

DZP.271.6.2023-4

Bielsko – Biała 24.01.2023 r.

**dotyczy: przetargu prowadzonego w trybie podstawowym z możliwymi negocjacjami na sprzedaż i 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.271.6.2023**

*Uprzejmie informujemy, iż do siedziby Zamawiającego wpłynęło zapytanie do SWZ o treści :*

Niniejszym zwracam się do Państwa z prośbą o zmiany oraz wyjaśnienie następujących kwestii zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia:

1. Prosimy o połączenie obu pakietów w jeden co w związku ze zwiększeniem ilości produktów i usług w jednym pakiecie pozwoli uzyskać korzystniejsze ceny. Niewątpliwie leży to w interesie publicznym.

**ODPOWIEDŹ:**

Nie. Zamawiający nie wyraża zgody na połączenie obu pakietów w jeden, ale zgodnie z zapisami rozdziału IV pkt 3 SWZ Wykonawca może złożyć ofertę w odniesieniu do jednego pakietu lub dwóch pakietów.

2. Prosimy o wykreślenie ze SWZ punktu V ppkt 2 który prawdopodobnie znalazł się tam przez omyłkę i zapewne dotyczy jakiegoś postępowania na roboty budowlane.

**ODPOWIEDŹ:**

Zamawiający w SWZ w pkt V ppkt 2 wykreśla słowa „roboty budowlane” zastępując je słowem „dostawy”.

3. 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:**

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 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.

4. 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:

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 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.

5. 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:

Zamawiający na podstawie art. 137 pzp modyfikuje zapisy w formularzu asortymentowo cenowym załączniku nr 5 do SWZ w zakresie Pakietu nr I poz. 9 i 14 z ” 2,14m3” na 1,6m3”.

Poprawiany załącznik nr 5 do SWZ w załączeniu.

Z poważaniem

Z-CA KIEROWNIKA  
Działu Techniczno-Gospodarczego

  
mgr inż. Agata Kłys

