



Nr sprawy: **03/2021**

Tryb postępowania: **Przetarg nieograniczony**

Przedmiot: **Dostawa na potrzeby Zamawiającego 4 kompletnych samochodów specjalistycznych do odbioru odpadów komunalnych**

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 I ZMIANA TREŚCI
SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA
NR 5**

W związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia pn. „**Dostawa na potrzeby Zamawiającego 4 kompletnych samochodów specjalistycznych do odbioru odpadów komunalnych**” prowadzonym przez Zamawiającego - PUK Piaseczno Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego (nr sprawy: 03/2021) oraz otrzymanymi zapytaniami dotyczącymi Specyfikacji Warunków Zamówienia o treści:

- 1) „Ad. Rozdział III SWZ („Opis przedmiotu zamówienia”), postanowienia wspólne dla obu części zamówienia, ust. 9:
 - 1.1. Co w przypadku jeżeli wybrany przez Państwa podmiot oferujący usługi finansowe nie sfinansuje samochodów w formie leasingu lub najmu długoterminowego?
 - 1.2. W jaki sposób w takim wypadku zostanie finansowane nabycie samochodów przez Zamawiającego?
 - 1.3. W jaki sposób zamierzają Państwo odebrać przedmiot zamówienia?
 - 1.4. Jeżeli zamawiający miałby już gotowe pojazdy, a sprawa z uzyskaniem finansowania będzie się przeciągać, to w jaki sposób miałby przebiegać proces odbioru pojazdów? Jaka data będzie w takim wypadku datą odbioru pojazdów?
 - 1.5. Czy dostawy pojazdów realizowane będą na bazę Zamawiającego?
 - 1.6. Czy przekazanie dokumentów będzie bezpośrednio do podmiotu finansującego czy do Zamawiającego?”;

- 2) „Ad. § 3 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy - PUK Piaseczno samo decyduje czy naprawa gwarancyjna będzie na bazie PUK czy ASO – o tym czy naprawa jest w bazie czy w ASO powinny decydować względy techniczne.

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowienia umowy w ten sposób, że to wykonawca decydował gdzie ma odbyć się naprawa pojazdu tak aby zapewnić najsprawniejszą naprawę? Drobne uszkodzenia na pewno będziemy usuwać u zamawiającego, natomiast w pewnych przypadkach względy techniczne (infrastruktura, bądź złożona czasochłonna naprawa) mogą nie pozwolić na naprawę pojazdu na miejscu.”

- 3) „Ad. § 3 ust. 4 Projektowanych Postanowień Umowy - w przypadku napraw gwarancyjnych trwających dłużej niż 7 dni obowiązek zapewnienia pojazdu zastępczego zgodnego z SWZ

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowienia umowy, w ten sposób, że zamiast zapewnienia samochodu zastępczego wykonawca zapłacił Zamawiającemu karę za każdy dzień zwłoki? Jeżeli tak to w jakiej wysokości?”;

- 4) „Ad. § 3 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy - zgłoszenia awarii musi być możliwe poprzez e-mail, tel. komórkowy i SMS

Bardzo proszę o wykreślenie SMS z możliwych sposobów kontaktu. Podczas pracy w serwisie SMS może być łatwo zostać pominięty. Profesjonalną obsługę klienta gwarantuje email bądź kontakt telefoniczny.”;

- 5) „Ad. § 4 Projektowanych Postanowień Umowy - brak terminu płatności określonego dla podstawowej formy finansowania tj. leasing / najem PEKAO Leasing - przypadku zakupu bezpośrednio termin płatności 28 dni

Bardzo proszę o określenie terminu płatności przy zakupie przez podmiot oferujący usługi finansowe.”;

- 6) „Ad. § 5 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy - wysokie kary za opóźnienie dostawy - 0,5 % ceny jedn. za każdy opóźniony pojazd / za każdy dzień do 7 dni a później 1 % za każdy dzień - max. łączna kara za opóźn. 20 % łącznej wartości umowy

6.1. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowienia umowy, w ten sposób, że wysokości kar zostaną ustalone odpowiednio na poziomie 0,1% za każdy dzień zwłoki do 7 dni; 0,2% za opóźnienie powyżej 7 dni. Tak wysokie kary powodują zwiększenie ryzyka wykonawcy a w konsekwencji podwyższenie ceny i większe koszty dla Zamawiającego związane z realizacją zamówienia.

6.2. Czy kara będzie liczona od wartości zadania czy poszczególnego pojazdu?;

- 7) „Ad. § 5 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy - prawo do dokonania potrącenia kar bez składania odrębnego oświadczenia - wysłanie żądania zapłaty kary umownej oznacza automatyczne potrącenie - mimo, że zgodnie z par. 5 pkt 8 kary mają być płatne w ciągu 14 dni od daty otrzymania żądania zapłaty kary, przy czym do żądania zapłaty kary nie musi być dołączona nota obciążeniowa.

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień umowy wzajemnej sprzeczności par. 5 pkt 7 i par. 5 pkt 8 – w ten sposób, iż kary umowne są płatne w ciągu 14 dni od daty otrzymania żądania Zamawiającego ich zapłaty i wyłączone będzie automatyczne potrącenie?”;

- 8) „Ad. 8 ust. 7 i § 8 ust 14 Projektowanych Postanowień Umowy

8.1. Kiedy w ocenie Zamawiającego upływa okres obowiązywania Umowy ?

8.2. W jaki sposób Wykonawca ma jednocześnie wykonać usunięcia wszelkich informacji objętych tajemnicą kontraktową, w każdym wypadku gdy dalsze korzystanie z nich będzie niecelowe a jednocześnie wydać Zamawiającemu po wygaśnięciu lub rozwiązaniu Umowy te same informacje?

- 9) „Ad. § 11 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy - konieczność uzyskania uprzedniej zgody PUK na cesję należności z tytułu dostawy na rzecz faktora - trzeba zapytać czy PUK zgodzi się na wyłączenie z obowiązku uzyskania zgody cesji należności na podmiot finansujący (faktora) należącego do grupy kapitałowej Wykonawcy

Czy Zamawiający zgodzi się na wyłączenie z obowiązku uzyskania zgody cesji należności na podmiot finansujący (faktora) należącego do grupy kapitałowej Wykonawcy?”;

- 10) „Brak postanowień w Umowie o możliwości aneksowania w przypadku gdy wykonanie umowy nie będzie możliwe ze względu na nadzwyczajne okoliczności – zwłaszcza, że nowa ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 455 ust. 1 pkt 4) przewiduje możliwość zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć - trzeba zapytać o możliwość dodanie odpowiedniej klauzuli do umowy

Czy Zamawiający zgodzi się na aneksowanie umowy w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności? Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 455 ust. 1 pkt 4) przewiduje możliwość zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.”;

- 11) „Szczegółowa specyfikacja minimalnych wymogów technicznych Zamawiającego dotyczących zamawianych samochodów

11.1. lp. 27. Bieżnik ogumienia typu budowlanego o zwiększonej wytrzymałości dla zastosowania komunalnego

Czy Zamawiający dopuści opony regionalne , przód i oś dodatkowa 315/80R22,5, tył opony trakcyjne 315/80R22,5?”;

11.2. lp. 37. *Lusterka podgrzewane i elektrycznie sterowane, lusterko szerokokątne podgrzewane.*

Czy Zamawiający wymaga wszystkich lusterek elektrycznie sterowanych i podgrzewanych? Lusterka wsteczne elektrycznie sterowane ma każdy z producentów podwozi, natomiast opisywanie, że pozostałe lusterka mają być elektrycznie sterowane jednoznacznie wskazuje na jednego dostawcę. Bardzo proszę o zmianę punktu 37 na „Lusterka pojazdu podgrzewane, zgodne z obowiązującymi przepisami.”;

Zamawiający wyjaśnia co następuje:

ad. 1.1.)

Zgodnie z treścią ust. 9 w Rozdziale III SWZ („Opis przedmiotu zamówienia”), „bezpośrednim nabywcą dostarczanych samochodów **może być** wskazana spółka PEKAO LEASING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie albo wybrany przez Zamawiającego inny podmiot oferujący usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego”.

Sytuacja taka będzie miała miejsce gdy Zamawiający zdecyduje się na sfinansowanie zakupu przedmiotu zamówienia w formie leasingu lub najmu długoterminowego przez PEKAO LEASING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 53/57 (kod: 00-844 Warszawa) albo przez inny podmiot oferujący takie usługi finansowe.

W innym przypadku nabywcą dostarczanych samochodów będzie bezpośrednio Zamawiający.

ad. 1.2.)

W przypadku gdy nabywcą dostarczanych samochodów będzie wskazana spółka PEKAO LEASING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie albo wybrany przez Zamawiającego inny podmiot oferujący usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego, zakup przedmiotu zamówienia zostanie sfinansowany odpowiednio przez PEKAO LEASING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie albo wybrany przez Zamawiającego inny podmiot oferujący usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego.

W przypadku gdy nabywcą dostarczanych samochodów będzie Zamawiający, zakup przedmiotu zamówienia zostanie sfinansowany przez Zamawiającego.

ad. 1.3.)

Zgodnie z treścią § 2 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy „Realizacja [...] przedmiotu zamówienia [...] zostanie każdorazowo potwierdzona protokołem odbioru, którego wzór stanowi Załącznik Nr 2 do Umowy. Protokół sporządzany będzie osobno dla każdego z samochodów, w dwóch egzemplarzach - jednym dla Zamawiającego i jednym dla Wykonawcy”.

ad. 1.4.)

Harmonogram i sposób odbioru przedmiotu zamówienia określa § 2 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy. Konkretnie terminy dostaw poszczególnych samochodów zostaną wprowadzone do umowy, która zostanie zawarta z wybranym Wykonawcą zgodnie z treścią oferty tego Wykonawcy. Powyższe określa jednoznacznie treść ust. 3 w Rozdziale XVI SWZ („Projektowane postanowienia umowy ws. zamówienia publicznego”), zgodnie z którym „Projektowane postanowienia umowy zostaną przed jej zawarciem uzupełnione o niezbędne informacje dotyczące w szczególności wartości oraz daty zawarcia umowy, danych podmiotowych i rejestrowych wykonawcy, a także danych teleadresowych oraz reprezentacji stron umowy, a w pozostałym niezbędnym zakresie zostaną odpowiednio wypełnione zgodnie z treścią oferty.”

Oferowane terminy wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawcy obowiązani są wskazać w pkt. 4 Formularza oferty.

Projektowane Postanowienia Umowy nie przewidują odmiennego harmonogramu lub sposobu odbioru przedmiotu zamówienia w przypadku gdy nabywcą dostarczanych samochodów będzie Zamawiający, a innego gdy będzie to PEKAO LEASING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie albo wybrany przez Zamawiającego inny podmiot oferujący usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego.

ad. 1.5.)

Zgodnie z treścią § 2 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy „Wszystkie samochody [...] zostaną dostarczone Zamawiającemu na koszt Wykonawcy (bez osobnego wynagrodzenia z tego tytułu) w siedzibie Zamawiającego w Piasecznie przy ul. Technicznej 6 najpóźniej do godz. 12:00 w ostatnim dniu terminu, o którym mowa w ust. 1.”

ad. 1.5.)

Zgodnie z treścią ust. 8 w Rozdziale III SWZ („Opis przedmiotu zamówienia”) oraz treści ust. 5 w § 2 Projektowanych Postanowień Umowy „Wraz z przekazaniem Zamawiającemu przedmiotu dostawy wykonawca wyda Zamawiającemu **instrukcje obsługi w języku polskim podwozia i zabudowy, certyfikaty i deklaracje w zakresie bezpieczeństwa zabudów** oraz co najmniej dwa komplety kluczyków do każdego z samochodów, a także: apteczkę, trójkąt i gaśnicę, po jednej sztuce na każdy samochód.”

ad. 2.)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści ust. 2 w § 3 Projektowanych Postanowień Umowy.

Zgodnie z treścią ust. 2 w § 3 Projektowanych Postanowień Umowy „Usługi serwisowe w ramach gwarancji, o której mowa w ust. 1, świadczone będą każdorazowo według wskazania **WYKONAWCY** w siedzibie Zamawiającego w Piasecznie przy ul. Technicznej 6 lub w jednej ze stacji serwisowych Wykonawcy bądź autoryzowanych przez Wykonawcę, których wykaz zgodny z treścią oferty złożonej przez Wykonawcę zawiera **Załącznik Nr 4** do umowy.”

W ocenie Zamawiającego tak sformułowana przez Zamawiającego treść projektowanych w tym zakresie postanowień umowy jednoznacznie wskazuje, iż uprawnienie do decydowania o miejscu wykonania naprawy należy do wykonawcy.

ad. 3.)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści ust. 4 w § 3 Projektowanych Postanowień Umowy.

Wykonawca nie musi być właścicielem samochodu zastępczego. Aby zapewnić Zamawiającemu samochód zastępczy wykonawca może przykładowo taki samochód dla Zamawiającego na czas naprawy wynająć lub wdzierżawić.

W przypadku, w którym wykonawca wbrew postanowieniom umowy nie zapewni Zamawiającemu samochodu zastępczego na czas przedłużającej się naprawy, Zamawiający będzie uprawniony skorzystać z wykonania zastępczego, którego kosztami obciąży wykonawcę.

ad. 4.)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści ust. 7 w § 3 Projektowanych Postanowień Umowy.

Zamawiający nie znajduje uzasadnienia dla twierdzenia wykonawcy, iż „*profesjonalną obsługę klienta gwarantuje [...] kontakt telefoniczny*”, który nie daje możliwości udokumentowania czasu i treści zgłoszenia awarii, zaś zgłoszenie awarii przy pomocy wiadomości „sms” stanowić będzie nieprofesjonalną formę obsługi klienta.

ad. 5.)

Zgodnie z treścią ust. 4 w § 4 Projektowanych Postanowień Umowy warunki płatności faktury Wykonawcy zostaną określone bezpośrednio „w umowie pomiędzy Wykonawcą, a wybranym przez Zamawiającego podmiotem, który dokona finansowania leasingu lub najmu długoterminowego”.

Jednocześnie zgodnie z treścią § 1 ust. 2 PPU w przypadku finansowania przedmiotu zamówienia przez podmiot oferujący usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego, wykonawca zobowiązuje się sprzedawać dostarczane samochody wskazanemu przez Zamawiającego podmiotowi oferującemu usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego zgodnie z ofertą złożoną Zamawiającemu, to jest zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia zawarty w Rozdziale III Specyfikacji Warunków Zamówienia, w ofercie wykonawcy oraz w umowie z wykonawcą. Wszystkie te dokumenty należy czytać łącznie. W ocenie Zamawiającego obecną treść § 4 ust. 4 Projektowanych Postanowień Umowy należy rozumieć jako uprawnienie wybranego przez Zamawiającego podmiotu oferującego usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego z jednej strony oraz wykonawcy z drugiej strony do określenia za zgodą obu stron innego niż wynoszącego 28 dni terminu płatności (w tym w szczególności terminu krótszego), jednak ani Zamawiający, ani wybrany przez Zamawiającego podmiot finansowy w żadnym przypadku nie będą uprawnieni żądać od wykonawcy zawarcia umowy na warunkach mniej korzystnych niż w przypadku umowy zawieranej bezpośrednio z Zamawiającym.

ad. 6.1.)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści ust. 1 w § 5 Projektowanych Postanowień Umowy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił dostatecznie długi termin realizacji przedmiotu zamówienia (30 tygodni licząc od dnia podpisania umowy). Ze względu na rodzaj prowadzonej działalności Zamawiającemu zależy jednak na skróceniu tego terminu. Dlatego obok określenia maksymalnego dopuszczalnego terminu realizacji zamówienia, Zamawiający ukształtował również kryteria oceny ofert dotyczące terminu dostawy poszczególnych zamawianych samochodów, nadając im przy tym odpowiednie wagi (znaczenie punktowe).

Tak ukształtowane warunki kontraktowe oraz kryteria oceny ofert Zamawiający obwarował karami umownymi. 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.

Wysokość kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem wynika po pierwsze z jej podstawowej funkcji, tj. funkcji stymulacyjnej mającej zapewnić realne wykonanie zobowiązania, ale po drugie również z faktu, iż obwarowany karą umowną termin wykonania przedmiotu zamówienia jest objęty kryteriami oceny ofert. Zamawiający kształtując w taki sposób warunki udziału w postępowaniu, a także poszczególne kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ich wagi uznał, iż należy również wprowadzić do Specyfikacji Warunków Zamówienia postanowienia dające rękojmię, iż poszczególni wykonawcy biorący udział w postępowaniu oferując korzystniejsze dla Zamawiającego terminy realizacji przedmiotu oferty złożą oferty zawierające rzetelne informacje w tym zakresie oparte na faktycznych zdolnościach organizacyjnych i produkcyjnych tych wykonawców, tak aby zgodnie z zasadą równego traktowania wszystkich uczestników postępowania porównaniu przez Zamawiającego w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert podlegały tylko rzetelne oferty złożone przez rzetelnych wykonawców.

Zasady wyrażone w art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, stanowią bowiem dwie fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców polega na tym, że „**podmioty znajdujące się w takiej samej lub podobnej sytuacji należy traktować tak samo, natomiast podmioty znajdujące się w sytuacji odmienniej należy traktować odmiennie**” [tak np.: D. Koba, Wybór wykonawcy z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, Fundacja Fundusz Współpracy, Warszawa 2010, s. 10 i n.]. Zasada równego traktowania polega więc na tym, że względem wszystkich wykonawców należy stosować **tożsame** kryteria i wymogi. Innymi słowy zasada równego traktowania wymaga traktowania na tych samych prawach (a nie „tak samo”) wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie. Zasada ta obowiązuje zarówno na etapie stawiania warunków udziału w postępowaniu, jak i w czasie oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dyrektywa nakładająca na Zamawiającego obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców nie oznacza, iż Zamawiającemu nie wolno określić warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz warunków kontraktowych, które są możliwe do spełnienia tylko przez część wykonawców działających na danym rynku. Skoro bowiem w zasadzie równego traktowania chodzi o traktowania wszystkich wykonawców na tych samych prawach - a nie „tak samo”, to innymi słowy oznacza to „przykładanie jednej miary” do każdego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a nie o jednakową ocenę tych wykonawców. Zamawiającemu wolno więc w kontekście zasady równego traktowania wykonawców tak ukształtować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz kryteria oceny ofert, że będą one faktycznie stanowić preferencję dla wykonawców o większej wiarygodności lub większej zdolności organizacyjnej do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego.

A contrario, skoro podmioty znajdujące się w takiej samej lub podobnej sytuacji należy traktować tak samo, to podmioty znajdujące się w sytuacji odmienniej należy traktować odmiennie, ponieważ to właśnie naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców byłby brak rozróżniania przez Zamawiającego wykonawców dających większą rękojmię właściwego wykonania zamówienia od pozostałych podmiotów. Stosowanie zasady równego traktowania polega bowiem na stawianiu wobec wszystkich wykonawców takich samych wymogów i kryteriów, oraz takiej samej oceny ich spełniania [por. np.: E. Gnatowska, Komentarz do ustawy - Prawo zamówień publicznych, praca zbiorowa, Must Read Media MDM, Warszawa 2016, s. 85]. To właśnie z tego powodu wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający już na wstępie określa swoje wymagania odnoszące się do:

- 1) przedmiotu zamówienia (warunki przedmiotowe),
- 2) osoby wykonawcy (warunki podmiotowe),
- 3) sposobu realizacji zamówienia (warunki kontraktowe).

Ukształtowanie warunków kontraktowych wymaga jednocześnie 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!

Nie przypadkowo przy tym ustawodawca łączy zasadę równego traktowania wykonawców 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 konkurowania 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 terminowości świadczonych przez siebie usług czy dostaw. 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 [D. Koba, op. cit., s. 14]. Możliwość taką warunkuje spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego dotyczących udziału w postępowaniu oraz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania wyrażonych w formie kryteriów oceny ofert - wymagań, których dotrzymanie będzie następnie egzekwowane przez Zamawiającego. Dlatego wykonawcy mają wiedzę o wagach poszczególnych kryteriów, czyli ich wzajemnej proporcji, a także o wszystkich warunkach kontraktowych.

W ten sposób za pomocą ww. kategorii wymagań (tj. podlegających ocenie warunków kontraktowych) Zamawiający komunikuje wykonawcom jakie są jego wymagania minimalne odnoszące się do przyszłego wykonawcy zamówienia - są to warunki, które muszą zostać spełnione - oraz jakie są jego preferencje - zamówienie otrzyma ten wykonawca spośród wszystkich uczestniczących w postępowaniu wykonawców spełniających warunki Zamawiającego, który w największym stopniu spełni oczekiwania Zamawiającego. Celem więc wykonawców spełniających wymagania minimalne Zamawiającego jest też spełnienie w jak największym stopniu tych wymagań, które są oceniane za pomocą skali punktowej. 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 żeby otrzymać od Zamawiającego większą liczbę punktów w ramach oceny tego kryterium, z góry kalkulując przy tym w swej ofercie karę umowną za jego niedotrzymanie. To właśnie taki czyn jest jednym z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji i to właśnie dlatego w przedmiotowym postępowaniu - mając na uwadze, że termin realizacji przedmiotu zamówienia jest jednym z kryteriów oceny ofert Zamawiający - chroniąc uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami - określił kary umowne za zwłokę wykonaniu przedmiotu zamówienia na odpowiednim poziomie, tak aby przeciwdziałać

opisanej powyżej praktyce. 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**.

Ponadto Zamawiający wskazuje, iż 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 przedmiotowym postępowaniu Zamawiający będzie w razie zwłoki wykonawcy obowiązany pozyskać samochody zastępcze na czas tej zwłoki. Związane to będzie z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego związanych z krótkoterminowym najmem lub dzierżawą takich samochodów zastępczych.

Wysokość kar umownych Zamawiający określił więc w przedmiotowym postępowaniu nie tylko z uwzględnieniem, iż jako dodatkowe zastrzeżenie umowne mają one służyć zdyscyplinowaniu dłużnika do wykonania zobowiązania, ale również mając na uwadze szacowaną wysokość szkody jaką może ponieść Zamawiający w razie zwłoki wykonawcy w terminowym zrealizowaniu przedmiotu Zamówienia oraz charakter kary umownej traktowanej jako „surogat odszkodowania”.

ad. 6.2.)

Zamawiający nie podzielił przedmiotu zamówienia na „zadania”. **Przedmiot zamówienia składa się z dwóch części.**

Zgodnie z treścią ust. 2 w Rozdziale XVI SWZ („Projektowane postanowienia umowy ws. zamówienia publicznego”) „dla każdej części zamówienia Zamawiający zawrze odrębną umowę”.

Zgodnie z treścią ust. 1 w § 5 Projektowanych Postanowień Umowy „Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną **obliczoną od łącznego wynagrodzenia Wykonawcy netto za wszystkie dostarczone samochody [...]**”

W przypadku, o którym mowa w § 5 ust. 1, Kara umowna obliczona więc będzie od łącznej wartości całej danej części przedmiotu zamówienia objętej umową, a nie od wartości pojedynczych samochodów.

ad. 7.)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści ust. 7 i 8 w § 5 Projektowanych Postanowień Umowy.

Prawo potrącenia ma służyć ochronie słusznym interesom Zamawiającego. W innym przypadku Zamawiający miałby obowiązek zapłacić nierzetelnemu wykonawcy, który wykonał przedmiot zamówienia w sposób nienależyty, to jest w szczególności po terminie, wynagrodzenie w pełnej wysokości, a następnie dopiero mógłby dochodzić od tego wykonawcy naliczonej mu kary umownej.

Zgodnie z treścią § 5 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umowy wykonawca ma obowiązek zapłacić naliczoną mu karę umowną w terminie 14 dni. Jednocześnie zgodnie z § 4 ust. 5 pkt 1 PPU termin płatności wynagrodzenia wykonawcy wynosi 28 dni po dacie dostawy. Sytuacja więc, w której Zamawiający dokona ewentualnego potrącenia kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy zachodzić będzie już po upływie terminu, o którym mowa w § 5 ust. 8 PPU, a więc w przypadku, kiedy wykonawca nie tylko nienależycie wykonał przedmiot zamówienia w sposób uzasadniający naliczenie kary umownej, ale również nie dopełnił obowiązku jej zapłaty.

ad. 8.1.)

Przedmiot umowy obejmuje:

- 1) zgodnie z treścią § 1 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy wykonanie na rzecz Zamawiającego dostawy kompletnych nowych fabrycznie samochodów specjalistycznych do odbioru odpadów komunalnych (podwozie i zabudowa),
- 2) zgodnie z treścią § 3 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy objęcie przez wykonawcę dostarczonych samochodów gwarancją przez okres wskazany w ofercie wykonawcy.

Umowa z wykonawcą obowiązywać będzie od dnia podpisania do dnia wykonania zobowiązań wynikających z umowy przez jej obie strony.

ad. 8.2.)

Zgodnie z treścią ust. 7 w § 8 Projektowanych Postanowień Umowy strony „zobowiązują się **do usunięcia** wszelkich informacji objętych tajemnicą kontraktową udostępnionych lub przekazanych sobie wzajemnie w celu prawidłowej realizacji Umowy **lub do zwrotu** drugiej Stronie ich materialnych nośników, w każdym przypadku, gdyby dalsze korzystanie z nich było niecelowe, jednak **nie później niż z upływem czasu obowiązywania Umowy**, chyba, że postanowienia Umowy lub przepisy prawa powszechnie obowiązującego stanowią inaczej.”.

Wszelkie informacje przekazywane drogą elektroniczną nie mogą zostać „zwrócone” - podlegają one obowiązkowi usunięcia. Pozostałe informacje podlegają obowiązkowi zwrotu.

Obowiązek, o którym mowa w § 8 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy, winien być realizowany na bieżąco w czasie trwania umowy - „w każdym przypadku, gdyby dalsze korzystanie z nich było niecelowe”, jednak ostatecznie wraz z „upływem czasu obowiązywania Umowy”.

Zgodnie z treścią ust. 14 w § 8 Projektowanych Postanowień Umowy „Po wygaśnięciu lub rozwiązaniu Umowy, każda ze Stron wyda drugiej Stronie za potwierdzeniem odbioru wszystkie **posiadane** przez siebie dane i materiały objęte klauzulą poufności zgodnie z powyższymi postanowieniami.”.

Obowiązek, o którym mowa w § 8 ust. 14 Projektowanych Postanowień Umowy obejmuje więc wyłącznie dane **jeszcze posiadane** przez strony, a więc takie dane, które nie zostały już wcześniej usunięte lub zwrócone na podstawie postanowień § 8 ust. 7.

ad. 9.)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści ust. 3 w § 11 Projektowanych Postanowień Umowy.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą posiadać zarówno techniczną oraz zawodową jak i ekonomiczną oraz finansową zdolność do wykonania przedmiotu zamówienia.

Usługa faktoringu ze swej istoty nie wymaga cesji praw wynikających z umowy z Zamawiającym. Fakt potrzeby ewentualnego dodatkowego zabezpieczenia wierzytelności przysługującej faktorowi w stosunku do wykonawcy - tym bardziej jeżeli należą oni do tej samej grupy kapitałowej - powinien zostać ukształtowany bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a faktorem, bez udziału Zamawiającego.

Zamawiający nie wyklucza przy tym możliwości wydania zgody na ograniczone przeniesienie praw wynikających z umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą, na osoby trzecie już po podpisaniu umowy z wykonawcą. Zamawiający uzależnia jednak możliwość wyrażenia takiej zgody od poznania i zaakceptowania warunków planowanej cesji oraz podmiotu, na który wykonawca zamierza przenieść swoje prawa. W szczególności bowiem Zamawiający nie przewiduje wyrażenia zgody na taką cesję, która będzie uprawniać do dokonywania dalszych cesji.

ad. 10.)

Zamawiający nie wyraża zgody na „aneksowanie umowy w przypadku nadzwyczajnych okoliczności” ponieważ możliwość zmiany umowy w przypadku nadzwyczajnej zmiany okoliczności jest zastrzeżona dla sądu, co wynika z treści art. 357¹ § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie którym jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, **sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.**

ad. 11.1.)

Podany przez Zamawiającego w szczegółowej specyfikacji minimalnych wymogów technicznych zamawianych samochodów rodzaj bieżnika dotyczy osi przedniej oraz osi napędzanej. Koła na osi kierowanej mogą być wyposażone w opony trakcyjne.

ad. 11.2.)

Określony przez Zamawiającego w szczegółowej specyfikacji minimalnych wymogów technicznych zamawianych samochodów wymóg sterowania elektrycznego dotyczy lusterek wstecznych.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Zamawiający dokonuje następujących zmian w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

- 1) W Załączniku Nr 8 do SWZ („Projektowane Postanowienia Umowy”) ust. 4 w § 4 otrzymuje brzmienie:

„4. W przypadku, gdy nabywcą dostarczonych samochodów będzie PEKAO LEASING Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 53/57 (kod: 00-844 Warszawa) bądź inny wybrany przez Zamawiającego podmiot oferujący usługi finansowe w zakresie leasingu lub najmu długoterminowego, warunki płatności faktury Wykonawcy zostaną określone w umowie pomiędzy Wykonawcą, a wybranym przez Zamawiającego podmiotem, który dokona finansowania leasingu lub najmu długoterminowego, z zastrzeżeniem, iż termin płatności wynagrodzenia Wykonawcy będzie w takim przypadku nie dłuższy, niż termin, o którym mowa w ust. 5 pkt 1 poniżej.”.

- 2) W Załączniku Nr 9 do SWZ („Szczegółowa specyfikacja minimalnych wymogów technicznych Zamawiającego dotyczących zamawianych samochodów”) w tytule „Wymagania wspólne dla części I oraz części II zamówienia” w punkcie „Podwozie” podpunkt 27 otrzymuje brzmienie:

„27) bieżnik ogumienia typu budowlanego o zwiększonej wytrzymałości do zastosowań komunalnych lub bieżnik z przeznaczeniem regionalnym równocześnie nadający się do ciężkiej eksploatacji w zastosowaniach komunalnych - podany rodzaj bieżnika dotyczy osi przedniej oraz osi napędzanej, koła na osi kierowanej mogą być wyposażone w opony trakcyjne”;

- 3) W Załączniku Nr 9 do SWZ („Szczegółowa specyfikacja minimalnych wymogów technicznych Zamawiającego dotyczących zamawianych samochodów”) w tytule „Wymagania wspólne dla części I oraz części II zamówienia” w punkcie „Podwozie” podpunkt 37 otrzymuje brzmienie:

„37) lusterka sterowane elektrycznie i podgrzewane, z zastrzeżeniem, że lusterko krawężnikowe prawe oraz lusterko rampowe (dojazdowe) mogą nie posiadać sterowania elektrycznego, a lusterka szerokokątne mogą nie posiadać systemu podgrzewania”.

Pozostałe postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami nie ulegają zmianie.

Piaseczno, 18 maja 2021 r.

Signature Not Verified

Dokument podpisany przez GRZEGORZ KONRAD TKACZYK
Data: 2021.05.18 19:12:50 CEST



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