



Świętoszów, 09 września 2020 r.

**Wykonawcy
biorący udział w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawa żywności dla 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego nr sprawy: 66/PN/2020

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019, poz. 1843), Zamawiający zawiadamia, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły pytania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przekazuje poniżej treść wniesionych pytań oraz udzielonych odpowiedzi.

Pytanie 1:

Zadanie 16 zakup przetworów warzywnych

Czy w pozycjach 1, 2, 3 Zamawiający wymaga podania ceny netto po odcieku?

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga podania ceny netto po odcieku.

Pytanie 2:

Jakiej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oczekuje Zamawiający od wybranego Wykonawcy? SIWZ mówi o 5%, a wzór umowy o 10% ceny całkowitej podanej w ofercie.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga wniesienia zabezpieczenia zgodnie z zapisami SIWZ tj. 5%.

Pytanie 3:

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”) w związku z art. 7 PZP, Wykonawca niniejszym zwraca się do Zamawiającego o zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) w postępowaniu pn., *Dostawa żywności dla 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego*” (znak sprawy: 66/PN/2020, dalej jako „Postępowanie”) w poniżej określonym zakresie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powyższe zasady zostały w sposób szczególny rozwinięte w art. 29 PZP, który w ust. 1 zobowiązuje Zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zakazując jednocześnie w ust. 2 i 3 opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający przewidział we Wzorze Umowy szereg sankcji związanych z niewykonywaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę, w tym w postaci kar umownych.

Zgodnie z § 8 ust. 1 Wzoru Umowy, Zamawiający uprawniony będzie do naliczenia kary umownej w następujących przypadkach:

- 1) w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy
- 2) w razie odstąpienia od części umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy stanowiącej równowartość niezrealizowanej części Umowy
- 3) w razie odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę w wysokości 10% ceny brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy
- 4) w razie opóźnienia realizacji umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 2% ceny brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Wysokość tej kary nie może jednak przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy.
- 5) w razie opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi- w wysokości 2% ceny brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy za każdy dzień opóźnienia. Wysokość tej kary nie może jednak przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy.

Wskazane powyżej kary umowne zastrzeżono w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy. W szczególności, jako rażąco wygórowaną wskazać należy karę umowną przewidzianą w § 8 ust. 1 litera d-e Wzoru Umowy w wysokości aż 2% ceny brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostawie, co powoduje, że przykładowo przy wartości Umowy w wysokości 1 000 000 zł w razie dostawy produktów za 5000 zł o godz. 10.00 Zamawiający naliczy aż 20 000 zł kary umownej, co stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia. Ponadto Zamawiający przewidział wysoką karę umowną (tj. w wysokości 2% ceny brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy) z tytułu naruszenia obowiązków w zakresie usunięcia wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi niezależnie od tego, czy mają one charakter istotny i poważny czy też błahy. Zastrzeżona kara jest zatem nieadekwatna do wagi naruszenia.

Niezależnie od powyższego, wykonawca powinien odpowiadać wyłącznie za uchybienia wynikające z przyczyn leżących po jego stronie, w tym wyłącznie za zawinione opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Tymczasem, kara umowna przewidziana w § 8 ust. 1 litera d-e Wzoru Umowy sankcjonuje opóźnienie, co obejmuje także przypadki niedotrzymania terminu wykonania zamówienia z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, na które nie ma on wpływu.

Ponadto, sposób naliczania kar umownych przewidziany w § 8 ust. 2 Wzoru Umowy została oparta na niejasnych przesłankach uprawniających do ich nałożenia, co rodzi po stronie Zamawiającego nieograniczone prawo do naliczenia kary według własnego uznania za przypadki trudne do przewidzenia i zidentyfikowania na obecnym etapie.

Przywołane powyżej postanowienia Wzoru Umowy dotyczące kar umownych wykraczają poza dopuszczalne granice swobody umów, naruszają zasady określone w art. 7 ust. 1 PZP (w tym zasadę proporcjonalności), stanowiąc przejaw nadużycia pozycji Zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny oraz obarczając wykonawcę niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją przedmiotowego zamówienia. W efekcie zastrzeżone kary umowne przestają pełnić funkcję prewencyjno-odszkodowawczą, a stają się instrumentem zniechęcającym wykonawców od wzięcia udziału w Postępowaniu, co pozostaje w sprzeczności z interesem publicznym. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza, uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego;

zwłaszcza zaś w przypadku kar umownych, należnych wierzycielowi co do zasady bez względu na wysokość poniesionej szkody, kluczowe pozostaje wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, w oparciu o art. 38 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 PZP, Wykonawca wnosi o zmianę Wzoru Umowy poprzez:

- 1) wprowadzenie postanowienia przewidującego maksymalną kwotę odpowiedzialności Wykonawcy w związku z zawarciem Umowy, w tym z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy oraz z tytułu zastrzeżonych kar umownych, do wysokości 10% netto wartości Umowy;
- 2) wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający nie jest uprawniony do kumulowania (sumowania) kar umownych naliczanych w związku z tym samym zdarzeniem;
- 3) wykreślenie § 8 ust. 2 Wzoru Umowy odnoszącego się do możliwego sumowania kar umownych za to samo zawinięcie Wykonawcy;
- 4) zmianę § 8 ust. 1 litera d-e Wzoru Umowy, poprzez wskazanie, iż określona tam kara umowa przysługuje Zamawiającemu w razie zwłoki (tj. zawnionego opóźnienia) w wykonaniu zobowiązania;
- 5) zmniejszenie wysokości zastrzeżonych kar umownych w następujący sposób:
 - a) zmniejszenie kary umownej, określonej w § 8 ust. 1 litera d Wzoru Umowy do wysokości 2% netto wartości opóźnionej dostawy za każdy dzień zwłoki przekraczający 24 godziny liczony od terminu określonego w § 3 ust. 13 Wzoru Umowy.
 - b) zmniejszenie kary umownej, określonej w § 8 ust. 1 litera e Wzoru Umowy do wysokości 2% netto wartości towaru z wadami za każdy dzień zwłoki przekraczający 24 godziny liczony od terminu określonego w § 13 ust. 1 Wzoru Umowy

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy w zakresie kar umownych.

Pytanie 4:

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”) w związku z art. 7 PZP, Wykonawca niniejszym zwraca się do Zamawiającego o zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) w postępowaniu Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa żywności dla 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego” (znak sprawy:66/PN/2020, dalej jako „Postępowanie”) w poniżej określonym zakresie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powyższe zasady zostały w sposób szczególny rozwinięte w art. 29 PZP, który w ust. 1 zobowiązuje Zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zakazując jednocześnie w ust. 2 i 3 opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Działając w oparciu o art. 38 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 PZP, Wykonawca wnosi o zmianę § 3 ust. 13 Załącznika nr Wzór Umowy w ten sposób, że Zamawiający zwiększy okno czasowe dostawy do 4 godzin (np. od 7.00 do 11.00, albo od 6.00 do 10.00) oraz doprecyzuje wymaganą częstotliwość dostaw do określonych części zamówienia.

Wnioskowana zmiana jest konieczna, gdyż obecny zapis sugeruje, że Zamawiający będzie zamawiał do wszystkich punktów odbioru towar codziennie w przedziale czasowym między 8.00 a 9.00. Wówczas dostawy będą musiały odbywać się co najmniej czterema (w czasie ćwiczeń poligonowych sześcioma) pojazdami. Jeden pojazd, który z punktu widzenia ładowności mógłby dostarczyć zamówienia do wszystkich punktów, nie jest w stanie dojechać i rozładować dostawy w czterech (lub nawet sześciu) miejscach w ciągu godziny. Wiąże się to z dodatkowymi kosztami po stronie Wykonawcy, które bezpośrednio przekładają się na cenę jednostkową przedmiotu umowy. Nie dość, że Zamawiający będzie musiał ponieść wyższe koszty wartości umowy przy tak ukształtowanym opisie przedmiotu zamówienia, to jeszcze większa liczba samochodów oznacza większą liczbę kierowców, dla których trzeba wystawić przepustkę do wjazdu na teren wojskowy. Zwiększa to ilość pracy zarówno po obu stronach umowy.

Zamawiający powinien dążyć do takiego ukształtowania Postępowania, aby osiągnąć założone cele przy optymalnym doborze metod i dostępnych środków. Tymczasem aktualna treść SIWZ może budzić wątpliwości co do rzetelnego i gospodarnego działania Zamawiającego. Aktualna treść SIWZ ogranicza bowiem niezasadnie konkurencję, narażając Zamawiającego na utratę korzystnych ofert od wykonawców, którzy w świetle aktualnego brzmienia SIWZ nie mogą wziąć udziału w Postępowaniu. Wprowadzenie zarówno pierwszej jak i drugiej proponowanej zmiany pozwoli natomiast na bardziej efektywne wydatkowanie środków bowiem do poszczególnych części będą mogli przystąpić wykonawcy, którzy będą mogli zaoferować niższe ceny swoich produktów dzięki dokładniejszemu obliczeniu kosztów transportu. Jeżeli Zamawiający wymaga dostaw od poniedziałku do piątku, to Wykonawca chcący wystartować np. w części nr 11 musi liczyć się z tym, że będzie zobowiązany dostarczyć olej w każdy dzień roboczy przez 12 miesięcy do czterech (lub sześciu) punktów odbioru. Taki Wykonawca zupełnie inaczej przeliczy cenę oleju przy powyższych założeniach logistycznych, a inaczej przy wymaganej dostawie np. raz w miesiącu. Ponadto § 3 ust. 13 sugeruje, że zamówienia będą składane z dużą częstotliwością i co za tym idzie, w bardzo małych ilościach. Jeżeli Zamawiający przewiduje raczej zamawianie towarów z dłuższym terminem przydatności w większej ilości i w mniejszej częstotliwości niż 5 razy w tygodniu, powinien umieścić taką informację w SIWZ lub w którymś z Załączników np. w Załącznikach nr 8 harmonogram dostaw. Wówczas Wykonawcy chcący złożyć ofertę w tych częściach mogliby przedstawić bardziej korzystną ofertę oraz zapewnić dostępność większej ilości towaru.

W interesie Zamawiającego pozostaje zatem dokonanie zmiany SIWZ zgodnie z niniejszym wnioskiem, celem maksymalnego otwarcia postępowania na konkurencję oraz uzyskania korzystnych ekonomicznie ofert.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy ponieważ godz., jak również ilość dostaw podlega ustaleniom w czasie trwania umowy i nie działa na niekorzyść Wykonawcy.

Pytanie 5:

Formularz cenowy - Zadanie 9 - zakup wędlin z mięsa drobiowego poz. 6 - szynka drobiowa w ilości 2000 kg w tabeli w kolumnach 5, 6, 7, 8 w rozbiciu na cztery kwartały po 750 kg daje 3000 kg.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany formularza cenowego dot. części 9.

Pytanie 6:

Czy Zamawiający potwierdza wysokość wadium określoną dla Zadania 9 w kwocie 521,00PLN ?

Odpowiedź:

Prawidłowa kwota wadium dla części 9 to 5 212,00 PLN.

Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższe zmiany podczas sporządzania i składania ofert w tym także wypełniania załączników, druków i składania wymaganych dokumentów.

Kierownik Sekcji Zamówień Publicznych


Edyta BĄCZYK

