Kraków, dnia 21.08.2023 r.

Numer sprawy: DFP.271.97.2023.BM

**Do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu**

# *Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na**dostawę mieszanin gazów wraz z dzierżawą butli.*

Zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przedstawiam odpowiedzi na pytania wykonawców oraz zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikuję specyfikację warunków zamówienia:

**Pytanie 1**

**Podpisanie umowy**

Czy Zamawiający podpisze umowę z Wykonawcą w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, podpisaną 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?

**Uzasadnienie (Interpretacja UZP):**

[https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/interpretacje/pytania-instytucji-kontrolujacych/czy-zgodnie-z-przepisami-nowej-ustawy-pzp-mozna-zawrzec-umowe-w-formie-elektronicznej,-czyli-w-postaci-elektronicznej-opatrzonej-kwalifikowanym-podpisem-elektronicznym-2020-12-04](https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/interpretacje/pytania-instytucji-kontrolujacych/czy-zgodnie-z-przepisami-nowej-ustawy-pzp-mozna-zawrzec-umowe-w-formie-elektronicznej%2C-czyli-w-postaci-elektronicznej-opatrzonej-kwalifikowanym-podpisem-elektronicznym-2020-12-04)

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuszcza podpisanie umowy podpisem kwalifikowanym elektronicznym. Postanowienie z § 16 wzoru umowy przewiduje możliwość jej sporządzenia
w formie elektronicznej.

**Pytanie 2**

**Formularz asortymentowo-cenowy**

W celu przygotowania rzetelnej, wiarygodnej a jednocześnie jak najbardziej konkurencyjnej oferty pozwalającej osiągnąć Zamawiającemu najlepszą jakość dostaw, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz ułatwienie samej realizacji umowy prosimy Zamawiającego o modyfikację formularza asortymentowo-cenowego poprzez dodanie kolumny „cena jednostkowa netto”, „wartość netto” oraz „stawka podatku Vat” Państwa zgoda umożliwi złożenie naszej firmie ważnej, konkurencyjnej, a przede wszystkim bardziej czytelnej i przejrzystej oferty

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 3**

**wzór umowy § 7 ust. 6**

Wnosimy do Zamawiającego o zmianę zapisów odnośnie kar umownych w następującym zakresie (proponowane zapisy):

6. W przypadku, gdy wysokość szkody poniesionej przez Szpital Uniwersytecki jest większa od kary umownej, Szpital Uniwersytecki może żądać odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej **lecz nie wyższego niż wysokość całkowitego wynagrodzenia brutto należnego z umowy.** W przypadku, gdy szkoda powstała z przyczyn, dla których nie zastrzeżono kary umownej, Szpital Uniwersytecki jest uprawiony do żądania odszkodowania na zasadach ogólnych, wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego **lecz nie wyższego niż wysokość 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:** Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację. Wzór umowy pozostaje w tym zakresie bez zmian.

**Pytanie 4**

**wzór umowy § 7 ust. 2 pkt. a**

Prosimy Zamawiającego o zmianę zapisów odnośnie kar umownych w następującym zakresie (proponowane zapisy):

1. za nieterminową dostawę Gazów wskazanych w Załączniku nr 1 w wysokości **100,00 zł** za każdy rozpoczęty dzień zwłoki ponad termin dostawy określony w Załączniku nr 1;

Uzasadnienie: art. 433 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Ponadto zgodnie z ustawą, nie mogą zawierać także odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W związku z tym, odpowiedzialność Wykonawcy za opóźnienie powinna zostać ograniczona do zwłoki. Brak jest uzasadnienia dla odpowiedzialności Wykonawcy w sytuacji, gdy nieterminowa dostawa jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

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.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający podtrzymuje wysokość kar umownych we wzorze umowy. Zamawiający wskazuje również, że kara wskazana w § 7 ust. 2 pkt. a) wzoru umowy jest zastrzeżona za zwłokę.

**Pytanie 5**

**wzór umowy § 7 ust. 7**

Wnosimy do Zamawiającego o wykreślenie następującego zapisu projektu umowy:

*„Brak terminowej zapłaty uprawnia Szpital Uniwersytecki do potrącenia kary umownej z wynagrodzenia Wykonawcy lub innych jego wierzytelności przysługujących Wykonawcy w stosunku do Szpitala Uniwersyteckiego, na co Wykonawca wyraża zgodę.”*

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje w tym zakresie bez zmian.

**Pytanie 6**

**wzór umowy § 10 ust. 1b**

Wnosimy do Zamawiającego o modyfikację cytowanego fragmentu wzoru umowy w następującej formie:

***trzykrotnego***, pisemnego stwierdzenia przez Szpital Uniwersytecki naruszeń przez Wykonawcę postanowień niniejszej umowy, pod warunkiem niezaprzestania przez Wykonawcę danego naruszenia po wyznaczeniu przez Szpital Uniwersytecki dodatkowego, 7-dniowego terminu. ***Nie dotyczy to naruszeń, którym Wykonawca nie mógł uniknąć przy zachowaniu należytej staranności”***

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Zamawiający wprowadził jednak ograniczenie dotyczące odstąpienia od umowy, którego dokładny zakres zawiera § 10 ust. 1b wzoru umowy. Wzór umowy uległ stosownej modyfikacji.

**Pytanie 7**

**wzór umowy § 10 ust. 2**

Wnosimy do Zamawiającego o modyfikację cytowanego fragmentu wzoru umowy w następującej formie:

***Trzykrotne*** *pisemne stwierdzenie przez Szpital Uniwersytecki rażących naruszeń przez Wykonawcę postanowień niniejszej Umowy uprawnia Szpital Uniwersytecki do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, pod warunkiem niezaprzestania przez Wykonawcę danego naruszenia po wyznaczeniu przez Szpital Uniwersytecki dodatkowego, 7-dniowego terminu. W tym przypadku Wykonawcy nie przysługuje prawo do jakiegokolwiek odszkodowania, rekompensaty lub roszczenie oparte na innej podstawie prawnej, poza wynagrodzeniem za prawidłowo wykonane obowiązki umowne do chwili rozwiązania umowy. Rozwiązanie umowy na podstawie niniejszego ustępu nie uchybia obowiązkowi zapłaty kar umownych.* ***Nie dotyczy to naruszeń, których Wykonawca nie mógł uniknąć przy zachowaniu należytej staranności.***

Uzasadnienie do pytania 5 i 6 : Sankcja rozwiązania lub odstąpienia od umowy w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek naruszeń w toku obowiązywania umowy może spowodować nieproporcjonalnie wysoką odpowiedzialność odszkodowawczą Wykonawcy – nawet do 20% wartości niezrealizowanej części umowy. Naruszałoby to zasadę proporcjonalności, wskazaną
w art. 112 PZP, a także można by to utożsamiać z rażącym uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego. W związku z tym, konieczne jest doprecyzowanie, że nie dotyczy to kwestii które leżały poza kontrolą wykonawcy i nie dało się im zapobiec przy zachowaniu należytej staranności, a także wyznaczyć dodatkowy termin, pozwalający Wykonawcy na zaprzestanie naruszeń, w razie gdyby takie nastąpiły.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Wzór umowy pozostaje
w tym zakresie bez zmian.

**Pytanie 8**

**formularz asortymentowo-cenowy (tabela 2)**

Wnosimy do Zamawiające o możliwość zaoferowania systemu równoważnego lub lepszego (stosowanego również przez Zamawiającego) od opisanego w formularzu asortymentowo-cenowym (tabela 2), zakres proponowanej równoważności: System elektronicznego nadzoru nad gazami: mobilna aplikacja nadzoru nad gazami butlowymi, umożliwiająca Zamawiającemu monitorowanie magazynowanych gazów butlowych, ich nr katalogowych, serii i daty ważności poszczególnych butli, daty dostawy za pomocą ogólnie dostępnej przeglądarki internetowej plus transport wewnętrzny. Sukcesywne codzienne dostarczanie gazów specjalnych z miejsca przeładunku do poszczególnych jednostek organizacyjnych (SU i NSSU) Zamawiającego oraz obsługa punktu przeładunkowego.

**W przypadku odpowiedzi twierdzącej wnosimy o stosowne zredagowanie treści § 3 ust. 9 wzoru umowy.**

**Odpowiedź:** Specyfikacja Warunków Zamówienia zawiera minimalne warunki, jakie musi spełniać system nadzoru butlowego. Wzór umowy pozostaje w tym zakresie bez zmian.

**Pytanie 9**

**wzór umowy § 7**

Wnosimy do Zamawiającego o dodanie ust.9 w brzmieniu: „**Wykonawca odpowiada wyłącznie za normalne skutki swoich działań oraz zaniechań, z wyłączeniem utraconych korzyści”.**

Uzasadnienie: Powyższe zmiany mają na celu uniknięcie nieograniczonej odpowiedzialności Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy. Nieograniczona odpowiedzialność Wykonawcy mogłaby naruszać art. 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nieograniczona odpowiedzialność może przewyższać wynagrodzenie brutto należne

wykonawcy, a tym samym naruszać zasadę proporcjonalności.

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację wzoru umowy. Wzór umowy został uzupełniony o dodanie ust. 9 w § 7.

**Pytanie 10**

**wzór umowy § 4 ust. 4**

Wnosimy o usunięcie dotychczasowych zapisów § 4 ust. 4 i zmianę na brzmienie: Wykonawca umożliwi dostęp do systemu elektronicznego , w którym Zamawiający będzie mógł pobrać Dokument Dostawy w pliku PDF zawierający następujące dane: nazwę odbiorcy, nazwę dostawcy, numer SU DOP Umowy, nazwę towaru, ilość dostarczoną, serię.

Uzasadnienie: dane takie jak: NIP dostawcy, cena netto, % VAT, data ważności a przede wszystkim nr faktury, zawarte są w fakturze VAT, która wystawiana jest post factum dostawy i doręczenia dokumentu dostawy.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną modyfikację. Zamawiający wprowadził jednak do § 4 ust. 4 wzoru umowy możliwość udostępniania dokumentów dostawy do pobrania, jednakże wraz z obowiązkiem umieszczenia na dowodzie dostawy NIP-u Wykonawcy. Zamawiający pozostawił też Wykonawcy możliwość dostarczenia dokumentu dostawy w formie elektronicznej na adres poczty elektronicznej wskazanej w umowie (wedle wyboru Wykonawcy).

**Pytanie 11**

**wzór umowy § 3 ust. 7**

W oparciu o zasady logiki i obowiązujących przepisów wnosimy do Zamawiającego o modyfikację § 3 ust. 7 w następującej formie:

Wykonawca oświadcza, że osoby realizujące ze strony Wykonawcy Umowę, posiadają uprawnienia ADR., **w przypadku czynności do których w/w uprawnienia są wymagane przepisami prawa**

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisu, jednakże poprzez jego odpowiednie dookreślenie, które zostało wskazane w zmodyfikowanym § 3 ust. 7 wzoru. Ponadto, dostosowany opis przedmiotu zamówienia Zamawiający przekazuje w załączeniu.

**Pytanie 12**

**Formularz cenowy poz. 3**

Wnosimy do Zamawiającego o dopuszczenie składania ofert na: Mieszanka 2-składnikowa N2/H2 stężenie wodoru nie wyższe niż 5,5% (butle o poj. 50L).

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę i dostosowany arkusz cenowy przekazuje w załączeniu.

**Pytanie 13**

Pozycja nr 4 w tabeli – mieszanina kalibracyjna 5 składnikowa. Jak należy rozumieć opis mieszaniny - : mieszanka 5-składnikowa – medyczna”. Co należy rozumieć pod zapisem, że mieszanka medyczna? Czy mieszanka dostarczana do Państwa jest wyrobem medycznym zgodnym z ISO 13485 czy też jest mieszaniną gazu kalibracyjnego przygotowaną w laboratorium akredytowanym wraz z konkretnym niepewnością i dostarczana wraz z odpowiednim certyfikatem ISO 6141?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wymaga aby mieszanka 5-składnikowa była produktem leczniczym czy wyrobem medycznym - w SWZ nie ma takiego wymogu. Zamawiający usuwa słowo medyczna i ujednolica zapisy a dostosowany arkusz cenowy przekazuje w załączeniu.

**Pytanie 14**

Czy dopuszczacie Państwo możliwość dostawy przedmiotu zamówienia bez systemu nadzoru obrotu butlowego – mobilnej aplikacji umożliwiającej monitorowanie umiejscowienia, serii i daty ważności poszczególnych butli z możliwością obsługi za pomocą ogólnie dostępnej bezpłatnej przeglądarki internetowej? Niestety taki zapis wskazuje na konkretnego dostawcę i nie daje pełnej możliwości wglądu do innych być może bardziej konkurencyjnych ofert w przedmiotowym zakresie.

W ramach naszej firmy funkcjonują dwa laboratoria akredytowane, które są również Producentami Certyfikowanych Materiałów Odniesienia w zgodności z normą ISO 17034, dostarczamy mieszaniny kalibracyjne do wielu klientów na terenie całej Polski między innymi również do Narodowego Centrum Onkologii w Gliwicach jednak nie posiadamy na chwilę obecną systemu informatycznego, który pozwoliłby na automatyczna kontrolę procesu. Z uwagi na fakt, że ilości w przedmiotowym postepowaniu nie są duże moglibyśmy zobowiązać się do tego by nadzorować obrót butlowy manualnie a na każde Państwa wezwanie przekazywać niezbędne informacje. Szpital jest jednostka budżetową i wydaje się, że środki finansowe, którymi dysponuje powinny zostać wykorzystane maksymalnie w sposób optymalny. Budżet, który Państwo przeznaczyliście na realizację przedmiotu zamówienia wydaje się być dość wysoki i na pewno można znaleźć na rynku bardziej korzystne dając przy tym możliwość innym podmiotom by zaprezentować swoje produkty.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie dopuszcza.

Ponadto, Zamawiający:

* poprawia oczywistą omyłkę w zakresie § 4 ust. 1 wzoru umowy, poprzez zmianę znajdującego się w nim odesłania z § 3 ust. 4 na § 3 ust. 9;
* modyfikuje zakres elementów dokumentu dostawy przesyłanej na adres e-mail Zamawiającego. Modyfikacja dotyczy § 4 ust. 4 wzoru umowy.

W załączeniu przekazuję arkusz cenowy stanowiący załącznik nr 1a do SWZ, opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 1b do SWZ, wzór umowy stanowiący załącznik nr 9 do SWZ, uwzględniające wprowadzone modyfikacje.