



Narodowe Centrum
Badań i Rozwoju

Projekt finansowany ze środków Narodowego Centrum Badań i Rozwoju w ramach konkursu nr 10/2019 na finansowanie badań naukowych i prac rozwojowych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa.

Bydgoszcz, dnia 16 stycznia 2020 roku

Instytut Genetyki Sądowej sp. z o.o.

Aleje Adama Mickiewicza 3/5,
85-071 Bydgoszcz
KRS: 0000672159
Sąd Rejonowy w Bydgoszczy,
XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego.
Wysokość kapitału zakładowego 50 000,00 zł
REGON: 366964361,
NIP: 5542948330

**Wykonawcy
biorący udział w postępowaniu**

Dotyczy: zamówienia na dostawę systemu do analizy polimorfizmów DNA metodą elektroforezy kapilarnej (sekwenator 8 kapilarny z 6- kolorowym systemem detekcji), numer referencyjny: 1/2019

ODPOWIEDŹ NA WNIOSKI O WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ

Zamawiający, Instytut Genetyki Sądowej sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, informuje, że do przedmiotowego postępowania zostały złożone wnioski o wyjaśnienie treści siwz.

Zamawiający przekazuje treść zapytania wraz z odpowiedziami Zamawiającego.

1. Dotyczy rozdziału I SIWZ, ustęp 1.5, podpunkt 1.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostarczenie przedmiotu postępowania opatrzonego wyłącznie symbolem modelu? Oferowany przez nas sprzęt nie posiada etykietek handlowych. Aparaty wyposażone są w tabliczkę znamionową zawierającą numer katalogowy oraz numer seryjny dostarczonego sprzętu.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza możliwość, aby zamiast etykiety handlowej przedmiot zamówienia był opatrzony symbolem modelu oraz numerem katalogowym i numerem seryjnym.

2. Dotyczy rozdziału I SIWZ, ustęp 2, podpunkt e.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostarczenie instrukcji wyłącznie w języku angielskim? Przedmiotem postępowania jest aparatura dedykowana do b. wąskiego, wysoce wyspecjalizowanego grona odbiorców. Producent przygotował na rynek światowy instrukcje wyłącznie w języku angielskim. Przygotowanie instrukcji w języku polskim podniosłoby cenę ostateczną sprzętu.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na dostarczenie instrukcji wyłącznie w języku angielskim.

3. Dotyczy wzoru umowy, §10, ustęp 7.

Zamawiający zapisał:

„W przypadku braku usunięcia przez Wykonawcę wad Przedmiotu Zamówienia w terminie określonym w ust. 5 niniejszego paragrafu - Zamawiający będzie uprawniony do zlecenia wymiany Przedmiotu Zamówienia na wolny od wad innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy.”

Zwracamy się z prośbą o usunięcie w/w zapisu. Wypieczony przez Zamawiającego sprzęt jest produkowany wyłącznie poza Polską. Magazyn części serwisowych znajduje się poza granicami kraju. Wykonawca musi wziąć pod uwagę ewentualność wystąpienia zwłoki

w naprawie sprzętu. **Zwłoka w naprawie nie może skutkować prawem nabycia nowego aparatu bezpłatnie.**

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie przedmiotowego postanowienia. Jednocześnie wykreśleniu ulega treść § 10 ust. 8 wzoru umowy.

4. Dotyczy wzoru umowy, §10, ustęp 9.

Zamawiający zapisał:

„W przypadku, gdy usunięcie wady lub usterki, czy też wymaga przetransportowania Przedmiotu Zamówienia poza siedzibę Zamawiającego lub usunięcie zaistniałych uchybień będzie trwało dłużej niż 2 dni, Wykonawca jest zobowiązany do natychmiastowego zapewnienia Zamawiającemu urządzenia zastępczego o właściwościach, stanie i funkcjonalnościach nie gorszych niż Przedmiot Zamówienia.”

Zwracamy się z prośbą o usunięcie w/w zapisu.

Producent sprzętu który chcielibyśmy zaoferować nie przewiduje sprzętu zastępczego.

Standardowy czas naprawy oferowany przez producenta to 21 dni. Przedmiotem postępowania jest aparatura służąca do badań naukowych a nie sprzęt medyczny.

Spełnienie w/w warunku Zamawiającego skutkowałoby podwojeniem wartości oferty.

Wykonawca musiałby uwzględnić koszty aparatów zastępczych w szacunku oferty.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie przedmiotowego postanowienia.

5. Dotyczy wzoru umowy, §10, ustęp 10.

Zamawiający zapisał:

„W przypadku, gdy:

- a) mimo dokonania naprawy przez Wykonawcę lub wymiany podzespołów w Przedmiocie Zamówienia, awarii lub uszkodzeniu ulegnie ten sam element/zespół elementów Systemu;
- b) naprawa lub usunięcie usterki/awarii trwa dłużej niż 21 dni, oprócz naliczenia kary umownej, Zamawiający ma prawo żądania wymiany Systemu na nowy w wyznaczonym przez niego terminie.”

Zwracamy się z prośbą o korektę w/w zapisu tak by brzmiał:

„W przypadku, gdy:

- a) mimo dokonania naprawy przez Wykonawcę lub wymiany podzespołów w Przedmiocie Zamówienia, awarii lub uszkodzeniu ulegnie **po raz trzeci** ten sam element/zespół elementów Systemu;

b) naprawa lub usunięcie usterki/awarii trwa dłużej niż 21 dni, oprócz naliczenia kary umownej, Zamawiający ma prawo żądania wymiany Systemu **lub jego elementu** na nowy w wyznaczonym przez niego terminie.”

Odpowiedź Zamawiającego:

Zmawiający modyfikuje treść § 10 ust. 10 wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 6 do siwz) w następujący sposób:

W przypadku, gdy mimo dokonania naprawy przez Wykonawcę lub wymiany podzespołów w Przedmiocie Zamówienia, awarii lub uszkodzeniu po raz trzeci ulegnie ten sam element/zespół elementów Systemu, oprócz naliczenia kary umownej, Zamawiający ma prawo żądania wymiany Systemu lub jego elementu na nowy w wyznaczonym przez niego terminie.

6. Dotyczy wzoru umowy, §11.

Zwracamy się z prośbą o usunięcie w/w paragrafu umowy. Przedmiotem postępowania jest sprzedaż aparatury naukowej wraz z licencjami na użytkowanie dołączonego oprogramowania.

Licencja na oprogramowanie zezwala na użytkowanie. Producent nie przenosi praw autorskich. Przeniesienie praw autorskich dotyczących dostarczanych oprogramowań podniosłoby wartość samej oferty niepomierne.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający pragnie zauważyć, że zgodnie z § 11 ust. 1 wzoru umowy:

Wraz z zawarciem niniejszej w stosunku do oprogramowania wchodzącego w skład Systemu (dalej zwane „Utworem”) w rozumieniu ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1191 ze zm.) (dalej „Ustawa”) Wykonawca udziela w ramach wynagrodzenia przewidzianego umową w § 4 ust. 1 Zamawiającemu licencji na autorskie prawa majątkowe, a także prawa zależne do Utworu i wszystkich jego części, na czas nieoznaczony, lecz nie krótszy niż 30 lat (...)

W związku z powyższym z § 11 wzoru umowy nie wynika, aby miało dojść do przejścia własności praw autorskich na Zamawiającego.

7. Dotyczy wzoru umowy, §12, ustęp 1, podpunkt b), c), d) e).

Uprzejmie prosimy o zmniejszenie kar umownych z 5% i 1% do 0,2% dla w/w podpunktów. 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 pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

W/w zapisy z umowy skutkują:

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 § 12, ustęp 1 projektu umowy.

Wartość kary umownej 5 % i 1% wartości wartości zamawianego towaru brutto (za jakiegokolwiek naruszenie obowiązku) jest absolutnie w najwyższym stopniu wygórowana i nie spotykana w obrocie prawnym. Doświadczenie pokazuje, że zawnioskowana granica 5% 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 wysłownionych 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 współzycia społecznego. Jednak nie ulega wątpliwości, że zapisy takie naruszają zasady współzycia 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 współzycia 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 współzycia 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.

Na marginesie z najdalej idącej ostrożności zwracamy uwagę, że naruszenie obowiązków za naruszenie których Zamawiający zamierza naliczać kary umowne opisane w §12 ust. 1 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 Zamawiającego:

Zamawiający częściowo uwzględni uwagi Wykonawcy dokonując modyfikacji treści § 12 ust. 1 lit. b) – e) wzoru umowy (załącznik nr 6 do siwz) w następujący sposób:

W przypadku niewykonania w terminie lub nienależytego wykonania Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:

b) w przypadku pojedynczego naruszenia lub nieprzestrzegania jednego z obowiązków Wykonawcy wskazanego w § 1 i 2 Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% wartości brutto Umowy;

c) w przypadku opóźnienia w dostarczeniu Urządzenia do miejsca wskazanego w § 3 ust. 1 Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1,5% wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia;

d) w przypadku opóźnienia w usunięciu istotnych wad lub uchybień stwierdzonych przez Zamawiającego przy próbie odbioru Urządzenia (§ 5 ust. 4 Umowy) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1,5% wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia;

e) w przypadku opóźnienia Wykonawcy w usunięciu wad Przedmiotu Zamówienia w ramach gwarancji lub rękojmi lub nie dotrzymania innych terminów przewidzianych w § 10 umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,75% wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia.

Dodatkowo Zamawiający informuje, że zmianie uległ numer konta bankowego, na który ma zostać wpłacone wadium, wskazany w rozdziale X ust. 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prawidłowy numer rachunku to: Pekao S.A. 77 1240 6478 1111 0010 7305 8426.