

**Wykonawcy
(uczestnicy postępowania)**

Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku informuje, iż w postępowaniu przetargowym BO-II.272.9.2014 na „dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego” wpłynęły pytania dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, których treść wraz z odpowiedziami przekazuję poniżej:

Pytanie 1

Proszę:

o wyjaśnienie zapisów Załącznika Nr 2 do ww. SIWZ tj. istotnych postanowień umowy na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego.

Zgodnie z § 2 pkt. 1 istotnych postanowień umowy: „Zamawiający zobowiązuje się, a Wykonawca przyjmuje do realizacji niniejszą umowę *periodycznie, według bieżących potrzeb Zamawiającego. Dostarczanie materiałów przez Wykonawcę następować będzie w czasie nie dłuższym niż 2 dni od zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego.*”

Zgodnie z § 4 pkt. 3 istotnych postanowień umowy Zamawiający przewiduje, że: „*Wrazie stwierdzenia przez Zamawiającego istnienia wad lub braków dostarczonych materiałów, złoży on Wykonawcy pisemną reklamację. Wykonawca zobowiązany jest w terminie trzech (3) dni reklamację rozpatrzyć i udzielić Zamawiającemu pisemnej odpowiedzi. Upływ powyższego terminu jest równoznaczny z uznaniem w całości żądania Zamawiającego. W razie uznania reklamacji Wykonawca spełni żądania Zamawiającego wyszczególnione w złożonej reklamacji i zobowiąże się do wymiany wadliwych materiałów eksploatacyjnych na wolne od wad, w czasie 48 godzin (w dni robocze) od daty uwzględnienia reklamacji.*”

Zgodnie z § 4 pkt. 6 istotnych postanowień umowy Zamawiający przewiduje, że Wykonawca zobowiązuje się, że w przypadku, gdy czas naprawy uszkodzonego sprzętu Zamawiającego, w wyniku zastosowania materiałów równoważnych dostarczonych przez Wykonawcę, w autoryzowanym serwisie przekroczy 48 godzin od momentu zgłoszenia, Wykonawca będzie zobowiązany do nieodpłatnego dostarczenia na czas naprawy innego, nie gorszego sprzętu gotowego do pracy (wraz z materiałami eksploatacyjnymi);

Zgodnie z § 4 pkt. 9 istotnych postanowień umowy Zamawiający przewiduje, że „(...) Jeżeli Zamawiający stwierdzi, iż wydajność, jakość lub niezawodność dostarczonych produktów niekorzystnie odbiega od wymagań producenta sprzętu lub jeżeli Zamawiający stwierdzi, iż przedmiot zamówienia jest wadliwy, Wykonawca zobowiązuje się do gwarancyjnej wymiany produktu na nowy, wolny od wad w terminie 48 godzin (w dni robocze) od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego o wadliwym produkcie (mailem lub faksem). W przypadku stwierdzenia wad produktu wymiana nastąpi w siedzibie Zamawiającego na koszt Wykonawcy. W przypadku gdy Wykonawca nie będzie miał możliwości uwzględnienia reklamacji w terminie 48 godzin dopuszcza się wymianę na toner oryginalny, spełniający wymagania Zamawiającego bez zmiany ceny.”

Określone wyżej terminy budzą poważne wątpliwości, które mogą świadczyć, że umowa w tym zakresie może być dotknięta nieważnością na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z § 6 pkt. 2 lit. a) i b) istotnych postanowień umowy:

„Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy w przypadku zaistnienia jednej z okoliczności wymienionych poniżej:

a) w razie wystąpienia min. trzech (3) przypadków zwłoki w dostarczeniu materiałów zgodnie ze złożonym zamówieniem występujących w okresie 30 dni kalendarzowych,

b) w przypadku wystąpienia min. pięciu (5) reklamacji dotyczących przedmiotu zamówienia występujących w całym okresie obowiązywania umowy, ...”

Powyższy zapis może budzić wątpliwości, gdyż nawet w przypadku materiałów pochodzących od producenta urządzenia, może się zdarzyć reklamacyjność danej partii materiałów będzie na poziomie 10%. Dlaczego wykonawca miałby być obciążany dodatkowo w takiej sytuacji.

Zgodnie z § 5 pkt. 1 lit a,b,c istotnych postanowień umowy Zamawiający przewiduje trzy różne kary umowne, które są ustalone w sposób rażąco wygórowany i jednostronnie tylko na rzecz Zamawiającego i mogą powodować, że względu na nie określenie maksymalnej wysokości kary, wysokość kary przekroczy wartość zamówienia już po niedługim okresie. Kary te są przewidziane nawet w sytuacji kiedy do opóźnienia w dostawie nastąpi z przyczyn niezależnych do wykonawcy np. jeżeli pojazd, który dostarczałby materiały uległby wypadkowi z winy innego uczestnika ruchu i to w sytuacji kiedy np. termin wymiany towaru na wolny od wad wynosi tylko 48 godzin.

Zgodnie z § 5 pkt. 1 lit a,b,c istotnych postanowień umowy:

„W razie niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej umowy Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne w wysokości:

a. 0,2% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 4 za każdy dzień zwłoki w terminowej realizacji zamówień,

b. 10% wynagrodzenia ustalonego w § 3 ust. 4. gdy Zamawiający odstąpi od niniejszej umowy z winy Wykonawcy z powodu zaistnienia jednej z okoliczności wymienionych w §6 ust.2.

c. 10% wynagrodzenia ustalonego w § 3 ust. 4. gdy Wykonawca odstąpi od niniejszej umowy z winy Wykonawcy.”

W związku z powyższym istnieje uzasadniona podstawa do stwierdzenia, że proponowane przez Zamawiającego zapisy są nieważne z mocy prawa, gdyż naruszają w sposób rażący zasadę równości stron w obrocie cywilnoprawnym, nie są indywidulanie uzgodnione przez strony, a interes zamawiającego jest już i tak w wystarczający sposób chroniony przez określenie zabezpieczenia roszczeń z tytułu umowy oraz warunków reklamacji i gwarancję. Tym samym kary mogą być uznane za rażąco wygórowane na podstawie art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W przypadku opóźnienia w dostawie materiału o siedem dni przy wartości 50 zł kara umowna, przy wartości zamówienia 200.000 EURO wynosić ma 11.200 zł. Trudno jest wyobrazić sobie, aby Zamawiający z tak krótkim i małym opóźnieniem miał ponieść jakąkolwiek szkodę, skoro zgodnie z umową wykonawca i tak za ewentualną szkodę ponosi odpowiedzialność.

Zgodnie z ustalonymi istotnymi postanowieniami umowy dostawa ma nastąpić w terminie 2 dni, a realizacja obowiązków określonych w § 2 pkt. 1 i § 4 pkt. 3 i 9 tj. wymiana towarów wadliwych lub nie odpowiadających jakości lub wydajności ma nastąpić w terminie 48 godzin.

Zgodnie z Kodeksem pracy pracownicy każdego wykonawcy muszą mieć co najmniej 11 godzin odpoczynku, który każdy pracodawca musi im zapewnić, faktycznie zatem wykonawca ma w ciągu 2 dni 26 godzin na rzeczywiste przygotowanie dostawy i przewóz

towaru do Zamawiającego. Wyklucza to faktycznie zrealizowanie dostawy towaru wolnego od wad np. przez firmę ze Szczecina lub Przemyśla, co podyktowane jest również faktem braków tzw. bezkolizyjnych szlaków drogowych w kraju pozwalających przemieszczanie się bez opóźnień spowodowanych zdarzeniami losowymi na drogach.

Również zapis dotyczący terminu wymiany wadliwych towarów lub nie odpowiadających jakości lub wydajności w terminie 48 dni, a także wykonania zobowiązań związanych z naprawą urządzeń w czasie nie dłuższym niż 48 godzin od daty zawiadomienia, z powyższych względów, również są zdecydowanie za krótkie, uniemożliwiające tak naprawdę wykonanie opisanego w nim obowiązku, gdyż nie uwzględnia faktu, że transport, a konkretnie kierowca musi wprawdzie wrócić do siedziby wykonawcy, skorzystać z odpowiedniego okresu wypoczynku (11 godzin) i dopiero wtedy ewentualnie przystąpić do ponownego przewozu.

Należy zauważyć, że o ile określenie samych kar jest dopuszczalne przez przepisy prawa cywilnego, to określenie ich na rzecz jednej ze stron narusza zasadę równości stron w stosunkach cywilnoprawnych.

Powyższe jest tym bardziej zasadne, że wykonawca nie ma w praktyce żadnego wpływu na treść umowy będącej podstawą realizacji zamówienia publicznego.

Zgodnie z ogólną zasadą prawa cywilnego z art. 361 § 1 Kodeksu cywilnego zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynika. Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynika.

Należy zauważyć, że przedmiotowa umowa przewiduje na rzecz Zamawiającego 3 różne kary umowne, a żadnej na rzecz Wykonawcy. Z zasady stosunki cywilnoprawnej, a takie są nawiązywane również w ramach Prawa zamówień publicznych, oparte są na zasadzie równości stron. W tym przypadku zasada ta jest rażąco naruszona na korzyść Zamawiającego, co powoduje, że zapisy jej w znacznej części mogą naruszać zasady współżycia społecznego i nieważność umowy przynajmniej w części.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę kontrowersyjnych zapisów istotnych postanowień umowy w następujący sposób:

§ 2 pkt. 1 istotnych postanowień umowy:

„Zamawiający zobowiązuje się, a Wykonawca przyjmuje do realizacji niniejszą umowę periodycznie, według bieżących potrzeb Zamawiającego. Dostarczanie materiałów przez Wykonawcę następować będzie w czasie nie dłuższym niż 7 dni od zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego.”

§ 4 pkt. 3 istotnych postanowień umowy:

„W razie stwierdzenia przez Zamawiającego istnienia wad lub braków dostarczonych materiałów, złoży on Wykonawcy pisemną reklamację. Wykonawca zobowiązany jest w terminie trzech (3) dni reklamację rozpatrzyć i udzielić Zamawiającemu pisemnej odpowiedzi. Upływ powyższego terminu jest równoznaczny z uznaniem w całości żądania Zamawiającego. W razie uznania reklamacji Wykonawca spełni żądania Zamawiającego wyszczególnione w złożonej reklamacji i zobowiąże się do wymiany wadliwych materiałów eksploatacyjnych na wolne od wad, w czasie 48 godzin (w dni robocze) 7 dni (roboczych) od daty uwzględnienia reklamacji.”

§ 4 pkt. 6 istotnych postanowień umowy

„Wykonawca zobowiązuje się, że w przypadku, gdy czas naprawy uszkodzonego sprzętu Zamawiającego, w wyniku zastosowania materiałów równoważnych dostarczonych przez Wykonawcę, w autoryzowanym serwisie przekroczy 48 godzin 7 dni (roboczych) od momentu zgłoszenia, Wykonawca będzie zobowiązany do nieodpłatnego dostarczenia na czas naprawy innego, nie gorszego sprzętu gotowego do pracy (wraz z materiałami eksploatacyjnymi).”

§ 4 pkt. 9 istotnych postanowień umowy:

„(...) Jeżeli Zamawiający stwierdzi, iż wydajność, jakość lub niezawodność dostarczonych produktów niekorzystnie odbiega od wymagań producenta sprzętu lub jeżeli Zamawiający stwierdzi, iż przedmiot zamówienia jest wadliwy, Wykonawca zobowiązuje się do gwarancyjnej wymiany produktu na nowy, wolny od wad w terminie 48 godzin (w dni robocze) 7 dni (roboczych) od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego o wadliwym produkcie (mailem lub faksem). W przypadku stwierdzenia wad produktu wymiana nastąpi w siedzibie Zamawiającego na koszt Wykonawcy. W przypadku gdy Wykonawca nie będzie miał możliwości uwzględnienia reklamacji w terminie 48 godzin 7 dni (roboczych) dopuszcza się wymianę na toner oryginalny, spełniający wymagania Zamawiającego bez zmiany ceny.”

§ 6 pkt. 2 lit. a) i b) istotnych postanowień umowy:

„Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy w przypadku zaistnienia jednej z okoliczności wymienionych poniżej:

a) w razie wystąpienia min. trzech (3) 6 przypadków zwłoki w dostarczeniu materiałów zgodnie ze złożonym zamówieniem występujących w okresie 30 dni kalendarzowych,

b) w przypadku wystąpienia min. pięciu (5) 20 reklamacji dotyczących przedmiotu zamówienia występujących w całym okresie obowiązywania umowy, ...”

W związku z powyższym, działając w imieniu mojego Mandanta, wzywam Wasz Urząd do zaprzestania bezprawnego utrudniania dostępu do rynku wykonawców, polegającego na bardzo krótkim określaniu terminów realizacji dostawy w terminie 2 dni oraz wymiany wadliwych materiałów wynoszący 48 godzin.

Powyższe zapisy znalazły się we wzorze umowy - załączniku nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Przetargu w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powodują one ponadto, że podmioty mające swoją siedzibę poza granicami Polski, na obszarze Europejskiego Obszaru Gospodarczego, są gorzej traktowane niż podmioty mające swoją siedzibę w kraju, gdyż nie jest możliwe żadnym, znanym środkiem lokomocji wykonanie przedmiotu umowy w zakresie dostaw, jak i wymiany reklamowanych towarów, w tak krótkich terminach. Dotyczy to nawet sytuacji kiedy dostawa i wymiana miałyby się odbyć transportem lotniczym, gdyż w miejscach dostaw brak jest odpowiednich lotnisk. Należy zauważyć również, że dla dostawcy mającego siedzibę w Polsce wypełnienie powyższych terminów będzie również niemożliwe, albo przynajmniej mało prawdopodobne.

Państwa działanie ma charakter bezprawny i jest działaniem wyczerpującym znamiona nieuczciwej konkurencji określone w art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 j.t.), zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku. Co prawda wymienione punkty w tym przepisie nie opisują szczegółowo czynu, który Państwo się dopuścili jednak, ze względu na użycie sformułowania przez ustawodawcę w tym przepisie „... w szczególności ...” nie ma on charakteru katalogu zamkniętego.

Zgodnie z art. 4 ww. ustawy, zagraniczne osoby fizyczne i prawne korzystają z uprawnień wynikających z przepisów ustawy na podstawie umów międzynarodowych obowiązujących Rzeczpospolitą Polską lub na zasadzie wzajemności.

Zgodnie z art. 101 Traktatu O Funkcjonowaniu Unii Europejskiej [PL 30.3.2010 Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 83/47PL C 83/88] (dawny artykuł 81 TWE), niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;

(...)

d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji, (...).

Zgodnie z Artykuł 102 ww. Traktatu (dawny artykuł 82 TWE), niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nadużywanie takie może polegać w szczególności na:

a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznym cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznym warunków transakcji;

(...)

c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji, (...).

Przypominam, że zgodnie z art. 7 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czego jak wynika z treści ww. wzoru umowy brakuje w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne, a istnieje ryzyko, że w kolejnych również będzie miało miejsce.

Ze względu na rażące naruszenie ww. przepisów przez Państwa Urząd, które zostały dokonane w stosunku nie tylko do mojego klienta, ale wszystkich wykonawców, mających siedzibę poza granicami kraju, wzywam do zaprzestania ww. praktyk pod rygorem skierowania sprawy na drogę sądową celem zakazania Państwa firmie takich praktyk w terminie 2 dni od otrzymania niniejszego pisma. Informuję, że w pierwszej kolejności zostanie złożony wniosek o zabezpieczenie roszczeń mojego klienta poprzez zakazanie powyższych praktyk.

Należy zauważyć, że zgodnie z uzasadnieniem do Poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 10 lipca 2013 r. (RPU VII, poz. 1653), zbyt rygorystyczne traktowanie wykonawców jeżeli ich działanie nie nosi znamion winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, nie ma uzasadnienia.

Bezskuteczny upływ ww. terminu zmusi mojego klienta do wystąpienia na drogę sądową jak również z interwencją do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak również Komisji Europejskiej za pośrednictwem mojej kancelarii, do czego zostałem upoważniony przez mojego Klienta.

Jednocześnie, niezależnie od powyższego, wnosimy o określenie przez Zamawiającego, że realizacja zamówienia powinna przewidywać zatrudnienie co najmniej jednej osoby niepełnosprawnej w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego – jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach oraz określenie, że Zamawiający może żądać przedłożenia przez wykonawcę dowodów zatrudnienia osób niepełnosprawnych (umowa o pracę, umowa zlecenia itd.) wraz z dokumentami potwierdzającymi niepełnosprawność tych osób (orzeczenia o niepełnosprawności). Powyższa możliwość wynika wprost z art. 29 ust. 4 pkt. 1 lit. b) Prawa Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące:

1) zatrudnienia osób: (...)

b) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, (...).

Informuję, że zmianę specyfikacji w ww. postępowaniu w zakresie kwestionowanych zapisów wzoru umowy, będę traktował jako odpowiedź na niniejsze pismo.

Odpowiedź:

W związku ze zgłoszonymi uwagami Zamawiający modyfikuje zapisy SIWZ, które otrzymują brzmienie:

- 1) Pkt 2 SIWZ ppkt 1) „Dostawy materiałów eksploatacyjnych będą wykonywane w terminie maksymalnie 3 dni roboczych licząc od daty otrzymania przez Wykonawcę informacji dotyczącej zamówienia. Za dni robocze uważa się dni od poniedziałku do piątku; z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, w godzinach od 8:00 do 15:00.
- 2) Pkt 4 SIWZ „Jeżeli Zamawiający stwierdzi, iż wydajność, jakość lub niezawodność dostarczonych produktów niekorzystnie odbiega od wymagań producenta sprzętu lub jeżeli Zamawiający stwierdzi, iż przedmiot zamówienia jest wadliwy, Wykonawca zobowiązuje się do gwarancyjnej wymiany produktu na nowy, wolny od wad w terminie 3 dni roboczych od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego o wadliwym produkcie (mailem lub faksem). W przypadku stwierdzenia wad produktu wymiana nastąpi w siedzibie Zamawiającego na koszt Wykonawcy. W przypadku gdy Wykonawca nie będzie miał możliwości uwzględnienia reklamacji w terminie 3 dni roboczych dopuszcza się wymianę na toner oryginalny, spełniający wymagania Zamawiającego bez zmiany ceny”

Ponadto Zamawiający wprowadza modyfikację zapisów w załączniku nr 2 do SIWZ. Załącznik ten otrzymuje brzmienie jak w załączeniu.