



Ldz. ...*MS*.../2022

Olsztyn, dnia 18.01.2022 r.

*Do wszystkich Wykonawców
uczestniczących w postępowaniu*

PYTANIA I ODPOWIEDZI

Dotyczy: postępowania nr 2/2022/TP/DZP o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pt. Dostawa sukcesywna specjalistycznych odczynników do jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

Zamawiający, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawia odpowiedzi na otrzymane zapytania:

Pytanie nr 1:

Dotyczy wzoru umowy, §5, ustęp 6 – część 1.

Zamawiający zapisał:

„Jeśli w chwili złożenia zamówienia sprzedaż przedmiotu umowy objęta jest promocją, ofertą specjalną lub rabatem, Sprzedawca zobowiązuje się do sprzedaży zamawianego przedmiotu umowy zgodnie z ceną obowiązującą w chwili złożenia zamówienia bez doliczania dodatkowych kosztów za transport do miejsca wskazanego przez jednostkę zamawiającą“

Prosimy o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„Jeśli w chwili złożenia zamówienia sprzedaż przedmiotu umowy objęta jest promocją, ofertą specjalną lub rabatem, Sprzedawca zobowiązuje się do sprzedaży zamawianego przedmiotu umowy zgodnie z ceną obowiązującą w chwili złożenia zamówienia bez doliczania dodatkowych kosztów za transport do miejsca wskazanego przez jednostkę zamawiającą **o ile Zamawiający powoła się na nr promocji w swoim zamówieniu**“

Prośbę naszą motywujemy tym, iż nie mamy technicznych ani osobowych możliwości weryfikowania każdego z wpływających zamówień z bieżącymi promocjami. Warunkiem realizacji zamówienia w cenie promocyjnej jest powołanie się na nr promocji w zamówieniu.

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, że wyraża zgodę na powyższe zmiany. Zamawiający zmienia zapisy projektowanych postanowień umowy w §5, ust. 6 poprzez dodanie zapisu „o ile Zamawiający powoła się na nr promocji w swoim zamówieniu.”

Pytanie nr 2:

Dotyczy wzoru umowy, §7, ustęp 1 oraz ustęp 5 – część 1.

Zamawiający zapisał:



„Sprzedawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1.1. za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego w wysokości **10%** ceny określonej w §4 ust. 2, pomniejszonej o wartość wykonanego i opłaconego zamówienia.

1.2. za niedotrzymanie przez Sprzedawcę terminu dostawy przedmiotu umowy określonego w §3 ust. 3 pkt. 3.1. w wysokości **1 %** ceny zamawianego przedmiotu umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od ostatniego dnia wyznaczonego na dostawę.

1.3. za zwłokę w terminie dostawy brakującego lub wymienianego przedmiotu umowy określonym w § 5 ust. 5 oraz w § 6 ust. 4 w wysokości **1 %** ceny wadliwego bądź opóźnionego zamówienia, za każdy dzień zwłoki liczony od ostatniego dnia w którym upływa termin ponownej dostawy.

.....
.....

5. Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Sprzedawcy, wynosi **20%** wartości umowy określonej w § 4 ust. 2 umowy.”

Wnosimy o korektę w/w ustępów w odniesieniu do części 1 tak by brzmiały:

„Sprzedawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1.1. za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego w wysokości **1%** ceny określonej w §4 ust. 2, pomniejszonej o wartość wykonanego i opłaconego zamówienia.

1.2. za niedotrzymanie przez Sprzedawcę terminu dostawy przedmiotu umowy określonego w §3 ust. 3 pkt. 3.1. w wysokości **0,2 %** ceny zamawianego przedmiotu umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od ostatniego dnia wyznaczonego na dostawę.

1.3. za zwłokę w terminie dostawy brakującego lub wymienianego przedmiotu umowy określonym w § 5 ust. 5 oraz w § 6 ust. 4 w wysokości **0,2 %** ceny wadliwego bądź opóźnionego zamówienia, za każdy dzień zwłoki liczony od ostatniego dnia w którym upływa termin ponownej dostawy.

.....
.....

5. Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Sprzedawcy, wynosi **1%** wartości umowy określonej w § 4 ust. 2 umowy.”

Korekta o którą prosimy, w znacznym stopniu przybliży wymagany prawem charakter umowy. W treści kodeksu cywilnego nie znajdziemy takich postanowień, które by wskazywały na preferowanie Zamawiającego zawierającego akurat umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasada równości stron zatem nie doznaje żadnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Także żaden zapis ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia wyłomu w przestrzeganiu zasady równości stron i prymatu zasad zawartych w kodeksie cywilnym, przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego.

Wręcz przeciwnie, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp odsyłają do stosowania Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przesądzając o czysto cywilistycznym stosunku jaki powstaje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Powyższe zapisy skutkują:

1. naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady która zakazuje prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję



2. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego

3. naruszenie art. 5, 58 § 1 i 2 oraz 3531 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. bezprawne wprowadzenie do umowy, zapisów naruszających w rażący sposób interes prawny i majątkowy wykonawcy, niezgodnych z przepisami ogólnymi k.c., a w konsekwencji z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wprowadza **zapisy abuzywne i stawiające strony w jawnej nierówności** (jawna dyskryminacja wykonawcy) w przypadku zapisów o karach umownych o jakich mowa w § 7, ustęp 1 i 5 projektu umowy.

Wartość kary umownej 1 % wartości wartości zamawianego towaru brutto (za jakiegokolwiek naruszenie obowiązku) jest absolutnie w najwyższym stopniu wygórowana i nie spotykana w obrocie prawnym.

Jeżeli chodzi o pułap kar wymieniony w ustępie 5 to zwracamy uwagę, że ze swojej strony Zamawiający gwarantuje realizację na poziomie zaledwie 20% wartości umowy (sic!)

Ustalenie kar na poziomie 10% wartości umowy czy 20% w sytuacji gdy Zamawiający gwarantuje zaledwie realizację na poziomie 20% wartości umowy jest skrajnie niesprawiedliwe.

Zamawiający winien pamiętać o treści art. 58 kc, który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający do umów stosuje odpowiednio przepisy kc.

Wobec powyższego, iż treść umowy należy oceniać przede wszystkim pod kątem jej zgodności z przepisami ogólnymi, wprowadzając takowy zapis, Zamawiający wymusza się na wykonawcach w przyszłej umowie warunki, które naruszają ich interes prawny i gospodarczy. Analiza przepisów k.c. wskazuje, że podstawową wadą takowej umowy będzie: 1/niezachowanie w niej równości stron, 2/naruszenie wysłowionych przepisów k.c., a w konsekwencji przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, 3/dokonanie przez zamawiającego błędnej interpretacji przepisów k.c., tj. zasady swobody umów określonej w art. 3531 k.c.

Zmiany dokonane w 1990 r. w obszarze prawa cywilnego (w kodeksie cywilnym) wprowadziły tak bardzo potrzebną w obrotach handlowych zasadę swobody zawierania umów, wyrażoną m. in. w przywołanym już art. 3531 k.c. Zasada ta nie polega jednak na tym, że silniejsza strona narzuca wolę drugiej stronie, zwłaszcza jeżeli w optyce naszych rozważań skupimy uwagę na skutkach tych warunków. Nadmienić przy tym należy, że strony układające stosunek prawny wg własnego uznania, muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie i wreszcie, a może i najważniejsze, zasadom współżycia społecznego. Jednak nie ulega wątpliwości, że zapisy takie naruszają zasady współżycia społecznego. Przecież w świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

Zamawiający nie może swoim postępowaniem wyrządzać szkody drugiej stronie stosunku prawnego, tj. wykonawcy.

Wobec powyższego wnosimy o prawidłowe zgodne z powołanymi przepisami sporządzenie dokumentacji przetargowej tj. modyfikację niniejszego projektu umowy w sposób opisany precyzyjnie powyżej.




Na marginesie z najdalej idącej ostrożności zwracamy uwagę, że naruszenie obowiązków za naruszenie których Zamawiający zamierza naliczać kary umowne opisane w §7 ust. 1 i 5 projektu umowy - mają co do zasady charakter obowiązków majątkowych (skutkowo pieniężnych) dlatego, w przypadku takich obowiązków ustanowienie kar umownych pieniężnych jest w ogóle nieskuteczne i jeżeli Zamawiający chciałby z nich „skorzystać” wykonawcy mogliby się od nich uchylić z tym, że jak można domniemywać trzeba byłoby wszczynać drogę sądową, aby tam udowodnić ostatecznie Zamawiającemu bezprawność takich zapisów.

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, że zmniejsza kary „Projektowanych postanowień umowy” w §7 ust. 1 kolejno do 0,5% w pkt. 1.2 i 1.3, do 5 % w pkt. 1.1 oraz do 15 % w ust. 5.

Z poważaniem


KANCLERZ
mgr inż. Andrzej Stec

Sporządziła: *Dominika Więcek*

REFERENT


mgr Dominika Więcek