

GMINA MIEJSKA CZŁUCHÓW

Człuchów, 4 czerwca 2024 r.

RI.271.7.2024

**Wykonawcy
ubiegający się o udzielenie zamówienia**

Dotyczy: *postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*
Nazwa zadania: **Wymiana nieenergooszczędnych opraw świetlnych na terenie miasta Człuchów**

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

W związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

**Wymiana nieenergooszczędnych opraw świetlnych
na terenie miasta Człuchów,**

zamawiający, zgodnie z art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), udostępnia treść zapytań otrzymanych w dniu 30 maja 2024 r. od wykonawcy oraz udziela wyjaśnień, jak poniżej.

1. Zapytanie wykonawcy:

*W § 1 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy (dalej: „Wzór umowy”), Zamawiający wskazał, że: „Przedmiot umowy obejmuje wykonanie wszystkich robót, usług i dostaw, które są niezbędne dla oddania przedmiotu umowy o parametrach określonych umową, **a także** wykonanie innych robót, usług i dostaw, nawet jeśli pewne elementy robót, usług i dostaw nie zostały wyraźnie uszczegółowione w umowie lub wskazane w ofercie wykonawcy.”*

Fragment „które są niezbędne dla oddania przedmiotu umowy o parametrach określonych umową” wyraźnie dotyczy jedynie pierwszej części zdania. Druga część stanowiąca o wykonaniu innych robót, usług i dostaw, nawet jeśli pewne ich elementy nie zostały uszczegółowione w umowie/ wskazane w ofercie, nie wskazuje, że znów mowa o pracach niezbędnych dla oddania przedmiotu umowy o parametrach określonych umową.

*Czy istnieje zatem możliwość doprecyzowania ww. ustępu poprzez dodanie: „Przedmiot umowy obejmuje wykonanie wszystkich robót, usług i dostaw, które są niezbędne dla oddania przedmiotu umowy o parametrach określonych umową, a także wykonanie innych robót, usług i dostaw, nawet jeśli pewne elementy robót, usług i dostaw nie zostały wyraźnie uszczegółowione w umowie lub wskazane w ofercie wykonawcy, **a również są niezbędne dla oddania przedmiotu umowy o parametrach określonych umową”?***

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający przychyła się do wniosku wykonawcy.

2. Zapytanie wykonawcy:

W § 8 pkt 5 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał: „W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek Zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia, a Wykonawca usunie je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W razie nieusunięcia w ustalonym terminie stwierdzonych wad lub usterek Zamawiający jest upoważniony do ich usunięcia na koszt Wykonawcy”.

Czy istnieje możliwość doszczegółowienia ww. ustępu, poprzez dodanie treści regulacji powszechnie stosowanej w praktykach kontraktowych, tj.

„W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad lub usterek:

a) nadających się do usunięcia, jednak uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa (**wady istotne**) – Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad lub usterek i wyznaczyć termin ich usunięcia nie dłuższy niż 14 dni, chyba że dłuższy termin jest organizacyjnie lub technicznie uzasadniony,

b) nadających się do usunięcia i nie stanowiących przeszkody w użytkowaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa (**wady nieistotne**) – Zamawiający odbierze przedmiot umowy, wyznaczając termin ich usunięcia nie dłuższy niż 14 dni, chyba że dłuższy termin jest organizacyjnie lub technicznie uzasadniony,

c) nienadających się do usunięcia, ale nie uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa – Zamawiający może dokonać odbioru i odpowiednio obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy,

d) nienadających się do usunięcia i uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa – Zamawiający może odstąpić od umowy i zlecić wykonanie przedmiotu zamówienia lub jego odpowiedniej części osobie trzeciej na koszt Wykonawcy.

Stwierdzone wady lub usterki Wykonawca usunie na własny koszt w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W razie nieusunięcia w ustalonym terminie stwierdzonych wad lub usterek Zamawiający jest upoważniony do ich usunięcia na koszt Wykonawcy”?

Następnie, w § 9 ust. 3 pkt 2 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał: „rozliczenie za wykonane prace nastąpi na podstawie faktury końcowej uwzględniającej wcześniej wystawioną fakturę zaliczkową i podpisanego bez zastrzeżeń przez obie strony końcowego protokołu odbioru (...)”.

Mając na względzie powyższe, czy istnieje możliwość dokonania następującej modyfikacji: „rozliczenie za wykonane prace nastąpi na podstawie faktury końcowej uwzględniającej wcześniej wystawioną fakturę zaliczkową i podpisanego bez zastrzeżeń **co do wad istotnych lub niedających się usunąć** przez obie strony końcowego protokołu odbioru (...)”?

Również w § 4 pkt 4 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że do jego obowiązków należy: „odebranie wykonanego **w sposób należyty** przedmiotu umowy”.

Czy istnieje możliwość doprecyzowania ww. punktu poprzez dodanie: „odebranie wykonanego w sposób należyty przedmiotu umowy **lub odebranie wykonanego przedmiotu umowy z wadami nieistotnymi**”?

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający nie uwzględnia wniosków wykonawcy.

3. Zapytanie wykonawcy:

W § 11 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał karę umowną, jaką Wykonawca zapłaci Zamawiającemu: „za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości 30% wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1”.

W § 11 ust. 2 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał natomiast karę umowną, jaką Zamawiający zapłaci Wykonawcy: „Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 1”.

Po pierwsze, należy wskazać, że dwie ww. kary umowne zostały ujęte w sposób niesymetryczny, a z uwagi na ich tożsamy charakter, symetria ta musi zostać dochowana. W związku z tym, czy istnieje możliwość ujednoczenia wysokości wskazanych kar umownych i zastosowania w obu przypadkach pułapu **10%, 20% lub 30%**?

Po drugie, sformułowanie „z przyczyn zależnych od (...)” jest dość nieprecyzyjne, a przede wszystkim nie wskazuje jasno na winę danej Strony. Czy istnieje zatem możliwość każdorazowego zastąpienia sformułowania „z przyczyn zależnych od (...)” wyrażeniem „z przyczyn **zawinionych przez (...)**” – odpowiednio Wykonawcę, a następnie Zamawiającego?

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający nie uwzględni wniosków wykonawcy.

4. Zapytanie wykonawcy:

W § 11 ust. 4 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał: „Łączna maksymalna suma naliczonych na podstawie niniejszej umowy kar umownych, którą może dochodzić każda ze Stron, nie może przekroczyć 50% kwoty, o której mowa w § 9 ust. 1 umowy”.

Czy istnieje możliwość obniżenia progu łącznej maksymalnej wysokości kar umownych do progu **30%**? W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie rażąco wygórowanym w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. KIO w wyroku z dnia 22 sierpnia 2023 r., sygn. akt 2327/23, wskazała, że „w praktyce udzielania zamówień publicznych maksymalna wartość łączna kar umownych waha się od 10% wynagrodzenia netto do 30% wynagrodzenia brutto”.

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający nie uwzględni wniosku wykonawcy.

5. Zapytanie wykonawcy:

W § 11 ust. 5 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał: „Kara umowna powinna być zapłacona przez Wykonawcę, który naruszył postanowienia umowy, w terminie 7 dni od daty wystąpienia przez Zamawiającego z żądaniem zapłaty. Po upływie tego terminu Zamawiający w razie opóźnienia Wykonawcy w zapłacie kary umownej może potrącić należną mu karę umowną z dowolną wierzytelnością Wykonawcy np. z wynagrodzenia umownego należnego Wykonawcy lub z dowolnej faktury Wykonawcy, na co Wykonawca niniejszym wyraża zgodę, z wyjątkiem przypadków określonych w przepisach szczególnych.

Czy istnieje możliwość dodania jako ust. 6 (aktualny ust. 6 zmieniłby numerację na ust. 7) analogicznej regulacji dot. zapłacenia kary umownej przez Zamawiającego, tj. „Kara umowna powinna być zapłacona **przez Zamawiającego**, który naruszył postanowienia umowy, w terminie 7 dni od daty wystąpienia **przez Wykonawcę** z żądaniem zapłaty”?

Ponadto, czy istnieje możliwość usunięcia z ust. 5 fragmentu „z dowolną wierzytelnością Wykonawcy np.”? Jest to sformułowanie stanowczo zbyt szeroko ujęte.

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający przychyliła się do pierwszego wniosku wykonawcy dotyczącego zapłaty kary umownej przez zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględni drugiego wniosku wykonawcy dotyczącego potrącenia kary umownej z dowolnej wierzytelności.

6. Zapytanie wykonawcy:

W § 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że przysługuje mu prawo wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym, gdy: „Wykonawca realizuje zamówienie przewidziane niniejszą

umową w sposób niezgodny z niniejszą umową, SWZ wraz z załącznikami lub wskazaniem Zamawiającego”.

Czy istnieje możliwość doprecyzowania ww. punktu w następujący sposób: „Wykonawca realizuje zamówienie przewidziane niniejszą umową w sposób istotnie niezgodny z niniejszą umową, SWZ wraz z załącznikami lub wskazaniem Zamawiającego”?

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający nie uwzględnił wniosku wykonawcy.

7. Zapytanie wykonawcy:

W § 12 ust. 2 Wzoru umowy, Zamawiający wskazał: „Wykonawcy przysługuje prawo wypowiedzenia umowy, nie później niż do dnia _____ (termin przypadający na ostatni dzień realizacji zamówienia), jeżeli Zamawiający:

- 1) odmawia bez wskazania przyczyny odbioru zamówienia lub podpisania protokołu odbioru;
- 2) zawiadomi Wykonawcę, iż wobec zaistnienia uprzednio nieprzewidzianych okoliczności nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec Wykonawcy”.

Niezwykle istotną kwestią jest to, że okoliczności wskazane w pkt 1 zawsze występują po realizacji zamówienia, natomiast wskazane w pkt 2 również mogą wystąpić po realizacji zamówienia (np. obowiązek zapłaty wynagrodzenia). W związku z powyższym, termin wskazany w nawiasie, tj. termin przypadający na ostatni dzień realizacji zamówienia, jest terminem bezzasadnym w przedstawionym kontekście.

Czy istnieje zatem możliwość dokonania modyfikacji treści ww. ustępu, poprzez zastąpienie fragmentu „termin przypadający na ostatni dzień realizacji zamówienia”, wyrażeniem „termin przypadający na ostatni dzień obowiązywania gwarancji i rękojmi”?

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający przychylił się do wniosku wykonawcy.

8. Zapytanie wykonawcy:

W ust. 7 Oświadczenia gwarancyjnego, Zamawiający wskazał: „Gwarancją nie są objęte wady powstałe na skutek:

- 1) siły wyższej, przez co Strony rozumieją: stan wojny, stan klęski żywiołowej”.

Wskazany zakres rozumienia siły wyższej jest stanowczo zbyt wąski, tym bardziej, że stan wojny i stan klęski żywiołowej są instytucjami prawnymi, których wprowadzenie obwarowane jest wieloma warunkami i w rzeczywistości następuje nad wyraz rzadko.

Zgodnie z judykaturą Sądu Najwyższego, siła wyższa to zdarzenie zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia, któremu nie można zapobiec (ani jego skutkom). Warto również przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt III APa 15/19: „Za przejawy siły wyższej uznaje się katastrofalne zjawiska wywołane działaniem sił natury, np. powódzie, huragany, trzęsienia ziemi, pożary lasów. Jako siłę wyższą traktuje się także akty władzy publicznej oraz zjawiska społeczne lub polityczne o skali katastrofalnej”.

Czy istnieje zatem możliwość modyfikacji ww. punktu, poprzez uzupełnienie: „siły wyższej, przez co Strony rozumieją **m.in.** stan wojny, stan klęski żywiołowej, **powódź, huragan, trzęsienie ziemi, epidemię, działania wojenne, blokady polityczne, strajki, protesty**”?

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający przychylił się do wniosku wykonawcy.

9. Zapytanie wykonawcy:

W ust. 21 Oświadczenia gwarancyjnego, Zamawiający wskazał: „Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy kary umownej z tytułu opóźnienia w usunięciu wady przedmiotu umowy”.

Zgodnie z treścią art. 433 pkt 1 PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać „**odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie**, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”. Ponadto przedmiotowe ujęcie kary, jest sprzeczne z postanowieniami § 11 ust. 1 pkt 2 Wzoru umowy, który stanowi, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: „**za naruszenie terminu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1, za każdy dzień zwłoki** liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”.

W związku z powyższym, czy istnieje możliwość dokonania następującej modyfikacji ww. ustępu: „Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy kary umownej z **tytułu zwłoki** w usunięciu wady przedmiotu umowy”?

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający wykreśla zapisy ust. 21 Oświadczenia gwarancyjnego.

Zamawiający informuje, że powyższe wyjaśnienia stają się integralną częścią specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami (SWZ) i są wiążące przy składaniu ofert.

ZASTĘPCA BURMISTRZA
Tomasz Kowalczyk

Podpisano podpisem elektronicznym.