

Grudziądz, dnia 22.02.2024 r.

WIR.271.50.2023

DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW

Dotyczy: wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Delfinka przy ZSO w Grudziądzu”.

W związku z prośbą o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 135 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (*t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.*) w odpowiedzi na zapytania, Zamawiający informuje:

Pytanie:

Dotyczy par. 11, pkt 11, ppkt 2 Umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu usunięcia wad w przypadku wydłużonego terminu dostawy urządzenia/materiału od producenta w związku z oczekiwaniem na części zamienne pochodzące z dostaw zagranicznych. Zaprojektowane urządzenia pochodzą od producentów, u których czas oczekiwania na części zamienne wynosi powyżej 14 dni.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na powyższe zapytanie, Zamawiający dokonał zmiany zapisów umowy. Zmiana została opublikowana na stronie prowadzonego postępowania.

Pytanie:

Dotyczy paragrafu 11, pkt 11 Umowy. Prosimy o wydłużenie terminu usunięcia wad do 30 dni lub o zmianę wysokości kary umownej wynoszącej obecnie 0,2 % łącznego wynagrodzenia netto, co w przełożeniu na wartość może wynosić około 80 tys zł dziennie do poziomu 0,02 %. Pozostawienie zapisów umownych w obecnej formie spowoduje zawyżenie oferty Wykonawców spowodowane koniecznością zabezpieczenia w budżecie wartości w pieniądzu lub zakupu ewentualnie potrzebnych materiałów zamiennych niemożliwych do oszacowania na tym etapie.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie:

Dotyczy: § 11 ust. 11 pkt. 2) wzoru Umowy

Zwracamy się do Zamawiającego o zmianę przedmiotowego postanowienia poprzez dodanie możliwości wydłużenia terminów na usunięcie wad w przypadku, w którym dotrzymanie postawionego przez Zamawiającego terminu nie będzie możliwe z przyczyn technologicznoorganizacyjnych.

Proponujemy zmianę postanowienia jak niżej:

Ustala się terminy usunięcia wad:

1) niezwłocznie, nie później niż w terminie 5 dni - jeśli wada uniemożliwia zgodnie z obowiązującymi przepisami użytkowanie obiektu lub w jakikolwiek sposób zagraża bezpieczeństwu użytkowania obiektu lub istnieje ryzyko ponoszenia strat i szkód przez Zamawiającego;

2) w terminie uzgodnionym pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, jednak nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych - w pozostałych przypadkach. Termin określony w zdaniu poprzednim zostanie wydłużony na podstawie uzgodnień między Zamawiającym i Wykonawcą, jeśli jego dotrzymanie nie będzie możliwe z przyczyn technologicznoorganizacyjnych.

Uzasadniając powyższy wniosek o zmianę treści wzoru umowy Wykonawca wyjaśnia, że jego propozycja jest racjonalna, zgodna z obowiązującymi przepisami, pozwala na zachowanie równowagi Stron umowy o zamówienie publiczne, a jednocześnie analogiczne postanowienia są stosowane przez innych zamawiających publicznych.

Zastosowane przez zamawiającego we wzorze umowy postanowienie w obecnym brzmieniu wymaga usunięcia wad w terminie każdorazowo nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych. Termin 14 dniowy stosowany będzie w każdym przypadku wystąpienia wad innych, niż określone w pkt. 1) przedmiotowego postanowienia umowy. Termin ten nie uwzględnia w żaden sposób, że w niektórych przypadkach, z przyczyn obiektywnych nie będzie możliwe jego dotrzymanie. Wykonawca ma tu na myśli w szczególności sytuacje, w których konieczna będzie wymiana urządzeń lub komponentów, których dostawcy nie mają „na półce” i które muszą zostać wyprodukowane na specjalne zamówienie. Czas oczekiwania na takie elementy może być dłuższy niż 14 dni, a sam Wykonawca nie będzie miał na takie sytuacje realnego wpływu. Każdy wykonawca biorący udział w niniejszym postępowaniu będzie musiał dokonać zamówienia elementów i urządzeń wymaganych przez Zamawiającego. Zewnętrzni dostawcy często narzucają swoje własne terminy i mają swoje własne możliwości reakcji na zamówienie.

Terminy dostarczenia takich urządzeń przez dostawców są również zazwyczaj niezależne od ceny, jaką wykonawca musiałby zapłacić ich dostarczenie. Terminy narzucane przez dostawców wynikają zazwyczaj z ograniczeń produkcyjnych.

Takie sytuacje (oczekiwanie na dostawę) są zjawiskiem normalnym na rynku i nie powinny być przez Zamawiającego penalizowane. Wskazać trzeba, że Zamawiający zastrzegł wysoką karę umowną za brak dochowania terminu na usunięcie wad, jednocześnie nie dopuszczając do zmiany takiego terminu z przyczyn o obiektywnym (technologiczno-organizacyjnym) charakterze, niezależnych od wykonawcy.

Stawiając takie wymagania i jednocześnie nie dopuszczając do wydłużenia terminu na usunięcie wad, w ocenie wykonawcy Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej w tworzeniu postanowień wzoru umowy o zamówienie publiczne. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

Wykonawca, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w

postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Wykonawca wskazywał, że na rynku stosowane są postanowienia w brzmieniu analogicznym jak zaproponowane przez Wykonawcę w niniejszym pytaniu. Poniżej przedstawiamy przykłady analogicznych postanowień umów, dotyczących uzgadniania terminów usuwania wad i usterek w umowach o roboty budowlane, będące dobrą praktyką rynkową:

Inwestycja: Budowa basenu przy Szkole Podstawowej nr 67 przy ul. Kromera 11 w Bydgoszczy

Zamawiający: Miasto Bydgoszcz

Umowa: Umowa o roboty budowlane nr WIM 272.48.2019 z dnia 30.04.2019

Postanowienie § 17 pkt. 7 ww. umowy:

7. W ramach rękojmi Wykonawca zobowiązuje się do bezpłatnego usunięcia wad w okresie 14 (słownie: czternaście) dni roboczych od daty pisemnego o niej zawiadomienia lub w innym, uzgodnionym z Zamawiającym na wniosek Wykonawcy, jeżeli usunięcie wad nie jest możliwe w terminie 14 dni roboczych, ze względu na możliwości techniczno-organizacyjne Wykonawcy.

Inwestycja: Budowa Centrum Medycyny Weterynaryjnej

Zamawiający: Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Umowa: nr 9-DZP.37.ZP-010.2020 z dnia 20.03.2020

Postanowienie § 9 pkt. 10 ww. umowy:

10. Zamawiający powiadomi Wykonawcę o wszelkich ujawnionych wadach w terminie 7 dni roboczych od dnia ich ujawnienia. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia wad w terminie 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o ujawnionych wadach lub w innym terminie, zaakceptowanym przez Zamawiającego.

Inwestycja: Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Strzałowej 15 w Toruniu

Zamawiający: Gmina Miasto Toruń

Umowa zawarta w dniu 25.11.2022 r.

Postanowienie § 11 pkt. 3 ww. umowy:

3. W przypadku ujawnienia w okresie gwarancji lub rękojmi (które rozpoczynają się z dniem podpisania protokołu odbioru) wad lub usterek, Zamawiający poinformuje o tym Wykonawcę na piśmie w terminie 3 miesięcy od ich wykrycia. Wykonawca zobowiązany jest usunąć wady lub usterek (ujawnione w okresie gwarancji lub rękojmi) w terminie 14 dni od otrzymania zgłoszenia lub innym technicznie uzasadnionym terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do poinformowania Zamawiającego na piśmie o fakcie usunięcia powyższych wad/usterek, z podaniem terminu ich usunięcia. Usunięcie wad/usterek, o których mowa powyżej zostanie potwierdzone „protokołem usunięcia wad/usterek”, podpisanym przez Zamawiającego, przy udziale użytkownika, w terminie 14 dni od poinformowania przez

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia prosimy o zgodę na zmianę postanowienia § 11 ust. 11 pkt. 2) wzoru umowy w sposób zaproponowany przez wykonawcę.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na powyższe zapytanie, Zamawiający dokonał zmiany zapisów umowy. Zmiana została opublikowana na stronie prowadzonego postępowania.

/-/ Prezydent Grudziądz