

**Wykonawcy biorący
udział w postępowaniu**

Dotyczy: odpowiedź na zapytanie do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) przetargu nieograniczonego, prowadzonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pn.: „Dostawa części zamiennych do systemów automatyki przemysłowej dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. – nr grupy 316-4”.

Nr postępowania: 702600246

Działając w oparciu o art. 135 ust. 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019r. poz. 2019 ze zm.) Zamawiający udziela odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy do treści SWZ.

Wniosek nr 1

W zakresie § 3 ust. 10 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 1:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wniosek nr 2

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 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 30% wartości brutto 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.

Odpowiedź nr 2

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wniosek nr 3

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.

Jednocześnie, niezasadnym pozostaje utrzymanie zapisu ujętego w treści § 6 ust. 5 punkty 3 Załącznika nr 9 do SWZ, gdyż przy braku określenia w SWZ konkretnych celów planowanych przez Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia – zapis uznać należy za bezpodstawny.

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 3

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wniosek nr 4

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 uprzywilejowanie Zamawiającego, a tym samym narusza równowagę kontraktową Stron.

Odpowiedź nr 4

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wniosek nr 5

W zakresie § 7 Załącznika nr 9 do SWZ –Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz pkt. 4 Zał. nr 2 do Umowy nr

Wykonawca wnosi o rozszerzenie zapisu ujętego w treści § 7 Załącznika nr 9 do SWZ – Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz pkt. 4 Zał. nr 2 do Umowy nr ..., a to w związku z zapisem ujętym w treści pkt. 6 Części IX SWZ (Termin realizacji zamówienia i dostawy oraz wymagany okres gwarancji) poprzez dodanie zdania o następującej treści:

Zakres i okres rękojmi za wady odpowiada zakresowi i okresowi udzielonej gwarancji.

Odpowiedź nr 5

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wniosek nr 6

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 6

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wniosek nr 7

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.

Odpowiedź nr 7

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Z- ca Przewodniczącego Komisji Przetargowej