

Marszów, 30.05.2022 r.

AS.ZZO.271.7.2022 - 773

Informacja o pytaniach do SWZ i udzielonych odpowiedziach

Dotyczy: postępowania o udzielenia zamówienia publicznego dla zadania „Dzierżawa kompaktora”,
nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: AS.ZZO.271.7.2022

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2021 poz.1129.) – dalej: ustawa Pzp, Wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

1. Spółka prosi o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia do projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ (dalej: „Umowa”) ograniczenia odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy do 100% maksymalnej łącznej kwoty czynszu dzierżawnego netto oraz do szkód rzeczywistych z wyłączeniem utraconych korzyści i szkód następczych.

W związku z tym, Spółka proponuje dodanie do § 9 Umowy nowego ustępu o następującej treści:

„Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy wobec Zamawiającego ze wszelkich tytułów i podstaw jest ograniczona do 100% łącznej kwoty czynszu dzierżawnego netto, o której mowa w§2 ust. 1 powyżej. Ponadto, odpowiedzialność Wykonawcy wobec Zamawiającego jest w każdym przypadku ograniczona do szkód rzeczywistych i bezpośrednich (damnum emmergens), z wyłączeniem utraconych korzyści (lucrum cessans) i szkód następczych.”

Odpowiedź:

Odpowiedzialność Wykonawcy za utracone korzyści (lucrum cessans) i szkody następcze byłaby przypadkiem skrajnym i wynikały by z rażących naruszeń umownych przez Wykonawcę, które zapewne nie wystąpią, jednakże ich zaistnienia nie można wykluczyć. W obrocie prawnym nie jest spotykane wyłączenie tej kategorii odpowiedzialności, dlatego też Zamawiający tak jak jest to powszechnie praktykowane w umowach nie będzie modyfikował, umowy o proponowane przez Wykonawcę regulacje.

2. Spółka wnosi, aby kary umowne obliczane były nie od wartości brutto przedmiotu Umowy, lecz od jego wartości netto. W związku z powyższym, Spółka proponuje aby w § 9 ust. 1 i 2 Umowy zastąpić słowa „brutto” słowami „netto”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy bez zmian.

3. Spółka wnosi o obniżenie kar umownych za zwłokę w wykonaniu zobowiązań z tytułu gwarancji / rękojmi lub w wykonaniu innych zobowiązań, a to z 2% od wartości przedmiotu Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (§ 9 ust. 1 pkt 3 i 4 Umowy) do 0,2% od wartości przedmiotu Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Mając na uwadze, że kara jest naliczana za każdy dzień, wartość 2% jest nadmierna, zaś 0,2% jest zbliżona do obowiązujących na rynku standardów umownych.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe i pozostawia zapisy bez zmian. Uprzejmie informujemy, iż maksymalna kwota naliczonej kary nie może przekroczyć 10% wartości brutto.

4. Spółka prosi o wyjaśnienie, jaki jest zakres zastosowania kary umownej przewidzianej w § 9 ust. 1 pkt 4 Umowy, tj. w jakich sytuacjach ma być ona naliczana (zwrot „wartość brutto przedmiotu Umowy lub jego części w stosunku do umówionego terminu 14 dni od dnia zawarcia Umowy).

W celu uniknięcia wątpliwości co do rozumienia § 9 ust. 1 pkt 4 Umowy oraz wysokości kary, jaka może zostać naliczona, Spółka proponuje preredagowanie tego punktu w następujący sposób:

„w przypadku zwłoki z dostawą Przedmiotu Umowy lub jego części w stosunku do terminu przewidzianego w § 1 ust. 2 powyżej - kara umowna w wysokości [0,2% wartości netto] części przedmiotu Umowy niedostarczonej w terminie za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, ale nie więcej niż 10 % wartości [netto] części przedmiotu Umowy niedostarczonej w terminie.”

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż wskazana w pytaniu kara dotyczy niezrealizowania umowy w terminie wskazanym w SWZ czyli 14 dni od podpisania umowy. Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian.

5. Następnie, Spółka wskazuje, że w § 9 ust. 1 pkt 1 i 2, przewidziana została na rzecz Zamawiającego kara umowna na wypadek odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego lub też na wypadek odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a to w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu Umowy. Analogiczna kara nie została jednakże przewidziana na rzecz Wykonawcy. Spółka wnosi w związku z powyższym o ujednoczenie w Umowie postanowień dotyczących kar umownych na wypadek odstąpienia od Umowy przez daną Stronę z przyczyn, za które odpowiada druga Strona, tak aby zapewnić w tym zakresie równowagę obu Stron Umowy.

W związku z powyższym Spółka wnosi o dodanie do § 9 Umowy nowego ustępu o następującym brzmieniu:

„Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego kara umowna w wysokości 10% wartości [brutto] niezrealizowanej części przedmiotu Umowy w razie odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z przyczyn niezależnych od Wykonawcy oraz kara umowna w wysokości 10% wartości [brutto] niezrealizowanej części przedmiotu Umowy, gdy Wykonawca odstąpi lub rozwiąże za wypowiedzeniem w całości lub części ze skutkiem ex nunc Umowę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Wykonawca zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych ponad zastrzeżone kary umowne.”

Odpowiedź:

Zamawiający przewiduje możliwości odstąpienia od umowy tylko w przypadkach wskazanych w § 10 umowy o tytule „WYPOWIEDZENIE ORAZ Odstąpienie od Umowy” a więc nie ma potrzeby dodawania do umowy proponowanej przez Wykonawcę regulacji umownej.

6. Spółka prosi o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje wprowadzenie procedury wezwania do usunięcia naruszeń, poprzedzającej możliwość złożenia przez Zamawiającego oświadczenia woli o odstąpieniu od Umowy. Obecnie zwłoka Dostawcy w wykonaniu praktycznie jakiegokolwiek zobowiązania umownego (choćby jednodniowa) uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy (odpowiednio § 10 ust. 1 pkt 1, § 10 ust. 3 oraz §10 ust. 6 Umowy). W ocenie Spółki wprowadzenie takiej procedury pozwalałoby w pierwszej kolejności osiągnąć podstawowy cel, jakim jest doprowadzenie do usunięcia naruszeń i dalsze trwanie stosunku umownego.

Mając powyższe na uwadze, Spółka wnosi o modyfikację Umowy w następującym zakresie;

§ 10 ust. 1 pkt 1 Umowy: „w razie zwłoki w realizacji przedmiotu Umowy przez Wykonawcę lub innego niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, o ile jednak naruszenie nie zostanie usunięte przez Wykonawcę w dodatkowym terminie 14 dni od otrzymania pisemnego powiadomienia o tym naruszeniu i wezwania do usunięcia tego naruszenia, wskazującego naruszenie oraz sposób jego usunięcia”

§ 10 ust. 3 Umowy: „W przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu zobowiązania w terminie określonym w § 3 Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego odstąpienia od Umowy w całości lub części ze skutkiem *ex nunc* i naliczenia kar umownych, przewidzianych w § 8. Odstąpienie od Umowy może nastąpić pod warunkiem, że Zamawiający wyznaczy Wykonawcy dodatkowy termin 14 dni na dostawę, a dodatkowy termin upłynie bezskutecznie.”

§ 10 ust. 6 Umowy: „W terminie do dnia zakończenia okresu obowiązywania Gwarancji, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w części dotyczącej reklamowanego przedmiotu Umowy z prawem naliczenia kary umownej, o której mowa w § 9 ust. 1 pkt. 3, gdy Wykonawca nie wykona w terminie jakiegokolwiek zobowiązania wskazanego w § 6 (Gwarancja i Rękojmia), o ile jednak naruszenie nie zostanie usunięte przez Wykonawcę w dodatkowym terminie 14 dni od otrzymania pisemnego powiadomienia o tym naruszeniu i wezwania do usunięcia tego naruszenia, wskazującego naruszenie oraz sposób jego usunięcia.”

Odpowiedź:

Zamawiającemu zależy na wykonaniu przedmiotu umowy i będzie dążył do osiągnięcia tego celu, zaś regulacje umowne przewidują tylko pewne uprawnienia dla Zamawiającego, które są fakultatywne i Zamawiający nie musi z nich korzystać.

Zamawiający co prawda nie przewiduje wprowadzenie procedury wezwania do usunięcia naruszeń, poprzedzającej możliwość złożenia przez Zamawiającego oświadczenia woli o odstąpieniu od Umowy, lecz złożenie ewentualnego, tak poważnego w skutkach oświadczenia o odstąpieniu jest ostatecznością na którą musiałby się zdecydować Zamawiający, gdy inne możliwości dojścia do porozumienia z Wykonawcą całkowicie zawiodły i nie byłoby szans na polubowne rozwiązanie spornych kwestii między stronami. W ocenie Zamawiającego powyższe powoduje, iż nie jest zasadne dodawanie do umowy proponowanej przez Wykonawcę regulacji umownej.

7. Spółka prosi o wyjaśnienie, kto jest odpowiedzialny za rozładunek przedmiotu Umowy w miejscu dostawy, albowiem Umowa nie zawiera regulacji w tym zakresie (§ 4 ust. 8 Umowy stanowi jedynie, że Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć przedmiot Umowy na koszt własny do magazynu Zamawiającego).

Spółka proponuje dodanie do § 4 ust. 8 Umowy zdania, stanowiącego że za rozładunek przedmiotu Umowy w miejscu dostawy odpowiada Zamawiający.

Jeżeli to Zamawiający zapewnia rozładunek przedmiotu Umowy ze środków transportu, Spółka nie może ponosić odpowiedzialności za uszkodzenie lub utratę przedmiotu Umowy w trakcie czynności rozładunkowych, ponieważ w tym momencie nie sprawuje faktycznej kontroli nad dostarczonym urządzeniem. W związku z powyższym, zasadne jest w ocenie Spółki dokonanie zmiany § 4 ust. 7 Umowy w ten sposób, że „ryzyko uszkodzenia lub utraty przedmiotu Umowy przechodzi, na Zamawiającego z chwilą rozpoczęcia rozładunku przedmiotu Umowy ze środków transportu w miejscu dostawy”, a to z tego względu, że podpisanie stosownego protokołu odbioru dostawy nastąpi już po rozładunku, nad którym Spółka nie sprawuje kontroli.

Odpowiedź:

Ze względu na fakt, iż przedmiotem umowy jest specjalistyczny sprzęt, którym pozostaje własnością Wykonawcy do czasu jego wykupu, Zamawiający nie weźmie na siebie ryzyka związanego z ewentualnym uszkodzeniem podczas rozładunku. Wobec powyższego zapisy pozostają bez zmian.

8. Spółka prosi również o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje możliwość skrócenia okresu dzierżawy z 60 do 36 miesięcy również w przypadku, gdy nie skorzysta z możliwości wykupu kompaktora po upływie 36 miesięcy.

§ 1 ust. 1 Umowy oraz Rozdział VII pkt 1 SWZ sugerują, że okres dzierżawy trwa 60 miesięcy, natomiast po upływie 36 miesięcy Zamawiający może zdecydować się na wykup kompaktora, co w sposób naturalny zakończy okres dzierżawy. Z § 3 ust. 1 Umowy wynika jednak, że okres dzierżawy może być skrócony z 60 do 36 miesięcy bez jakichkolwiek dodatkowych warunków / ograniczeń.

W związku z powyższym, Spółka zwraca się z zapytaniem, czy Zamawiający przewiduje możliwość zakończenia dzierżawy przed upływem 60 miesięcy, jednocześnie rezygnując z zakupu kompaktora (w skrajnym wypadku - czy okres dzierżawy może wynieść 36 miesięcy, a kompaktor nie zostanie wykupiony).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż może dokonać wykupu przedmiotu dzierżawy po min. 36 miesiącach. Wysokość wykupu stanowić będzie wartość pozostałych do zapłaty czynszów dzierżawnych. Zamawiający informuje, iż umowa zawarta jest na okres 60 miesięcy z możliwością jej wcześniejszej spłaty ale nie wcześniej niż po okresie 36 miesięcy. Wówczas wartość wykupu będzie stanowiła pozostałe 24 miesiące dzierżawy.

9. Spółka prosi o wyjaśnienie, o jaką fakturę VAT chodzi w § 4 ust. 17 lit. d Umowy. Faktury VAT obejmujące czynsz dzierżawny wystawiane będą cyklicznie do 10 dnia każdego następnego miesiąca za miesiąc poprzedni (§ 2 ust. 5 Umowy). Jednocześnie pierwszym miesiącem dzierżawy (za który Wykonawca wystawi pierwszą fakturę), będzie miesiąc następujący po miesiącu, w którym Strony podpiszą „Protokół przekazania” (§ 2 ust. 8 Umowy).

Wynika stąd, że pierwsza faktura wystawiana będzie przez Wykonawcę półtora - dwa miesiące po dostawie, a tymczasem § 4 ust. 17 lit, d Umowy nakazuje dostarczyć fakturę wraz z dostawą.

Spółka wskazuje, że być może doszło do omyłkowego dopisania faktury VAT do katalogu dokumentów dostarczanych z przedmiotem Umowy, ponieważ jest to dostosowane bardziej do umowy sprzedaży maszyny, a nie umowy dzierżawy. W związku z powyższym, Spółka wnosi o wykreślenie § 4 ust. 17 lit. d Umowy, tym bardziej że „*Brak jakiegokolwiek dokumentu, o którym mowa w ust. 17 będzie skutkował brakiem odbioru przedmiotu Umowy przez Zamawiającego*” (§ 4 ust. 18 Umowy).

Z tego samego względu Spółka wnosi o wykreślenie fragmentu „*numer faktury dotyczącej przekazywanego przedmiotu Umowy*” z § 4 ust. 19 Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający przychyła się do prośby Wykonawcy i wprowadza odpowiednie zmiany do dokumentacji.

10. Spółka zwraca się następnie o usunięcie niezgodności między § 6 ust. 3 a § 6 ust. 15 lit. a i b Umowy.

Zgodnie z § 6 ust. 3 Umowy: (i) czas reakcji wynosi 24 godziny, ale z zastrzeżeniem, że do okresu 24 godzin nie wlicza się dni świątecznych i wolnych od pracy, (ii) termin usunięcia usterki wynosi 5 dni roboczych.

Zgodnie natomiast z § 6 ust. 15 lit. a Umowy, Wykonawca musi zareagować na Protokół reklamacji w terminie 24 godzin (ale już bez dodatkowych zastrzeżeń co do dni wolnych od pracy). Z kolei na podstawie § 6 ust. 15 lit. b Umowy, usunięcie wady ma nastąpić w terminie 7 dni, co jest w istocie innym terminem niż 5 dni roboczych, wskazane w § 6 ust. 3.

Spółka proponuje zatem modyfikację § 6 ust. 15 lit. a i b Umowy w następujący sposób:

„a. rozpatrzy „Protokół reklamacji” w ciągu 24 godzin, licząc od daty jego otrzymania, z zastrzeżeniem ust. 3 powyżej,

b. usunie wady w przedmiocie Umowy w terminie 5 dni roboczych, licząc od daty otrzymania „Protokołu reklamacji”, w miejscu, w którym rzecz znajdowała się w chwili ujawnienia wady lub na własny koszt odbierze rzecz w celu usunięcia wady,”

Odpowiedź:

Zamawiający przychylił się do prośby Wykonawcy i wprowadza odpowiednie zmiany do dokumentacji.

11. Spółka wnosi o zmianę § 6 ust. 20 Umowy w taki sposób, aby skorzystanie z prawa wykonania zastępczego zostało poprzedzone jeszcze wyznaczeniem Wykonawcy dodatkowego 14-dniowego terminu na usunięcie wady oraz jego bezskutecznym upływem.

Ponadto, Spółka wnosi o zmianę powyższego postanowienia tak, aby obciążenie Wykonawcy kosztami wykonania zastępczego następowało wyłącznie na podstawie realnie poniesionych, udokumentowanych fakturami kosztów. Wreszcie, niepotrzebne jest odniesienie do możliwości potrącenia kosztów wykonania zastępczego z zabezpieczeniem należytego wykonania Umowy, gdyż SWZ nie przewidują ustanowienia takiego zabezpieczenia.

W związku z powyższym, Spółka proponuje następujące brzmienie § 6 ust. 20 Umowy:

„W przypadku niewywiązania się przez Wykonawcę z zobowiązań wynikających z gwarancji, Zamawiający (zachowując jednocześnie wszelkie uprawnienia do naliczania kar umownych i uprawnienia wynikające z gwarancji i rękojmi), ma prawo zlecić usunięcie wady określonej w „Protokole reklamacji” podmiotowi trzeciemu, bez uzyskania uprzedniej odrębnej zgody sądu na co Wykonawca wyraża zgodę, pod warunkiem jednak że Zamawiający wyznaczy Wykonawcy dodatkowy 14-dniowy termin na usunięcie wad w ramach gwarancji, a termin ten upłynie bezskutecznie. Zamawiający obciąży wszelkimi powstałymi z tego tytułu kosztami Wykonawcę (o ile koszty te będą uzasadnione oraz udokumentowane za pomocą odpowiednich rachunków lub faktur VAT) oraz potrącić te koszty z należnego Wykonawcy wynagrodzenia. ”

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje zapis ust. 20 § 6 dokumentacji, nadając jej treść jak poniżej

„W przypadku niewywiązania się przez Wykonawcę z zobowiązań wynikających z gwarancji, Zamawiający (zachowując jednocześnie wszelkie uprawnienia do naliczania kar umownych i uprawnienia wynikające z gwarancji i rękojmi), ma prawo zlecić usunięcie wady określonej w „Protokole reklamacji” podmiotowi trzeciemu, bez uzyskania uprzedniej odrębnej zgody sądu na co Wykonawca wyraża zgodę, pod warunkiem jednak że Zamawiający wyznaczy Wykonawcy dodatkowy 7-dniowy termin na usunięcie wad w ramach gwarancji, a termin ten upłynie bezskutecznie. Zamawiający obciąży wszelkimi powstałymi z tego tytułu kosztami Wykonawcę (o ile koszty te będą uzasadnione oraz udokumentowane za pomocą odpowiednich rachunków lub faktur VAT) oraz potrącić te koszty z należnego Wykonawcy wynagrodzenia. ”

12. Jednocześnie, w związku z powyższym wnioskiem o wyznaczenie dodatkowego terminu 14 dni przed skorzystaniem z wykonania zastępczego, Spółka wnosi, aby ostatecznie zdanie § 6 ust. 3 Umowy otrzymało następujące brzmienie:

„Jeżeli Wykonawca w ciągu wskazanego terminu nie usunie usterki, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy dodatkowy 14-dniowy termin na usunięcie wad w ramach gwarancji. W przypadku gdy również ten dodatkowy termin upłynie bezskutecznie, Zamawiający ma prawo do wykonania naprawy w dowolnie wybranym serwisie/warsztacie na koszt Wykonawcy.”

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje zapis § 6 ust. 3 dokumentacji, nadając jej treść jak poniżej

Reakcja 24 godzinna dotyczy dni roboczych i nie obejmuje dni świątecznych i wolnych od pracy. Jeżeli koniec okresu 24 h przypada na dzień świąteczny lub wolny od pracy to okres ten kończy się odpowiednio w następnym roboczym po dniu świątecznym lub wolnym od pracy. Maksymalny termin usunięcia usterki wynosi do 5 dni roboczych. **Jeżeli Wykonawca w ciągu wskazanego terminu nie usunie usterki, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy dodatkowy 7-dniowy termin na usunięcie wad w ramach gwarancji. W przypadku gdy również ten dodatkowy termin upłynie bezskutecznie, Zamawiający ma prawo do wykonania naprawy w dowolnie wybranym serwisie/warsztacie na koszt Wykonawcy.**

.....
Kierownik zamawiającego lub osoba upoważniona do podejmowania
czynności w jego imieniu