



Nr sprawy: **17/2022**

Tryb postępowania: **Przetarg nieograniczony**

Przedmiot: **Bezgotówkowy zakup paliwa EN 590 do mikrostacji Zamawiającego**

Zamawiający: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą: 05-500 Piaseczno, ul. Techniczna 6, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS: 0000122596, NIP: 1230878675, REGON: 016161080**

WYJAŚNIENIA ORAZ ZMIANA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

W związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia pn. „**Bezgotówkowy zakup paliwa EN 590 do mikrostacji Zamawiającego**” prowadzonym przez Zamawiającego - PUK Piaseczno Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego (nr sprawy: 17/2022) oraz otrzymanymi zapytaniem dotyczącymi Specyfikacji Warunków Zamówienia o treści:

- 1) „*Prosimy o modyfikację treści załącznika nr 2 SWZ poprzez usunięcie kolumny nr 3 w tabeli kalkulacyjnej. Prośba ta podyktowana jest faktem iż akcyzę oraz opłatę paliwową w myśl przepisów odprowadza producent paliw płynnych. W związku z tym jest ona już uwzględniona w cenie publikowanej przez PKN ROEN S.A. (tj. w wartości podanej w kolumnie 1).*”;
- 2) „*Czy Zamawiający wyrazi zgodę na otrzymywanie faktur w formie elektronicznej, tzn. plik w formacie pdf. podpisany elektronicznie na wskazany adres e-mail?*”;
- 3) „*Prosimy o potwierdzenie iż rozliczenie ilościowe będzie się odbywało na podstawie wskazań legalizowanego urządzenia pomiarowego zamontowanego na autocysternie z kompensatą do temperatury referencyjnej, tj. 15°C. I taka ilość będzie widniała na fakturze.*”;

- 4) *„Wnosimy o skrócenie terminu płatności faktur do 14 dni. W związku z drastycznym wzrostem kosztów finansowania po stronie wykonawcy, a co za tym idzie koniecznością zawarcia ich w składanej ofercie, takie rozwiązanie pozwoli na uzyskanie przez Zamawiającego korzystniejszych ofert.”;*
- 5) *„Wnosimy o wydłużenie czasu na realizację dostawy cząstkowej z 1 do 3 dni roboczych. Prośba ta podyktowana jest obecnie trudną sytuacją na rynku paliw płynnych, która została wywołana zbrojną inwazją Federacji Rosyjskiej na Ukrainę. Obecnie bardzo często występują braki produktowe na bazach paliw, wnioskowane wydłużenie czasu na realizację dostawy, pozwoli wykonawcy na bieżące reagowanie w takich przypadkach, chociażby poprzez przekierowanie cysterny na inne odleglejsze bazy.”;*
- 6) *„Odnosnie § 6 pkt 1 p-pkt 1) załącznika nr 7 do SWZ. Zwracamy się z prośbą o zmniejszenie wielkości kary do poziomu 200,00 zł. W naszej ocenie zaproponowana wielkość kary jest znacząco zawyżona w stosunku do zawinienia wykonawcy i ewentualnej szkody powstałej po stronie Zamawiającego.”;*
- 7) *„Odnosnie § 6 pkt 1 p-pkt 4) załącznika nr 7 do SWZ. Zwracamy się z prośbą o zmniejszenie wielkości kary do poziomu 500,00 zł. W naszej ocenie zaproponowana wielkość kary jest znacząco zawyżona w stosunku do zawinienia wykonawcy i ewentualnej szkody powstałej po stronie Zamawiającego.”;*
- 8) *„Odnosnie § 6 pkt 1 p-pkt 2) załącznika nr 7 do SWZ. Zwracamy się z prośbą o zmniejszenie wielkości kary do poziomu 10.000,00 zł. W naszej ocenie zaproponowana wielkość kary jest znacząco zawyżona w stosunku do zawinienia wykonawcy i ewentualnej szkody powstałej po stronie Zamawiającego. Dodatkowo w naszej ocenie kwota określona w §2 ust. 4 nie ma się nijak do rzeczywistej wartości umowa, jaka będzie wynikać z aktualnych cen, a jest dużo wyższa od aktualnych wycen przedmiotu zadania.”;*
- 9) *„Odnosnie zał. nr 7 do SWZ, § 5, pkt 10. Prosimy o zmianę zapisu, w taki sposób aby za datę płatności przyjąć datę uznania na rachunku bankowym wykonawcy. Wykonawca nie wie kiedy płatność zostanie zlecona przez Zamawiającego.”;*
- 10) *„Odnosnie zał. nr 7 do SWZ, §5, pkt 4. Wnosimy o zmianę zapisu, w taki sposób, aby fakturowanie odbywało się każdorazowo po zrealizowaniu dostawy. W naszej ocenie, ponieważ niewielka podczas realizacji umowy będzie ilość dostaw nie wpłynie to negatywnie na przejrzystość transakcji. Dodatkowo taki zapis de facto wydłuża termin płatności za wykonane dostawy, np. w przypadku wykonania dostawy pierwszego dnia miesiąca, w rzeczywistości termin płatności dla danej partii wynosił będzie około 60 dni, a nie 28.”;*

Zamawiający wyjaśnia, co następuje:

- ad. 1)** Zamawiający oczekuje wypełnienia przez Wykonawców kolumny nr 3 Arkusza cenowego, który stanowi Załącznik Nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, (akcyza oraz opłata paliwowa) wyłącznie w celu określenia wysokości danin publicznoprawnych (poza podatkiem VAT) dotyczących sprzedaży paliwa EN 590, które obowiązują w dniu składania ofert.

Powyższe służy możliwości określenia wartości ewentualnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach, o których mowa w § 13 ust. 4 pkt 2, 3 oraz 4 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, to jest w przypadku gdy na podstawie odrębnych przepisów nastąpi zmiana:

- stawki podatku akcyzowego, która wejdzie w życie po dniu zawarcia Umowy w zakresie mającym wpływ na wynagrodzenie brutto Wykonawcy;
- wysokości opłaty paliwowej, która wejdzie w życie po dniu zawarcia Umowy w zakresie mającym wpływ na wynagrodzenie brutto Wykonawcy;
- ustanawiająca inne niż wymienione daniny publiczne należne z tytułu sprzedaży paliwa EN 590, która wejdzie w życie po dniu zawarcia Umowy w zakresie mającym wpływ na wynagrodzenie brutto Wykonawcy;

Dlatego Zamawiający oczekuje wskazania przez wykonawców wysokości akcyzy oraz opłaty paliwowej obowiązującej w dniu składania ofert. Jednak wartość podana przez Wykonawców w kolumnie nr 5 (razem wartość brutto w zł / 1 m3) = przyjętej przez Zamawiającego na potrzeby postępowania hurtowej cenie paliwa EN 590 bez podatku VAT za paliwo w temperaturze referencyjnej 15°C obowiązująca w PKN Orlen S.A. (tzw. „cennie SPOT Orlen”) w zł / 1 m3 paliwa (kolumna nr 1)

- rabat w zł / 1 m3 paliwa (kolumna nr 2)

+ podatek VAT za paliwo w zł / 1 m3 (kolumna nr 4),

co ilustruje poniższy wzór:

$$\text{kolumna (5)} = \text{kolumna (1)} - \text{kolumna (2)} + \text{kolumna (4)}$$

ad. 2) Zgodnie § 5 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, „**Wykonawca zobowiązany jest wystawić fakturę VAT na Zamawiającego w formie papierowej lub elektronicznej [...]**”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający dopuszcza zarówno faktury w formie papierowej, jak i w formie elektronicznej.

Dla bezpieczeństwa możliwości zachowania i odczytania faktur otrzymywanych w formie elektronicznej § 5 ust. 2 pkt 2 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, otrzymuje brzmienie:

„2) dla faktur w formie elektronicznej będą one każdorazowo przesyłane jako załącznik do wiadomości na adres poczty elektronicznej osoby upoważnionej ze strony Zamawiającego do realizacji Umowy, o której mowa w § 11 ust. 1 pkt 1 Umowy oraz dodatkowo, obowiązkowo również na adres: „faktury@pukpiaseczno.pl.”.

ad. 3) Zgodnie z § 4 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, „*Ceny za poszczególne dostawy paliwa w danym miesiącu rozliczeniowym będą obliczane na podstawie ich wartości, tj. ilości dostarczonego paliwa w m3 oraz hurtowej ceny paliwa EN 590 bez podatku VAT za paliwo w temperaturze referencyjnej 15°C*”

obowiązującej w PKN Orlen S.A. za 1 m3 dostarczanego paliwa (tzw. „ceny SPOT Orlen”) obowiązującej w dniu dostawy pomniejszonej o rabat wynoszący zgodnie z kolumną (2) Arkusza cenowego, który stanowi załącznik do oferty Wykonawcy z dnia [...] [...] 2023 r. z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku [...] zł / 1 m3 paliwa EN 590.”.

Z powyższego wynika, że podstawę rozliczeń z wykonawcą stanowić będzie każdorazowo ilość dostarczonego paliwa **kompensowana do temperatury referencyjnej 15°C**.

Zgodnie z § 2 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy dostawy paliwa EN 950 do Mikrostacji Zamawiającego mają się odbywać „za pomocą samochodów specjalistycznych (cystern samochodowych) zapewnionych przez Wykonawcę”.

Z powyższego wynika, że obowiązek zapewnienia cystern samochodowych, za pomocą których będą realizowane dostawy dla Zamawiającego spoczywa na wykonawcy. Dlatego to również po stronie wykonawcy leży obowiązek wyposażenia przedmiotowych cystern w odpowiednie urządzenia pomiarowe, które posiadać będą wymagane legalizacje.

W celu usunięcia wątpliwości § 5 ust. 5 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, otrzymuje brzmienie:

„5. Faktury za dostarczone paliwo EN 590 zawierać muszą zawsze załącznik ze szczegółową listą dostaw zrealizowanych w danym okresie rozliczeniowym, w tym z datami wszystkich dostaw, ilością paliwa dostarczonego w ramach poszczególnych dostaw każdorazowo kompensowaną do temperatury referencyjnej 15°C, obowiązującymi cenami SPOT Orlen, a także wartością każdej dostawy po uwzględnieniu rabatu, o którym mowa w § 4 ust. 1.”

- ad. 4)** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym terminu płatności.
- ad. 5)** Zamawiający informuje, iż w zakresie dotyczącym terminów realizacji dostaw zostały już wprowadzone modyfikacje dotyczące § 2 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, **szczegółowo opisane w Zmianie Treści Specyfikacji Warunków Zamówienia z dnia 12 stycznia 2023 r.**

Zamawiający nie wyraża zgody na inne zmiany § 2 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy.

W celu usunięcia wątpliwości pkt III.7 Specyfikacji Warunków Zamówienia otrzymuje brzmienie:

„7. Zamawiający wymaga, aby dostawy były każdorazowo realizowane w terminie i na zasadach szczegółowo określonych w § 2 ust. 1 - 3 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do SWZ.”

ad. 6)

ad. 7)

ad. 8)

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił enumeratywny katalog wyłącznie najbardziej istotnych dla Zamawiającego przypadków nienależytego wykonania (lub niewykonania) zamówienia, za które Zamawiający może naliczyć wykonawcy kary umowne, i których wysokość jest różna w różnych przypadkach będąc precyzyjnie dostosowana do rodzaju (charakteru) naruszenia i jego istotności dla Zamawiającego.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 680/14 (baza orzeczeń LEX nr 1661150) wskazał, iż kara umowna stanowi dodatkowe zastrzeżenie umowne i jako taka ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy. Służy więc **zagwarantowaniu realnego wykonania zobowiązania**, a także zdyscyplinowaniu stron.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 27 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 99/13 (baza orzeczeń LEX nr 1313465), wskazał, iż ważnym zadaniem kary umownej jest **zabezpieczenie wykonania zobowiązania**, a tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela. Taki jest podstawowy cel zastrzeżenia kary umownej na wypadek niedopełnienia obowiązków przez dłużnika.

Ukształtowanie warunków kontraktowych wymaga określenia przez Zamawiającego sposobu w jaki Zamawiający będzie egzekwował ich dotrzymanie przez wykonawcę. Dopuszczenie do podpisania umowy z wykonawcą, który nie daje rękojmi wykonania przedmiotu umowy zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz treścią swojej oferty w części, na podstawie której doszło do jego wyboru, byłoby bowiem złamaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Nie przypadkowo bowiem ustawodawca łączy zasadę równego traktowania wykonawców właśnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Oznacza ona bowiem *de facto* możliwość uzyskania zamówienia przez odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy mogą złożyć konkurencyjną ofertę, czyli taką ofertę, która uzyska największą liczbę punktów w ramach ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert zawierając przy tym **prawdziwe co do treści** oświadczenia wykonawcy dotyczące jego zobowiązań kontraktowych. *A contrario* zasada uczciwej konkurencji

zabrania dopuszczenia do udziału w postępowaniu i konkurencji ze sobą wykonawców znajdujących się w różnej sytuacji - czyli w szczególności wykonawców wiarygodnych i niewiarygodnych.

Utrzymywanie jakości i wiarygodności związane jest w szczególności z koniecznością ponoszenia określonych kosztów temu towarzyszących, których nie mają wykonawcy nie mogący zapewnić jakości na tym samym poziomie, w tym np. co do jakości świadczonych przez siebie usług. Innymi słowy zmuszenie wykonawców wiarygodnych do konkurencji - w tym również cenowej z wykonawcami niewiarygodnymi, ale przez to tańszymi stanowi przykład złego określenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz warunków kontraktowych. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zarówno zasady równego traktowania wykonawców, jak i obowiązku ochrony przez Zamawiającego uczciwej konkurencji.

Reasumując, stosowanie zasady ochrony uczciwej konkurencji polega w praktyce na tym aby odpowiednio wykwalifikowany wykonawca mógł wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i mógł przygotować ofertę, która będzie konkurować wyłącznie z ofertami złożonymi przez innych rzetelnych i odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców [por.: D. Koba, *Wybór wykonawcy z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości*, Fundacja Fundusz Współpracy, Warszawa 2010, s. 14]. Możliwość taką warunkuje spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego dotyczących udziału w postępowaniu oraz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania - wymagań, których dotrzymanie będzie następnie egzekwowane przez Zamawiającego. Dlatego wykonawcy mają wiedzę o tych wymaganiach, a także o wszystkich warunkach kontraktowych. W ten sposób Zamawiający komunikuje wykonawcom jakie są jego wymagania odnoszące się zarówno do przyszłego wykonawcy zamówienia, jaki do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Celem wykonawców jest spełnienie tych wymagań Zamawiającego. Konkurencja biorących udział w postępowaniu wykonawców nie może jednak w tym zakresie dotyczyć sytuacji, w której wykonawca *a priori* zakłada, iż nie dotrzyma on określonego warunku kontraktowego, a pomimo to oferuje jego spełnienie, z góry kalkulując przy tym w swej ofercie możliwość zapłaty kary umownej za jego niedotrzymanie. To właśnie taki czyn jest jednym z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji i temu również mają przeciwdziałać kary umowne za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia. Jak bowiem zauważył choćby Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 maja 2009 roku, XII Ga 143/09 (niepubl.) „Przepisy Ustawy nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku”. Zasady uczciwej konkurencji nie należy więc stosować w praktyce jako zasady prowadzącej do „równania w dół”, tak aby każdy wykonawca potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu mógł złożyć w nim ważną ofertę. Zasada ta ma na celu zapewnienie uzyskania ofert od jak największej liczby wykonawców, ale powinni to być **wyłącznie wykonawcy wiarygodni, czyli dający rękojmię wykonania zamówienia zgodnie z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego.**

In fine, przepisy regulujące konstrukcję kary umownej stanowią, że w wypadku zastrzeżenia jej w umowie, naprawienie szkody powstałej wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, zostanie naprawiona przez zapłatę określonej sumy pieniężnej (art. 483 § 1 Kc). W przywołanym już wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 680/14, sąd ten wskazał, że kara umowna jest tzw. „surogatem odszkodowania” za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zastępuje to odszkodowanie, zaś określenie „surogat odszkodowania” należy wg sądu rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry karę umowną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, zaś kara umowna kompensuje negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wskazuje się przy tym, że kara umowna jest przewidziana za powstanie tzw. szkody ogólnej, innej niż zindywidualizowana szkoda majątkowa wierzyciela.

W zakresie dotyczącym maksymalnej wartości Umowy Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z § 2 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy w przypadku braku wyczerpania przez Zamawiającego limitu finansowego 2.500.000,00 zł. netto w okresie obowiązywania Umowy, Strony Umowy dopuszczają możliwość przedłużenia Umowy na wniosek Zamawiającego i za zgodą Wykonawcy na niezmiennych warunkach o kolejne 12 miesięcy.

Uwzględniając wszystko powyższe wysokość kar umownych Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu zarówno mając na uwadze szacowaną wysokość szkody jaką może ponieść Zamawiający w razie nienależytego wykonania (lub niewykonania) zamówienia oraz charakter kary umownej traktowanej jako „surogat odszkodowania”, jak i z uwzględnieniem, iż jako dodatkowe zastrzeżenie umowne mają one służyć zdyscyplinowaniu dłużnika do wykonania zobowiązania. W związku jednak z modyfikacją dotyczącą § 3 Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, **szczegółowo opisaną w Zmianie Treści Specyfikacji Warunków Zamówienia z dnia 12 stycznia 2023 r.** Zamawiający uznaje za uzasadnione wydłużenie terminu na przedstawienie dokumentów i certyfikatów jakości dostarczanego paliwa oraz ograniczenie wysokości kary umownej w przypadku niedopełnienia przez Wykonawcę tego obowiązku. Dlatego:

a) § 3 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy otrzymuje brzmienie:

„2. Wykonawca obowiązany jest przedstawić Zamawiającemu na każde żądanie - najpóźniej do godz. 14:00 drugiego dnia roboczego następującego po dniu otrzymania żądania - dokumenty i certyfikaty jakości dostarczanego paliwa potwierdzające spełnianie wymagań jakościowych, o których mowa w ust. 1.”;

b) § 6 ust. 1 pkt 4 Projektowanych Postanowień Umowy otrzymuje brzmienie:

„4) niedopełnienia przez Wykonawcę obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 2 - w wysokości 3.000,00 zł. za każde naruszenie;”.

ad. 9) Zamawiający nie ma wpływu na godziny księgowania sesji przelewów przychodzących w banku wykonawcy. Dlatego Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści Projektowanych Postanowień Umowy, które stanowią Załącznik Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie dotyczącym dnia uznawania płatności.

ad. 10) § 5 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy otrzymuje brzmienie:

„1. Podstawą do dokonania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy za dany okres rozliczeniowy będą faktury VAT Wykonawcy wystawione za dostawy zrealizowane w tym okresie. Dla potrzeb Umowy Strony przyjmują tygodniowe okresy rozliczeniowe. Każdy okres rozliczeniowy wynosić będzie 5 kolejnych dni kalendarzowych od poniedziałku do piątku.”

§ 5 ust. 4 Projektowanych Postanowień Umowy otrzymuje brzmienie:

„4. Wykonawca może wystawić fakturę każdorazowo za jeden, pełen, zakończony (zamknięty), tygodniowy okres rozliczeniowy.”

Niniejsze wyjaśnienia i zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia stanowią integralną część Specyfikacji oraz są wiążące dla wykonawców.

Piaseczno, 23 stycznia 2023 r.

Grzegorz Tkaczyk
Prezes Zarządu PUK Piaseczno Sp. z o.o.