

Pytanie 1.

W kontekście kar umownych zastrzeżonych w § 5 wzoru umowy wnosimy o:

- 1) obniżenie kar zastrzeżonych w § 5 ust. 2 pkt 1-2 wzoru umowy z 0,2 % wartości przedmiotu umowy brutto do poziomu 0,1 % wynagrodzenia w ramach pojedynczej dostawy,
- 2) obniżenia kary zastrzeżonej w § 5 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy z kwoty 10.000 zł do wartości stanowiącej 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu próbki,
- 3) obniżenie limitu kar umownych zastrzeżonego w § 5 ust. 8 wzoru umowy z poziomu 50% do poziomu 20% wynagrodzenia umownego.

Na uzasadnienie powyższych wniosków należy wskazać, że zastrzeżone poziomy jak i limity kar umownych rodzą wysokie ryzyko naliczenia w trakcie realizacji umowy kar rażąco wygórowanych albo nieproporcjonalnych w stosunku do poziomu wykonania umowy. Poszczególne uchybienia umowne, za które kary umowne zostały zastrzeżone w postaci ułamkowych części wynagrodzenia nie odpowiadają swoją wysokością poziomowi danego przewinienia na poziomie rynkowym. Należy wskazać, że przy kształtowaniu kar umownych zamawiający powinien mieć na względzie zasadę proporcjonalności obecnie określoną w art. 16 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) prawo zamówień publicznych, a dawniej w art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) prawo zamówień publicznych, obowiązującej wcześniej. Niemniej dorobek orzeczniczy wykształcony na kanwie dawnego brzmienia PZP nie traci na aktualności w stosunku do nowego brzmienia ustawy w tym również w zakresie kar umownych. Przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (wyrok KIO z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15)

Dyskusyjna jest również kara umowna zastrzeżona w § 5 ust. 2 pkt 3 Umowy, tj. kwota 10.000,00 zł zaniechania pobrania próbki lub nie udostępnienia jej Zamawiającemu przez okres 30 dni . Kwota tej kary jest niebagatelna i zależnie od poziomu na jakim będzie się kształtował oferowane wynagrodzenie za przedmiot zamówienia, może ona stanowić zbyt wygórowaną karę w stosunku do naganności uchybienia, która może podlegać miarkowaniu. Powinna ona również być bardziej zrjonalizowana i uzależniona od naganności uchybienia, której jest zmienne zależnie od czasu jego popełnienia.

Powyższe kary umowne mogą być również uznane za wygórowane jeśli weźmie się pod uwagę wysokość potencjalnej szkody jaka może wyniknąć w ramach popełnienia danego uchybienia. I choć zaznacza się w doktrynie i orzecznictwie, że kara umowna ma charakter zryczałtowanego odszkodowania i pełni funkcje kompensacyjną niezależnie od rzeczywiście poniesionej szkody to jednocześnie orzecznictwo sądów wskazuje, że wysokość realnej szkody nie jest bez znaczenia: Istotnym kryterium miarkowana jest relacja kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych, przyczyny opóźnienia, przyczynienie się wierzyciela, stopień winy dłużnika, relacja do należnego wynagrodzenia lub ocena stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania robót. (Wyrok SN z 22.01.2015 r., I CSK 690/13, LEX nr 1659211).

Konstrukcja kary umownej zaliczalnej nie wyłącza możliwości jej miarkowania na podstawie art. 484 § 2 k.c. Kryterium oceny rażącego wygórowania takiej kary może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (Wyrok SN z 11.10.2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 48).

Zgodnie z drugim stanowiskiem, bazującym na gramatycznej wykładni wskazanego wyżej przepisu, kara umowna należy się jedynie wówczas, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania pociągnęło za sobą powstanie uszczerbku w majątku wierzyciela. Zastrzeżenie kary umownej chroni interesy wierzyciela jedynie o tyle, że zwalnia go z obowiązku wykazania wielkości poniesionego uszczerbku. To dłużnik, chcąc zwolnić się z obowiązku uiszczenia kary umownej, musi wykazać, że wierzyciel nie poniósł szkody. Akcentowana jest zatem kompensacyjna, a nie represyjna funkcja kary umownej. Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76 (OSNCP 1977, nr 4, poz. 76), a ostatnio w orzeczeniu z dnia 20 lutego 2003 r., II CKN 1158/00 (niepubl.) (Wyrok SN z 17.06.2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400).

Dodatkowo może budzić zastrzeżenia limit kar umownych ustawiony stosunkowo wysoko czyli na kwotę 50% wynagrodzenia. Należy wskazać, że limit ten jest wysoki i mimo faktu, że Zamawiający zgodnie z art. 436 pkt 3 PZP jest zobowiązany określić w umowie limit kar umownych ponieważ jest on obligatoryjnym elementem umowy, nie oznacza, że może on być ustalany dowolnie. Już na etapie projektowym aktualnego brzmienia PZP konsultowano wpisanie w treści ustawy limitu kary umownej na poziomie 20% i choć ostatecznie wykreślono ten przepis, nie bez znaczenia pozostaje fakt, że istnieje potrzeba racjonalnego ustalania limitu kary umownej.

Ustalenie limitu wespół z teoretycznie niskimi jednostkowymi karami umownymi nie likwiduje również ryzyka zastosowania art. 484 § 2 kc i instytucji miarkowania, bo choć pojedyncze kary umowne mogą wydawać się niskimi, limit ustawiony wyjątkowo wysoko może pozwolić na ich skumulowanie do kary rażąco wysokiej. Podobnie stanowi orzecznictwo w tym zakresie: Nie można bowiem zgodzić się [...], iż ustalenie górnego limitu kary samo w sobie stanowi jej miarkowanie, a zatem wyłącza zastosowanie art. 484 § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 maja 2015 r. V ACa 847/14 Ustalenie górnego limitu kary umownej jako jej miarkowanie.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy dotyczące kar umownych

Pytanie 2:

Zgodnie z § 1 wzoru umowy oraz opisem przedmiotu zamówienia: „Zamawiający wymaga, aby próbki z każdej dostawy wapna były pobierane bezpośrednio u producenta do zaplombowanego i opisanego pojemnika przechowywanego u producenta, przy czym okoliczność ta musi zostać każdorazowo wykazana przez Wykonawcę przy rozładunku wapna na podstawie dokumentów producenta wapna, a nie dokumentu pochodzącego od dystrybutora.“.

Partia wapna przeznaczona do sprzedaży jest produkowana w zakładach wapienniczych w okresie 2 do 4 tygodni i jej skład się nie zmienia. Zgodnie z obecnym brzmieniem wzoru umowy próbki mają być pobierane przy każdej dostawie niezależnie od tego czy pochodzą z tej samej partii czy też nie. W praktyce cała partia wapna ma taki sam skład i właściwości. Należy więc zauważyć, że pobór próbki przy poszczególnych dostawach jest bezcelowy, zasadne jest natomiast pobieranie próbek w stosunku do poszczególnych partii wapna. W związku z powyższym zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający dopuszcza aby próbki były pobierane z partii a nie z transportu (dostawy)? Udzielenie twierdzącej odpowiedzi będzie miało odzwierciedlenie w możliwości zaoferowania niższej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Istotnie bowiem zmniejszeniu ulegną koszty jakie generuje procedura poboru próbki, a tym samym wpłynie to na cenę jednostkową dostarczanego wapna.

Odpowiedź: Zamawiający zmienia brzmienie uwagi nr 1 zawartej w rozdziale IV OPIS Przedmiotu zamówienia pkt. 1 oraz §1pkt. 4 umowy i nadaje jej brzmienie

UWAGA! Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przedłożył dokument potwierdzający jakość dostarczanej partii wapna BWR. Numer partii wapna BWR objętego dostawą musi zostać wskazany na dokumencie WZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo przeprowadzania we własnym zakresie badań jakościowych zakupionego wapna BWR. Jednostka badawcza (laboratorium) wykonująca analizę będzie posiadać akredytację do przeprowadzania tego typu badań i będzie przeprowadzać badanie próbek zgodnie z obowiązującą normą dla wapna palonego tj PN-EN 459-2: 2010. W przypadku ewentualnego sporu pomiędzy Stronami odnośnie faktycznej jakości dostarczonego wapna zostanie przeprowadzona analiza rozjemcza przez Instytut Ceramiki i Materiałów Budowlanych, Oddział w Krakowie - adres: 30 - 969 Kraków 28, ul. Cementowa 8. W przypadku potwierdzenia zastrzeżeń Zamawiającego kosztami analizy zostanie obciążony Wykonawca.

Pytanie 3:

Wnosimy o przesunięcie terminu składania ofert do dnia 15 czerwca 2021 r.

Odpowiedź

Zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 15 czerwca 2021r.

Pytanie 4

W związku z prowadzonym postępowaniem na dostawy wapna o Bardzo Wysokiej Reaktywności, zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie kwestii zawartych w SIWZ oraz projekcie umowy.

W projekcie umowy na stronie 2/8, paragraf 1, po punkcie 4 znajduje się zapis: Zamawiający wymaga, aby próbki z każdej dostawy wapna były pobierane bezpośrednio u producenta do zaplombowanego i opisanego pojemnika przechowywanego u producenta, przy czym okoliczność ta musi zostać każdorazowo wykazana przez Wykonawcę przy

rozładunku wapna na podstawie dokumentów producenta wapna, a nie dokumentu pochodzącego od dystrybutora. Z dokumentów tych także musi wynikać możliwość udostępnienia tej próbki Zamawiającemu (lub odpowiednio wszelkich dokumentów w przedmiocie specyficznego składu chemicznego danej próbki lub jego parametrów techniczno - użytkowych). Okres przechowywania próbki nie może być krótszy niż 30 dni.

Prosimy o opis jak w praktyce miałyby to wyglądać. Jesteśmy otwarci na dialog i Państwa propozycję jasnego opisu tego działania.

-W jaki sposób należy potwierdzić pobór próby? Zapewne Państwa przedstawiciel nie będzie obecny przy poborze próby?

W jaki sposób Producent powinien wykazywać ten fakt (wykonania poboru) przy rozładunku?

Czy mogą Państwo zaproponować jakiś wzór zaakceptowanych pism i dokumentów jeśli takowymi mielibyśmy się posługiwać?

Nie da pobrać próbki „do zaplombowanego pojemnika”. Czy jeśli plombowanie ma odbyć się po poborze – czy chcą Państwo jakoś walidować? Czy powinniśmy posługiwać się naszymi typowymi plombami czy też dostarczą Państwo własne?

Nasze Procedury i ustalony plan poboru prób określają wszystkie szczegóły związane z tą kwestią. Z założenia wszelkie wymagane przez naszych klientów odstępstwa generują dodatkowe koszty oraz wzrost ryzyka wypadków – muszą zatem Państwo zdawać sobie sprawę, że takie rozwiązania muszą znaleźć odzwierciedlenie w proponowanych przez nas cenach.

Proponujemy dodanie następujących zapisów w §4:

X. Sprzedający będzie przeprowadzać kontrolę dostarczanego wapna we własnym zakresie, zapewniając dotrzymanie parametrów jakościowych określonych w § X.

X. Kupujący zastrzega sobie prawo przeprowadzania we własnym zakresie badań jakościowych zakupionego wapna BWR. Jednostka badawcza (laboratorium) wykonująca analizę będzie posiadać akredytację do przeprowadzania tego typu badań i będzie przeprowadzać badanie próbek zgodnie z obowiązującą normą dla wapna palonego tj PN-EN 459-2: 2010.

X. W przypadku ewentualnego sporu pomiędzy Stronami odnośnie faktycznej jakości dostarczonego wapna zostanie przeprowadzona analiza rozjemcza przez Instytut Ceramiki i Materiałów Budowlanych, Oddział w Krakowie - adres: 30 - 969 Kraków 28, ul. Cementowa 8. W przypadku potwierdzenia zastrzeżeń Kupującego kosztami analizy zostanie obciążony Sprzedający. Sprzedający będzie wówczas zobowiązany do niezwłocznego usunięcia wapna na swój koszt i dostarczonego produktu spełniającego wymagania określone w § X.

Odpowiedź: Zamawiający zmienia brzmienie uwagi nr 1 zawartej w rozdziale IV OPIS

Przedmiotu zamówienia pkt. 1 oraz §1pkt. 4 umowy i nadaje jej brzmienie

UWAGA! Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przedłożył dokument potwierdzający jakość dostarczanej partii wapna BWR. Numer partii wapna BWR objętego dostawą musi zostać wskazany na dokumencie WZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo przeprowadzania we własnym zakresie badań jakościowych zakupionego wapna BWR. Jednostka badawcza (laboratorium) wykonująca analizę będzie posiadać akredytację do przeprowadzania tego typu badań i będzie przeprowadzać badanie próbek zgodnie z obowiązującą normą dla wapna palonego tj PN-EN 459-2: 2010. W przypadku ewentualnego sporu pomiędzy Stronami odnośnie faktycznej jakości dostarczonego wapna zostanie przeprowadzona analiza rozjemcza przez Instytut Ceramiki i Materiałów Budowlanych, Oddział w Krakowie - adres: 30 - 969 Kraków 28, ul. Cementowa 8. W przypadku potwierdzenia zastrzeżeń Zamawiającego kosztami analizy zostanie obciążony Wykonawca.

Pytanie 5

Proponujemy zmianę zapisu:§3 P.4 Podstawą do wystawienia faktury będzie dostawa potwierdzona protokołem zdawczo - odbiorczym podpisanym przez obie strony. Zamienić "protokołem zdawczo - odbiorczym" na "dokument WZ".

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść §3 pkt. 4 umowy i nadaje mu brzmienie:

Podstawą do wystawienia faktury będzie dostawa potwierdzona dokumentem WZ podpisanym przez obie strony.