Warszawa, dnia 27.11.2023

WCh.261.150.2023.AWN

**Zamawiający:** Politechnika Warszawska, 00-661 Warszawa, Plac Politechniki 1

**Nr postępowania:** WCh.261.23.2023

**Nazwa postępowania:**  Sukcesywne dostawy podstawowych związków chemicznych do zastosowań laboratoryjnych dla Wydziału Chemicznego

**Tryb udzielenia zamówienia:** tryb podstawowy na podst. art. 275 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych t.j (Dz.U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) Prawo Zamówień Publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp”

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

**Pytanie 1:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostawy w zakresie zadania nr 2 do 21 dni roboczych.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wydłużenie terminu dostawy.

**Pytanie 2:**

Czy zamawiający wyraża zgodę na dodanie w projekcie umowy zapisu: „Dostawca ma prawo zmiany ceny w przypadku ponad 5-procentowego wzrostu kursu EUR/PLN, liczonego jako odchylenie procentowe bieżącego średniego kursu NBP pary walutowej EUR/PLN do średniego kursu NBP pary walutowej EUR/PLN z dnia złożenia oferty. Zmiana ceny, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, wymaga pod rygorem nieważności zawarcia pisemnego aneksu. Rozliczenie zmiany wysokości wynagrodzenia zostanie rozliczone poprzez wystawienie faktury korygującej.”

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy.

**Pytanie 3:**

Prosimy o wykreślenie zapisu: § 7 ust. 4 zgodnie z którym Wykonawca na własny koszt jest zobowiązany w terminie uzgodnionym przez Strony do odebrania pustych opakowań po zużytych substancjach dostarczonych na podstawie niniejszej umowy. Prosimy o zmianę zapisów w zakresie swz zobowiązujących wykonawcę do odbioru opakowań

**Uzasadnienie:**

Nasza Firma nie posiada licencji i nie jest uprawniona do odbioru opakowań. Odbiorem opakowań zajmują się firmy specjalistyczne. Ponadto w odniesieniu do Ustawy o odpadach opakowaniowych informujemy, że jako wprowadzający produkty w opakowaniach jesteśmy zobowiązani do ich odzysku co realizujemy za pośrednictwem Organizacji Odzysku.

**Odpowiedź**

Zamawiający pozostawia zapis § 7 ust. 4 projektowanych postanowień umowy bez zmian.

Wykonawca może dokonywać odbioru pustych opakowań za pośrednictwem podwykonawcy.

**Pytanie 4:**

(§ 1 ust. 1 pkt. 1) Prosimy o podanie podstaw prawnych naliczania kar umownych. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 0,1% wartości NETTO danego zamówienia za niedotrzymanie przez Wykonawcę terminu dostawy przedmiotu umowy?

Uzasadnienie:

Prośbę swą motywujemy tym iż zgodnie z kodeksem cywilnym umowy powinna cechować równość stron stosunku cywilnego. Korekta, o którą prosimy w znacznym stopniu przybliży wymagany prawem charakter. W treści KC nie ma postanowień, które wskazywałyby na preferowanie Zamawiającego, zawierającego umowę o Zamówienie publiczne. Także żaden zapis z Prawa Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia odstępstw od zasady równości stron.

Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Wyrok KIO z dnia 14 października 2021 r., sygn. 2762/21 przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwstawienie obu w/w interesów nie może prowadzić do nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych i do przypisywania mu odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie ma żadnego wpływu.

Powyższy problem został zauważony przez Urząd Zamówień Publicznych, który w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018 r.), stwierdził że ,,kary umowne powinny być określane w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna”

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgodny na zmniejszenie procenta naliczenia kary. Wielkość kar wynika z faktu, iż przedmiot zamówienia wykorzystywany jest również do różnego rodzaju badań, które współfinansowane są przez Fundusze Europejskie, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju czy Ministerstwo Edukacji i Nauki. Wszelki opóźnienia w dostawach mogą skutkować opóźnieniami w realizacji projektów co w konsekwencji może prowadzić do naliczeniem kar, które będzie musiał ponieść Zamawiający.

**Pytanie 5:**

(§ 7 ust. 1 pkt. 3) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 5% wartości NETTO niezrealizowanej części umowy w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy?

**Uzasadnienie:**

Zastrzeżona we wzorze umowy kara umowna jest rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 kodeksu cywilnego. Podstawową funkcją kary umownej jest kompensacja szkody poniesionej przez Zamawiającego. Powinna ona bowiem służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania, a nie prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający wzbogaca się na niewykonaniu zobowiązania przez Wykonawcę (por. wyr. SA w Katowicach 17.12.2008 r., V ACA 483/08, OSA w Katowicach 2009, Nr 1, poz. 5) . W związku z tym, w przypadku utrzymania obecnego brzmienia postanowienia umowy (niewspółmierność z ewentualną szkodą Zamawiającego) ewentualnie naliczona kara umowna zostanie uznana za rażąco wygórowaną, a w konsekwencji tego możliwe będzie jej miarkowanie, co naraża instytucję zamawiającą na nieuzyskanie zakładanego odszkodowania oraz dodatkowe koszty postępowania sądowego. Mając na względzie z jednej strony ochronę słusznego interesu Zamawiającego, a z drugiej zasadę równości stron prawa kontraktów oraz regulację art. 484 § 2 kodeksu cywilnego proponujemy, aby podstawą naliczenia kary umownej było 5% wartości netto niezrealizowanej części umowy.

**Odpowiedź**

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

**Pytanie nr 6:**

(§ 7 ust. 1 pkt. 2) Prosimy o podanie podstaw prawnych naliczania kar umownych. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 0,1% wartości NETTO danego zamówienia w przypadku niedostarczenia towaru wynikającego ze szczegółowego zamówienia?

Uzasadnienie:

Prośbę swą motywujemy tym iż zgodnie z kodeksem cywilnym umowy powinna cechować równość stron stosunku cywilnego. Korekta, o którą prosimy w znacznym stopniu przybliży wymagany prawem charakter. W treści KC nie ma postanowień, które wskazywałyby na preferowanie Zamawiającego, zawierającego umowę o Zamówienie publiczne. Także żaden zapis z Prawa Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia odstępstw od zasady równości stron.

Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Wyrok KIO z dnia 14 października 2021 r., sygn. 2762/21 przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwstawienie obu w/w interesów nie może prowadzić do nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych i do przypisywania mu odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie ma żadnego wpływu.

**Odpowiedź**

Zamawiający nie wyraża zgodny na zmniejszenie procenta naliczenia kary. Wielkość kar wynika z faktu, iż przedmiot zamówienia wykorzystywany jest również do różnego rodzaju badań, które współfinansowane są przez fundusze europejskie, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju czy Ministerstwo Edukacji i Nauki. Wszelki opóźnienia w dostawach mogą skutkować opóźnieniami w realizacji projektów co w konsekwencji może prowadzić do naliczeniem kar, które będzie musiał ponieść Zamawiający.

Podpis w oryginale

Dziekan

Wydziału Chemicznego

(-) prof. dr hab. inż. Władysław Wieczorek