

SSM.DZP.200.164.2020

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę nożyków mikrotomowych.

W związku ze skierowanymi przez Wykonawcę w dniu 9.10.2020 r. pytaniami do siwz Specjalistyczny Szpital Miejski im. M. Kopernika w Toruniu informuje o ich treści i udzielonych na nie odpowiedziach.

Pytanie nr 1

Zadanie nr 1, punkt 1 i 2

Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie w powyższych pozycjach nożyków równoważnych wraz z dedykowanymi dla nich uchwytami. Sądząc po opisie przedmiotu Zamówienia, Zamawiający opisuje nóż do mikrotomu. Wskazanie na uchwyt F80 Feather oraz F80mini jest w rzeczy samej wskazaniem na producenta opisanych w tych pozycjach noży niskoprofilowych, ponieważ uchwyty do noży F80mini kompatybilne są wyłącznie z nożami tego samego producenta (Feather). Zatem wymóg kompatybilności służy ograniczeniu konkurencji, a nie uzyskaniu określonych parametrów, gdyż nie wpływa to ani na jakość cięcia, ani na kompatybilność z mikrotomem. Uchwyty te są plastikowym elementem służącym do mocowania zużytych noży Feather, dzięki czemu istnieje możliwość dodatkowego użycia noży np. w procesie obróbki materiału). Taką samą funkcję pełnią dostępne u innych producentów uchwyty do noży typu mini. Natomiast wielkość i rozmieszczenie otworów na ostrzu ma służyć kompatybilności z uchwytami tego samego producenta i parametr ten nie ma żadnego wpływu na użycie noży podczas cięcia w mikrotomie. Wobec czego aktualny opis przedmiotu zamówienia dla ww. pozycji narusza art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 3 PZP.

Jak przypomina Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) w uchwale z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KD 30/17, Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 p.z.p. może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Ponadto naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Warto podkreślić, że wykonawcy oferujący produkty o równie dobrych, a niekiedy lepszych parametrach technicznych i użytkowych, nie będą mogli złożyć Państwu oferty w tym postępowaniu. Brak konkurencji, jak pokazuje doświadczenie życiowe, będzie prowadził do wzrostu zaferowanych cen.

W podobnym duchu wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO1670/17, wyjaśniając, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 p.z.p. ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań, co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu.

Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza - jak z kolei przypomina Izba wyroku z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/17; KIO 2480/17 - uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami. Konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji nie obliguje zatem zamawiającego do nabywania dostaw, usług lub robót, które nie będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom. Jednakże podkreślić należy, że potrzeby te muszą być realne, niezbędne, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia.

Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający wskazuje jakie uchwyty posiada i dopuszcza kompatybilne nożyki do podanych w siwz uchwytów.

Pytanie nr 2

Zadanie 1

Prosimy o usunięcie zapisu dotyczącego zapewnienia wymogu oferowania wszystkich produktów od jednego producenta i posiadania nazwy na każdym nożyku. Takie działanie wpływa bowiem na ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert, złożonych w postępowaniu oraz może spowodować zaferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. Powyższe działanie może grozić nieracjonalnym wydatkowaniem przez zamawiającego środków publicznych.

Wymóg posiadania produktów od jednego producenta, a także posiadania nazwy na każdym nożyku w tym przypadku nie ma uzasadnienia w kontekście cech oferowanego wyrobu. Noże mikrotomowe mają ustandaryzowane wymiary ponieważ muszą pasować do wszystkich dostępnych na rynku mikrotomów. Sugerowanie opisu wskazującego na konkretnego producenta jest w tym przypadku wyłącznie ograniczeniem konkurencji.

Zauważyć należy również, że zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek opisać przedmiot zamówienia tak, aby z jednej strony zapewnić sobie nabycie dóbr odpowiadających jego uzasadnionym potrzebom, z drugiej strony zapewnić dostęp do zamówienia jak największej liczbie wykonawców zdolnych do jego wykonania.

Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz

Pytanie nr 3

Zadanie 1, punkt 1, 2

Prosimy o dopuszczenie ostrzy o kącie 34 st. Jest to parametr lepszy od opisanego, ponieważ im niższy kąt natarcia ostrza względem tkanki tym uzyskuje się lepsze rezultaty skrawania przy mniejszym zużyciu żyłki. Wynika to z faktu, iż cienkie ostrze łatwiej tnie materiał. Zwracamy uwagę, iż zastosowanie mniejszego kąta pozwala użytkownikowi na optymalizację procesu oraz dłuższą eksploatację pojedynczego ostrza mikrotomowego.

Odpowiedź na pytanie nr 3

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz

Pytanie nr 4

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 (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”.

W wyroku z dnia 7 maja 2014 r. KIO 809/14 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „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 na pytanie nr 4

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz

Pytanie nr 5

Prosimy o modyfikację zapisów § 7 w taki sposób, aby wysokość kary umownej naliczana była od wartości netto a nie brutto. VAT jest należnością publicznoprawną, którą wykonawca jest zobowiązany odprowadzić do urzędu skarbowego. Ponadto sama kwota podatku VAT wliczona do ceny oferty nie ma wpływu na korzyści ekonomiczne osiągnięte przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia.

Odpowiedź na pytanie 5

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz

Pytanie nr 6

Czy Zamawiający może zadeklarować, iż minimalna wartość jednostkowego zamówienia będzie nie niższa niż 150 zł netto? Wykonawca wskazuje, iż określony w ten sposób próg minimalnej wartości zamówienia ma wpływ na właściwe dokonanie wyceny oferty z uwagi na ewentualne koszty dostaw, oraz uwzględnia czynniki ekologiczne, takie jak ograniczenie liczby opakowań, ilości listów przewozowych i faktur w formie papierowej.

Odpowiedź na pytanie 6

Nie

Pytanie nr 7

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zapisów §7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w ten sposób, aby kary umowne były naliczane w związku z wystąpieniem zwłoki, a nie opóźnienia realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający uregulował obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku opóźnienia Wykonawcy. Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, Zamawiający powinien mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu. Ponadto takie uregulowanie jest niezasadnym rozszerzeniem odpowiedzialności wykonawcy. Kary umowne winny być powiązane z zawinieniem wykonawcy, na bazie art. 473 k.c. w związku z art. 5 k.c.

Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca karę umowną za każdy dzień opóźnienia, a więc przerzucającej na wykonawcę odpowiedzialność za zdarzenia leżące poza jego kontrolą została wskazana na stronach Urzędu Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszającą w sposób nadmierny równowagę stron ([https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf\\_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych-rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf))

Odpowiedź na pytanie 7

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz.

Pytanie nr 8

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej?

Wykonawca proponuje następującą treść ww. klauzuli:

„Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku:

- a) zmiany średniego kursu EUR ogłoszonego w dniu zawarcia umowy o 2%, lub
- b) zmiany średniego kursu USD ogłoszonego w dniu zawarcia umowy o 2%, lub
- c) po dniu zawarcia umowy suma miesięcznych lub kwartalnych wskaźników cen i usług konsumpcyjnych opublikowanych przez Prezesa GUS przekroczy 3%

Odpowiedzi winne być udzielane w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania pisma, a cały proces negocjacji zakończony w terminie do 30 dni roboczych od daty złożenia wniosku inicjującego proces.

Każdorazowo dokonana zmiana nie może skutkować podwyższeniem wynagrodzenia o 5% pierwotnej wartości Umowy.”

Wykonawca wyjaśnia, iż umowa będzie umową długoterminową (24 miesiące z możliwością przedłużenia), i niewątpliwym jest, iż w okresie jej obowiązywania może nastąpić zmiana siły nabywczej pieniądza. Wprowadzenie klauzuli umożliwi zaktualizowanie wynagrodzenia Wykonawcy pod kątem rzeczywistej wartości ekonomicznej świadczonych dostaw, co przyczyni się zarówno do jak najpełniejszego wykonywania umowy jak również sporządzenia właściwej kalkulacji oferty zobowiązania długoterminowego.

Odpowiedź na pytanie 8

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz.

Pytanie nr 9

Zważywszy na doniosłe i nieodwracalne skutki prawne rozwiązania umowy, celowe jest, aby przed rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego wykonawca został wezwany do należytego wykonywania umowy. Takie wezwanie najprawdopodobniej wystarczająco zmobilizuje wykonawcę do należytego wykonywania umowy i pozwoli uniknąć rozwiązania umowy, a tym samym uniknąć skutków rozwiązania umowy, które są niekorzystne dla obu stron. W związku z powyższym zwracamy się o wprowadzenie dodatkowego zapisu w umowie uwzględniającego wcześniejsze wezwanie Wykonawcy do należytego wykonania.

Odpowiedź na pytanie 9

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz

Pytanie nr 10

Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dodanie poniższego zapisu do treści umowy:

„W sytuacji, kiedy Zamawiający nie ureguluje należności w terminie, Wykonawca, po 2-krotnym wezwaniu Zamawiającego (w odstępie 14 dni) do zapłaty, ma prawo wstrzymać dostawy do Zamawiającego do czasu uregulowania należności”

Odpowiedź na pytanie 10

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz

Na podstawie art. 38 ust. 4 prawo zamówień publicznych Zamawiający modyfikuje treść siwz w taki sposób, że:

1) W Części 11 - „Termin i miejsce składania ofert” wykreśla dotychczasowy zapis o następującej treści: „11.1. Oferty należy składać do dnia 13 października 2020 r. do godziny 10:00 w Specjalistycznym Szpitalu Miejskim im. M. Kopernika w Toruniu, ul. Batorego 17/19, 87-100 Toruń, pok. nr 032 – kancelaria szpitala. 11.2. Oferty złożone po terminie zwraca się niezwłocznie., a w miejsce wykreślonego zapisu wprowadza nowy zapis o następującej treści: „11.1. Oferty należy składać do dnia 15 października 2020 r. do godziny 10:00 w Specjalistycznym Szpitalu Miejskim im. M. Kopernika w Toruniu, ul. Batorego 17/19, 87-100 Toruń, pok. nr 009 – kancelaria szpitala.

## **11.2. Oferty złożone po terminie zwraca się niezwłocznie.”**

2) W Części 17 - „Otwarcie ofert” wykreśla dotychczasowy zapis o następującej treści: „15.1. Otwarcie złożonych ofert nastąpi w dniu 13 października 2020 r. o godzinie 10.15 w Specjalistycznym Szpitalu Miejskim im. im. Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Batorego 17/19 w budynku medyczno - administracyjnym, pokój nr 115.”a w miejsce wykreślonego zapisu wprowadza nowy zapis o następującej treści: **„15.1. Otwarcie złożonych ofert nastąpi w dniu 15 października 2020 r. o godzinie 10.30 w Specjalistycznym Szpitalu Miejskim im. Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Batorego 17/19 w budynku medyczno - administracyjnym, pokój nr 115.”**

Pozostałe warunki siwz nie ulegają zmianie.

12.10.2020 r. odpowiedzi na pytania i modyfikację siwz zamieszczono na stronie Zamawiającego [www.med.torun.pl](http://www.med.torun.pl)