniu do długości oraz przede wszystkim wartości przyszłego kontraktu, stoją w opozycji do art. 431 ustawy Pzp oraz art. 354 § 1 i 2 KC w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

Generalnie zgodnie z art. 484 §1 Kodeksu Cywilnego, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Tak więc podstawowym rozwiązaniem z mocy prawa w razie braku odrębnego uregulowania jest brak odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych. Skoro już zostaje takie wprowadzone, limit jest uzasadniony żeby nie doszło do potencjalnej odpowiedzialności wyższej niż wynagrodzenie umowne, a tym samym rażącej dysproporcji stron.

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie wyraża zgody na jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie i uważa żądanie wykonawcy za nieuzasadnione.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że zawarcie w umowie zapisu przewidującego możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych nie stanowi wykorzystywania pozycji dominującej, tylko stanowi przejaw skorzystania z przysługujących





Zamawiającemu ustawowych uprawnień. Tym samym wbrew twierdzeniom Wykonawcy zapis umowy nie jest sprzeczny z jakimkolwiek przepisem prawa, w tym z powołanymi przez Wykonawcę przepisami pzp i kc, nie stanowi rażącego uprzywilejowania w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, nie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i właściwościami stosunku prawnego i nie stanowi nadużycie prawa.

Wykonawca zdaje się nie rozumieć istoty przywołanych przez siebie przepisów, w tym art. 484 § 1 kc, zgodnie z którym "w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły." - właśnie w tym przypadku Strony umowy postanawiają inaczej, a Zamawiający ma prawo dochodzenia odszkodowania oprócz kar umownych zgodnie z przepisami.

Za sprzeczne z prawem zamówień publicznych oraz przepisami kodeksu cywilnego można natomiast uznać próbę narzucania Zamawiającemu przez Wykonawcę maksymalnej kwoty, jakiej Zamawiający mógłby dochodzić, chociaż żadna ze stron nie może na dzień zawarcia umowy przewidzieć rzeczywistych rozmiarów szkody. Co więcej, żaden przepis ani orzecznictwo nie nakazuje ustalania maksymalnej kwoty odszkodowania i to właśnie proponowane przez Wykonawcę ograniczenie Zamawiający uznaje za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i samą istotą i celem przepisu art. 484 kc.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w toku postępowania prowadzonego w trybie ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający zawsze jest stroną silniejszą, to Zamawiający określa warunki zamówienia i określa samodzielnie postanowienia umowy, a wykonawca - jeśli nie są dla niego akceptowalne - może nie przystępować do postępowania i nie jest zmuszony do składania oferty.

Wreszcie Zamawiający wskazuje, że przepis art. 135 pzp służy do wyjaśniania treści SWZ, a nie do negocjacji umowy czy wymuszania na Zamawiającym zmiany czy usuwania poszczególnych opartych wprost na przepisach ustawy postanowień umowy z uwagi na rzekome rażące naruszenie czy nadużycie prawa.

Z poważaniem

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

