



**ZASTĘPCA DYREKTORA
BIURA FINANSÓW
KOMENDY GŁÓWNEJ STRAŻY GRANICZNEJ**

KG-Fi-2P-252/18

Warszawa, dn. *21*.02.2018 r.

Egz. nr *5*

2018 -UZ- 21

**Do wszystkich zainteresowanych
(strona internetowa)**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa dwóch samolotów wielosilnikowych – turbinowych do wykonywania zadań nad obszarami morskimi przez Lotnictwo Straży Granicznej” – **sprawa nr 2/BF/ZG/18**

Szanowni Państwo,

na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) informuję, że do Zamawiającego wpłynęły pytania od uczestników postępowania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w brzmieniu przytoczonym poniżej, na które Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

Pytanie nr 1: Zamawiający w projekcie Umowy zagwarantował sobie jedenaście przesłanek uprawniających do odstąpienia od umowy, w tym dziesięć przesłanek bez prawa Wykonawcy do roszczeń z tytułu poniesionych kosztów związanych z realizacją umowy (odpowiednio (i) § 13 ust. 1 lit. a w związku z § 2 ust. 11, (ii) § 13 ust. 1 lit. b w związku z § 2 ust. 13, (iii) § 13 ust. 1 lit. c w związku z § 2 ust. 11, (iv) § 13 ust. 1 lit. d w związku z § 2 ust. 13, (v) § 13 ust. 1 lit. e w związku z § 5 ust. 6, (vi) § 13 ust. 1 lit. f w związku z § 10 ust. 3, (vii) § 13 ust. 1 lit. h w związku z § 12 ust. 2, (viii) § 13 ust. 1 lit. i w związku z § 12 ust. 3, (ix) § 13 ust. 1 lit. j, (x) § 13 ust. 1 lit. k) oraz jedną przesłankę z możliwością dochodzenia wyłącznie wynagrodzenia z tytułu wykonania części umowy (§ 13 ust. 1 lit. g w związku z § 12 ust. 1).

Zagwarantowanie na rzecz zamawiającego tak szerokich praw do odstąpienia od umowy jest zbyt daleko idącym przerzuceniem ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Kierunek taki został przedstawiony np. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 23 listopada 2005 r., sygn. akt: IV Ca 508/05, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/13, KIO 1353/12) gdzie wyraźnie zanegowano możliwość przerzucenia w całości ryzyka gospodarczego kontraktu na wykonawcę. Należy również zwrócić uwagę na orzeczenie o sygn. akt KIO 24/14 stawiające tezę, iż „postanowienie o możliwości dowolnego rozwiązania umowy może stanowić instrument nacisku np. w celu dokonywania niekorzystnych dla wykonawcy zmian umowy”.

Jako potencjalny Wykonawca wskazujemy, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek zagwarantowania wykonawcom pewności co do określonego minimalnego pułapu zamówienia, który pozwoli uczestnikom postępowania dokonać właściwej analizy finansowo-kosztowej.

W przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na szerokie możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego, wykonawca nie ma zagwarantowanego żadnego pułapu zamówienia. Dodatkowo należy podkreślić, iż możliwość żądania wyłącznie wynagrodzenia należnego za częściową realizację umowy (bez sprecyzowania, co Zamawiający rozumie przez ten termin), jest sprzeczne ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowanym np. w sprawie o sygn. akt KIO 871/13, KIO 875/13 gdzie stwierdzono między innymi „Tym samym konsekwencje dla zamawiającego w przypadku

rozwiązania przez niego umowy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, winny obejmować także obowiązek rozliczenia się z wykonawcą również z tytułu zapłaconych zaliczek na poczet zamówionego sprzętu, czy konsekwencji w postaci zapłaconych przez niego z tego tytułu kar umownych." Stanowisko to tym bardziej jest zasadne w przedmiotowym postępowaniu, gdy zostanie wzięty pod uwagę fakt, że realizacja przedmiotu umowy wymaga zakupu dedykowanego sprzętu i zawarcia odpowiednich umów z podwykonawcami, gdzie standardowym żądaniem są przedpłaty.

Dodatkowo wskazujemy, iż tak szeroko zakrojone prawa do odstąpienia od umowy w wielu miejscach się dublują z uwagi na co są zbędne. Pierwsze cztery przesłanki odstąpienia od umowy zawarte w § 13 ust. 1 lit. a - dotyczą *de facto* tej samej kwestii w postaci terminu dostawy. W tym zakresie wystarczającym jest uregulowanie tej kwestii w jednym miejscu w sposób kompleksowy. Idąc dalej, wystąpienie siły wyższej z samej swej definicji jest okolicznością nieprzewidywalną, za którą strony nie mogą brać odpowiedzialności. Z uwagi na taki stan rzeczy nakładanie na wykonawcę sankcji w postaci odstąpienia od umowy wraz z odebraniem prawa dochodzenia roszczenia z tytułu poniesionych kosztów jest niedopuszczalne (§ 13 ust. 1 lit. e). Postanowienia zawarte w § 13 ust. 1 lit. f oraz i dotyczą kwestii dokumentacyjnych i nie powinny być zagrożone odrębną sankcją w postaci możliwości odstąpienia od umowy. Tematy te winny być weryfikowane na etapie procedury odbioru przedmiotu umowy, co zostało już uregulowane odpowiednio w § 2 ust. 11 oraz 13. Odstąpienie zawarte odpowiednio w § 13 ust. 1 lit. j oraz k, stanowi wyraz kumulacji sankcji grożących wykonawcy. W obu przypadkach została już przewidziana sankcja w postaci obowiązku zapłaty kar umownych, tak więc dokładanie kolejnej sankcji jest niedopuszczalne.

W tym miejscu należy wskazać również na generalną klauzulę jaka została zapisana w § 6 ust. 2 dającą zamawiającemu możliwość odstąpienia od umowy bez refundacji kosztów poniesionych przez Wykonawcę w każdym przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Tego typu zapis jest niemożliwy do zaakceptowania z uwagi na możliwość jego dowolnego interpretowania. Przesłanki uzasadniające odstąpienie od umowy, z uwagi na swoje fundamentalne znaczenie, powinny być enumeratywnie określone w sposób niebudzący wątpliwości w § 13 ust. 1.

Z uwagi na powyższe wnosimy o zmianę Projektu Umowy poprzez:

- a) Usunięcie w całości § 13 ust. 1 lit. a
- b) Zmianę § 2 ust. 13 w związku z § 13 ust. 1 lit. b w następujący sposób:
W przypadku przekroczenia terminu ponownej dostawy o którym mowa w ust. 11 o co najmniej 180 dni Zamawiający może odstąpić od umowy na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, a Wykonawcy nie przysługuje prawo do roszczeń z tytułu poniesionych kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.
- c) Zmianę § 2 ust. 11 poprzez usunięcie dwóch ostatnich zdań tego postanowienia w postaci: *„Data ponownej dostawy nie może przekroczyć terminu 15 listopada 2020 r. Wyznaczenie dodatkowego terminu na dostawę, po terminie określonym w § 2 ust. 1 spowoduje naliczenie kary umownej, o której mowa w § 6 ust. 1 lit. a ”*
- d) Usunięcie w całości § 13 ust. 1 lit. c.
- e) Usunięcie w całości § 13 ust. 1 lit. e.
- f) Zmianę § 5 ust. 6 w następujący sposób:
W przypadku niemożności wykonania przedmiotu umowy z powodu siły wyższej przez okres dłuższy niż 180 dni, Strony w drodze wzajemnego i odrębnego porozumienia określą warunki rozwiązania niniejszej Umowy i wzajemnego rozliczenia poniesionych kosztów.
- g) Usunięcie w całości § 13 ust. 1 lit. f.
- h) Usunięcie w całości § 10 ust. 3.
- i) Zmianę § 13 ust. 1 lit. g w następujący sposób:
W razie zaistnienia zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie

umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim wypadku Wykonawca może żądać wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy oraz rekompensaty poniesionych kosztów związanych z zatrzymaniem produkcji, w tym kosztów anulowania zamówień dedykowanych pod realizację przedmiotowej umowy.

- j) Usunięcie w całości § 13 ust. 1 lit. i.
- k) Usunięcie w całości § 12 ust. 3.
- l) Usunięcie w całości § 13 ust. 1 lit. j.
- m) Usunięcie w całości § 13 ust. 1 lit. k.
- n) Usunięcie w całości § 6 ust. 2.

Odpowiedź na pytanie nr 1: Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez potencjalnego wykonawcę zamówienia.

Ponadto w stosunku do zmiany zaproponowanej w pytaniu w ppkt b) Zamawiający informuje, że w kwestiach terminów dostaw uzależniony jest od możliwości wydatkowania środków finansowych w ramach Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego – Granice oraz założonych ram czasowych wydatkowania i dostępności tych środków. Dlatego też, nie ma możliwości wydłużenia tego terminu.

W stosunku do propozycji zawartej w pytaniu w ppkt h) Zamawiający informuje, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykonawca krajowy musi przedstawić koncesję potwierdzającą, że posiada uprawnienia w zakresie obrotu systemem obserwacji lotniczej i radarem poszukiwawczym 360°, a Wykonawca zagraniczny, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że posiada uprawnienia w zakresie obrotu systemem obserwacji lotniczej i radarem poszukiwawczym 360 °. Dlatego też dokument ten (uprawnienie) musi być ważny przez cały okres obowiązywania umowy.

W odpowiedzi na propozycję zmiany zawartej w pytaniu w ppkt g) Zamawiający informuje, że postanowienia § 13 ust. 1 lit. g są dyspozycja zawartą w art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego też nie ma możliwości modyfikacji obowiązujących przepisów.

Ponadto Zamawiający informuje, że wszystkie przypadki dotyczące odstąpienia od umowy wymienione w § 13, nie są równoznaczne z natychmiastowym oraz obligatoryjnym odstąpieniem od umowy. Zamawiający, tak jak wskazuje treść § 13 ust. 1 „... może odstąpić od umowy/zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy ...”

Pytanie nr 2: Aktualna treść § 6 ustanawia trzy rodzaje kary umownej przewidzianej na okoliczność: (i) nieterminowej realizacji przedmiotu umowy, (ii) nieterminowej realizacji zobowiązań gwarancyjnych (opóźnienia w usunięciu wad lub usterek) oraz (iii) odstąpienia od umowy przez Wykonawcę.

Odnosząc się do pierwszej z wymienionych kar, mechanizm jej naliczania pozbawiany jest okresu usprawiedliwionego (tzw. grace period) kiedy to kara zostanie aktywowana. Przewidzenie takiego okresu jest uzasadnione specyfiką przedmiotu umowy oraz pracami badawczo-rozwojowymi wymaganymi dla realizacji przedmiotowej umowy.

Druga kategoria kar umownych również powinna w mechanizmie jej naliczenia uwzględniać okres usprawiedliwiony (tzw. grace period). Nie da się bowiem precyzyjnie i uniwersalnie ustawić terminu realizacji każdego ze zgłoszeń reklamacyjnych dla wszystkich elementów całego samolotu. W tym zakresie niezbędna jest możliwość zezwolenia wykonawcy na skorzystanie z okresu usprawiedliwionego przed zastosowaniem sankcji w postaci naliczenia kary umownej.

Dodatkowo zastrzeżone w umowie kary umowne powinny stanowić wyłączne uprawnieni wykonawcy w zakresie wystąpienia ewentualnej szkody. W tym zakresie zgodnie z art. 484 Kodeksu Cywilnego, możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych powinna być wyłączona.

Z uwagi na powyższe wnosimy o zmianę Projektu Umowy poprzez:

a) Zmianę § 6 ust. 1 lit. (a) w następujący sposób:

W przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy - w wysokości 0,3 % ceny jednostkowej netto określonej w § 3 ust. 2 za każdy samolot i za każdy dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po upływie terminu wykonania powiększonego o 90 dni, o którym mowa w § 2 ust. 1, jednak nie więcej niż 5 % wartości ceny jednostkowej netto niedostarczonego samolotu, o której mowa w § 3 ust. 2

c) Zmianę § 6 ust. 1 lit. (b) w następujący sposób:

W przypadku niedotrzymania terminu w usunięciu wad lub usterek - w wysokości 0,08% ceny jednostkowej netto określonej w § 3 ust. 2 za każdy samolot i za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wad lub usterek przedmiotu umowy w okresie gwarancyjnym, licząc od dnia następnego po upływie terminów, o których mowa w § 7 ust. 8 i 9 powiększonych o 90 dni, jednak nie więcej niż 90 % wartości jednostkowej ceny netto naprawianego samolotu, o której mowa w § 3 ust. 2.

c) Usunięcie w całości § 6 ust. 11.

Odpowiedź na pytanie nr 2: Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez potencjalnego wykonawcę zamówienia.

Pytanie nr 3: Z uwagi, że stronami umowy będą podmioty profesjonalne, warunki gwarancji powinny być w precyzyjny i zupełny sposób określone w umowie. Zakres gwarancji opisany w § 7 Projektu Umowy odpowiada w przedmiotowi umowy, stąd prawo do skorzystania z rękojmi powinno być na mocy art. 558 Kodeksu Cywilnego wyłączone. Wniosek w tym zakresie jest podyktowany specyfiką produkcji lotniczej oraz braku realnej możliwości zastosowania w sposób precyzyjny ogólnych postanowień regulujących rękojmię w Kodeksie Cywilnym do produktu jakim jest samolot. Pozostawienie tej kwestii w sposób otwarty, tj. przy zastosowaniu rękojmi obok gwarancji skutkuje dublowaniem się szeregu uprawnień przysługujących wykonawcy oraz rozszerzaniem katalogu możliwych scenariuszy działania. Termin obowiązywania rękojmi (w szczególności brak jego powiązania z godzinami nalotu samolotu i/lub starto-ładowaniami) oraz jej specyfika (taka jak możliwość odstąpienia od umowy, żądanie obniżenia ceny czy specyficzny reżim informowania o wystąpieniu wady pomiędzy przedsiębiorcami), skutkuje brakiem realnej możliwości zastosowania rękojmi dla sprzedaży samolotów. Utrzymanie takiej konstrukcji wykluczałoby możliwość odpowiedniego oszacowania przez wykonawcę wszelkich potencjalnych ryzyk związanych z realizacją umowy.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na zapis § 7 ust. 12 wskazujący na możliwość żądania zamawiającego dostarczenia nowych samolotów lub elementów wyposażenia dodatkowego w przypadku niemożności naprawy lub niespełnienia wymagań określonych w umowie po naprawie/wymianie części. Tego typu postanowienie, nie tylko jest postanowieniem w sposób obiektywny niemożliwym do realizacji, ale również jest postanowieniem wykraczającym poza ramy dopuszczalnej swobody kontraktowej. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 5 Kodeksu Cywilnego).

Z uwagi na powyższe wnosimy o:

a) Usunięcie w Projekcie Umowy wszelkich odwołań do rękojmi, a w szczególności dodanie następującego § 7 ust. 22:

Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi zostaje wyłączona.

b) Zmianę § 7 ust. 12 w następujący sposób:

W okresie gwarancji w przypadku trzech nieskutecznych napraw tego samego elementu samolotów lub wyposażenia dodatkowego, Wykonawca dostarczy i wymieni na nowy element o takich samych parametrach bądź lepszy.

Odpowiedź na pytanie nr 3: Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez potencjalnego wykonawcę zamówienia.

Pytanie nr 4: Realizacja tak zaawansowanej umowy nie może być odbyć się bez udzielenia przez zamawiającego zaliczek. W praktyce oznaczałoby to sytuację kredytowania zamówienia zamawiającego ze środków własnych wykonawcy do czasu ostatecznego odbioru samolotów. Przedmiot umowy zakłada konieczność przeprowadzenia zaawansowanych prac badawczo-rozwojowych. Zakłada również konieczność pozyskania wielu zaawansowanych systemów od ich producentów. Pozyskanie tych systemów jak również zlecenie prac badawczo rozwojowych, będzie wymagało dokonywania płatności w sposób ciągły i na bieżąco. Nie ma możliwości odwleczenia płatności za te elementy do roku 2020. Wydatki te choćby w części powinny być pokryte przez zamawiającego. Taki jest w tym zakresie standard rynkowy. Prawo Zamówień Publicznych zezwala na stosowanie zaliczek (art. 151a ust. 1), ograniczając tą możliwość wyłącznie do zamówień z wolnej ręki.

Z uwagi na powyższe wnosimy o zmianę § 3 Projektu Umowy poprzez dodanie możliwości udzielenia na rzecz wykonawcy zaliczki. W przypadku gdy zaliczka będzie przekraczać 20% całkowitej wartości umowy, zaliczka powinna być zabezpieczona w jednej lub kilku formach wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2 Prawa Zamówień Publicznych.

Odpowiedź na pytanie nr 4: Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez potencjalnego wykonawcę zamówienia.

Pytanie nr 5: Jednocześnie z uwagi na konieczność dokładnego przeanalizowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przeprowadzenia niezbędnych rozmów biznesowych z potencjalnymi partnerami oraz przeprowadzenia analizy odpowiedzi zamawiającego co do proponowanych modyfikacji Projektu Umowy, niniejszym zwracamy się z wnioskiem o wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 90 dni.

Odpowiedź na pytanie nr 5: Zamawiający nie wyraża zgody na przesunięcie terminu składania ofert o co najmniej 90 dni.

Modyfikacja SIWZ

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) informuję, że wprowadza zmiany do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w brzmieniu przytoczonym poniżej:

- Zmianie ulega Załącznik nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – rozdział II „Wymagania techniczne (na każdy samolot)” pkt 1 ppkt 5 tiret 3 – Uwaga (str. 5), który po wprowadzeniu zmiany otrzymuje brzmienie:

„Definicję maksymalnej prędkości przelotowej należy rozumieć jako maksymalna możliwa do osiągnięcia prędkość samolotu w locie poziomym przy mocy maksymalnej trwałej zespołów napędowych, bez przekroczenia ograniczeń eksploatacyjnych zespołów napędowych oraz płatowca, podanych w Instrukcji Użytkowania w Locie”.

- Zmianie ulega Załącznik nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – rozdział II „Wymagania techniczne (na każdy samolot)” pkt 2 ppkt 8 lit. b (str. 15), który po wprowadzeniu zmiany otrzymuje brzmienie:

„musi być zapewniona możliwość użytkowania systemu w zakresie prędkości statku powietrznego, co najmniej (minimum) do 180 kt IAS;”

- Zmianie ulega Załącznik nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – rozdział II „Wymagania techniczne (na każdy samolot)” pkt 3 ppkt 13 lit. b (str. 20), który po wprowadzeniu zmiany otrzymuje brzmienie:

„musi być zapewniona możliwość użytkowania radaru w zakresie prędkości statku powietrznego, co najmniej (minimum) do 180 kt IAS;”

Wszystkie odpowiedzi, wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego oraz wprowadzone zmiany stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i należy je uwzględnić podczas przygotowywania ofert.

Z poważaniem

płk SG Jarosław KORŁAK