

Szczecin, 09.04.2021

Nr referencyjny: **OZ-092/8/IP-11/2020**

## DO WYKONAWCÓW

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy, o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pod nazwą **Zakup i dostawa wyposażenia do obsługi ładunków intermodalnych w ramach zadania pn. „Przystosowanie infrastruktury Terminala Promowego w Świnoujściu do obsługi transportu intermodalnego”**

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) Zamawiający na pytania z dnia **23.03.2021 – Zestaw 13** udziela następujących wyjaśnień:

### 1.

Analiza przedstawionych odpowiedzi oraz wprowadzonych modyfikacji prowadzi do wniosku, że w obecnym kształcie zapisy umowne nie zapewniają odpowiedniego zrównoważenia stron, przyznając szereg jednostronnych uprawnień Zamawiającemu, przy braku jakiegokolwiek ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy.

Z uwagi na to prosimy o rozważenie przedstawionych poniżej zmian do umowy Nr 1 (dostawa wozów kontenerowych). Ich uwzględnienie jest niezbędne dla złożenia wiążącej oferty. Aktualne zapisy umowy nie pozwalają na złożenie oferty, bowiem wiążą się z nieograniczonymi ryzykami dla Wykonawcy.

**Propozycja nr 1.:** wprowadzenie zapisu o maksymalnej odpowiedzialności (np. §12 ust. 4):

*„Odpowiedzialność Wykonawcy względem Zamawiającego, jaka może powstać w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy, a w tym odpowiedzialność za wszelkie roszczenia, wierzytelności oraz świadczenia przysługujące Zamawiającemu wobec Wykonawcy w związku niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy jest ograniczona do równowartości kwoty wynagrodzenia netto, wskazanego w §3 ust. 1 Umowy.”*

### Komentarz:

Wskazany zapis jest typowy dla umów tego rodzaju. Wziąwszy pod uwagę wszelkie roszczenia, jakie przysługują Zamawiającemu (kary umowne, roszczenia odszkodowawcze, zobowiązanie do pokrycia kosztów naprawy zleconej innemu podmiotowi i in.) konieczne jest ustanowienie górnej granicy odpowiedzialności Wykonawcy. Określenie tej granicy na poziomie 100% wartości kontraktu stanowi dla Zamawiającego

gwarancję pokrycia wszelkich szkód i roszczeń do poziomu wartości urządzeń, a dla Wykonawcy – zapewnienie, że odpowiedzialność ta nie osiągnie wysokości kompletnie oderwanej od kontraktu.

**Propozycja nr 2:** wprowadzenie zapisu o wyłączeniu odpowiedzialności za utracone korzyści (np. §12 ust. 5):

*„Wykonawca jest zwolniony wobec Zamawiającego z odpowiedzialności za utracone korzyści oraz inne szkody pośrednie, jakie mogą powstać w związku z niniejszą Umową.”*

Komentarz:

Biorąc pod uwagę wszelkie kary umowne zastrzeżone na rzecz Zamawiającego oraz inne uprawnienia wprowadzone umową wskazane jest wyłączenie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu odpowiedzialności za szkody w postaci utraconych korzyści. Trzeba przy tym pamiętać, że Zamawiający, jako profesjonalista jest w stanie tak zorganizować swoją działalność, że tego rodzaju szkody nie powstaną, bo zasadniczo spowodują się to do ewentualnego zapewnienia sprzętu zastępczego w razie braku możliwości korzystania z urządzeń dostarczanych przez Wykonawcę.

**Propozycja nr 3:**

- a) połączenie wysokości kary umownej z konkretnymi urządzeniami (zmiana §7 ust. 1 Umowy)
- b) obniżenie kary umownej za zwłokę w usunięciu wad do 0,05% (zmiana §7 ust. 1 Umowy):

*„Wykonawca zapłaci kary umowne w następujących przypadkach i wysokości:*

- 1) za odstąpienie od Umowy bądź jej części z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego Wykonawcy – równowartość 10 % wynagrodzenia jednostkowego netto za urządzenie objęte odstąpieniem, ustalonego zgodnie z § 3 ust. 1 niniejszej Umowy ;*
- 2) za zwłokę w terminie dostawy – równowartość 0,2 % wynagrodzenia jednostkowego netto za urządzenie którego dotyczy zwłoka, ustalonego zgodnie z §3 ust. 1 Umowy – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*
- 3) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i/lub rękojmi, - równowartość 0,05 % wynagrodzenia netto za urządzenie którego dotyczy zwłoka, ustalonego zgodnie z § 3 ust. 1 niniejszej Umowy – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*
- 4) za niedotrzymanie okresu gwarancji określonego w § 5 ust. 2 niniejszej Umowy - równowartość 10 % wynagrodzenia jednostkowego netto za urządzenie, wobec którego nie dotrzymano okresu gwarancji, ustalonego zgodnie z § 3 ust. 1 niniejszej Umowy.”*

Komentarz:

Zwracamy uwagę, że obiektywnie rzecz biorąc, skoro nie ma żadnego ograniczenia w wysokości nakładanych kar umownych (zgodnie z propozycją takie ograniczenie miałyby równowartość zakupionych urządzeń), niezbędne jest stosunkowe obniżenie kar umownych.

W pierwszej kolejności zwracam uwagę, że standardem w umowach tego rodzaju, obejmujących kilka urządzeń, jest to, aby powiązać naliczanie kar umownych z ceną danego urządzenia, a nie wszystkich urządzeń. Należy pamiętać, że kary umowne są uproszczoną formą odszkodowania i w związku z tym logiczne jest, że dana kara nie powinna być naliczana w oderwaniu od tego, jakich urządzeń to dotyczy. Co istotne – proponowany zapis nie wprowadza żadnych ograniczeń co do możliwości naliczania kar od łącznej sumy wynagrodzenia – gdy faktycznie dane naruszenie ze strony Wykonawcy dotyczy obu urządzeń.

W odniesieniu natomiast do kary za nieterminowe naprawy, proponujemy obniżenie ich do 0,05%. Jest to uzasadnione tym, że nie uwzględniono zasadniczo żadnych propozycji Wykonawcy w zakresie odpowiedzialności za naprawy gwarancyjne, choć odpowiadały one standardom rynkowym. Wykonawca zwracał się między innymi z propozycją:

- 1) wydłużenia terminów wykonania gwarancji
- 2) wydłużenia terminów czasu reakcji na zgłoszenie wady
- 3) usunięcie kary umownej za zwłokę w usunięciu wady
- 4) możliwości wprowadzenia limitu motogodzin dla gwarancji
- 5) możliwości określenia ograniczeń uprawnień gwarancyjnych.

Żadne z ww. uwag nie zostały przyjęte. Jest prawem zamawiającego wprowadzeniem zapisów bardziej rygorystycznych niż typowe, lecz powinno to być w jakiś sposób zrównoważone. Zasadne jest zatem przynajmniej częściowe obniżenie kar za usuwanie wad, tym bardziej, że mowa tu o odpowiedzialności za naprawy gwarancyjne, a nie za świadczenie podstawowe w postaci dochowania terminu dostawy. Poza tym należy pamiętać, że Zamawiającemu przysługuje w takim wypadku szereg innych uprawnień określonych w postanowieniach umownych (m.in. zlecenie naprawy na koszt osoby trzeciej).

**Propozycja nr 4:** ograniczenie możliwości odstąpienia do przypadków, w których Wykonawca przekroczył termin dostawy o pewne minimum (§ 8 ust. 1, §8 ust. 5):

§8 ust. 1 pkt 1) Umowy: *„gdy Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem wykonania Umowy bądź jej realizacją tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał wykonać przedmiot umowy w czasie krótszym niż 30 dni po upływie terminu wykonania umowy określonym w §2 ust. 1 Umowy”*

§8 ust. 1 pkt 5) Umowy: *„w razie zwłoki w wykonaniu umowy, czy to w całości czy to w części, wynoszącej co najmniej 30 dni licząc od terminu wykonania umowy określonego w §2 ust. 1 Umowy.”*

Komentarz:

Ponownie wskazujemy, że interes Wykonawcy wymaga uwzględnienia choćby tej okoliczności, że stosunkowo niedługi okres zwłoki w realizacji Umowy nie może być podstawą do odstąpienia. Standardem jest, że strony określają pewien margines czasu, w którym choćby wykonawca był w opóźnieniu – nie zostanie dotknięty odstąpieniem. Jednocześnie jednak interesy Zamawiającego są w pełni chronione, m.in. przez prawo do naliczania Wykonawcy kar umownych, które można potrącić nawet z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

**Propozycja nr 5:** wykreślenie zapisu §8 ust. 1 pkt 3), ewentualnie jego uściślenie oraz wprowadzenie obowiązku wcześniejszego wezwania do wykonania umowy

Proponujemy w pierwszej kolejności usunąć §8 ust. 1 pkt 3) Umowy. Ponownie zwracamy uwagę, że odstąpienie to najbardziej drastyczny sposób zerwania stosunku umownego. Stąd przyjmuje się, że okoliczności, jakie dają prawo odstąpienia muszą być jasno określone. Obecne brzmienie zapisu oznacza, że Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy w każdym przypadku, nawet najdrobniejszego naruszenia obowiązków Wykonawcy. Co więcej, Zamawiający może nie zdawać sobie sprawy z takiego odstąpienia, a zapis umowny nie wprowadza konieczności uprzedzenia o zamiarze dokonania takiego odstąpienia.

Ewentualnie, proponujemy zmianę zapisu poprzez jasne odesłanie do konkretnych zapisów Umowy, których naruszenie może stanowić podstawę do odstąpienia z tym jednak, że odstąpienie musi być poprzedzone pisemnym wezwaniem do wykonania Umowy i upływem dodatkowego terminu wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego. W ten sposób Wykonawca będzie miał pewność co do tego, naruszenie jakich przepisów może doprowadzić do odstąpienia od umowy oraz nie będzie miał nawet szansy naprawienia ewentualnych błędów w tym zakresie, choć mogą być one przecież nieintencjonalne. Jest zatem wskazane wystosowanie do Wykonawcy wezwania, które by określało, że dany zapis umowy nie jest realizowany oraz wzywało do wykonania umowy w określonym terminie pod rygorem odstąpienia, co dawałoby Wykonawcy realną szansę na naprawienie tego stanu rzeczy.

Zmiana może mieć następującą treść:

*„gdy Wykonawca niewykonuje albo wykonuje w sposób nieprawidłowy którykolwiek z wymienionych z obowiązków określonych w:*

*a) §\_\_ust. Umowy,*

*b) .....*

*przy czym odstąpienie musi być poprzedzone wezwaniem Wykonawcy przez Zamawiającego, sporządzonym na piśmie pod rygorem nieważności, do wykonania danych obowiązków pod rygorem odstąpienia oraz bezskutecznym upływem odpowiedniego terminu wyznaczonego w tym zakresie Wykonawcy, wynoszącym nie mniej niż 10 dni licząc od dnia doręczenia wezwania.”*

**Propozycja nr 6:** dopuszczenie odstąpienia wyłącznie w zakresie, w jakim doszło do naruszenia (dodanie §8 ust. 4 Umowy):

*„W razie, jeżeli przesłanki do złożenia oświadczenia o odstąpieniu przez Zamawiającego, występują wyłącznie co do jednego z urządzeń, prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy ogranicza się do odstąpienia od Umowy wyłącznie części odnoszącej się do tego urządzenia.”*

Komentarz:

Mając na względzie, że umowa dotyczy dwóch wozów kontenerowych, świadczenia Wykonawcy mają charakter podzielny. Z tego powodu odstąpienie winno być możliwe tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim dotyczą konkretnego urządzenia. Nielogiczne jest przyjęcie, że w razie prawidłowego wykonania umowy, Zamawiający może od niej odstąpić w całości.

Prosimy o możliwe konstruktywne podejście do zgłoszonych uwag albowiem – jak wskazano powyżej – warunkują one udział Zamawiającego w przetargu.

**Odp.**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane modyfikacje wzoru umowy.