

Łódź, dnia 12.01.2021 r.

Do wszystkich Wykonawców**ZP/30/2020****Dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę fabrycznie nowego samochodu bezpylnego jednokomorowego z zabudową bębnową.**

I. Na podstawie art. 38 ust. 1, 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dn. 29.01.2004 r. (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), Zamawiający udziela wyjaśnień na zgłoszone w toku przedmiotowego postępowania zapytanie następującej treści:

1. Pytanie do postanowienia § 4 ust. 6
Wykonawca prosi o usunięcie zapisu

Wykonawca wnosi by nałożenie kar zostało poprzedzone wezwaniem do zapłaty z wskazaniem przyczyny nałożenia kary oraz możliwością ustosunkowania się przez Wykonawcę do stanowiska Zamawiającego. Wprowadzenie z góry akceptacji potrącenia wprowadza dużą dysproporcję między prawami i obowiązkami Stron.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

2. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 1 lit a)

Wykonawca wnosi o zmianę sposobu naliczania kary z opóźnienia na zwłokę.

Kara umowna jest surogatem odszkodowania i stanowi jego zryczałtowaną postać. W związku z faktem, iż zasadą odpowiedzialności w umowach jest zasada winy (art. 471 kc) zastrzeżenie odpowiedzialności za opóźnienie naraża Wykonawcę za ponoszenie odpowiedzialności nawet wówczas gdy brak dochowania terminu nie jest przez niego zawiniony. Wykonawca prosi zatem o zmianę postanowienia oraz naliczenie kary za zwłokę.

Przykładowo:

- a) IGKiM Inowrocław Sp. z o.o. zastrzegł karę umowną w wysokości 0,1% za każdy dzień zwłoki w zachowaniu terminu dostawy;
- b) w przetargu ZP/PN/2/2020 Przedsiębiorstwa Komunalnego w Kruszwicy Sp. z o.o. wysokość kary za zwłokę w dostarczeniu pojazdów w stosunku do terminu dostawy pojazdu wynosi 0,1% wartości netto za każdy dzień zwłoki;
- c) Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. w Boguchwale w przetargu ZP/6/2020 zastrzegła następującą karę - za zwłokę w dostarczeniu pojazdu będącego przedmiotem umowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki;
- d) zamawiający Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Miastku Sp. z o.o. w przetargu ZP.271.1.2020 również nalicza karę w wysokości 0,2 wynagrodzenia za zwłokę w terminowej dostawie.
- e) Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Brodnicy w przetargu UT/19/2020 zastrzegł karę umowną za zwłokę w dostawie w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego.
- f) Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. z siedzibą w Koszalinie zastrzegł karę umowną za zwłokę w dostawie w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego;

g) Zamawiający Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Starkom Sp. z o.o. w przetargu 708/2020/DKOT zastrzegł karę 0,4 % wynagrodzenia za zwłokę.

Zatem kary za zwłokę są stosowane na rynku zamówień. Nadto taki sposób zastrzeżenia kary będzie zgodny z podstawą odpowiedzialności Wykonawcy w ramach reżimu kontraktowego tj. zasadą winy.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ

3. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 1 lit a)

Wykonawca prosi o zmniejszenie wysokości kary z 0,5% na niższą

Przykładowo:

a) IGKiM Inowrocław Sp. z o.o. zastrzegł karę umowną w wysokości 0,1% za każdy dzień zwłoki w zachowaniu terminu dostawy;

b) w przetargu ZP/PN/2/2020 Przedsiębiorstwa Komunalnego w Kruszwicy Sp. z o.o. wysokość kary za zwłokę w dostarczeniu pojazdów w stosunku do terminu dostawy pojazdu wynosi 0,1% wartości netto za każdy dzień zwłoki;

c) Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. w Boguchwale w przetargu ZP/6/2020 zastrzegła następującą karę - za zwłokę w dostarczeniu pojazdu będącego przedmiotem umowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki;

d) zamawiający Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Miastku Sp. z o.o. w przetargu ZP.271.1.2020 również nalicza karę w wysokości 0,2 wynagrodzenia za zwłokę w terminowej dostawie.

e) Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Brodnicy w przetargu UT/19/2020 zastrzegł karę umowną za zwłokę w dostawie w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego.

f) Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. z siedzibą w Koszalinie zastrzegł karę umowną za zwłokę w dostawie w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego;

g) Zamawiający Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Starkom Sp. z o.o. w przetargu 708/2020/DKOT zastrzegł karę 0,4 % wynagrodzenia za zwłokę.

Zatem kary niższe za zwłokę są stosowane na rynku zamówień. Mając zaś na uwadze wysokość kary ryzyka jakimi obciążany jest Wykonawcy są duże, zwłaszcza w okresie obecnej epidemii.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ

4. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 1 lit b)

Wykonawca wnosi o wskazanie konkretnie obowiązków umownych, których naruszenie może skutkować nałożeniem kary umownej.

Kara umowna winna być sprecyzowana. Naruszenia za jakie może być nakładana kara winny być określone tak by wykonawca startujący w przetargu miał wiedzę jakie okoliczności mogą powodować naliczenie kary. Obecny zapis jest lakoniczny i nie pozwala na określenie obowiązków stron umowy i nie stanowi wypełnienia obowiązku określonego w art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp. Obecny zapis odnosi się do „warunków określonych w umowie i SIWZ”, kara zaś może być zastrzeżona za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy a zatem konkretnych obowiązków i zobowiązań jakie spoczywają na stronie.

W wyroku z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1117/17, KIO 1128/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „Kara umowna nie przysługuje z ustawy tylko z mocy stron, które zapis ten wprowadzają. Dlatego też umowa powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach taka kara się należy. Dłużnik powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez drugą stronę zapłaty kary umownej. W

ocenie Izby określenie, że jakiegokolwiek naruszenie postanowień umowy niezależnie od rodzaju i wagi tego naruszenia nie spełnia tego wymogu".

Obecny zapis kary może zostać oceniony jako naruszający art. 353¹ kc oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp, a w przypadku powstania sporu stanowi podstawę do żądania stwierdzenia nieważności umowy w części dotyczącej postanowienia § 5 ust. 1 lit. b)

Wykonawca wnosi o usunięcie zapisu bądź jego modyfikację poprzez wskazanie konkretnie obowiązków, których naruszenia może skutkować naliczeniem kary.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ. W ocenie Zamawiającego zapis jest precyzyjny.

5. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 1 lit b)

Wykonawca wnosi o zmniejszenie wysokości kary. Zastrzeżenia kary w wysokości 5.000,00 zł za niesprecyzowane obowiązku prowadzi do sytuacji, w której kara może być wygórowana i nałożona w wysokości zupełnie nieproporcjonalnej do naruszonego obowiązku. Taki sposób zastrzeżenia kary nieuwzględniana prewencyjnej, motywacyjnej ani sankcyjnej funkcji kary. Jest to zapis nakładający nieproporcjonalne ciężary i sankcje na Wykonawcę, które nie mają uzasadnienia w celach kary umownej.

Powyższe wprost prowadzić może do sporów sądowych i to zarówno w przedmiocie tak samego naliczania kary z uwagi na brak sprecyzowania czego tak naprawdę kara dotyczy jak i samej jej wysokości.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

6. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 3 lit. a)

Wykonawca prosi o wyjaśnienie treści § 5 ust. 3 lit a) poprzez wskazanie o naruszeniu jakiego obowiązku jest mowa w § 5 ust. 3 lit. a) – czy chodzi o zobowiązanie do realizacji dostawy pojazdu?

Wyjaśnienie: Zamawiający nie przewiduje zmiany zapisu umowy. Chodzi o obowiązki określone w par. 1 w tym o dostawę pojazdów zgodnie z warunkami umowy.

7. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 4

Wykonawca wnosi o sprecyzowanie w jakim terminie może nastąpić odstąpienie od umowy.

Wyjaśnienie: Z zapisu § 5 ust. 4 wynika, że „Odstąpienia, o którym mowa w ust. 3, Zamawiający może dokonać w terminie 2 miesięcy od momentu powzięcia wiadomości o którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w ust. 3.”

8. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 5

Wykonawca prosi o wykreślenie zapisu o możliwości kumulacji kary i odszkodowania.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

9. Pytanie do postanowienia § 5 ust. 6

Wykonawca prosi o obniżenie limitu kar do 20% lub 25%.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

10. Pytanie do postanowienia § 7 ust. 5

Wykonawca wnosi o wykreślenie z postanowienia § 7 ust. 5 treści „W związku z powyższym Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego”.

Uzasadnienie

W zapisu nie określono jakie roszczenia mają być przedmiotem zrzeczenia zatem zapis ten nie jest skuteczny. Nie można bowiem zrzec się na przyszłość niesprecyzowanych roszczeń. Taki zapis narusza także zasadę swobody umów poprzez wykorzystania dominującej pozycji Zamawiającego jako podmiotu ustalającego warunki wzoru umowy i nie wywołuje dla Wykonawcy skutków w postaci zrzeczenia się roszczeń.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

11. Pytanie do postanowienia § 7 ust. 7

Wykonawca prosi o zmianę zapisu tak by obowiązek wymiany części/podzespołu powstawał wówczas gdy dwukrotna awaria powstała z tej samej przyczyny.

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

12. Pytanie do postanowienia § 7 ust. 9

Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu § 7 ust. 9 poprzez określenie, iż Zamawiający jest uprawniony do zastosowania tylko jednego z uprawnień tj. kary albo wykonania zastępczego.

Obecnie na podstawie § 7 ust 9 Zamawiający może zarówno nakładać karę jak i dokonać wykonania zastępczego. Powyższe prowadzi do podwójnej sankcji. Zamawiający nakłada karę oraz koszty wykonania zastępczego, co nie jest proporcjonalne ani uzasadnione i jednocześnie żąda pojazdu zastępczego. Wykonanie zastępcze ma na celu zaspokojenie interesu Zamawiającego zatem naliczanie kary.

Takie zastrzeżenia zostały uznane przez KIO za naruszenie przepisów. Podwójne sankcjonowanie - karą umowną i wykonaniem zastępczym zostało uznane przez Krajową Izbę Odwoławczą za naruszenie art. 353¹ kc (wyrok KIO z dnia 23.06.2017, KIO 1128/17).

Wyjaśnienie: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

13. Pytanie do postanowienia § 7 ust. 10

Wykonawca prosi o informację czy w przypadku dostarczenia pojazdu zastępczego Zamawiający odstąpi od naliczenia kary umownej określonej w § 7 ust. 9.

W przypadku dostarczenia pojazdu zastępczego interes zamawiającego jest zabezpieczony – Zamawiający może prowadzić działalność i odbierać odpady, a wykonawca w tym czasie usuwa wadę.

Wyjaśnienie: Zamawiający wyjaśnia, że z umowy wynika wprost, że kara będzie naliczana dopiero po upływie wskazanego okresu. Jeżeli pojazd zastępczy będzie podstawiony w umownym terminie, Zamawiający nie naliczy kar.

14. Pytanie do postanowienia § 7 ust. 10

Wykonawca wnosi o informacje jaki pojazd ma być zastępczym

Zgodnie z zapisem Zamawiającym wymaga pojazdu zastępczego z żurawiem i zabudową bezpylną. Przedmiotem dostawy nie jest samochód z żurawiem i zabudową bezpylną. Wykonawca prosi zatem o informacje czy samochodem zastępczym ma być pojazd zastępczy odpowiadający pojazdowi będącego przedmiotem zamówienia.

Wyjaśnienie: Zamawiający modyfikuje zapisy SIWZ, w sposób wskazany w punkcie II niniejszego pisma.

15. Pytanie do postanowienia § 8 ust. 4

Wykonawca prosi o informacje iż zapis „*W przypadku dostaw sukcesywnych (dotyczy części 1, 2, 3) termin zwrotu będzie liczony od daty podpisania ostatniego bezusterkowego protokołu odbioru*” – nie znajduje zastosowania do niniejszej dostawy.

Wyjaśnienie: Zamawiający modyfikuje zapisy SIWZ, w sposób wskazany w punkcie II niniejszego pisma.

16. Pytanie do postanowienia § 10 ust. 2

Wykonawca prosi o wprowadzenie do przesłanek umożliwiających zmianę umowy przyczyn z uwagi na siłę wyższą oraz decyzje i zarządzenia władz wydawane w związku z nadzwyczajnymi sytuacjami. Wykonawca prosi o wprowadzenie do umowy propozycji zapisów jak niżej:

i) wystąpienia siły wyższej, w tym epidemii

j) wydania przez władze zarządzeń, decyzji lub innych aktów skutkujących obowiązkiem wstrzymania, zaniechania lub ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej wykonawcy lub dostawców w całości lub w części na czas określony lub nieokreślony jak również wprowadzenia zakazu lub ograniczeń w korzystaniu z lokali należących do Wykonawcy

k) utrudnień w realizacji umowy spowodowanych siłą wyższą lub przyczyną określoną w lit. j) , które miały wpływ na: dostęp do zakupu materiałów lub urządzeń, transport materiałów lub urządzeń, ograniczony czas pracy pracowników, ograniczenie dostępu do pracowników, przemieszczanie się ludzi i sprzętu, wykonywanie części prac przez podwykonawców lub wpływ na możliwość udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie udostępniające Wykonawcy zasoby;

Uzasadnienie:

Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, iż sytuacja związana z epidemią koronawirusa wykazuje, iż na skutek takich nadzwyczajnych sytuacji, które skutkować mogą zakazami lub nakazami kierowanymi do przedsiębiorców, zamknięciem granic, trudnościami firm transportowych w utrzymaniu łańcucha dostaw czy innych okoliczności nie można wykluczyć trudności w uzyskaniu niezbędnych materiałów, trudności w transporcie, jak również nie można wykluczyć, iż na skutek decyzji władz czy choroby pracowników może wystąpić np. konieczność kwarantanny i wstrzymania lub ograniczenia działalności

Nie można także wykluczyć wprowadzenia przez organy ograniczeń czy obostrzeń w działalności mających wpływ na realizację umowy.

Wykonawca prosi zatem o wprowadzenie zapisu umożliwiającego zmianę terminu realizacji umowy, jak również zmiany sposobu wykonania umowy. Wbrew pozorom taki zapis pozwala zabezpieczyć interesy obu stron.

Wyjaśnienie: Zapis pozostaje bez zmian. W przypadku wystąpienia nie przewidzianych sytuacji w tym np. epidemii, Zamawiający będzie postępował zgodnie z wprowadzonymi w tym zakresie regulacjami.

17. Pytanie do § 7 pkt 8.

Czy Zamawiający zgodzi się, aby usunięcie wady/awarii było możliwe w ciągu 120 godzin liczonych w dni robocze od jej zgłoszenia?

Wyjaśnienie: Zamawiający nie wyraża zgody i podtrzymuje zapisy SIWZ.

II. Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dn. 29.01.2004 r. (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) Zamawiający informuje, że dokonuje modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób następujący:

1) ZAŁĄCZNIK NR 6 - WZÓR UMOWY (§ 7 ust. 10)

BYŁO:

10. W przypadku niemożności usunięcia awarii w ciągu 96 godzin liczonych w dni robocze od zgłoszenia jej przez Zamawiającego Wykonawca dostarczy samochód zastępczy bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kosztów przez Zamawiającego. Samochód zastępczy z silnikiem diesla, z żurawiem i zabudową bezpylną jednokomorową (dla zadania nr 4) o parametrach nie gorszych niż przedmiot zamówienia, powinien być podstawiony do dyspozycji Zamawiającego najpóźniej w **97 godzinie** upływającej od momentu zgłoszenia awarii przez Zamawiającego.

JEST:

10. W przypadku niemożności usunięcia awarii w ciągu 96 godzin liczonych w dni robocze od zgłoszenia jej przez Zamawiającego Wykonawca dostarczy samochód zastępczy bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kosztów przez Zamawiającego. **Samochód zastępczy tego samego rodzaju o parametrach nie gorszych niż przedmiot zamówienia**, powinien być podstawiony do dyspozycji Zamawiającego najpóźniej w **97 godzinie** upływającej od momentu zgłoszenia awarii przez Zamawiającego.

2) ZAŁĄCZNIK NR 6 - WZÓR UMOWY (§ 8 ust. 2)

BYŁO:

2. Zabezpieczenie zostało wniesione w formie, Zmiana formy zabezpieczenia na formę przewidzianą w art. 148 ust. 1 ustawy PZP nie stanowi zmiany

JEST:

2. Zabezpieczenie zostało wniesione w formie, Zmiana formy zabezpieczenia na formę przewidzianą w art. 148 ust. 1 ustawy PZP nie stanowi zmiany **umowy**.

3) ZAŁĄCZNIK NR 6 - WZÓR UMOWY (§ 8 ust. 4)

BYŁO:

4. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone Wykonawcy po wykonaniu zamówienia i uznaniu go przez Zamawiającego za należyte wykonane:

a) 70% wysokości zabezpieczenia zostanie zwrócone w ciągu 30 dni od daty wykonania przedmiotu umowy w zakresie dostawy samochodów specjalistycznych do odbioru odpadów, potwierdzonej podpisaniem bezusterkowego protokołu odbioru. W przypadku dostaw sukcesywnych (dotyczy części 1, 2, 3) termin zwrotu będzie liczony od daty podpisania ostatniego bezusterkowego protokołu odbioru,

b) 30% zabezpieczenia zostanie zwrócona w ciągu 15 dni po upływie okresu rękojmi.

albo zostanie zatrzymane w całości lub odpowiedniej części, gdy Zamawiający wniesie zastrzeżenia co do należytego wykonania umowy.

JEST:

4. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone Wykonawcy po wykonaniu zamówienia i uznaniu go przez Zamawiającego za należyte wykonane:

a) 70% wysokości zabezpieczenia zostanie zwrócone w ciągu 30 dni od daty wykonania przedmiotu umowy w zakresie dostawy **samochodu specjalistycznego** do odbioru odpadów, potwierdzonej podpisaniem bezusterkowego protokołu odbioru,

b) 30% zabezpieczenia zostanie zwrócona w ciągu 15 dni po upływie okresu rękojmi.
albo zostanie zatrzymane w całości lub odpowiedniej części, gdy Zamawiający wniesie zastrzeżenia
co do należytego wykonania umowy.

TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT ORAZ WNIESIENIA WADIUM NIE ULEGA ZMIANIE

**Integralnym załącznikiem do niniejszego pisma jest ZMODYFIKOWANY ZAŁĄCZNIK NR 6 -
WZÓR UMOWY.**

Z poważaniem,

WICEPREZES ZARZĄDU

Paweł Jankiewicz

PREZES ZARZĄDU

Jan Zbroński

