

Szczawin Kościelny, dnia 25.06.2024r.

Gmina Szczawin Kościelny
ul. Jana Pawła II 10
09-550 Szczawin Kościelny

Wg rozdzielnika

Dotyczy: postępowania ZP.271.2.2024.OSP, którego przedmiotem jest „Zakup nowego sprzętu ratowniczo-gaśniczego” w ramach zadania „Zakup ciężkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego wraz z pełnym wyposażeniem do celów zarządzania klęskami i katastrofami dla Ochotniczej Straży Pożarnej w Szczawinie Kościelnym” Gmina Szczawin Kościelny przesyła poniżej odpowiedzi dotyczące w/w postępowania.

Pytanie 1

Zamawiający w Rozdziale 5 SWZ wyłączył możliwość polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby.

Jednocześnie Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy PZP Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Powyższe oznacza, iż treść SWZ narusza ustawę PZP uniemożliwiając złożenie oferty przez Wykonawców pragnących powołać się na potencjał podmiotu trzeciego. Niniejsza nieprawidłowość również w sposób rażący narusza zasadę określoną w art. 16 ustawy PZP dotyczącą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z tym czy Zamawiający dopuści zmianę treści SWZ poprzez umożliwienie Wykonawcom powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego w sposób zgodny z art. 118 ust. 1 ustawy PZP.

Odpowiedź 1

Zamawiający dopuszcza zmianę w powyższym zakresie.

Pytanie 2

Zgodnie z Rozdziałem 11 ust. 12 SWZ Zamawiający przewidział w postępowaniu, iż: „Formularz ofertowy podpisuje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Niniejsze postępowanie jest postępowaniem o wartości mniejszej, niż progi unijne co oznacza, iż zastosowanie ma art. 63 ust. 2 ustawy PZP zgodnie z którym: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”.

W związku z powyższym niedopuszczenie przez Zamawiającego możliwości złożenia oferty w postaci elektronicznej stanowi istotne naruszenie ww. przepisu ustawy, a także w konsekwencji ogranicza konkurencję w postępowaniu. W przypadku postępowań prowadzonych według przepisów krajowych ustawodawca przewidział szerszy katalog form podpisu, niż w postępowaniu unijnym pozostawiając ostateczną decyzję co do wyboru którejs z nich samemu wykonawcy. Zamawiający nie może ograniczać tego katalogu, gdyż niniejszy przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Szerszy katalog podpisów elektronicznych dla postępowań o wartości poniżej progu unijnego ma stanowić dodatkowe ułatwienie dla wykonawców z sektora MŚP, co ma ich zachęcić do brania udziału w postępowaniach. Nie każdy przedsiębiorca dysponuje podpisem kwalifikowanym, dlatego tak skonstruowana treść SWZ w ramach niniejszego postępowania, godzi w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze powyższe czy Zamawiający dopuści zmianę treści SWZ poprzez dopuszczenie możliwości podpisania formularza ofertowego oraz innych dokumentów w postępowaniu również podpisem w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w sposób zgodny z art. 63 ust.2 ustawy PZP?

Odpowiedź 2

Zamawiający dopuszcza możliwość podpisania formularza ofertowego oraz innych dokumentów w postępowaniu również podpisem w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Pytanie 3

Zamawiający w Rozdziale 6 ust. 3 SWZ przewidział podstawy wykluczenia na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Wykonawca wskazuje, iż przepisy art. 5k rozporządzenia 833/2014 znajdują zastosowanie jedynie do zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne udzielanych zgodnie

z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1121, 1598, 2054 i 2269 oraz z 2022 r. poz. 25) oraz zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wyłączonych na podstawie art. 10 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 11 ust. 1 pkt 1 -5 i 7-10, art. 13 ust. 1 pkt 3 -8, art. 363 ust. 1, art. 365 i art. 366 ustawy – Prawo zamówień publicznych, a także koncesji o wartości równej lub przekraczającej próg unijny udzielanych zgodnie z przepisami ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2021 r. poz. 541) oraz koncesji o wartości równej lub przekraczającej próg unijny wyłączonych na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b)-f), pkt 3 lit. a) i c)-k) oraz pkt 4-13 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Przewidzenie powyższych podstawy wykluczenia w postępowaniu poniżej progów unijnych stanowi istotne ograniczenie konkurencji oraz godzi w zasadę równego traktowania wykonawców.

W związku z tym czy Zamawiający dopuści zmianę SWZ poprzez wykreślenie powyższej podstawy wykluczenia z SWZ a co za tym idzie modyfikację załączników postępowania (nr 8 oraz 8a)?

Odpowiedź 3

Zamawiający wykreśla powyższą podstawę wykluczenia

Pytanie 4

W załączniku nr 6 Zamawiający przewidział obowiązek złożenia oświadczenia o treści: „Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuję roboty / usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane w w/w zakresie.” Żądanie niniejszego oświadczenia jest niezgodne z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis nie dotyczy dostaw.

W związku z tym czy Zamawiający dopuści zmianę SWZ poprzez wykreślenie powyższego oświadczenia z załącznika nr 6 do SWZ?

Odpowiedź 4

Zamawiający wykreśla powyższe oświadczenie.

Pytanie 5

Zamawiający przewidział we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 w § 8 ust. 1 lit. a i b oraz ust. 2 kary umowne za opóźnienie. Powyższe stanowi niedozwoloną klauzulę umowną w myśl art. 433 pkt. 1 ustawy PZP, który stanowi, iż projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zamawiający nie wykazał, że w niniejszym

postępowaniu zachodzą wyjątkowe okoliczności, przy czym zauważenia wymaga, że okoliczności takie należy wiązać z właściwością zobowiązania a nie interesem Zamawiającego. Celem tego przepisu jest dążenie do zrównoważenia pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez ukształtowanie odpowiedzialności wykonawcy adekwatnie do przedmiotu zamówienia, okoliczności faktycznych realizacji umowy i ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia. Zatem co do zasady projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, czyli każde przekroczenie wymaganego w umowie terminu na wykonanie zobowiązania. Odpowiedzialność ta powinna być ustalana za zwłokę, czyli kwalifikowane opóźnienie – zawinione bezpośrednio przez dłużnika lub osoby, którymi posługuje się on przy wykonaniu zobowiązania bądź powstałe z innych okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (tak m. in. wyr. KIO z 20.3.2023 r., KIO 551/23).

W związku z powyższym czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wzoru umowy poprzez zastąpienie kar umownych za opóźnienie karami za zwłokę?

Odpowiedź 5

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę

Pytanie 6

Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 limitu kar umownych jakich strony mogą dochodzić na podstawie niniejszej umowy.

Brak powyższego postanowienia stanowi naruszenie art. 436 pkt. 3 ustawy PZP, który stanowi, iż umowa zawiera postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

W wyroku SN z 22.10.2015 r., IV CSK 687/2014, stwierdzono, że „nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależyтым wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”.

W związku z powyższym czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wzoru umowy poprzez określenie limitu kar umownych w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umowy?

Odpowiedź 6

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wzoru umowy.

Z up. Wójta Gminy
SEKRETAŃZ GMINY
Zbigniew Filipiak