

RIT.271.15.2019

Wielka Nieszawka, 4 lipca 2019 r.

Uczestnicy postępowania

Wyjaśnienia do zapisów SIWZ dotyczącej postępowania przetargowego pn.:

**Dostawa i montaż wyposażenia 2 oddziałowego Przedszkola przy Szkole
Podstawowej im. Kornela Makuszyńskiego w Cierpicach**

Na podstawie art.38 ust.1. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), wyjaśniam co następuje:

Wykonawca zadał następujące pytanie:

Pytanie nr 1: Jakie dokumenty stanowią załączniki nr 8 i 9 do SIWZ?, które to są wymienione w rozdziale X pkt 1 SIWZ.

Odpowiedź:

Załącznikami nr 8 i 9 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są pliki załączone przez Zamawiającego: Część I – Pomoce dydaktyczne, Część II – Montaż i dostawa mebli.

Pytanie nr 2: W związku z koniecznością przedstawienia w ofercie wykazu oferowanych elementów wyposażenia wraz z precyzyjnym określeniem nazwy, producenta/modelu i ceny każdej pozycji, proszę o informację co w przypadku wycofania produktu przez producenta (wskazanego w ofercie), w trakcie realizacji umowy. Czy Zamawiający dopuści zmianę wskazanego w wykazie elementu wyposażenia.

Odpowiedź: Zamawiający dopuści zamianę wskazanego w zestawieniu elementu z zastrzeżeniem, iż zamieniony produkt musi spełniać parametry określone w SIWZ.

Pytanie nr 3: Czy zamawiający dopuszcza dostawy i odbiór asortymentu w częściach, maksymalnie w terminie realizacji umowy, zgodnie z art. 450 kc .

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza dostawy i odbiór asortymentów w częściach na podstawie przedstawionego przez Wykonawcę harmonogramu dostaw. Przedłożony przez Wykonawcę harmonogram dostaw, będzie podlegał akceptacji przez Zamawiającego.

Pytanie nr 4: Proszę o wyjaśnienie § 11 pkt 4 wzoru umowy stanowiący „za niespełnienie przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w §1 ust. 4 w wysokości 1.000 zł za każdy przypadek naruszenia.” Przy czym w §1 ust. 4 nie istnieje. Wskazuję również iż ustawodawca dał możliwość stosowania klauzury społecznej, o której mowa w Art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. jednakże w przypadku zamówień wyłącznie w kategorii usług lub robót budowlanych o którym mówi sam art.29 ust. 3a ustawy Pzp. W tym przypadku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony w kategorii dostaw, gdzie nie ma zastosowania powyższa klauzura, nawet jeżeli dodatkowo obejmuje rozmieszczenie czy instalację, o czy również mówi art. 2 ust.2 ustawy Pzp. Wynika to, że dostawa nie ma m.in. charakteru powtarzalnego a ma charakter jednorazowy oraz praca nie jest wykonywana w wyznaczonym czasie przez pracodawcę (termin faktyczny pracy nie jest określony, jest jedynie podany przedział czasowy), przez co nie spełnia cech charakterystycznych stosunku pracy art. 22 § 1 kp. Proszę jednocześnie o usunięcie § 11 pkt 4 oraz związany z tym § 12 pkt 1e wzoru umowy. Zamówienie nie ma charakteru powtarzalnego a ma charakter jednorazowy, przez co zapis nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający wykreśla z projektu umowy § 11 pkt 4.

Pytanie nr 5: Proszę o uszczegółowienie § 12 pkt 1h wzoru umowy, co zamawiający ma na myśli „powolne tempo” i kiedy dla zamawiającego stanowić będzie zagrożenie nie dotrzymania terminu końcowego realizacji umowy? Czy Zamawiający przewiduje harmonogram wykonania dostaw etapowych.

Odpowiedź: Dla Zamawiającego „powolne tempo” oznacza, iż z przebiegu realizacji zamówienia staje się oczywiste że Wykonawca nie będzie w stanie dotrzymać terminu wskazanego w umowie. Zamawiający dopuszcza dostawy i odbiór asortymentów w częściach na podstawie przedstawionego przez Wykonawcę harmonogramu dostaw. Przedłożony przez Wykonawcę harmonogram dostaw, będzie podlegał akceptacji przez Zamawiającego.

Pytanie nr 6: Jednocześnie wnoszę zastrzeżenia do:

1. § 9 pkt 2 wzoru umowy

Ustawodawca w art. 143a-143d przewidział wymagania związane m.in. zasadami zgłaszania podwykonawców Zamawiającemu, zasadami dokonywania płatności na rzecz Wykonawcy i podwykonawców (w tym tzw. Bezpośrednia zapłata wynagrodzenia podwykonawców przez Wykonawcę) oraz zasadami odpowiedzialności Wykonawcy związanymi z obowiązkami tam uregulowanymi. Zakres zastosowania tych przepisów został jednak wyraźnie ograniczony do zamówień publicznych, których przedmiotem są ROBOTY BUDOWLANE. Wynika to ze specyficznego charakteru procesu realizacji inwestycji budowlanych . Było to także dopełnienie obowiązującej przy umowie o roboty budowlane regulacji art. 647 1 kc. Jednak przenoszenie analogicznych zasad do zamówień o przedmiocie innym, niż roboty budowlane, w szczególności do zamówień obejmujących dostawy mebli, nie znajduje uzasadnienia ani w przepisach ustawy pzp, ani w zasadach zamówień publicznych. Nie znajduje ona uzasadnienia także w jakimkolwiek zasługującym na ochroną interesie prawnym Zamawiającego. Przede wszystkim w przypadku zamówienia na dostawy Zamawiający nie jest obciążony żadnym ryzykiem związanym z ew. roszczeniami podwykonawców w zakresie zapłaty ich wynagrodzeń. Wynika to z braku zastosowania w tym zakresie art. 647 1 kc oraz art. 143c pzp, niezależnie od tego co jest przedmiotem świadczenia danego podwykonawcy.

W związku z tym wnoszę o usunięcie § 9 pkt 2 oraz związanego z tym § 5 pkt 1 - 11 , § 11 pk 5, § 12 pkt 1g wzoru umowy

W tym zakresie należy podkreślić, że naruszeniem pzp są wszystkie wymagania Zamawiającego dotyczące podwykonawstwa. Tym samym także kary zastrzeżone w § 11 pkt 5 na okoliczności związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków stanowią naruszenie przepisów pzp.

Przed wszystkim kary te są przewidziane za czysto formalne naruszenia umowy, nie mające żadnych potencjalnych negatywnych skutków dla Zamawiającego. W przypadku zamówienia publicznego na dostawy Zamawiający nie jest objęty jakąkolwiek odpowiedzialnością względem podwykonawców, w tym wynikającą z art. 647 1 kc czy art. 143 c ustawy pzp. Ze względu na zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 usta. 1 pzp Zamawiający powinien przewidywać odpowiedzialność z tytułu kar umownych, a więc odpowiedzialność na zasadach szczególnych, bardziej dolegliwych dla wykonawców od odpowiedzialności na zasadach ogólnych (art. 471 i nast. Kc), tylko do takich naruszeń umowy, które mają wpływ na wykonanie podstawowego świadczenia wykonawcy określonego w umowie, a nie mają wyłącznie charakteru drobnych, formalnych uchybień treści umowy (por. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017r., KIO1117/17, KIO 1128/17).

2. § 13 pkt 1 oraz § 5 ust. 9 wzoru umowy

Zgodnie z art. 535 kc Zamawiający jest obowiązany odebrać przedmiot umowy, które Wykonawca wydaje mu zgodnie ze swoim zobowiązaniem. Zgodnie z powszechnie akceptowanym stanowiskiem orzecznictwa dokonanie odbioru nie może być uzależnione od braku istnienia jakichkolwiek wad czy usterek w wydawanych rzeczach. Może ona być uzasadniona wyłącznie w przypadku, gdy rzeczy są dotknięte wadami istotnymi, czyli takimi, które powodują że nie daje ono możliwości korzystania z niego zgodnie z przeznaczeniem.

Ustalony w § 13 pkt 1 oraz § 5 ust. 9 wzoru umowy prawo Zamawiającemu, zgodnie z którym jest on uprawniony do odmowy i odłożenia do czasu usunięcia przez Wykonawcę wszelkich wad i usterek, a więc także wad nieistotnych, zaburza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów prawa i zasad współżycia społecznego, w tym zasady uczciwości kupieckiej. Rodzi to tym bardziej istotne ryzyko dla wykonawców, gdyż nie przewiduje płatności za dostawy w zakresie wykonanych już elementów (odbiór końcowy i płatność mają charakter jednorazowy). W oceny naszej narusza to zasadę uczciwej konkurencji w przypadku przedmiotu zamówienia świadczenia mającego charakter podzielny, gdyż każda pozycja jest odrębną rzeczą i jego dostarczenie zapewnia możliwość korzystania z niego w oderwaniu od pozostałych pozycji objętych umową. Zgadza się z tym, że w ramach danego zamówienia wystawienie faktury i zapłata może nastąpić po dostawie wszystkich pozycji objętych tym zamówieniem. Jednak sformułowania wzoru umowy umożliwiają Zamawiającemu odmowę przyjęcia częściowego świadczenia, czyli dostawy części pozycji objętych zamówieniem, nawet jeżeli meble te są zgodne z wymaganiami SIWZ i ofertą. Zapis ten w zaskarżanym zakresie jest sprzeczny z art. 450 kc, zgodnie z którym wierzyciel nie ma prawa odmowy przyjęcia świadczenia częściowego.

Sprzeczność ta jest tym bardziej istotna, gdyż dostawy objęte przedmiotowym zamówieniem są typowym przykładem świadczenia podzielnego, gdzie każda pozycja ma charakter odrębnej rzeczy, zapewniając możliwość korzystania z niego w oderwaniu od pozostałych pozycji objętych umową.

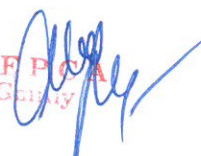
Wystarczającym mechanizmem ochrony interesów Zamawiającego w tym zakresie jest rękojmia za wady określona w art. 556-576 kc oraz gwarancją, uregulowana w art. 577-581 kc. Te mechanizmy zapewniają Zamawiającemu szerokie spektrum uprawnień zmierzających do uzyskania towaru pełnowartościowego, posiadającego wszystkie ceny wymagane w SIWZ i oferty, w szczególności takie prawo jak do żądania usunięcia wady, wymiany rzeczy na pozbawioną wad.

Możliwość odmowy odbioru w razie stwierdzenia jakichkolwiek wad, w tym wad nieistotnych stanowi naruszenie art. 535 kc i naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowy sprzedaży. Tym bardziej godzi to w zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, że w połączeniu z innymi zapisami wzoru umowy (kar umownych), grozi to Wykonawcy zapłatą kar umownych w kwotach rażąco przewyższających ew. dolegliwości, które mogłyby dla Zamawiającego wynikać z określonego w umowie, rozsądnego czasu oczekiwania na usuwanie wad nieistotnych przez określony w umowie.

Wobec powyższego wnoszę o zmianę zapisu poprzez skreślenie zwrotu „ bez zastrzeżeń” w § 13 pkt 1 oraz zwrotu „ bez wad i usterek” w § 5 ust. 9 wzoru umowy.

Odpowiedź: Ad.1. Zamawiający usuwa §9 ust.2, § 11 pkt 5, § 12 pkt 1g oraz § 5 ust 10-14 z projektu umowy.

Ad.2. Zamawiający pozostawia § 13 pkt 1 oraz § 5 ust. 9 wzoru umowy bez zmian.

ZASTĘPCA
Wójta Gminy

mgr Iwona Głowacka

