

Bełchatów, dnia 09.08.2021 r.

**Znak: Dostawa 7 sztuk śmieciarek / 2021.**

"EKO-REGION" sp. z o. o. z/s w Bełchatowie przy ulicy Bawełnianej 18, w związku z wpływem w dn. 01.08.2021 r. zapytań dotyczących przedmiotowego przetargu odpowiada:

**Pytanie 1**

Pytanie do § 5 ust. 4

Wykonawca prosi by fax nie był środkiem komunikacji służącym do informowania o wadach. Wobec powszechnego używania poczty elektronicznej czy innych środków komunikacji elektronicznej, fax zasadniczo nie jest stosowany w obrocie.

**Odpowiedź 1:**

Zamawiający określił w umowie kilka sposobów powiadomień w przypadku awarii „w formie pisemnej, za pomocą poczty elektronicznej i faksem”. Zasadę powiadomień w przypadku awarii zostanie ustalona z Wykonawcą podczas podpisania umowy.

**Pytanie 2:**

Pytanie do § 8 ust. 1

Wykonawca prosi o zmniejszenie kary. Zastrzeżenie tak dużej kary i to za każdy dzień nakłada na każdego wykonawcę duże ryzyko.

Wskazać przy tym należy, iż w ramach przetargów Zamawiający zastrzegają niższe kary za zwłokę. Przykładowo:

- a) IGKiM Inowrocław Sp. z o.o. zastrzegł karę umowną w wysokości 0,1% za każdy dzień zwłokę w zachowaniu terminu dostawy;
- b) w przetargu ZP/PN/2/2020 Przedsiębiorstwa Komunalnego w Kruszwicy Sp. z o.o. wysokość kary za zwłokę w dostarczeniu pojazdów w stosunku do terminu dostawy pojazdu wynosi 0,1% wartości netto za każdy dzień zwłoki;
- c) Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. w Boguchwale w przetargu ZP/6/2020 zastrzegła następującą karę - za zwłokę w dostarczeniu pojazdu będącego przedmiotem umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki;
- d) zamawiający Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Miastku Sp. z o.o. w przetargu ZP.271.1.2020 również nalicza karę w wysokości 0,2 wynagrodzenia za zwłokę w terminowej dostawie.
- e) Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Brodnicy w przetargu UT/19/2020 zastrzegł karę umowną za zwłokę w dostawie w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego.
- f) Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. z siedzibą w Koszalinie zastrzegł karę umowną za zwłokę w dostawie w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego;
- g) Zamawiający Przedsiębiorstwo Komunalne Pekom S.A. w przetargu JG/4/2021 zastrzegł karę w wysokości 0,2% wynagrodzenia 1 za każdy dzień zwłoki
- f) Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zawierciu zastrzegł karę w wysokości 0,1 wartości przedmiotu umowy

**Odpowiedź 2:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 3:**

Pytanie do § 8 ust. 1

Wykonawca prosi o informację czy Zamawiający zgodzi się na naliczanie kary od wartości pojazdów, których dotyczy zwłoka nie zaś od całości wartości dostawy - gdy zwłoka dotyczy jedynie części pojazdów.

**Odpowiedź 3:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 4:**

Pytanie do § 8 ust. 2

Wykonawca prosi o zmniejszenie kary. Zastrzeżenie tak dużej kary i to za każdy dzień nakłada na każdego wykonawcę duże ryzyko.

Zastrzeżona wysokość kar na poziomie 0,5% nie jest praktykowana na rynku zamówień publicznych. Zastrzeżenie tak dużej kary i to za każdy dzień nakłada na każdego wykonawcę duże ryzyko.

Wskazać przy tym należy, iż w ramach przetargów Zamawiający zastrzegają niższe kary za zwłokę. Przykładowo:

- a) Zamawiający Przedsiębiorstwo Komunalne Pekom S.A. w przetargu JG/4/2021 zastrzegł karę w wysokości 0,2% wynagrodzenia 1 za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad;
- b) Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zawierciu zastrzegł karę w wysokości 0,1 wartości przedmiotu umowy za nieterminowe usuwanie wad;
- c) zamawiający Tesko Tatrzańska Grupa Kapitałowa Sp. z o.o. w warunkach przetargu określił karę za zwłokę w usunięciu wad i/lub usterek w ramach gwarancji w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1, za każdy dzień zwłoki;
- d) zamawiający Przedsiębiorstwo Komunalne w Kruszwicy w przetargu ZP/PN/2/2020 ustalił karę za zwłokę w usuwaniu wad w wysokości 500,00 zł za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad w okresie gwarancji.
- e) zamawiający IGKiM Sp. z o.o. za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze przedmiotu umowy, w wysokości 0,1 % wartości przedmiotu umowy podlegającego odbiorowi;
- f) zamawiający Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Miastku Sp. z o.o. w przetargu ZP.271.1.2020 również nalicza karę w wysokości 0,2 wynagrodzenia za zwłokę w usuwaniu wad.

**Odpowiedź 4:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 5:**

Pytanie do § 8 ust. 2

Wykonawca prosi o naliczanie kary za zwłokę w usuwaniu wad od wartości pojazdu, którego dotyczy zwłoka. Naliczanie kar od wartości pojazdu, którego dotyczy zwłoka będzie uzasadnione, gdyż jeśli wada dotyczy danego pojazdu, nie zaś wszystkich 7 pojazdów naliczanie kar od wartości tego pojazdu będzie proporcjonalne.

**Odpowiedź 5:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 6:**

Pytanie do § 8 ust. 3

Wykonawca prosi o obniżenie kary do 10%. % Najczęściej stosowaną przez Zamawiających karą za odstąpienie jest kara na poziomie 10 lub 20% wynagrodzenia.

**Odpowiedź 6:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 7:**

Pytanie do § 8 ust. 4 i 5

Wykonawca wnosi o usunięcie zapisu bądź doprowadzenie kar do realnych poziomów jakie stosowane są na rynku i do określenia konkretnie naruszenia jakich obowiązków ma prowadzić do możliwości sankcjonowania karami.

Uzasadnienie

Zamawiający przewidział:

- karę umowną za zwłokę w dostawie i zwłokę w usuwaniu wad
- w § 8 ust 4 karę aż 30% wynagrodzenia za bliżej nieokreślone naruszenia umowy
- w § 8 ust 5 karę aż 20% wynagrodzenia za bliżej nie określone naruszenia obowiązków gwarancyjnych

Zatem projekt umowy przewiduje cztery kary związane z nienależytym wykonaniem umowy oraz prawo do wykonania zastępczego.

- a) Zapis § 8 ust. 4 i 5 może być oceniany jako stanowiący wyraz wykorzystania pozycji dominującej Zamawiającego i jednostronnego kształtowania treści siwz. Ukształtowanie tak wysokiej kary i to za bliżej nie określone zachowania stanowi przekroczenie zasad swobody umów i naruszenie zasad sprawiedliwości kontraktowej. Podkreślenia wymaga, że jak stanowi orzecznictwo sądów powszechnych jak i Sądu Najwyższego przepisy prawa, zasady współżycia społecznego stanowią kryteria ograniczające swobodę umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), służąc ochronie porządku moralnego i prawnego, nie pozwalając na ułożenie stosunku prawnego w sposób odbiegający od powszechnie akceptowanych założeń aksjologicznych. Sprawiedliwość kontraktowa może być naruszona także wówczas, gdy dochodzi do istotnego naruszenia proporcji między obowiązkami Wykonawcy, a potrzebą ochrony uzasadnionego interesu Zamawiającego, co ma miejsce w przypadku ustalenia tak rażąco wysokich kar i to za niesprecyzowane naruszenia umowy;
- b) Taki zapis nie jest zgodny z wyrażoną w art. 16 pzp zasadą proporcjonalności i stanowi przekroczenie zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> kc) poprzez jednostronne narzucanie zapisów, które są niejasne, nieprecyzyjne, a jednocześnie nakładają bardzo duże ryzyko dla Wykonawcy obarczeniem go za jedno naruszenie karą stanowiącą równowartość 30% wartości pojazdu. Takie postanowienie nie są stosowane na rynku zamówień. Dodatkowo o braku proporcjonalności i przekroczeniu zasady swobody umów świadczy także fakt, iż Zamawiający zastrzega także wykonanie zastępcze. Skoro Wykonawca zastrzega wykonane zastępcze jego interes w postaci zapewnienia naprawy pojazdu, zapewnienia pojazdu zastępczego jest zabezpieczony;
- c) O braku proporcjonalności zapisu świadczy także fakt, iż kara obliczana jest od wartości całego wynagrodzenia umownego, które obejmuje dostawę 7 pojazdów, zaś bliżej nieokreślone naruszenie z § 8 ust 4 i 5 może dotyczyć jednego z pojazdów, dysproporcja kar jest w takim przypadku oczywista;

- d) Zapis § 8 ust. 4 i 5 nie jest zgodny z art. 483 kc gdyż nie zawiera określenia jakie naruszenia umowy mają prowadzić do stosowania. Nie jest wystarczającym wskazaniem, iż kara ma być naliczona „za każdorazowy brak wykonania zapisów dotyczących warunków serwisu i gwarancji” czy „w przypadku nienależytego bądź niewykonania przedmiotu umowy” bez sprecyzowania naruszenie jakich obowiązków ma być obarczone sankcją w postaci kary umownej;
- e) Jednocześnie Zamawiający musi liczyć się z tym, iż Wykonawcy mogą nie złożyć oferty przy tak rażących i wygórowanych karach bądź kalkulować ryzyka wynikające z tych zapisów przy formułowaniu ofert. Tym samym Zamawiający może doprowadzić do sytuacji, w której nie zostanie zrealizowana zasada jakości i efektywności ekonomicznej określonej w art. 17 pzp, to zaś rzutuje na kwestię zgodności wydatkowania środków z przepisami;
- f) Nadto zastrzeżenie takiego zapisu oznacza wprost wykreowanie sporu sądowego, gdyż w przypadku jego zastosowania każdy wykonawca będzie kwestionował na drodze sądowej dopuszczalność kary i jej nałożenie bądź przynajmniej żądał miarkowania kary.

**Odpowiedź 7:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 8:**

Pytanie do § 8 ust. 10

Wykonawca prosi o obniżenie limitu kar umownych do 20%

Przykładowo:

- a) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Piasecznie wprowadza limit kar w wysokości 20 %
- b) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Mosinie w przetargu *Dostawa w formie leasingu operacyjnego fabrycznie nowych pojazdów specjalistycznych typu "śmieciarka" do zbierania odpadów* wprowadza limit kar w wysokości 20%

**Odpowiedź 8:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

Z poważaniem

PREZES ZARZĄDU

Mariusz Pękala

WICEPREZES ZARZĄDU

Iwona Koperska