



Łódź, dnia 29 czerwca 2020 r.

INSPEKCJA WETERYNARYJNA

WOJEWÓDZKI LEKARZ WETERYNARII
W ŁODZI

Wykonawcy

- wszyscy

Nasz znak:

WIW Adm-zpz.272.1.4.2020

W dniu 29 czerwca 2020 r. wpłynęło do Zamawiającego od jednego z Wykonawców pismo, w których zamieszczono pytania o następującej treści:

Pytania do umowy:

1. (§ 8) Czy Zamawiający dopuści zmianę określenia "opóźnienie" na "zwłoka".
Uzasadnienie: Terminy „opóźnienie” i „zwłoka” mają walor prawny, przy czym „zwłoka” oznacza opóźnienie zawinione. W sytuacji objętej niniejszą umową dowodzenie winy Wykonawcy przez Zamawiającego byłoby niecelowe a po części niemożliwe. Zwracamy uwagę, iż Wykonawca, realizując przedmiot umowy, ponosi zwykłe ryzyko biznesowe prowadzonej przez siebie działalności.

2. (§ 6 ust. 1) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczania kar od wartości NETTO niezrealizowanej dostawy?

Uzasadnienie:

Zastrzeżona we wzorze umowy kara umowna jest rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 kodeksu cywilnego. Podstawową funkcją kary umownej jest kompensacja szkody poniesionej przez Zamawiającego. Powinna ona bowiem służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania, a nie prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający wzbogaca się na niewykonaniu zobowiązania przez Wykonawcę (por. wyr. SA w Katowicach 17.12.2008 r., V ACA 483/08, OSA w Katowicach 2009, Nr 1, poz. 5) . W związku z tym, w przypadku utrzymania obecnego brzmienia postanowienia umowy (niewspółmierność z ewentualną szkodą Zamawiającego) ewentualnie naliczona kara umowna zostanie uznana za rażąco wygórowaną, a w konsekwencji tego możliwe będzie jej miarkowanie, co naraża instytucję zamawiającą na nieuzyskanie zakładanego odszkodowania oraz dodatkowe koszty postępowania sądowego. Mając na względzie z jednej strony ochronę słusznego interesu Zamawiającego, a z drugiej zasadę równości stron prawa kontraktów oraz regulację art. 484



§ 2 kodeksu cywilnego proponujemy, aby podstawą naliczenia kary umownej była wartość niedostarczonej w terminie dostawy.

3. (§ 8 ust. 3) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmniejszenie procenta naliczanej kary do max. 5% wartości NETTO niezrealizowanej umowy? Uzasadnienie:

Jeśli dostawa towaru będzie w znaczącej mierze realizowana w sposób prawidłowy, a dla przykładu odstąpienie do umowy będzie dotyczyć niewielkiej partii towaru, to zastrzeżenie kary umownej naliczanej od ogólnej wartości całej umowy na dostawę będzie miała charakter rażąco zawyżony. W takiej sytuacji nie budzi wątpliwości dysproporcja między poniesioną szkodą a wysokością kary umownej.

4. W przypadku braku zgody na powyższe prosimy o okazanie kalkulacji przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką ma ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy- zgodnie z przepisami.

5. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie w projekcie umowy zapisu, że zmiany umowy mogą nastąpić również w przypadku, gdy dotyczą poprawienia błędów i oczywistych omyłek słownych, literowych, liczbowych, numeracji jednostek redakcyjnych lub uzupełnień treści nie powodujących zmiany celu i istoty umowy?

6. Czy Zamawiający dopuści, po każdorazowej konsultacji z Zamawiającym w razie problemów z dostawą związaną z obecną sytuacją tj., opóźnienia w dostawach wynikające z sił wyższych – tj. zagrożenie Koronawirusem - możliwość zaoferowania zamiennika produktu w trakcie realizacji umowy, o innej nazwie, kodzie i/lub sposobie opakowania produktu oraz zbliżonych parametrach jakościowych w stosunku do produktu zaoferowanego w danej pozycji oferty w sytuacji, gdy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, jest on niedostępny u producenta, termin dostaw jest wydłużony, trwają wydłużone kontrole w zakresie dostarczanych produktów od Producentów/ Dostawców? W przypadku innego sposobu pakowania (konfekcji), cena za opakowanie zbiorcze oferowanego zamiennika zostałaby przeliczona w ten sposób, że cena za sztukę lub oznaczenie zamiennika byłaby równa cenie za sztukę lub oznaczenie produktu znajdującego się danej pozycji umowy.

Uzasadnienie: Wprowadzenie niniejszego zapisu pozwoli zarówno na zabezpieczenie ciągłości procesu diagnostycznego i uchroni, zarówno Zamawiającego oraz Wykonawcę przed nieoczekiwanymi oraz niezależnymi od nich skutkami wypadków losowych, do których mogą należeć: obecna sytuacja związana z koronawirusem, czasowa awaria linii produkcyjnej u producenta, czasowe wycofanie produktu przez producenta brak dostępności surowców, niekorzystne zmiany makroekonomiczne czy wpływ klęsk żywiołowych.

7. Czy Zamawiający po podpisaniu umowy, w trakcie jej realizacji dopuści możliwość dostarczania dokumentacji produktowej do dostaw (specyfikacje produktów) w formie elektronicznej?

8. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zawarcie umowy w formie elektronicznej przy wykorzystaniu kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez Wykonawcę?

Uzasadnienie:

W obecnej sytuacji epidemii Urząd Zamówień Publicznych zachęca zamawiających do komunikowania się z wykonawcami za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Kwalifikowany podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi



odręcznemu. Potwierdzenie tej zasady znajduje się w art. 78(1) kodeksu cywilnego, który zrównuje kwalifikowany podpis elektroniczny z podpisem własnoręcznym.

W związku z powyższym na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) udzielam wyjaśnień:

Odpowiedź ad.1: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Odpowiedź ad.2: Nie, w ocenie Zamawiającego przewidziana kara umowna nie jest wygórowana i odpowiada tego rodzaju karom stosowanym w obrocie gospodarczym. Tym samym Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Odpowiedź ad.3: Nie, w ocenie Zamawiającego przewidziana kara umowna odpowiada tego rodzaju karom stosowanym w obrocie gospodarczym. Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę.

Odpowiedź ad.4: W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 471 kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Podstawowym obowiązkiem dłużnika jest spełnienie świadczenia - w naszym przypadku jest to dostawa odczynników laboratoryjnych. Skutkiem niezrealizowania umowy będzie niemożność przeprowadzenia badań. Brak dostaw może skutkować zakłóceniem ciągłości wykonywanych badań co może być niebezpieczne w przypadku badań monitoringowych, urzędowych i powodować niebezpieczeństwo narażenia zdrowia ludzi i zwierząt, a tym samym powstanie szkody po stronie Zamawiającego. Wskazanie szczegółowej kalkulacji ewentualnej szkody będzie możliwe dopiero w przypadku wystąpienia takiej szkody.

Odpowiedź ad.5: Celem możliwości zgłaszania uwag do treści SIWZ na tym etapie postępowania, jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości czy ewentualnych nieścisłości w zapisach także umowy (oczywiste omyłki słowne, literowe, liczbowe, numeracja jednostek redakcyjnych). Jeśli więc takowe Wykonawca dostrzegł, to powinien je już na tym etapie zgłosić. Z kolei sformułowanie „lub uzupełnień treści nie powodujących zmiany celu i istoty umowy” jest pojęciem tak nieostrym i ocennym, że jego zastosowanie może być uznane za odstępstwo od zasady niezmienności umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego. Zasadą pozostaje niezmiennosc umów zawartych w sprawie zamówienia publicznego, o czym świadczy redakcja art. 144 ust. 1 pzp ("Zakazuje się zmian postanowień..., chyba że..."). Przesłanki określone w art. 144 ust. 1 pzp, pozwalające na zmianę umowy, mają zatem charakter wyjątku od tej zasady i nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Odpowiedź ad. 6: Kwestię tę reguluje § 1 ust. 8 projektu umowy (Załącznik nr 29 do SIWZ), przy czym należy podkreślić, że ma to być produkt równoważny a nie jak proponuje wykonawca „, o zbliżonych parametrach jakościowych w stosunku do produktu zaoferowanego w danej pozycji oferty”.

Odpowiedź ad.7: – Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.



Odpowiedź ad. 8: Zgodnie z art. 139 ust. 2 PZP umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej. W ocenie Zamawiającego ze względu na wątpliwości w zakresie interpretacji przepisów prawa, zawarcie umowy w formie elektronicznej, może być traktowane jako działanie sprzeczne z prawem. Jednocześnie wskazać należy, że informacje pochodzące z UZP dotyczą komunikowania się z wykonawcami, a nie odnoszą się do formy zawierania umów. Z tego też względu Zamawiający nie wyraża zgody na zawarcie umowy w formie elektronicznej.

LÓDZKI WOJEWÓDZKI LEKARZ
WETERYNARIU
Wł. Skorupski
lek. wet. Włodzimierz Skorupski

