Łódź, dnia 14 września 2017 roku

**WYJAŚNIENIA TREŚCI ZAPYTANIA**

DO WSZYSTKICH ZAINTERESOWANYCH

Stosując się do dyspozycji pkt. 10 Rozdziału VI, Zamawiający informuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na **dostawę odczynników chemicznych, biologicznych i materiałów zużywalnych na potrzeby realizacji projektu**, prowadzonym w trybie zapytania ofertowego na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2017, poz. 459, z późn. zm.), wpłynęły do Zamawiającego pytania dotyczące treści zapytania. Treść zapytań wraz z odpowiedziami poniżej:

**Pytanie nr 1**

Uprzejmie prosimy o zmniejszenie kar umownych z **2%** do 0,2% dla obu podpunktów lub uzupełnienie umowy następującym zapisem:

„W przypadku zwłoki w płatności Zamawiający zapłaci Wykonawcy 2% wartości faktury za każdy dzień zwłoki“

Prośbę swoją motywujemy tym, iż zgodnie z kodeksem cywilnym umowy powinna cechować równość stron stosunku cywilnego. Korekta o którą prosimy, w znaczym stopniu przybliży wymagany prawem charakter umowy. W treści kodeksu cywilnego nie znajdziemy takich postanowień, które by wskazywały na preferowanie Zamawiającego zawierającego akurat umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasada równości stron zatem nie doznaje żadnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Także żaden zapis ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia wyłomu w przestrzeganiu zasady równości stron i prymatu zasad zawartych w kodeksie cywilnym, przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego. Wręcz przeciwnie, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp odsyłają do stosowania Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przesądzając o czysto cywilistycznym stosunku jaki powstaje pmiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Powyższy zapis skutkuje:

1. naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady która zakazuje prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję
2. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego
3. naruszenie art. 5, 58 § 1 i 2 oraz 3531 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. bezprawne wprowadzenie do umowy, zapisów naruszających w rażący sposób interes prawny i majątkowy wykonawcy, niezgodnych z przepisami ogólnymi k.c., a w konsekwencji z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wprowadza zapisy abuzywne i stawiające strony w jawnej nierówności (jawna dyskryminacja wykonawcy) w przypadku zapisów o karach umownych o jakich mowa w § 6, ustęp a i b projektu umowy.

Wartość kary umownej 2 % wartości wartości zamawianego towaru brutto (za jakiekolwiek naruszenie obowiązku) jest absolutnie w najwyższym stopniu wygórowana i nie spotykana

w obrocie prawnym. Doświadczenie pokazuje, że zawnioskowana granica 2% odpowiada rzeczywistości prawnej zamówień publicznych tylko w przypadkach gdy Zamawiający odstępuje od umowy z winy wykonawcy.

Zamawiający winien pamiętać o treści art. 58 kc, który stanowi, że czynność prawna sprzeczna

z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający do umów stosuje odpowiednio przepisy kc.

Wobec powyższego, iż treść umowy należy oceniać przede wszystkim pod kątem jej zgodności

z przepisami ogólnymi, wprowadzając takowy zapis, Zamawiający wymusza się na wykonawcach w przyszłej umowie warunki, które naruszają ich interes prawny i gospodarczy.

Analiza przepisów k.c. wskazuje, że podstawową wadą takowej umowy będzie: 1/niezachowanie w niej równości stron, 2/naruszenie wysłowionych przepisów k.c., a w konsekwencji przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, 3/dokonanie przez zamawiającego błędnej interpretacji przepisów k.c., tj. zasady swobody umów określonej w art. 3531 k.c.

Zmiany dokonane w 1990 r. w obszarze prawa cywilnego (w kodeksie cywilnym) wprowadziły tak bardzo potrzebną w obrotach handlowych zasadę swobody zawierania umów, wyrażoną m. in. w przywołanym już art. 3531 k.c. Zasada ta nie polega jednak na tym, że silniejsza strona narzuca wolę drugiej stronie, zwłaszcza jeżeli w optyce naszych rozważań skupimy uwagę na skutkach tych warunków. Nadmienić przy tym należy, że strony układające stosunek prawny wg własnego uznania, muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie i wreszcie, a może i najważniejsze, zasadom współżycia społecznego. Jednak nie ulega wątpliwości, że zapisy takie naruszają zasady współżycia społecznego. Przecież w świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

Zamawiający nie może swoim postępowaniem wyrządzać szkody drugiej stronie stosunku prawnego, tj. wykonawcy.

Wobec powyższego wnosimy o prawidłowe zgodne z powołanymi przepisami sporządzenie dokumentacji przetargowej tj. modyfikację niniejszego projektu umowy w sposób opisany precyzyjnie powyżej (tj. jego wykreślenie).

Na marginesie z najdalej idącej ostrożności zwracamy uwagę, że naruszenie obowiązków za naruszenie których Zamawiający zamierza naliczać kary umowne opisane w §6 ust. a i b projektu umowy - mają co do zasady charakter obowiązków majątkowych (skutkowo pieniężnych) dlatego, w przypadku takich obowiązków ustanowienie kar umownych pieniężnych jest w ogóle nieskuteczne i jeżeli Zamawiający chciałby z nich „skorzystać” wykonawcy mogliby się od nich uchylić z tym, że jak można domniemywać trzeba byłoby wszczynać drogę sądową, aby tam udowodnić ostatecznie Zamawiającemu bezprawność takich zapisów.

Odpowiedź: Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015r., poz. 2164 z późn. zm.) nie stosuje się. Zamawiający nie jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 3 uPzp czy też przepisu art. 2 ust. 1 pkt. 1 Dyektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówien publicznych, uchylajaca dyrektywę 2004/18/WE. W konsekwencji nie może być mowy o naruszeniu przepisów powołanej wyżej ustawy. Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny ( tj. Dz.U. 2017 poz. 459) oraz postanowienia Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020.

Zgodnie z wyrażoną w art. 3531 kc zasadą swobody umów, strony mogą ułożyć ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Powyższe oznacza dowolność w kształtowaniu więzi obligacyjnej w granicach określonych przepisami prawa. Zamawiający, jako dysponent postępowania korzysta z przysługującego mu uprawnienia w sposób gwarantujący ochronę jego słusznych interesów. Stosownie do dyspozycji art. 701 § 4 kc organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu ( w tym konkretnym przypadku zapytania ofertowego).

Swoboda stron stosunku zobowiązaniowego, jak każdego stosunku cywilnoprawnego wyraża się miedzy innymi brakiem podporządkowania którejkolwiek ze stron.

Kary umowne stanowią substrat odszkodowania jakie wierzyciel ma prawo dochodzić od dłużnika w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania i znajdują zastosowanie tylko i wyłącznie w odniesieniu do zobowiązań niepieniężnych (w zobowiązaniach pieniężnych analogiczną funkcję pełnią odsetki ustawowe lub umowne lub maksymalne). Zatem Zamawiający będzie uprawniony do ich naliczania w przypadku nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę i to wyłącznie wówczas gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wyniknie z okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Wątpliwe jest powoływanie się na zasady współżycia społecznego w obrocie profesjonalnym.

Klauzule abuzywne, o których mowa w art. 3853 kc dotyczą wyłącznie umów zawieranych z konsumentem.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy.

**Pytanie nr 2**

Uprzejmie prosimy o usunięcie w/w ustępu.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zaproponowaną przez Wykonawcę.

**Pytanie nr 3**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na uzupełnienie w/w paragrafu umowy o następujący zapis?

„Zamawiający dopuszcza dostarczanie e-faktur drogą elektroniczną na wskazany przez Zamawiającego adres e-mail.” Przekazywanie faktur drogą emailową usprawni proces przekazywania faktur.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zaproponowaną przez Wykonawcę.

**Pytanie nr 4**

Zamawiający zapisał:

„Strony postanawiają, że domyślny termin przydatności do użycia przedmiotu dostawy wynosi nie mniej niż 12 miesięcy licząc od daty realizacji dostawy.”

Uprzejmie prosimy o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„Strony postanawiają, że domyślny termin przydatności do użycia przedmiotu dostawy wynosi minimum 75% okresu deklarowanego przez producenta licząc od daty realizacji dostawy.”

Przedmiotem postępowania są odczynniki laboratoryjne które ze względu na swoją budowę fizyko-chemiczną charakteryzuje różne długości terminów przydatności do użycia.

Zapis proponowany przez nas gwarantuje Zamawiającemu b. długie terminy ważności w przypadku odczynników, które posiadają więcej niż 12 miesięcy terminu ważności ale także pozwala na realizację dostaw takich produktów dla których producent deklaruje krótsze terminy niż wymagane 12 miesięcy.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zaproponowaną przez Wykonawcę.

**Pytanie nr 5**

Zamawiający zapisał:

„Jako dokumenty towarzyszące dostawie, Wykonawca dostarczy właściwe, certyfikaty, deklaracje zgodności CE, karty charakterystyk, dotyczące dostarczonego przedmiotu dostawy. Niezależnie od powyższego, Wykonawca na żądanie Zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie przedłoży dokumenty potwierdzające dopuszczenie przedmiotu dostawy do obrotu na terenie UE wydane przez właściwy organ.”

Uprzejmie prosimy o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„Jako dokumenty towarzyszące dostawie, Wykonawca dostarczy właściwe, certyfikaty, deklaracje zgodności CE, karty charakterystyk, dotyczące dostarczonego przedmiotu dostawy lub udostępni na swojej stronie internetowej dostęp do wymienionych dokumentów. Niezależnie od powyższego, Wykonawca na żądanie Zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie przedłoży dokumenty potwierdzające dopuszczenie przedmiotu dostawy do obrotu na terenie UE wydane przez właściwy organ o ile wymóg ten dotyczy danego produktu.”

Prośbę swoją motywujemy tym, iż w przypadku naszej firmy proces realizacji zamówienia nie przewiduje dostarczania w/w dokumentów wraz z towarem. Ze względów na politykę ekologiczną firmy udostępniamy wymagane dokumenty w formie elektronicznych plików na naszej stronie.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zaproponowaną przez Wykonawcę.

**Pytanie nr 6**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na uzupełnienie w/w paragrafu umowy o następujący zapis?

„Zamawiający dopuszcza możliwość składania zamówień bezpośrednio na platformie internetowej Wykonawcy.” Realizacja zamówień na stronie internetowej daje możliwość składania ich 24h/7dni w tygodniu. Zamawiający zyskuje dostęp bezpośredni do badania statusu zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zaproponowaną przez Wykonawcę.