

SWD.ZP.271.1.2020

Wykonawcy

dotyczy przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa sprzętu w ramach realizacji operacji typu „Inwestycje zapobiegające zniszczeniu potencjału produkcji rolnej”

Zamawiający - **Spółka Wodna Drobin**, zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) przekazuje treść pytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z odpowiedziami.

Pytania.

- 1) Projekt Umowy §2 ust. 9

Zważywszy na fakt, iż przedmiotem zamówienia jest między innymi koparka, która zgodnie z warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ma być pojazdem wolnobieżnym a zatem zgodnie z obowiązującymi przepisami nie podlegającym rejestracji, Wykonawca wnosi o rozważenie usunięcia wymogu dotyczącego posiadania świadectwa homologacji.

Wykonawca potwierdza przy tym, że w przypadku gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, przedłoży Zamawiającemu wszystkie wymagane prawem dokumenty potwierdzające spełnianie przez koparkę wszelkich wymaganych prawem norm i wymogów oraz potwierdzających dopuszczenie jej do użytku, eksploatacji i obrotu na obszarze UE,

- 2) Projekt Umowy §4 ust. 1

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, że odpowiedzialność Wykonawcy za przedmiot umowy obejmuje odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości oraz rękojmi za wady prawne z wyłączeniem odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne. Wykonawca stoi bowiem na stanowisku, że wprowadzanie równoległe obowiązywanie dwóch reżimów odpowiedzialności to jest z tytułu gwarancji jakości oraz z tytułu rękojmi za wady fizyczne jest niezasadne i może wprowadzać niepewność dla obu stron Umowy co od zakresu ich praw i obowiązków. Oczywiście Wykonawca nie kwestionuje przy tym obowiązku udzielenia gwarancji jakości oraz obowiązku ponoszenia odpowiedzialności z tytułu wszelkich wad prawnych przewidzianych w przepisach dotyczących rękojmi za wady prawne przedmiotu dostawy.

- 3) Projekt Umowy §4 ust. 4

Wykonawca wnosi o przedłużenie terminu na realizację roszczeń z tytułu gwarancji jakości z 7 do 10 dni roboczych.

Jednocześnie wnosi również o uzupełnienie tego punktu o stwierdzenie, że termin usunięcia wady liczony jest od terminu, w którym Wykonawca zbada zgłoszone roszczenie i uzna je za zasadne w świetle stanu faktycznego oraz zasad jego odpowiedzialności opisanych w przekazanej Zamawiającemu karcie gwarancyjnej.

Ponadto Wykonawca wnosi o uzupełnienie tego punktu poprzez wskazanie, że Wykonawca jako producent/przedstawiciel producenta decyduje o sposobie usunięcia wady, oczywiście każdorazowo w sposób pozwalający na jej całkowitą eliminację.

4) Projekt Umowy §4 ust. 6

Wykonawca wnosi o zmianę tego punktu poprzez wskazanie, że termin wymiany przedmiotu zamówienia w przypadku braku możliwości jego naprawy, zostanie uzgodniony przez Strony.

5) Projekt Umowy §4 ust. 9

Wykonawca uznając za zasadą zasadę opisaną w tym punkcie, wnosi o uzupełnienie zgodnie z przepisami tego punktu poprzez wskazanie, że termin biegnie na nowo ale tylko w stosunku do wymienionego elementu koparki.

Ponadto Wykonawca wnosi o rozważenie do tego punktu zdanie precyzujące, że niezależnie od podstawy odpowiedzialności gwarancyjnej i niezależnie od przedłużających się okresów gwarancji, gwarancja jakości bezpowrotnie wygasa po upływie miesięcy od dnia dostawy lub po przepracowaniu przez koparkę moto/godzin.

6) Projekt Umowy §4 ust. 10

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, że każdorazowo o ile w umowie pojawia się pojęcie rękojmi jest mowa o rękojmi za wady prawne.

7) Projekt Umowy §5

Biorąc pod uwagę, że zasady odpowiedzialności Wykonawcy przewidziane w Umowie zostały ukształtowane na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, to znaczy, że Wykonawca odpowiada za zawinione przez siebie działania lub zaniechania, zmiany wymaga każdy punkt §5 w którym zamiast pojęcia zwłoki stosowane jest pojęcie opóźnienia. Kwestią oczywistą jest bowiem, że oba te pojęcia, to jest zwłoki i opóźnienia oznaczają co innego, gdyż zwłoka, zgodnie z obowiązującymi przepisami stanowi tzw. kwalifikowana formą opóźnienia czyli zwłoka oznacza zawinione opóźnienie. Tym samym, to właśnie pojęcie zwłoki powinno być stosowane w umowie a nie pojęcie opóźnienia.

8) Projekt Umowy §5 ust. 1 pkt. 1)

Wykonawca wnosi o zmianę tego punktu, gdyż ustalenie kary umownej na poziomie 0,5% za każdy dzień powoduje, że kara ta przestaje mieć charakter kary umownej mającej na celu naprawienie szkody Zamawiającego, ale zyskuje charakter *de facto* represyjny a więc niegodny z zasadami. Istotą kary umownej nie jest bowiem osiągnięcie zysku przez jedną ze stron umowy, ale ustalenie zryczałtowanego odszkodowania należnego w tym wypadku Zamawiającemu w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę tego punktu alternatywnie albo poprzez przyjęcie, że kara umowna wynosi 0,0...% za każdy dzień zwłoki albo, że kara umowna liczona jest za każdy tydzień zwłoki.

Powyższa kwestia jest o tyle istotna, że może uniemożliwić Wykonawcy złożenie oferty. Wynika to z faktu, że nie do pogodzenia jest z jednej strony złożenie oferty z jak

najkorzystniejszą ceną (co oznacza minimalizowanie marży Wykonawcy) przy jednoczesnym ponoszeniu ryzyka zapłaty tak wysokich i nieadekwatnych do możliwej szkody kar umownych.

9) Projekt Umowy §5 ust. 1 pkt. 2)

Uwagi jak w pkt. 8). Wykonawca wnosi zatem o rozważenie zmiany tego punktu poprzez przyjęcie, że kara umowna wynosi 0,0...% za każdy dzień zwłoki albo, że kara umowna liczona jest za każdy tydzień zwłoki

10) Projekt Umowy §5 ust. 1 pkt. 3)

Wykonawca wnosi o skreślenie tego punktu w całości. Abstrahując bowiem od samej wysokości kary umownej, która z założenia uniemożliwi złożenie oferty, punkt ten kreuje zasadę w ramach której Wykonawca będzie karany podwójnie. Wynika to z faktu, iż kara ta dotyczy tych samych zdarzeń i przypadków, które są ją objęte karą umowną opisaną w ust. 1 pkt. 2).

11) Projekt Umowy §5 ust. 1 pkt. 4)

Tak jak w przypadku, o którym mowa powyżej i z tych samych powodów, Wykonawca wnosi o skreślenie tego punktu w całości. Nie jest bowiem zasadne, aby w przypadku naruszenia terminu dostawy przedmiotu zamówienia, Wykonawca płacił karę umową na podstawie ust. 1 pkt. 1) oraz dodatkowo za to samo dodatkową karę umowną na podstawie omawianego tutaj ust. 1 pkt. 4).

12) Projekt Umowy §5 ust. 1 pkt. 5)

Wykonawca wnosi o skreślenie tego punktu w całości już tylko z tych powodów, że jest ona niepotykana o ile nie absurdalnie wysoka a po drugie co może i ważniejsze, że sam Zamawiający formułując ten punkt nie był w stanie sprecyzować za co, to znaczy za jakie działania lub zaniechania Wykonawcy kara ta miałaby być należna.

13) Projekt Umowy §5 ust. 2

Wykonawca wnosi o usunięcie tego punktu w całości. Po pierwsze i tak kary umowne opisane w przedmiotowej Umowie są skrajnie wysokie a po drugie ustalenie prawa do żądania niczym nie ograniczonego dodatkowego odszkodowania ponad wysokość kar umownych powoduje, iż Wykonawca nie będzie w stanie zaproponować Zamawiającemu korzystnej dla niego ceny. Co więcej, nawet jeżeli w ogóle Wykonawca w takiej sytuacji zdecyduje się złożyć ofertę, to będzie musiał uwzględnić ryzyko wynikające z tego punktu w cenie, która siłą rzeczy będzie nieporównywalnie wyższa niż cena, która mogłaby zostać podana.

14) Projekt Umowy §5

Wykonawca ponadto wnosi o dodanie do §5 punktu z którego będzie wynikać, że całkowita odpowiedzialność Wykonawcy z wszelkich tytułów prawnych związanych bezpośrednio lub nawet pośrednio z realizacją Zamówienia z wyłączeniem odpowiedzialności przewidzianej w przepisach bezwzględnie obowiązujących ograniczona jest do kwotyzłoty lub do kwoty odpowiadającej% wartości zamówienia netto.

15) Projekt Umowy §6 ust. 1 pkt. 1) ppkt. a)

Wykonawca wnosi o wykreślenie fragmentu dotyczącego upadłości. Po pierwsze zgodnie z prawem samo zgłoszenie wniosku nie kreuje żadnych konsekwencji prawnych. Po drugie wniosek może złożyć każdy nawet osoba nie mająca z Wykonawcą nic wspólnego. Po trzecie z kolei gdyby wniosek o ogłoszenie upadłości okazał się nawet zasadny, to Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy prawo upadłościowe nie pozwala na odstąpienie od umowy na podstawie decyzji strony takiej umowy. Prawo do zarezerwowane jest dla sędziego komisarza prowadzącego postępowanie.

16) Projekt Umowy §6 ust. 1 pkt. 1) ppkt. b)

Wykonawca wnosi o zastąpienie terminu 10 dni terminem co najmniej 60 dni. Skorzystanie z prawa odstąpienia zgodnie z polskimi przepisami ma charakter szczególnego i wyjątkowego zakończenia stosunku prawnego. Przyjęcie zatem 10 dni zwłoki jako terminu upoważniającego do odstąpienia jest zaprzeczeniem tej reguły.

17) Projekt Umowy §6 ust. 1 pkt. 1) ppkt. c) i d)

Wykonawca wnosi o wykreślenie obu tych punktów w całości, z uwagi na ich całkowicie nieprecyzyjny charakter. Biorąc bowiem pod uwagę oba te punkty Wykonawca jak strona umowy nigdy nie będzie wiedział, czy np. zajęcie komornicze jakiegoś drobnego i taniego narzędzia wykorzystywanego przy naprawie koparki, wypełnia już przesłanki tego punktu czy nie. Podobnie jest z punktem d). Nie sposób bowiem ustalić na podstawie jego treści czy np. naruszenie opakowania koparki w trakcie transportu jest podstawą odstąpienia czy nie. Innymi słowy, skoro umowa co do zasady ma regulować wzajemne prawa i obowiązki Stron, to muszą być one precyzyjnie opisane i Stronom znane. Te punkty nie spełniają natomiast żadnego w tych wymogów.

18) Projekt Umowy §9 ust. 1

Wykonawca wnosi o wykreślenie tego punktu w całości, z uwagi na fakt, iż jest on sprzeczny z prawem, sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz całkowicie sprzeczny z ustawą Prawo Zamówień Publicznych w oparciu o którą prowadzone jest niniejsze postępowanie.

19) Projekt Umowy §9 ust. 2

Wykonawca wnosi o skreślenie ostatniej części zadania drugiego to jest, że *Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie zwrócić Zamawiającemu wszystkie koszty przez niego poniesione* lub dodanie frazy *zasadnie poniesione* lub też alternatywnie poprzez wskazanie, że *Zamawiający w takim przypadku nie uzna roszczenia bez uprzedniej zgody Wykonawcy.*

W obecnym bowiem brzmieniu tego punktu może zajść sytuacja, że Zamawiający uzna czyjeś nawet bezpodstawne roszczenie, tylko z tego powodu, że punkt ten przewiduje, że koszty tego uznana i tak poniesie Wykonawca.

20) Projekt Umowy §10 ust. 2 pkt. 1)

Wykonawca wnosi o uzupełnienie tego punktu o inne podatki i opłaty publiczno-prawne które nie istniały w dacie złożenia oferty lub ich wysokość została w miedzy czasie podwyższona.

Odpowiedzi.

Ad. 1. Zamawiający informuje, iż zapis § 2 ust. 9 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca zobowiązany jest, wraz z dostawą przedmiotu zamówienia, do przekazania Zamawiającemu wszelkiej dokumentacji sporządzonej przez producenta przedmiotu zamówienia **odpowiednio dla przedmiotu zamówienia:** fabryczna instrukcja obsługi w języku polskim, dokumenty gwarancyjne, certyfikat znaku bezpieczeństwa, deklaracja zgodności lub certyfikat zgodności z Polską Normą, książka serwisowa w języku polskim, świadectwo homologacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (jeżeli dotyczy). W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania tego obowiązku Zamawiający jest uprawniony do odmowy przyjęcia dostawy i podpisania protokołu zdawczo - odbiorczego. W takiej sytuacji ust. 8 stosuje się odpowiednio.”.

Ad. 2. Zamawiający informuje, iż zapis § 4 ust. 1 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji i rękojmi na przedmiot zamówienia, zgodnie z warunkami przedstawionymi w ofercie z dnia roku tj. na miesiące oraz potwierdzonymi w karcie (kartach) gwarancyjnej. Okres gwarancji i rękojmi będzie liczony od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w § 2 ust. 5. **Zgodnie z art. 588 Kodeksu cywilnego Zamawiający wyraża zgodę na ograniczenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne przedmiotu zamówienia. Ograniczenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest bezskuteczne, jeżeli Wykonawca zataił wadę przed Zamawiającym. Dostawa wadliwego przedmiotu zamówienia będzie bowiem nieprawidłowym wykonaniem umowy, a Zamawiający będzie mógł dochodzić naprawy szkód tym związanych.”**

Ad. 3. Zamawiający informuje, iż zapis § 4 ust. 4 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca w terminie **10 dni** od dnia zgłoszenia reklamacji i **uznania je za zasadne**, dokona na własny koszt i ryzyko, naprawy reklamowanego przedmiotu zamówienia.”
Ponadto Zamawiający informuje, iż nie określa sposobu usunięcia wady, która ma zostać usunięta.

Ad. 4. Zamawiający informuje, iż zapis § 4 ust. 6 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

W sytuacji, w której Wykonawca stwierdzi niemożność naprawy, zobowiązany jest do wymiany wadliwego przedmiotu zamówienia na fabrycznie nowy, wolny od wad, o nie gorszych parametrach technicznych od obejmujących przedmiot zamówienia **w terminie uzgodnionym przez strony**. Przy czym, Wykonawca dokona wymiany na własny koszt i ryzyko.”.

Ad. 5. Zamawiający informuje, iż zapis § 4 ust. 9 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„Okres gwarancji **dla wymienianego elementu** będzie automatycznie wydłużany o czas usuwania wad, tj. od dnia dokonania zgłoszenia reklamacyjnego do dnia sporządzenia i podpisania protokołu odbioru, zgodnie z ust. 8. W przypadku usunięcia przez Wykonawcę wady poprzez wymianę, okres gwarancji będzie biegł na nowo począwszy od dnia protokolarnego odbioru wymienianego **elementu zamówienia**, zgodnie z ust. 8. **W sytuacji, o której mowa z w ust. 6, okres gwarancji będzie biegł począwszy od dnia protokolarnego odbioru wymienianego przedmiotu zamówienia.**

Ad. 6. Zamawiający informuje, iż zapis **§ 4 ust. 9 projektu umowy** otrzymuje brzmienie:

„Gwarancja nie wyłącza, nie ogranicza ani nie zawiesza uprawnień Zamawiającego wynikających z przepisów o rękojmi za wady przedmiotu zamówienia **zgodnie z zapisem § 4 ust. 1**. Zamawiającemu przysługuje prawo wyboru trybu dochodzenia roszczeń, tj. z tytułu udzielonej gwarancji lub na podstawie przepisów o rękojmi za wady. Prawo wyboru dotyczy każdej wady z osobna.”

Ad. 7. Zamawiający informuje, iż w **§ 5 ust. 1 pkt 1, 2, 3 4 projektu umowy** zapis o treści „opóźnienie”, użyty w różnych formach gramatycznych, **zamienia się** na zapis „zwłoka” użyty w odpowiedniej formie gramatycznej.

Ad. 8. Zamawiający informuje, iż w **§ 5 ust. 1 pkt 1 projektu umowy** wysokość kary umownej określa się na „**0,1 %**”.

Ad. 9. Zamawiający informuje, iż w **§ 5 ust. 1 pkt 2 projektu umowy** wysokość kary umownej określa się na „**0,1 %**”.

Ad.10. Zamawiający informuje, iż w **§ 5 ust. 1 skreśla pkt 3 projektu umowy**. Odpowiednio zmienia się numerację pozostałych punktów.

Ad.11. Zamawiający informuje, iż w **§ 5 ust. 1 skreśla pkt 4 projektu umowy**. Odpowiednio zmienia się numerację pozostałych punktów.

Ad.12. Zamawiający informuje, iż w **§ 5 ust. 1 skreśla pkt 5 projektu umowy**. Odpowiednio zmienia się numerację pozostałych punktów.

Ad.13. Zamawiający informuje, iż w **§ 5 projektu umowy skreśla się ust. 2**. Odpowiednio zmienia się numerację pozostałych ustępów.

Ad.14. Zamawiający informuje, iż po uwzględnieniu wniosku Wykonawcy zawartego w pytaniu 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 zapisy **§ 5 projektu umowy** zostały w sposób znaczny złagodzone i nie widzi konieczności wprowadzania wskazanego zapisu.

Ad.15. Zamawiający informuje, iż zapis **§ 6 ust. 1 pkt 1 ppkt a) projektu umowy nie ulega zmianie**. Zapis ten stanowi zastrzeżenie o przysługującym prawie odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywane jest przez oświadczenie złożone drugiej stronie, którego Zamawiający może nie złożyć, uzależniając sytuację związaną z realizacją przedmiotu zamówienia. Jest to zdarzenie przyszłe i niepewne.

Ad.16. Zamawiający informuje, iż w **§ 6 ust. 1 pkt 1 ppkt b) projektu umowy zapis „10 dni” ulega zmianie na „21 dni”**. Zapis ten stanowi ostateczny termin na odstąpienie od umowy po wyczerpaniu pozostałych zapisów umowy, w tym także dotyczących zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia określonego w § 10 projektu umowy.

Ad.17. Zamawiający informuje, iż zapis w **§ 6 ust. 1 pkt 1 ppkt c) projektu umowy nie ulega zmianie**. Zamawiający określił, iż „...nakaz zajęcia majątku Wykonawcy...” ma „...**uniemożliwić** prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia...”. Obawy Wykonawcy wskazane w jego wniosku są zatem bezpodstawne i nie wypełniają znamion zapisu umownego.

Zapis w **§ 6 ust. 1 pkt 1 ppkt d) projektu umowy otrzymuje brzmienie:**

„Wykonawca realizuje przedmiot zamówienia niezgodnie z zapisami niniejszej umowy”.

Ad.18. Zamawiający informuje, iż zapis **§ 9 ust. 1 projektu umowy skreśla się**. Odpowiednio zmienia się numerację pozostałych ustępów.

Ad.19. Zamawiający informuje, iż zapis **§ 9 ust. 2 projektu umowy** otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody wyrządzone Zamawiającemu i osobom trzecim w trakcie realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia oraz za szkody wynikające z wadliwego wykonania przedmiotu zamówienia powstałe w wyniku działań lub zaniechania obowiązków wynikających z umowy. W przypadku wystąpienia osób trzecich z roszczeniami bezpośrednio do Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie zwrócić Zamawiającemu wszelkie koszty **zasadnie przez** niego poniesione”.

Ad.20. Zamawiający informuje, iż zapis **§ 10 ust. 2 pkt 1 projektu umowy nie ulega zmianie.** Zamawiający informuje, iż w Rozdziale XIV SIWZ określił zasady obliczenia ceny oferty, zgodnie z którymi Wykonawca jest zobowiązany w oferowanej cenie uwzględnić wszelkie czynniki cenotwórcze. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tj. Dz U. z 2019 r., poz. 178) elementem uwzględnianym w cenie podatek od towarów i usług (VAT).

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje się zmiany treści SIWZ dołączając powyższe informacje do dokumentacji przetargowej.

Jednocześnie, Zamawiający informuje, iż termin i miejsce składania ofert i otwarcia nie ulegają zmianie.

SPÓŁKA WODNA DROBIN
09-210 Drobin
pow. płocki, woj. mazowieckie
NIP 774-27-33-411, Regon 611372504
tel. 602 694 019

Z-ca PRZEWODNICZĄCEGO ZARZĄDU
Jerzy Gajewski
Jerzy Gajewski

PRZEWODNICZĄCY ZARZĄDU
Wojciech Witkowski
Wojciech Witkowski