

Numer pisma: DA.ZP.242.55.2.2019

**Wszyscy zainteresowani
Wykonawcy**

Dotyczy: postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego na **dostawę oraz montaż mebli i wyposażenia**, oznaczenie postępowania: **DA.ZP.242.55.2019**.

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku, działając na podstawie art. 38 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) przedstawia poniżej treść pytań i udzielonych odpowiedzi oraz modyfikacje do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

I. ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW

1. Zwracam się z prośbą o wydłużenie terminu realizacji zamówienia. aktualnie wyznaczony w SIWZ termin realizacji zamówienia nie jest terminem realnym. Biorąc nawet pod uwagę najbardziej optymistyczny scenariusz, tj. otwarcie ofert w dniu 13.08.2019 r. i w tym samym dniu wezwanie wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia dokumentów w terminie nie krótszym niż 5 dni, termin na ich złożenie upłynąłby w dniu 19.08.2019 r. (z racji, że termin przypada na niedzielę automatycznie przenosi się na najbliższy dzień roboczy). Nawet gdyby w tym dniu Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej należy wziąć pod uwagę, że zawarcie umowy mogłoby nastąpić najwcześniej 27.08.2019 r. (następnego dnia po upływie 5 dniowego terminu na wniesienie odwołania) co daje czas na dokonanie niezbędnych ustaleń stron odnośnie przedmiotu zamówienia, jak chociażby kolorystyka oraz na dostarczenie przedmiotu zamówienia, na poziomie 3 dni roboczych. taki czas realizacji nie pozwala żadnemu wykonawcy na zrealizowanie niniejszego zamówienia. Czy może Zamawiający ma już niepisaną umowę z jakimś wykonawcą na dostarczenie przedmiotu zamówienia a wykonawca ma przedmiot zamówienia już przygotowany do dostawy?

Odpowiedź: Zamawiający zmienia termin realizacji zamówienia na: do dnia 30.11.2019 r. od dnia zwarcia umowy.

2. Zamawiający w treści SIWZ dopuścił tolerancję wymiarów gabarytowych na poziomie +/- 2%. Tak mała tolerancja nie pozwala w zasadzie na zaoferowanie żadnego produktu równoważnego przez co tylko pozornie umożliwia zaoferowanie produktów równoważnych. W związku z powyższym zwracam się z prośbą o dopuszczenie tolerancji wymiarów gabarytowych na poziomie +/- 5%

Odpowiedź: Nie wyrażamy zgody.

3. Zamawiający w treści SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia mebli biurowych wymaga zastosowania jedynie złączy mimośrodowych. Zwracam się z prośbą o dopuszczenie także innych metod łączenia jak zastosowanie konfirmatów, kołków drewnianych czy klejenia oraz stosowania kilku metod równocześnie. Dopuszczenie powyższych rozwiązań pozytywnie wpłynie na stabilność i trwałość konstrukcji mebli.

Odpowiedź: Dopuszczamy złącza mimośrodowe w połączeniu z kołkami drewnianymi.

4. Zamawiający w par. 6 ust. 2 pkt 2) projektu umowy zawarł wymóg dostarczenia mu przez wykonawcę do akceptacji próbek kolorów (wybarwień) płyt oraz kolorystyki dostarczonych mebli, nie określił jednak w jakim terminie ta akceptacja nastąpi. Biorąc pod uwagę termin realizacji zamówienia brak określenia w jakim terminie Zamawiający dokona akceptacji kolorystyki stwarza realne zagrożenie przekroczenia wyznaczonego terminu realizacji zamówienia, Zamawiający bowiem przy aktualnych zapisach projektu umowy będzie mógł dokonywać akceptacji kolorystyki nawet 7 czy 14 dni, a nawet dłużej. W związku z powyższym wzywam Zamawiającego do wyznaczenia 2 dniowego terminu akceptacji kolorystyki liczonego od dnia złożenia próbek kolorów.

Odpowiedź: Zamawiający zmienia zapis w § 6 ust. 2 pkt 2 Projektu umowy (Załącznik nr 5C do SIWZ) poprzez dodanie zdania o treści: „; Zamawiający powiadomi Wykonawcę o akceptacji kolorystyki w terminie najpóźniej do 5 dni roboczych od dnia złożenia przez Wykonawcę próbek do akceptacji”. Projekt umowy po zmianie stanowi załącznik do nn. pisma.

5. Zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 1 projektu umowy ukształtował kary umowne, jako kary za opóźnienie. Jest to nieuprawnione odejście od obowiązującej zgodnie art. 471 i nast. k.c. zasady, że dłużnik odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że są one następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności.

Ponieważ zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353 k.c. swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego. Orzecznictwo stwierdza wyraźnie, że strony: „nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel” (por. wyrok SN z dnia 27.09.2013 r., I CSK 748/12).

Uregulowanie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w § 11 ust. 1 pkt 1 projektu umowy stanowi przekroczenie granic swobody umów, w tym sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego takim, jak rzetelność i uczciwość kupiecka (lub szerzej: rzetelność i uczciwość w stosunkach handlowych), pozwalając obciążać Wykonawcę odpowiedzialnością za niesprecyzowane w żaden sposób okoliczności, które nie są od niego zależne. Nawet za takie, które zależne są wyłącznie od Zamawiającego. W konsekwencji zapisy te naruszają także uczciwą konkurencję w postępowaniu, obciążając Wykonawcę koniecznością kalkulowania ryzyk, które nie są w żaden sposób sprecyzowane, ani też nie są zależne od Wykonawcy. To powoduje, że złożenie oferty na takich warunkach obarczone jest ryzykiem niemożliwym do skalkulowania i może powodować, że składane oferty będą ofertami nieporównywalnymi.

Potwierdza to także orzecznictwo KIO: „Podkreślić również należy, że kary umowne naliczane są opóźnienie, a więc również za nieterminowe wykonanie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Takie ukształtowanie postanowień umownych jest w ocenie Izby nadużyciem przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego i narusza zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Wykonawca nie jest ubezpieczycielem zaniechań czy niewłaściwych decyzji Zamawiającego. Nie jest w stanie wycenić takiego ryzyka i wliczyć go w wartość zamówienia. I nie powinien, gdyż umowa o realizację zamówienia publicznego nie ma służyć Zamawiającemu do zabezpieczenia interesu publicznego rozumianego, jako przerzucenia na wykonawcę konsekwencji i kosztów zaniechań czy niezasadnych decyzji Zamawiającego, ale ma służyć realizacji interesu publicznego.” (por. wyrok z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15, podobnie KIO w wyroku z dnia 31 października 2018 r., KIO 2163/17).

Zapisy § 8 ust. 1 ipu uniemożliwiają także lub utrudniają znacząco Wykonawcom obronę swoich interesów w postępowaniu sądowym do czego byłby Wykonawca uprawniony, gdyby wzór umowy przewidywał odpowiedzialność z kar umownych za zwłokę, która byłaby domniemana, ale domniemanie to mogłoby zostać przez Wykonawcę wzruszone poprzez udowodnienie okoliczności egzoneracyjnych, w szczególności udowodnienie braku zawinienia Wykonawcy w powstaniu opóźnienia. To naraża Wykonawcę na poniesienie odpowiedzialności nawet w przypadku naliczenia

kar umownych za opóźnienie zawinione przez samego Zamawiającego. Także w takim zakresie należy uznać, że zapisy te naruszają zasady uczciwej konkurencji, którymi powinien kierować się w postępowaniu Zamawiający.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zapisy § 11 ust. 1 pkt 1 projektu umowy naruszają przepisy art. 353 k.c. i art. 5 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp i art. 139 ust. 1 pzp, a także szczegółowe przepisy kc, art. 473 § 1, 483 i 484 k.c. W konsekwencji naruszają one także art. 7 ust. 1 pzp, poprzez ukształtowanie zapisów SIWZ w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieproporcjonalny, gdzie Zamawiający kształtuje postanowienia umowne z rygoryzmem, który nie znajduje uzasadnienia w interesie Zamawiającego, ani interesie publicznym związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia. Naruszenia te mają w konsekwencji istotny wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji zaskarżone zapisy SIWZ powinny zostać zmienione zgodnie z żądaniami odwołania, co pozwoli na doprowadzenie zaskarżonych zapisów SIWZ do stanu zgodnego z prawem, czyli SIWZ zawierającego postanowienia nienaruszające zasady swobody umów, w tym zasad współzycia społecznego, ani nie naruszające zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w sposób godzący w uzasadnione interesy Wykonawców.

W związku z powyższym wzywam Zamawiającego do zmiany zapisów § 11 ust. 1 pkt 1 projektu umowy poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”.

Odpowiedź: Nie wyrażamy zgody.

6. Wzywam Zamawiającego do usunięcia zapisu w § 11 ust. 2 projektu umowy, tj. dopuszczenia możliwości kumulowania kar umownych. Powyższy zapis niezgodny jest z obowiązującym prawem co potwierdza również linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej.

Odpowiedź: Nie wyrażamy zgody.

II. ZMIANA SIWZ

Następuje zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

- Zmianie ulega **termin realizacji zamówienia: do dnia 30.11.2019 r.** od dnia zwarcia umowy.
- Zamawiający przewiduje unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, tj. w przypadku nieprzyznania środków, które miały być przeznaczone na sfinansowanie tego zamówienia.

W załączeniu do niniejszego pisma dokument SIWZ po zmianie wraz z załącznikami po zmianie. Wykonawcy składający ofertę do przedmiotowego postępowania zobowiązani są do złożenia oferty na załącznikach do SIWZ po zmianie.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż **Formularz Szczegółowy Oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) nie ulega zmianie.**

Wykonawcy zobowiązani są do uwzględnienia w ofercie przetargowej wszystkich zmian SIWZ wprowadzonych nn. pismem. Udzielone odpowiedzi stanowią integralną część SIWZ, zmiany SIWZ są wiążące dla wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Z up. Dyrektora
Główny Specjalista ds. Analiz

mgr Joanna Zaręba-Słoma