

BZP.38.382-43.10.1.19

Jastrzębie – Zdrój, 19.11.2019 r.

Do wszystkich Wykonawców

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy wkładów do strzykawk automatycznych dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej BZP.38.382-43.19

WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ ORAZ ZMIANA TREŚCI SIWZ Z DNIA 19.11.2019 r.

W związku ze złożonymi pytaniami odnośnie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, na podstawie art. 38 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), Zamawiający wyjaśnia co następuje oraz wprowadza do SIWZ następujące zmiany:

Pytanie nr 1 dot. Pakietu nr 3

W związku ze sprawą nr BZP.38.382-43.19 pakiety 3, i żądaniem zamawiającego aby firmy biorące udział w przetargu dostarczyły dokumenty dopuszczające je do postępowania, które wystawione miałyby być przez firmę produkującą wstrzykiwacz kontrastu. Pragniemy zauważyć, że firmy te (lub ich przedstawiciele) również handlują wkładami do wstrzykiwacza kontrastu na Polskim rynku, i najprawdopodobniej wezmą one udział w powyższym postępowaniu.

Zwracamy uwagę, iż wymagania takie nie mają podstawy prawnej i są niezgodne z artykułami 7 i 25 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie w myśl prawa Polskiego i UE o uczciwej konkurencji takie oświadczenia mogą wystawiać jedynie niezależne firmy. Wówczas jeżeli jakkolwiek powiązana firma z producentem lub autoryzowanego przedstawicielem producenta strzykawki automatycznej do której asortyment Państwo kupują złoży ofertę w przetargu, będzie musiała zostać odrzucona.

Zapisy te nieprawnie wykluczają możliwość udziału wielu w postępowaniu przetargowym, umożliwiając równocześnie przystąpienie do przetargu wyłącznie konkretnemu podmiotowi (firmie produkującej wstrzykiwacze oraz jej przedstawicielowi w Polsce), co jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji (Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów).

Producent sprzętu oferowanego przez naszą firmę posiada wszelką niezbędną dokumentację zgodną z przepisami Ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy tj. certyfikaty Unii Europejskiej notyfikowane przez niezależne podmioty, Deklaracje Zgodności, wpis do Rejestru Wyrobów Medycznych, katalogi i próbki. Wszystkie te dokumenty potwierdzają wysoką, jakość i kompatybilność oferowanego sprzętu. Zgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych zamawiający może żądać jedynie dokumentów wystawionych przez niezależne firmy.

**ROZPORZĄDZENIE
PREZESA RADY MINISTRÓW**

z dnia 19 lutego 2013 r.

**w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy,
oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane**

§ 6. 1. W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym

przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;
- 2) zaświadczenia **niezależnego** podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 3) zaświadczenia **niezależnego** podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 4) zaświadczenia **niezależnego** podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Ponadto pragniemy zwrócić uwagę na fakt, iż producent oferowanego przez nas sprzętu zawarł informacje w katalogu o kompatybilności produktu z konkretnym wstrzykiwaczem kontrastu. Firma nasza dostarcza również próbki, dzięki którym zamawiający może sprawdzić, jakość wyrobu oraz kompatybilność produktu z posiadanym, wstrzykiwaczem.

W naszej opinii zapis taki ma na celu wykluczenie innych firm z przetargu i jest to działanie uniemożliwiające start w przetargu innych firm niż tej będącej bezpośrednio związanej z firmą produkującą te wstrzykiwacze, co może zostać uznane za działania monopolistyczne oraz utrudniające wzięcie udziału w przetargu firmom konkurencyjnym. Co więcej z naszych informacji wynika, że firma produkująca wstrzykiwacze nie posiada opracowanej procedury oraz kwalifikacji, które umożliwiłyby zbadanie wkładów konkurencji i wystawienie im dokumentów dopuszczających do startowania w przetargach. Wobec tego zdobycie takich dokumentów jest niemożliwe. Firma produkująca wstrzykiwacz wyraźnie nadużywa tutaj swojej pozycji dominującej na rynku i niejako wymusza na zamawiającym kupowanie wkładów które najprawdopodobniej są jej produkcji lub przez nią sprzedawane. Co jest niezgodne z zapisami art. 102 lit. d) TFUE. Gdzie zabrania się uzależniania zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych. Wymóg taki nie ma żadnego uzasadnienia.

Nadmieniamy, że konieczność powierzenia realizacji zamówienia konkretnemu Wykonawcy (tu: producentowi wstrzykiwacza lub jego autoryzowanemu przedstawicielowi) nie może wynikać z postanowień poprzednio zawartych umów z tym Wykonawcą. W szczególności taka sytuacja nie może mieć miejsca w przypadku zobowiązań wynikających z warunków gwarancji, ponieważ w zawieranej umowie o zamówienie publiczne należy w taki sposób określać warunki gwarancji, by nie ograniczać lub wyłączać uprawnień Zamawiającego (patrz: Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2011 r., sygn. akt. KIO/KD 81/11). Zamawiający nie ma więc prawa wymagać od Wykonawców zaoferowania wkładów i złączy „przetestowanych i aprobowanych przez autoryzowany serwis producenta urządzenia”, ponieważ nie jest znana

procedura atestacji wkładów stosowana przez producenta wstrzykiwacza.

Nasze stanowisko potwierdza również wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011r. (KIO 752/11), gdzie wyraźnie podkreślono, że zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie powołanych zapisów w SIWZ jest wystarczające do uznania, że norma wynikająca z art. 29 ust. 2 i z art. 7 ust. 1 PZP została naruszona. W ocenie KIO, z naruszeniem powołanych norm mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający określa w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie jest **uzależnione wyłącznie od woli innego podmiotu (innego wykonawcy)**, a nie od czynników obiektywnych, co stawia zarazem tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych ograniczając jednocześnie możliwość uzyskania tego zamówienia przez innych wykonawców.

W związku z powyższym prosimy o rezygnację z zapisów wykluczających inne firmy z postępowania i wymuszających zaoferowanie wkładów wskazanych przez producenta wstrzykiwacza.

Pozostawienie przepisów w obecnej formie zezwoli na start tylko jednej firmie, przez co oferta będzie znacznie zawyżona w porównaniu do innych tego typu przetargów gdzie zapisów takich nie dopuszczono.

W razie braku zgody prosimy o uzasadnienie oraz podanie, jakie wkłady (tj. numer katalogowy oraz producent) mogą zostać zaoferowane. Prosimy o przedstawienie kopii gwarancji jako załącznik do przetargu. W tej chwili nie mamy dostępu do zapisów gwarancji. Ma do niej dostęp jedynie firma która sprzedała Państwu wstrzykiwacz.

W chwili obecnej narażają Państwo placówkę na bardzo duże straty finansowe spowodowane dopuszczeniem tylko jednej firmy do postępowania.

Odpowiedź:

Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy PZP zmienia treść SIWZ w następujący sposób:

w Pakiecie nr 3 Formularza asortymentowo - cenowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ pod tabelą zmienia zapis z:

Uwaga !

Wkłady mają być kompatybilne z wstrzykiwaczem kontrastu ACCUTRON MR. ~~Z powodu obowiązującej gwarancji dwugłowicowego automatycznego wstrzykiwacza kontrastu, zaoferowane wkłady mają być oryginalne (wskazane przez producenta).~~

który otrzymuje nowe brzmienie:

Uwaga !

Wkłady mają być kompatybilne z wstrzykiwaczem kontrastu ACCUTRON MR.

Pytanie nr 2 dot. Wzoru umowy

Czy Zamawiający dokona modyfikacji treści ust. 10, 11 i 12 § 3 wzoru umowy poprzez ich całkowite wykreślenie?

Uzasadnienie:

Kwestie ewentualnych windykacji wierzytelności powstałych w trakcie realizacji zawartej umowy przetargowej, w sposób wystarczający regulują zapisy ust. 9 § 3.

Nakładanie na Wykonawcę niezmiernie wysokich kar, w sytuacji kiedy Wykonawca - wobec braku zapłaty za dostarczany rzetelnie towar - musi dochodzić swoich praw w tym zakresie, jest

karygodne i niedopuszczalne z punktu widzenia równości stron umowy. W potencjalnie możliwej sytuacji, kiedy Zamawiający nie wywiązuje się ze swojego podstawowego obowiązku wynikającego z umowy i nie dokonuje terminowo płatności za otrzymany towar, Wykonawca nie może zostać pozbawiony możliwości dochodzenia swych należności, przy wsparciu innych podmiotów do tego predysponowanych.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 3 dot. Wzoru umowy

Czy Zamawiający dokona modyfikacji treści ust. 1, ppkt. a-e § 8 wzoru umowy (cyt.):

1. *Strony ustalają, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zapłaci kary umowne:*
 - a) *w wysokości 8% wartości umowy brutto w przypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca;*
 - b) *w wysokości 10% wartości brutto niewykonanej lub nienależycie wykonanej części zamówienia w przypadku, gdy dana dostawa będzie obejmować przedmioty umowy o złej jakości, przedmioty umowy nie posiadające deklarowanych właściwości oraz przedmioty umowy w ilości niezgodnej z zamówieniem;*
 - c) *w wysokości 0,1% wartości brutto dostawy, jednak nie mniej niż 100 złotych, za każdy dzień opóźnienia przekraczający termin realizacji dostawy lub termin wymiany wadliwego przedmiotu umowy;*
 - d) *w przypadku nie wywiązania się z obowiązku Wykonawcy określonego w § 4 ust. 9 Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 1% wartości umowy brutto;*
 - e) *w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn innych niż wymienione w ust. 1 lit. a) do d) Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 3% wartości umowy brutto.*

i nada im proponowany zapis:

1. *Strony ustalają, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zapłaci kary umowne:*
 - a) *w wysokości 8% wartości brutto niezrealizowanej części umowy w przypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca;*
 - ~~b) w wysokości 10% wartości brutto niewykonanej lub nienależycie wykonanej części zamówienia w przypadku, gdy dana dostawa będzie obejmować przedmioty umowy o złej jakości, przedmioty umowy nie posiadające deklarowanych właściwości oraz przedmioty umowy w ilości niezgodnej z zamówieniem;~~
 - c) *w wysokości 1% wartości brutto opóźnionej lub reklamowanej dostawy, za każdy dzień opóźnienia przekraczający termin realizacji dostawy lub termin wymiany wadliwego przedmiotu umowy;*
 - ~~d) w przypadku nie wywiązania się z obowiązku Wykonawcy określonego w § 4 ust. 9 Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 1% wartości umowy brutto;~~
 - ~~e) w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn innych niż wymienione w ust. 1 lit. a) do d) Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 3% wartości umowy brutto.~~

Uzasadnienie:

- a) Kara, jaka potencjalnie może zostać nałożona na Wykonawcę za zawinione przez niego rozwiązanie umowy, nie może być wygórowana lub/i nieproporcjonalna do wymiernej wartości przewinienia, za które zostaje ona nałożona. W żadnej też mierze kara ta nie może obejmować części umowy, która wcześniej została już rzetelnie i należycie zrealizowana. Wyłącznie zapis w postulowanej, zmodyfikowanej treści, będzie pozostawał w zgodzie z art. 484 ust. 1,2 Kodeksu Cywilnego.
- b) Wnioskujemy o całkowite wykreślenie punktu b), ponieważ kwestie odszkodowawcze w tym zakresie, w sposób wystarczający regulowane są zapisami zawartymi w § 8 pkt. 1.c umowy, a dublowanie kar jest niedopuszczalne z punktu widzenia prawa.
- c) Wnioskujemy o miarkowanie wysokości kary.
- d) Wnioskujemy o wykreślenie w całości punktu d), ponieważ kwestie odszkodowawcze w tym zakresie, w sposób wystarczający regulowane są zapisami zawartymi w § 8 pkt. 1.c, a dublowanie kar jest niedopuszczalne z punktu widzenia prawa.
- e) Wnioskujemy o wykreślenie w całości punktu e), z powodu całkowitej niejasności i braku sprecyzowania przyczyn, za które Zamawiający daje sobie prawo do naliczenia wygórowanej (liczonej od całej wartości umowy) kary.
Pozostawienie przez Zamawiającego takiego zapisu w jego obecnej formie potencjalnie stwarza pole do nadużyć w omawianym zakresie.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 4 dot. Pakietu nr 1

Pakiet nr 1, pozycja nr 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie zestawu o składzie:

-2 x wkład o pojemności 200 ml

-1 x łącznik niskociśnieniowy o dł. 150 cm, z jedną zastawką wstrzymującą, z trójnikiem Y

-2 x ostrze typu „Spike”

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 5 dot. Pakietu nr 1

Pakiet nr 1, pozycja nr 2

Czy Zamawiający wydzieli pozycję nr 2 z pakietu nr 1 i utworzy z niej odrębny pakiet? Pozwoli to na złożenie konkurencyjnej oferty w ramach pakietu nr 1.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 6 dot. Pakietu nr 2

Pakiet nr 2, pozycja nr 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie zestawu o składzie:

-1 x wkład o pojemności 150 ml

-1 x ostrze typu „Spike

- 1 x złącze szybkiego napełniania typu „J”

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 7 dot. Pakietu nr 2

Pakiet nr 2, pozycja nr 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie opakowań a 250 szt. z odpowiednim przeliczeniem zamawianych ilości?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Załącznikiem do niniejszego pisma jest:

- Formularz asortymentowo - cenowy stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ (Pakiet nr 3 - Wkłady do strzykawek automatycznych dla Pracowni Rezonansu Magnetycznego) po zmianach z dnia 19.11.2019 r.;

Pozostała treść SIWZ oraz załączniki do SIWZ nie ulegają zmianie, a powyższe informacje należy traktować jako integralną część SIWZ.

Miejsce, termin składania i otwarcia ofert nie ulega zmianie.

Z poważaniem