

**Wykonawcy biorący
udział w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego objętego ustawą Prawo zamówień publicznych pn.: Dostawa kół napędowych ciernych do napędów lokomotyw kolejek podwieszanych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. – nr grupy 295-51.

Nr postępowania: 702500730

Działając w oparciu o art. 135 ust. 2 i 6 oraz art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela odpowiedzi na zapytanie Wykonawców oraz dokonuje modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

Wniosek nr 1:

„W zakresie ust. 4 i 5 Części IX SWZ „Termin realizacji zamówienie i dostawy oraz wymagany okres gwarancji”

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie zapisu części IX SWZ w następujący sposób:

- a) Ad. ust. 4 - poprzez dołączenie harmonogramu planowanych dostaw lub też określenia maksymalnych albo minimalnych ilości jakich oczekuje Zamawiający w określonej jednostce czasu (tydzień/miesiąc). W obecnej sytuacji Wykonawca nie jest w stanie przygotować optymalnej dla Zamawiającego oferty mając na uwadze cykl produkcyjny.
- b) Ad. ust. 5 pkt 3) tiret drugie - poprzez nadanie mu brzmienia:

„w uzasadnionych przypadkach poprzez przesłanie e-mailem na adres wskazany w Załączniku nr 2 do umowy oświadczenia Pełnomocnika Zarządu Spółki ustanowionego w zakresie działalności Biura Logistyki Materiałowej o zmianie terminu realizacji zamówienia.

Próby zmiany terminu realizacji zamówienia w sposób inny niż wyżej opisany oraz po upływie wymaganego terminu dostawy - Zamawiający uzna za bezskuteczne”

W ocenie Wykonawcy zamówienie realizowane jest dla potrzeb Oddziałów PGG S.A. (KWK) a tym samym wskazywanie w SWZ Specjalistycznych Jednostek Organizacyjnych Zamawiającego, dla których po pierwsze nie jest realizowane zamówienie a po drugie w których zakresie działalności nie leży ani eksploatacja ani też montaż przedmiotu zamówienia jest bezprzedmiotowe.”

Odpowiedź nr 1:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Zamawiający informuje, iż nie jest w stanie przedstawić harmonogramu dostaw. Zamówienia realizowane będą sukcesywnie według rzeczywistych potrzeb.

Wniosek nr 2:

„W zakresie ust. 6 Części IX SWZ „Termin realizacji zamówienie i dostawy oraz wymagany okres gwarancji” w związku z ust. 5 Załącznika nr 2 do umowy „Wymagane dokumenty i warunki realizacji dostaw”.

Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu **ust. 6 Części IX SWZ „Termin realizacji zamówienie i dostawy oraz wymagany okres gwarancji” w związku z ust. 5 Załącznika nr 2 do umowy „Wymagane dokumenty i warunki realizacji dostaw”** poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„Wymagany okres gwarancji:

- 1) *co najmniej 600 mth pracy (moto godzin pracy) dla zadań nr: 1 i 2 od daty zabudowy przedmiotu zamówienia;*
- 2) *co najmniej 600 km przebiegu dla zadania nr 3 od daty zabudowy przedmiotu zamówienia lecz nie dłużej niż **12 miesięcy** od daty odbioru przedmiotu zamówienia przez magazyn Zamawiającego. Gwarancją objęte są wady materiałowe, konstrukcyjne i fabryczne przedmiotu umowy, ujawnione w okresie gwarancji. Gwarancja nie obejmuje normalnego zużycia przedmiotu umowy.”*

Proponowane zapisy znalazły swoje odzwierciedlenie w treści podpisanej w dn. 01.09.2023r. umowie o nr 702303129 nt. „Dostawa kół napędowych ciernych do napędów lokomotyw spalinowych kolejek podwieszanych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.”

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający dokonuje modyfikacji ust. 6 Części IX SWZ „Termin realizacji zamówienie i dostawy oraz wymagany okres gwarancji”, który otrzymuje brzmienie:

„6. Wymagany okres gwarancji:

- 1) *co najmniej 600 mth pracy (moto godzin pracy) dla zadań nr: 1 i 2 od daty zabudowy przedmiotu zamówienia;*
- 2) *co najmniej 600 km przebiegu dla zadania nr 3 od daty zabudowy przedmiotu zamówienia lecz nie dłużej niż **12 miesięcy** od daty odbioru przedmiotu zamówienia przez magazyn Zamawiającego. Gwarancją objęte są wady materiałowe, konstrukcyjne i fabryczne przedmiotu umowy, ujawnione w okresie gwarancji. Gwarancja nie obejmuje normalnego zużycia przedmiotu umowy.”*

Wniosek nr 3:

„W zakresie § 3 ust. 5 Załącznika nr 9 do SWZ – Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający określa, że „podstawą wystawienia faktury jest prawidłowo wykonane świadczenie potwierdzone przez Zamawiającego dokumentem odbioru”

Wnosimy o modyfikację zapisu na następującą treść:

„Podstawą wystawienia faktury jest protokół kompletności dostawy podpisany przez Wykonawcę i Zamawiającego”.

Wskazać należy, że obowiązek wystawienia faktury VAT przez Dostawcę (Wykonawcę) wynika wprost z treści art. 106 i ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2018 r. poz. 2174), którego treść jednoznacznie wskazuje, iż „fakturę wystawia się nie później niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę”.

Idąc dalej należy podkreślić, iż przepisy ustawy o podatku od towarów i usług mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących i nie mogą być zmieniane postanowieniami kontraktów gospodarczych.”

Odpowiedź nr 3:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 4:

W zakresie § 4 ust. 6 Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”

Wykonawca wnosi o dokonanie modyfikacji zapisu § 4 ust. 6 poprzez nadanie mu brzmienia:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych określonych w **Ogólnych Warunkach Zakupu i Realizacji Dostaw materiałów, wyrobów i części zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A., stanowiących integralną część niniejszej umowy (Załącznik Nr 3 do umowy), nie może przekroczyć 50% wartości netto umowy.**

Kara umowna jest surogatem odszkodowania i elementem dyscyplinowania Wykonawcy, a więc zgodnie z art. 483 § 1 k.c. zastrzeżona w umowie zabezpiecza naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego poprzez zapłatę określonej sumy. Nie chodzi więc w ich ustanawianiu o ułatwienia, które na swoją rzecz stworzy zamawiający, a o usankcjonowanie ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, z uwzględnieniem możliwości powstania szkody i jej ewentualnych rozmiarów. W tym samym akcie prawnym wskazano, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.). Wierzyciel żądający zapłaty kary umownej nie musi udowadniać wysokości szkody, a nawet jej istnienia. To na tym w dużej mierze polega ułatwienie, jakie niesie wprowadzenie do umowy kary umownej. Z tej perspektywy oceniając – wysokość kar umownych, a w konsekwencji ich limit umowny, ma istotne znaczenie.

Treść wyroku KIO z 22 sierpnia 2023 r. (KIO 2327/23) potwierdza, że nie ma zgody na tego rodzaju praktyki bez wyraźnego uzasadnienia, wynikającego z charakterystyki konkretnego zamówienia. Izba w uzasadnieniu wskazała, że określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody.

W badanym stanie faktycznym KIO, który dla podkreślenia został wydany na niekorzyść PGG SA. uznała, że ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100% wynagrodzenia netto wykonawcy stanowiło nadużycie przez zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.).

Dalej Izba wyjaśniała, że ułatwienie zamawiającemu dochodzenia odszkodowania nie powinno skutkować tym, że wykonawca będzie obowiązany do zapłaty kar umownych w wysokości zbliżonej do wynagrodzenia za realizację umowy w sytuacji, gdy szkoda zamawiającego będzie znacznie mniejsza. Zamawiający powinien być uprawniony do uzyskania pełnego pokrycia szkody wyrządzonej mu przez wykonawcę w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jednakże temu służy dokonanie w umowie zastrzeżenia, zgodnie z którym zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia, obok kary umownej, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody

Warto przytoczyć także dalsze rozważania KIO:

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia (projektu umowy) poprzez obniżenie łącznej maksymalnej wartości kar umownych. Należy wskazać, że w praktyce udzielania zamówień publicznych wartość ta wynosi na ogół od 10% wynagrodzenia netto do 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Wskazuje się, że określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji."

Odpowiedź nr 4:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 5:

W zakresie § 6 ust. 4 pkt 1) Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”

Wykonawca wnosi o dookreślenie, co należy rozumieć, na kanwie niniejszego postępowania, jako interes publiczny?

Obecny zapis pozostawia niczym nieograniczoną swobodę Zamawiającego w zakresie jednostronnego odstąpienia od umowy. Oczywistym jest że brak zdefiniowania tego obszaru podnosi ryzyka a tym samym wysokość oferowanych cen przez Wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w pełni podziela się wykładnię tego pojęcia dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, gdzie określono, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 13 lipca 2010 r., II SA/Wa 488/10 stwierdził natomiast, że „Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu.”.

Odpowiedź nr 5:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 6:

W zakresie § 6 ust. 5 punkty 1) i 2) Załącznika nr 9 do SWZ Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca wnosi o dokonanie modyfikacji w zakresie treści § 6 ust. 5 punkty 1) i 2) **poprzez ich usunięcie**, zważywszy na treść ust. 4 punkt 1), jaki jest zgodny z przepisami PZP.

Ponadto zważyć należy, że tego rodzaju zapisy jednostronnie uprzywilejowują Zamawiającego, a tym samym naruszają równowagę kontraktową Stron, nie przewidując takich samych uprawnień w przypadku zajścia tych okoliczności po stronie Wykonawcy, który zawierając umowę musi utrzymywać odpowiedni potencjał na cały okres jej wykonania.

Odpowiedź nr 6:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 7:

W zakresie § 6 ust. 11 Załącznika nr 9 do SWZ Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca wnosi o dokonanie modyfikacji w zakresie treści § 6 ust. 11 poprzez nadanie mu brzmienia:

11. Każda ze wskazywanych w:

- a) ust. 10 zmian może być powiązana z obniżeniem wartości umowy,*
- b) ustępie 10 pkt 1), 5), 6) może być powiązana ze zmianą cen jednostkowych objętych zmianą oraz z podwyższeniem wartości umowy jednakże nie więcej niż o 10% wartości podstawowej.*

Proponowana zmiana dotycząca ustępu 11 w odniesieniu do ustępu 10 pkt 1), 5), 6) dotyczy okoliczności, których wystąpienie jest niezależne od Wykonawcy jednakże skutki ich wystąpienia w tym koszty przerzucane są w całości na niego, co powoduje jednostronne uprzywilejowania Zamawiającego a tym samym narusza równowagę kontraktową Stron.

Odpowiedź nr 7:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 8:

W zakresie § 6 ust. 11 Załącznika nr 9 do SWZ Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca wnosi o dokonanie modyfikacji w zakresie treści § 6 ust. 11 poprzez nadanie mu brzmienia:

11. Każda ze wskazywanych w:

- a) ust. 10 zmian może być powiązana z obniżeniem wartości umowy,*
- b) ustępie 10 pkt 1), 5), 6) może być powiązana ze zmianą cen jednostkowych objętych zmianą oraz z podwyższeniem wartości umowy jednakże nie więcej niż o 10% wartości podstawowej.*

Proponowana zmiana dotycząca ustępu 11 w odniesieniu do ustępu 10 pkt 1), 5), 6) dotyczy okoliczności, których wystąpienie jest niezależne od Wykonawcy jednakże skutki ich wystąpienia w tym koszty przerzucane są w całości na niego, co powoduje jednostronne uprzywilejowania Zamawiającego a tym samym narusza równowagę kontraktową Stron.

Odpowiedź nr 8:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 9:

„W zakresie § 8 ustęp 4 pkt 3 tiret drugie Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Wykonawca wnosi o nadanie treści § 8 ustęp 4 pkt 3 tiret drugie następującego brzmienia:

„w uzasadnionych przypadkach poprzez przesłanie e-mailem na adres wskazany w Załączniku nr 2 do umowy oświadczenia Pełnomocnika Zarządu Spółki ustanowionego w zakresie działalności Biura Logistyki Materiałowej o zmianie terminu realizacji zamówienia.

Próby zmiany terminu realizacji zamówienia w sposób inny niż wyżej opisany oraz po upływie wymaganego terminu dostawy Zamawiający uzna za bezskuteczne”

W ocenie Wykonawcy zamówienie realizowane jest dla potrzeb Oddziałów PGG S.A. (KWK) a tym samym wskazywanie w SWZ Specjalistycznych Jednostek Organizacyjnych Zamawiającego, dla których po pierwsze nie jest realizowane zamówienie, a po drugie w których zakresie działalności nie leży ani eksploatacja ani też montaż przedmiotu zamówienia jest bezprzedmiotowe.”

Odpowiedź nr 9:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 10:

W zakresie § 9 Załącznika nr 9 do SWZ – Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca wnosi o dodanie kolejnych ustępów w treści § 9 Załącznika nr 9 do SWZ w brzmieniu:

- Zmienia się treść § 8 ust. 2 Ogólnych Warunków Zakupu i Realizacji Dostaw materiałów, wyrobów i części zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A., który przyjmuje brzmienie: 2. W razie zwłoki Wykonawcy w wykonaniu umowy lub zamówienia, Zamawiający uprawniony jest do nabycia u innego kontrahenta towarów, których ilość odpowiada ilości towarów z dostarczeniem których Wykonawca pozostaje w zwłoce. W przypadku, gdy zakup towarów zostanie dokonany za cenę wyższą od ceny wynikającej z wiążącej Strony umowy, Zamawiający obciąży Wykonawcę różnicą pomiędzy ceną, po jakiej Zamawiający nabył towar a ceną obowiązującą w umowie.

- Nie stosuje się § 8 ust. 1 punkt 1 lit. c) zdanie drugie i trzecie Ogólnych Warunków Zakupu i Realizacji Dostaw materiałów, wyrobów i części zamiennych maszyn i urządzeń dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.

Odpowiedź nr 10:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Wniosek nr 11:

W zakresie pkt 4. Załącznika nr 1b do Umowy, Waloryzacja Cen Umownych.

Wykonawca wnosi o modyfikację pkt 4. Załącznika nr 1b do Umowy i nadanie mu brzmienia:

„W przypadku, gdy wskaźnik GUS przekroczy wartość 103, czyli gdy wzrost cen przekroczy 3%, Zamawiający w terminie do 14 dni od zakończenia odpowiednio szóstego, dziewiątego, dwunastego itd. miesiąca realizacji Umowy (zgodnie z postanowieniami ust. 2) dokona waloryzacji cen i powiadomi o tym Wykonawcę.”

Skoro w przypadku obniżki cen waloryzacja na zasadach określonych w punkcie 2 i 5 tego Załącznika ma następować automatycznie z korzyścią dla Zamawiającego, to na takich samych zasadach powinna ona następować bez wniosku wykonawcy w przypadku wzrostu cen na zasadach określonych w pkt. 2 tego Załącznika.

W przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, zwracamy uwagę, że obecna konstrukcja tego zapisu jest contra legem obowiązujących w tym obszarze przepisów prawa i wymaga zmiany uwzględniającej poniższą argumentację:

1. Zgodnie z art. 439 ust. 1 PZP, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zamawiający ma obowiązek wprowadzenia postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Ustawodawca nie przewiduje możliwości uzależnienia tego prawa od spełnienia warunku formalnego w postaci złożenia wniosku w terminie zawitym.

2. Naruszenie zasady proporcjonalności

Wprowadzenie klauzuli, która skutkuje bezpowrotną utratą prawa do waloryzacji w przypadku złożenia wniosku po upływie sztywnego terminu (np. 14 dni od wystąpienia przesłanki waloryzacyjnej), narusza zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 1 PZP). Jest to ograniczenie nieadekwatne i nadmiernie surowe, zważywszy, że wykonawca nie ma wpływu na moment ujawnienia się ekonomicznych skutków inflacji czy zmiany kosztów.

3. Sprzeczność z celem regulacji art. 439 PZP

Celem regulacji ustawowej jest ochrona równowagi kontraktowej stron w trakcie realizacji zamówienia, a nie jej sztuczne ograniczanie rygorystycznymi terminami. Wprowadzenie terminu zawitego de facto niweczy ustawowe prawo wykonawcy, zmieniając jego charakter z bezwzględnego na warunkowy, co może być uznane za klauzulę nieważną w tej części (art. 58 §1 i §3 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 PZP).

Zarówno w doktrynie, jak i w opiniach Urzędu Zamówień Publicznych podkreśla się, że: „Zamawiający nie może uzależniać skuteczności lub dopuszczalności waloryzacji wynagrodzenia od spełnienia warunków formalnych, które mogą prowadzić do niewykonalności prawa wykonawcy” (por. UZP, „Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy – dobre praktyki”, 2023).

Odpowiedź nr 11:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

.....