



Tuchów 18 listopada 2020r.

Nr sprawy CKZiU.0701.1.3.9.2020

Dotyczy postępowania przetargowego na zadanie pn: „Zakup pomocy dydaktycznych”

Pytanie nr. 1.

Zamawiający w rozdziale I pkt. 5 SIWZ wskazał termin realizacji zamówienia na dzień 18.12.2020 r. Pragnę wskazać, że termin ten jest nierealny do zachowania. Należy wziąć pod uwagę zgodnie ze Sprawozdaniem o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r. opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych, że średni czas trwania postępowania od ogłoszenia do zawarcia umowy to 39 dni. Ogłoszenie niniejszego postępowania zostało opublikowane w dniu 12.11.2020 r. Doliczając do tego terminu średni czas trwania postępowania otrzymujemy potencjalny termin zawarcia umowy w dniu 21.12.2020 r, co daje realizację umowy na 3 dni przed terminem zawarcia umowy. W związku z powyższym zwracam się z prośbą o wydłużenie terminu realizacji zamówienia do dnia 31.12.2020 r.

Odpowiedź nr. 1.

Zamawiający nie wyraża zgody na wydłużenie terminu realizacji zamówienia.

Pytanie nr. 2.

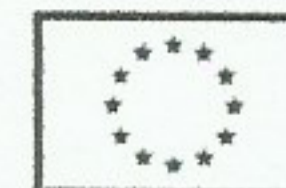
Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt 1 projektu umowy zastrzegł karę umowną za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0,5%. Zastrzeżona w projekcie umowy kara jest rażąco wygórowana i może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. W związku z powyższym wzywam do zmiany zastrzeżonej kary umownej za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy do poziomu 0,05%.

Odpowiedź nr. 2.

Zamawiający nie zmieni warunków umowy ww zadania.

Pytanie nr. 3.

Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt 2 i 3 projektu umowy zastrzegł karę umowną za odstąpienie od umowy w wysokości 10%. Zastrzeżona w projekcie umowy kara jest rażąco wygórowana i może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. W związku z powyższym wzywam do zmiany zastrzeżonej kary umownej za odstąpienie od umowy do poziomu 5%.



Odpowiedź nr. 3.

Zamawiający nie zmieni warunków umowy.

Pytanie nr. 4.

Zwracam się z prośbą o dopuszczenie tolerancji parametrów technicznych i wymiarów każdego sprzętu na poziomie +/- 5%.

Odpowiedź nr. 4.

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr. 5.

Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt 1 projektu umowy ukształtował kary umowne jako kary za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy. Jest to nieuprawnione odejście od obowiązującej zgodnie art. 471 i nast. k.c. zasady, że dłużnik odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że są one następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Ponieważ zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353 k.c. swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego. Orzecznictwo stwierdza wyraźnie, że strony: „nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel” (por. wyrok SN z dnia 27.09.2013 r., I CSK 748/12). Uregulowanie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w § 6 ust. 1 pkt 1 projektu umowy stanowi przekroczenie granic swobody umów, w tym sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego takim, jak rzetelność i uczciwość kupiecka (lub szerzej: rzetelność i uczciwość w stosunkach handlowych), pozwalając obciążać Wykonawcę odpowiedzialnością za niesprecyzowane w żaden sposób okoliczności, które nie są od niego zależne. Nawet za takie, które zależne są wyłącznie od Zamawiającego. W konsekwencji zapisy te naruszają także uczciwą konkurencję w postępowaniu, obciążając Wykonawcę koniecznością kalkulowania ryzyk, które nie są w żaden sposób sprecyzowane, ani też nie są zależne od Wykonawcy. To powoduje, że złożenie oferty na takich warunkach obarczone jest ryzykiem niemożliwym do skalkulowania i może powodować, że składane oferty będą ofertami nieporównywalnymi. Potwierdza to także orzecznictwo KIO: „Podkreślić również należy, że kary umowne naliczane są opóźnienie, a więc również za nieterminowe wykonanie



zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Takie ukształtowanie postanowień umownych jest w ocenie Izby nadużyciem przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego i narusza zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Wykonawca nie jest ubezpieczycielem zaniechań czy niewłaściwych decyzji Zamawiającego. Nie jest w stanie wycenić takiego ryzyka i wliczyć go w wartość zamówienia. I nie powinien, gdyż umowa o realizację zamówienia publicznego nie ma służyć Zamawiającemu do zabezpieczenia interesu publicznego rozumianego, jako przerwania na wykonawcę konsekwencji i kosztów zaniechań czy niezasadnych decyzji Zamawiającego, ale ma służyć realizacji interesu publicznego.” (por. wyrok z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15, podobnie KIO w wyroku z dnia 31 października 2018 r., KIO 2163/17). Zapisy § 6 ust. 1 pkt 1 projektu umowy uniemożliwiają także lub utrudniają znacząco Wykonawcom obronę swoich interesów w postępowaniu sądowym do czego byłby Wykonawca uprawniony, gdyby wzór umowy przewidywał odpowiedzialność z kar umownych za zwłokę, która byłaby domniemana, ale domniemanie to mogłoby zostać przez Wykonawcę wzruszone poprzez udowodnienie okoliczności egzoneracyjnych, w szczególności udowodnienie braku zawinienia Wykonawcy w powstaniu opóźnienia. To naraża Wykonawcę na poniesienie odpowiedzialności nawet w przypadku naliczenia kar umownych za opóźnienie zawinione przez samego Zamawiającego. Także w takim zakresie należy uznać, że zapisy te naruszają zasady uczciwej konkurencji, którymi powinien kierować się w postępowaniu Zamawiający. Wobec powyższego należy stwierdzić, że zapisy § 6 ust. 1 pkt 1 projektu umowy naruszają przepisy art. 353 k.c. i art. 5 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp i art. 139 ust. 1 pzp, a także szczegółowe przepisy kc, art. 473 § 1, 483 i 484 k.c. W konsekwencji naruszają one także art. 7 ust. 1 pzp, poprzez ukształtowanie zapisów SIWZ w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieproporcjonalny, gdzie Zamawiający kształtuje postanowienia umowne z rygoryzmem, który nie znajduje uzasadnienia w interesie Zamawiającego, ani interesie publicznym związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia. Naruszenia te mają w konsekwencji istotny wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji zaskarżone zapisy SIWZ powinny zostać zmienione zgodnie z żądaniami odwołania, co pozwoli na doprowadzenie zaskarżonych zapisów SIWZ do stanu zgodnego z prawem, czyli SIWZ zawierającego postanowienia nienaruszające zasady swobody umów, w tym zasad współżycia społecznego, ani nie naruszające zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w sposób godzący w uzasadnione interesy Wykonawców. W związku z powyższym wzywam Zamawiającego do zmiany zapisów § 6 ust. 1 pkt 1 projektu umowy poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”.

Odpowiedź nr. 5

Zamawiający nie zmieni zapisów w § 6 ust. 1 pkt 1 projektu umowy.

Pytanie nr. 6.



Zamawiający w § 7 pkt 1 projektu umowy zastrzegł, że nawet w przypadku, gdy braki zostaną przez Wykonawcę uzupełnione w sposób właściwy w ocenie Zamawiającego i w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, Zamawiającemu przysługują kara umowna, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt.1. Powyższy zapis powoduje, że Zamawiający po uzupełnieniu braków oprócz posiadania pełnowartościowego, zgodnego z SIWZ i odebranego przedmiotu zamówienia będzie domagał się zapłaty kar umownych, co z całą pewnością zakwalifikować można jako nieuzasadnione wzbogacenie Zamawiającego kosztem Wykonawcy. W związku z powyższym wzywam Zamawiającego do zmiany treści § 7 pkt 1 poprzez dopisanie słowa „nie”, tj. „1) jeżeli braki nie zostaną uzupełnione przez Wykonawcę w sposób właściwy (...)”.

Odpowiedź nr. 6.

Zamawiający nie zmieni przepisu w § 7 pkt 1 projektu umowy.

Pytanie nr. 7.

Zamawiający w § 7 pkt 2 i 3 projektu umowy zastrzegł, że w przypadku, gdy braki nie zostaną uzupełnione w sposób właściwy lub upłynie termin usunięcia braków, Zamawiający będzie miał prawo odstąpić od Umowy i żądać zapłaty kary umownej. Powyższy zapis powoduje, że w przypadku, gdy nawet choćby jedna sztuka z dostarczonych mebli miała nawet niewielką wadę, która nie zostałaby usunięta, choćby nawet nie uniemożliwiała korzystania z przedmiotu, Zamawiający będzie miał prawo do odstąpienia od całości umowy. Powyższe jest co najmniej krzywdzące dla Wykonawcy. Należy mieć na względzie, że nieuzupełnienie braków może być spowodowane przez szereg przyczyn, nie zawsze zależnych od Wykonawcy. Odstąpienie od umowy w całości spowoduje znaczące straty dla Wykonawcy oraz opóźnienia w uzyskaniu mebli dla Zamawiającego. w związku z powyższym wzywam do zmiany zapisów § 7 pkt 2 projektu umowy w następujący sposób odpowiednio: „jeżeli braki nie zostaną uzupełnione w sposób właściwy, Zamawiający będzie miał prawo odstąpić od Umowy w zakresie produktów, których braki dotyczą i żądać zapłaty kary umownej, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 Umowy;”, „jeżeli termin do usunięcia braków upłynie bezskutecznie Zamawiający będzie miał prawo odstąpić od Umowy w zakresie produktów, których braki dotyczą i żądać zapłaty kary umownej, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 Umowy.”

Odpowiedź nr. 7.

Zamawiający nie zmieni zapisu § 7 pkt 2 i 3 projektu umowy.

KIEROWNIK PROJEKTU

pn. " Mistrzowie w zawodzie II"


mgr inż. Marta Kwaśniewska-Kobylarczyk