



Ldz. 90 – 0902/2557/2019

Olsztyn, dnia 25.11.2019 r.

Nr postępowania: 459/2019/PN/DZP

*Do wiadomości
wszystkich uczestników
postępowania*

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pt. **Dostawa sukcesywna specjalistycznych odczynników chemicznych do badań naukowych i zajęć dydaktycznych do jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.**

ODPOWIEDZI NA PYTANIA NR 1

Zamawiający Uniwersytet Warmińsko – Mazurski w Olsztynie działając na podstawie art. 38 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawia uprzejmie odpowiedź na otrzymane zapytanie.

Pytanie nr 1. Dotyczy istotnych postanowień umowy § 7 ust. 1

W treści § 7 ust. 1 Zamawiający nalicza kary umowne za opóźnienia jakich dopuścił się wykonawca.

Podnieść trzeba, że opóźnienie oznacza uchybienie terminowi bez względu na przyczynę tego uchybienia, podczas gdy zwłoka (tzw. kwalifikowane opóźnienie) oznacza uchybienie terminowi spowodowane przyczynami, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Kara umowna nie może być zastrzegana na wypadek niedotrzymania terminu wskutek okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Stąd też zdaniem BIAKOM bardziej właściwe w stosunku do kar umownych będzie określenie kar umownych za „zwłokę”.

Mając na względzie powyższe, Wykonawca zwraca się z następującym pytaniem do Zamawiającego:

- a) Czy Zamawiający dopuści zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka” odpowiednio we wszystkich postanowieniach dotyczących kar umownych?

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, iż nie wyraża zgody na zmiany zapisów Istotnych postanowień umowy w powyższym zakresie.

Pytanie nr 2. Dotyczy istotnych postanowień umowy § 7 ust. 1 pkt 1.2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1.3

Zgodnie z treścią § 7 ust. 1 pkt. 1.2 Istotnych postanowień umowy, Zamawiający podał, że:

„za niedotrzymanie przez Sprzedawcę terminu dostawy przedmiotu umowy określonego w §3 ust. 2 pkt. 2.1. w wysokości 2% ceny opóźnionego zamówienia, za każdy dzień opóźnienia, liczony od

ostatniego dnia wyznaczonego na dostawę.”

Zgodnie z treścią § 7 ust. 1 pkt. 1.3 Istotnych postanowień umowy, Zamawiający podał, że:
„za opóźnienie w terminie dostawy brakującego lub wymienianego przedmiotu umowy określonym w §5 ust. 5 oraz w §6 ust. 4 w wysokości 2% ceny wadliwego bądź opóźnionego zamówienia, za każdy dzień opóźnienia liczony od ostatniego dnia w którym upływa termin ponownej dostawy.”

W obu postanowieniach istotnych postanowień umowy Zamawiający przewidział nieproporcjonalnie wysoką karę umowną w wysokości 2% liczoną za każdy dzień opóźnienia liczoną od wartości opóźnionego zamówienia.

BIOKOM podkreśla, iż wysokość kary umownej jest wygórowana i nieproporcjonalna w odniesieniu do braku dostawy w terminie. Trudno bowiem uznać, że Zamawiający ma jakiś szczególnie ważny interes w terminowej dostawie zamówień, aby obciążać Wykonawcę tak wysokimi karami umownymi.

BIOKOM podkreśla też, że we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, kary umowne nie były tak wygórowane. Należy przy tym zaznaczyć, że taka postawa Zamawiającego prowadzi do wniosku, iż sformułowane przez Zamawiającego postanowienia umowy naruszają zasadę równości stron umowy i naruszają przepisy Kodeksu Cywilnego w zakresie zasad współzycia społecznego i słuszności kontraktowej.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt KIO 892/15, gdzie stwierdziła:

„Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współzycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współzycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie, czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia zarówno wzajemności lub odpowiedniości uprawnień.”

Mając na względzie powyższe, Wykonawca zwraca się z następującym pytaniem do Zamawiającego:

a) Czy Zamawiający dopuści obniżenie kar umownych w § 7 ust. 1 pkt 1.2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1.3 do wysokości 0,5%

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, iż nie wyraża zgody na zmiany zapisów Istotnych postanowień umowy w powyższym zakresie.

Pytanie nr 3. Dotyczy istotnych postanowień umowy § 8 ust. 1 pkt 1.2

Zgodnie z treścią § 8 ust. 1 pkt. 1.2 Istotnych postanowień umowy, Zamawiający podał, że:

„Zamawiający odstąpi od umowy w całości lub w części:

gdy Sprzedawca nie wykonuje obowiązków i innych zapisów wynikających z umowy, w

szczegółności w przypadku niedotrzymania przez Sprzedawcę terminu dostawy przedmiotu umowy, określonego w §3 ust 2 pkt. 2.1. oraz w przypadku niedotrzymania przez Sprzedawcę terminu usunięcia wad i usterek zgłoszonych przez Zamawiającego w ramach gwarancji lub rękojmi w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających wykonanie prawa odstąpienia, poprzez złożenia oświadczenia w formie pisemnej pod rygorem nieważności.”

Zamawiający we wskazanym postanowieniu przewidział, że odstąpi od umowy w przypadku niedotrzymania terminu dostawy przez wykonawcę. Obawy BIAKOM budzi sposób skonstruowania postanowienia, gdyż nie daje ono możliwości odstąpienia od umowy Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie obliguje go do odstąpienia. Zdaniem Wykonawcy tego typu postanowienie może być zbyt dotkliwe w skutkach, ponieważ Zamawiający będzie miał obowiązek odstąpić od umowy nawet w przypadku opóźnienia w dostawie o jeden dzień.

Trzeba podkreślić, że Zamawiający przewidział w umowie już jedną sankcję za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy w postaci wygórowanych kar umownych za opóźnienie w dostawie. Ponadto odstąpienie od umowy jest również obciążone karą umowną w wysokości 10%, więc w konsekwencji w przypadku opóźnienia w dostawie wykonawca zostanie obciążony podwójną karą umowną.

BIAKOM podnosi, iż odstąpienie od umowy, jako środek o najdalej idącym skutku powinien być stosowany w ściśle określonych sytuacjach i jako środek ostateczny. Obecnie występujące w Umowie postanowienie jest nazbyt restrykcyjne i zbyt ogólne.

Powyższe postanowienia umowy stanowią nieuzasadnione i nadmiarowe obciążenie wykonawcy i nie odpowiada zasadzie równowagi stron umowy, co znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10:

„Niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części SIWZ kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi KC, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 3531 KC.”

Mając na względzie powyższe, Wykonawca zwraca się z następującym pytaniem do Zamawiającego:

a) Czy Zamawiający odstąpi od postanowienia § 8 ust. 1 pkt. 1.2?

W przypadku gdy na pytanie wskazane w lit. a) powyżej odpowiedź Zamawiającego będzie negatywna, zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem:

b) Czy Zamawiający dopuści zmianę § 8 ust. 1 pkt. 1.2 i zastąpienie go postanowieniem o poniżej treści:

„Zamawiający może odstąpić od umowy w całości lub w części:

gdy Sprzedawca nie wykonuje obowiązków i innych zapisów wynikających z umowy, w szczególności w przypadku niedotrzymania przez Sprzedawcę terminu dostawy przedmiotu umowy i opóźnienia w dostawie powyżej 14 dni, określonego w §3 ust 2 pkt. 2.1. oraz w przypadku niedotrzymania przez Sprzedawcę terminu usunięcia wad i usterek zgłoszonych przez Zamawiającego w ramach gwarancji

lub rękojmi w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających wykonanie prawa odstąpienia, poprzez złożenia oświadczenia w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zamawiający może odstąpić od umowy po wcześniejszym wezwaniu Wykonawcy do zaniechania naruszeń i wezwaniem do prawidłowej realizacji umowy, wyznaczając mu co najmniej 14 dniowy termin.

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, iż nie wyraża zgody na zmiany zapisów Istotnych postanowień umowy w powyższym zakresie. Zamawiający ponadto podaje, że sformułowanie zawarte w przedmiotowym zapisie nie obliguje Zamawiającego do odstąpienia od umowy w każdym wymienionym przypadku.

Pytanie nr 4. Dotyczy istotnych postanowień umowy §3 ust. 2 pkt 2.1 w zw. z rozdziałem IV ust. 2 SIWZ.

Zgodnie z treścią §3 ust. 2 pkt. 2.1 Istotnych postanowień umowy, Zamawiający podał, że:

„Sposób realizowania dostaw sukcesywnych:

*2.1. sukcesywne dostawy przedmiotu umowy realizowane będą w ciągu **maksymalnie**dni od momentu złożenia zamówienia;”*

W rozdziale IV ust. 3 Zamawiający podał, że:

*„Sukcesywne dostawy odczynników chemicznych do poszczególnych jednostek UWM w Olsztynie realizowane będą w ciągu **maksymalnie 15 dni** od momentu złożenia zamówienia formą wybraną przez Wykonawcę spośród następujących:”*

BIOKOM pragnie zwrócić uwagę Zamawiającego, że wyznaczony maksymalny termin dostawy jest nadzwyczaj krótki. Materiał biologiczny, który zamierza zaoferować BIOKOM, jest materiałem niezwykle delikatnym i nie ma możliwości składowania go na magazynie. Materiał ten jest specjalnie zamawiany na potrzeby konkretnej umowy i czas jego dostawy może okazać się dłuży od maksymalnego czasu jaki na dostawę przewidział Zamawiający.

Mając również na uwadze postanowienia umowy o karach umownych za opóźnienie oraz rygorze odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w dostawie, BIOKOM ma poważne wątpliwości czy złożenie oferty w postępowaniu jest opłacalne z ekonomicznego punktu widzenia, ryzyko narażenia się na negatywne konsekwencje wynikające z tak skonstruowanej umowy jest duże, może okazać się, że cel w jakim Spółka, składa ofertę, czyli uzyskanie zysku, nie zostanie osiągnięty, a doprowadzi do strat.

BIOKOM pragnie również zaznaczyć, iż termin na dostawę we wcześniejszych postępowaniach na analogiczny przedmiot zamówienia był znacznie dłuższy i wynosił 25 dni. Skrócenie tego terminu jest dla Spółki niezrozumiałe.

Zdaniem BIOKOM tego typu postanowienia naruszają podstawowe zasady Kodeksu cywilnego.

Należy w tym miejscu powołać się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2010 r., sygn. akt IV CSK 555/09:

„zasady współżycia społecznego odwołują się do powszechnie uznawanych w całym społeczeństwie lub w danej grupie społecznej wartości i ocen właściwego, przyzwoitego, rzetelnego, lojalnego czy uczciwego zachowania. Zasady te obejmują nie tylko reguły moralne, lecz także obyczajowe. W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych

reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy - profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każda ze stron umowy powinna zatem powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach.”

Mając na względzie powyższe, Wykonawca zwraca się z następującym pytaniem do Zamawiającego:

a) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie maksymalnego terminu dostawy do 25 dni?

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, iż wyraża zgodę na wydłużenie maksymalnego terminu dostawy do 25 dni.

Pytanie nr 5. Dotyczy istotnych postanowień umowy §5 ust. 5 i §6 ust. 4

Uprzejmie prosimy o wydłużenie terminu dostawy z 14 dni do 21 dni.

W przypadku złożenia reklamacji producent musi przeprowadzić procedurę weryfikacji słuszności reklamacji. Może to wymagać powtórzenia testów stabilności lub kontroli jakości reklamowanego odczynnika, co jest procedurą długotrwałą i niezależną od Wykonawcy. Podany w umowie termin jest niewystarczającym i naraża Wykonawcę na ponoszenie kar umownych tytułem nieterminowej realizacji. Producenci wyspecyfikowanych przez zamawiającego produktów podają termin realizacji do 21 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, iż wyraża zgodę na wydłużenie terminu dostawy, wskazanego w §5 ust. 5 i §6 ust. 4 Istotnych postanowień umowy, z 14 dni na 21 dni.

Z poważaniem,

KANCLERZ

dr inż. Aleksander Socha

Sporządziła: Magdalena Zawisza

