



Ldz. 21.56.2021

Olsztyn, dnia 27.12.2021 r.

*Do wszystkich Wykonawców
uczestniczących w postępowaniu*

PYTANIA I ODPOWIEDZI

Dotyczy: postępowania nr 371/2021/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 5 – część 1.

Wnosimy o wydłużenie terminu dostarczenia z „do 14 dni” na „do 25 dni” w odniesieniu do realizacji dostaw w części 1.

Prośbę swoją motywujemy tym, iż nasz asortyment jest produkowany i magazynowany poza granicami kraju. Producent którego reprezentujemy nie gwarantuje dostaw w ciągu 14 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, że dokonuje zmiany w „Projektowanych postanowieniach umowy” w §5 ust. 5 i wydłuża termin dostarczenia przedmiotu umowy z „do 14 dni” na „do 25 dni”.

Pytanie nr 2:

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 nie wyraża zgody na zmianę powyższego zapisu.

Pytanie nr 3

Dotyczy wzoru umowy, §6, ustęp 4 – część 1.

Zamawiający zapisał:

„W przypadku wystąpienia braku w przedmiocie dostawy, dostarczenia przedmiotu umowy niezgodnego z ofertą, stwierdzenia uszkodzenia przedmiotu umowy lub jego wadliwości, wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia brakującego przedmiotu umowy lub wymiany na nowy wolny od wad i uszkodzeń w ciągu **14 dni roboczych**, liczonych od daty przyjęcia reklamacji.”

Prosimy o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„W przypadku wystąpienia braku w przedmiocie dostawy, dostarczenia przedmiotu umowy niezgodnego z ofertą, stwierdzenia uszkodzenia przedmiotu umowy lub jego wadliwości, wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia brakującego przedmiotu umowy lub wymiany na nowy wolny od wad i uszkodzeń w ciągu **18 dni roboczych**, liczonych od daty przyjęcia reklamacji.”

Prośbę swoją motywujemy tym, iż odczynniki wymienione w części 1 są produkowane i magazynowane poza granicami kraju.

Nie jesteśmy w stanie spełnić tego warunku Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, że zmienia termin 14 dni roboczych na termin 18 dni roboczych w §6, ustęp 4 „projektowanych postanowień umowy”.

Pytanie nr 4

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 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 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 **50%** 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 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 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 rażąco 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 2 % wartości wartości zamawianego towaru brutto (za jakiegokolwiek naruszenie obowiązku) jest absolutnie w najwyższym stopniu wygórowana i nie spotykana w obrocie prawnym. Doświadczenie pokazuje, że zawnioskowana granica 2% odpowiada rzeczywistości prawnej zamówień publicznych tylko w przypadkach gdy Zamawiający odstępuje od umowy z winy wykonawcy.

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!)

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 wysłownionych 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 w §7 „Projektowanych postanowień umowy”, kolejno do 1% za zwłokę w ust. 1.2 i 1.3 oraz do 20% w ust. 5.

Pytanie nr 5

Pragnę zadać pytanie dotyczące długości okresu, na jaki ma zostać podpisana umowa dotycząca asortymentu części nr 2. W Specyfikacji Warunków Zamówienia jest to 12 miesięcy, natomiast w Projektowaniu postanowień Umowy - 24 miesiące. Uprzejmie proszę o wskazanie prawidłowej wartości.

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, że zmienia zapisy „Projektowanych postanowień umowy”, § 2 ust. 2 dotyczące terminu realizacji przedmiotu umowy i wskazuję na termin 12 miesięcy.

Pytanie nr 6:

Zwracam się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie rozbieżności w kodzie katalogowym produktu znajdującego się na pozycji 2. części nr 2 w Formularzu opisu przedmiotu zamówienia. Wskazany przez Zamawiającego produkt firmy Hycult Biotech o nazwie HNP1-3 Human, mAb D21, 100 ug ma u producenta przypisany kod HM2058-100UG, od którego kod przedstawiony w formularzu nieznacznie odbiega (Hhm2058-100UG).

Odpowiedź:

Zamawiający uprzejmie informuje, że zmienia zapisy w pozycji 2. części nr 2 w Formularzu opisu przedmiotu zamówienia w kolumnie „Numer katalogowy/lub równoważny” na HM2058-100UG.

Z poważaniem

KANCLERZ

mgr inż. Bogusław Stec

Sporządzili: Dominika Więcek, r.pr. Adrian Horodecki, Joanna Wojciechowska

REFERENT


mgr Dominika Więcek

