

Nidzica, dnia 21.05.2020r.

OZK.272.4.2020

PYTANIA I ODPOWIEDZI,

ODPOWIEDZI NA ZAPYTANIA WYKONAWCÓW

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia **Uruchomienie e-usług publicznych, dostawę sprzętu i oprogramowania IT z modernizacją systemów dziedzinowych Starostwa Powiatowego w Nidzicy wraz ze szkoleniami na potrzeby realizacji projektu pn. „E-administracja w Powiecie Nidzickim”.**

Informuję, iż w prowadzonym postępowaniu złożone zostały wnioski o wyjaśnienie treści siwz.
Poniżej treść zapytań wraz z odpowiedziami.

Pytanie 1

§7 ust. 8 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z obecnym brzmieniem §7 ust. 8 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, Wykonawca zobowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania odpowiedniej części zamówienia Podwykonawcy. W przypadku niewykonania tego zobowiązania Zamawiający jest uprawniony, według swego wyboru, do:

- 1) naliczenia kary umownej w wysokości określonej w §15 za każdy przypadek posłużenia się Podwykonawcą, co do którego zachodzą podstawy wykluczenia lub
- 2) odstąpienia od Umowy i naliczenia kary umownej jak za odstąpienie od umowy z winy Wykonawcy.”

Z uwagi na surowy rygor związany z niewykonaniem przez Wykonawcę opisanego postanowieniem zobowiązania, celem jego doprecyzowania oraz w myśl ustawowej zasady przejrzystości zamówień publicznych, Wykonawca proponuje doprecyzowanie treści powołanego postanowienia i uregulowanie trybu w jakim Zamawiający poinformuje Wykonawcę o stwierdzeniu, iż wobec danego Podwykonawcy zachodzą wg niego podstawy kluczenia.

Dodatkowo Wykonawca zwraca uwagę, że wskutek odstąpienia od umowy dochodzi do rozwiązania umowy ze skutkiem wstecznym, co oznacza, że w takiej sytuacji żadna ze stron nie może dochodzić kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Innymi słowy, po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy. W tym miejscu należy podkreślić, że m.in. uchwała SN z 18.07.2012 r., sygn. akt III CZP 39/12, przesądziła, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Zgodzić się należy z wynikającym z w/w uchwały stanowiskiem, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy nie pełni roli sankcji finansowej dla drugiej strony za samo skorzystanie z prawa odstąpienia, lecz jej celem jest naprawienie szkody spowodowanej niewykonaniem przez kontrahenta zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. Istotą kary umownej za nienależyte wykonanie umowy (w tym za opóźnienie lub zwłokę w jej wykonaniu) jest założenie, że wykonanie umowy nastąpi, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu). Z kolei konstrukcja kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania zakłada, że umowa nie zostanie wykonana. W rezultacie gdy kontrahent opóźnia się z wykonaniem umowy i z tej przyczyny druga strona od kontraktu odstępuje, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Nie może być więc kumulowana kara umowna zastrzeżona na wypadek nienależytego wykonania umowy i kara za niewykonanie zobowiązania. Nie jest bowiem możliwe jednoczesne spełnienie przesłanek, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, a jednocześnie nie wykonać tej samej umowy.

Strona odstępująca od umowy zgodnie z ustalonymi umową przesłankami, nie może zatem żądać od kontrahenta zapłaty zarówno kary umownej z tytułu odstąpienia, jak i kar z tytułu nienależytego wykonania umowy, gdyż kary te wzajemnie się wykluczają (kara umowna za odstąpienie „pochłania” kary za nienależyte wykonanie).

Tym samym, celem realizacji zasady przejrzystości i wobec wymogu zgodności z przepisami polskimi powszechnie obowiązującymi, koniecznym jest zamienienie w treści omawianego postanowienia spójnika „lub” na spójnik „albo”, bowiem w języku prawnym spójnik „lub” sugeruje, że Zamawiający będzie mógł wykorzystać zarówno każdą opcję z osobna, jak i obydwie naraz, co z uwagi na wyżej zaprezentowaną argumentację prawną nie może mieć miejsca.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się tym samym z wnioskiem o zmianę wyżej przytoczonego brzmienia §7 ust. 8 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa, na następujące brzmienie:

„Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, Zamawiający poinformuje o powyższym Wykonawcę w formie pisemnego wezwania pod rygorem nieważności, złożonego bez zbędnej zwłoki od powzięcia informacji na temat podstaw wykluczenia. Wykonawca zobowiązany jest wówczas zastąpić tego Podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania odpowiedniej części zamówienia Podwykonawcy. W przypadku zawinionego niewykonania tego zobowiązania w terminie 30 dni od otrzymania przez Wykonawcę pisemnego wezwania od Zamawiającego, Zamawiający jest uprawniony, według swego wyboru, do:

1) naliczenia kary umownej w wysokości określonej w §15 za każdy przypadek posłużenia się Podwykonawcą, co do którego zachodzą podstawy wykluczenia

albo

2) odstąpienia od Umowy i naliczenia kary umownej jak za odstąpienie od umowy z winy Wykonawcy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 2

§9 ust. 1 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §9 ust. 1 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Zamawiający ma prawo do weryfikacji należytego wykonania Umowy dowolną metodą, w tym także z wykorzystaniem opinii zewnętrznego audytora. W szczególności uzgodnienie określonych scenariuszy testowych nie wyklucza prawa do weryfikacji prac innymi testami.”

Biorąc pod uwagę poufność oraz tajemnice przedsiębiorstwa Wykonawcy, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie treści omawianego postanowienia, w taki sposób, by prawo do weryfikacji należytego Wykonania Umowy z wykorzystaniem opinii zewnętrznego audytora nie było realizowane przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy – powyższe z uwagi na ryzyko ujawnienia wskazanych tajemnic prawnie chronionych i ogromne ryzyko biznesowe Wykonawcy.

Tym samym Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia §9 ust. 1 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące: „Zamawiający ma prawo do weryfikacji należytego wykonania Umowy dowolną metodą, w tym także z wykorzystaniem opinii zewnętrznego audytora, jednak nie będącego podmiotem wykonującym działalność konkurencyjną wobec działalności Wykonawcy. W szczególności uzgodnienie określonych scenariuszy testowych nie wyklucza prawa do weryfikacji prac innymi testami.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 3

§9 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §9 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Dokonanie odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności na prawo dochodzenia odszkodowań, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po wykonaniu Umowy.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę na treść art. 563 k.c., który ma odpowiednie zastosowanie do zawieranej pomiędzy Stronami Umowy. Na podstawie wskazanego przepisu, przy sprzedaży między przedsiębiorcami kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie, a w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później - jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu.

Mając na uwadze regulację kodeksu cywilnego oraz ogólnych reguł obowiązujących przy umowach zawieranych pomiędzy podmiotami profesjonalnymi, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o zmodyfikowanie aktualnego brzmienia §9 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące tak by pozostawało w zgodzie z zacytowaną wyżej regulacją Kodeksu cywilnego:

„Dokonanie odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności na prawo dochodzenia odszkodowań, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po wykonaniu Umowy. Zamawiający zbada Przedmiot Umowy i poinformuje Wykonawcę o wykrytej wadzie Przedmiotu Umowy niezwłocznie po jej stwierdzeniu w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności czynności. Brak dochowania wymogu niezwłoczności zgłoszenia wady Przedmiotu Umowy skutkuje utratą uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 4

§9 ust. 6 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §9 ust. 6 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Jeżeli podczas odbioru zostaną stwierdzone wady lub usterki przedmiotu odbioru Zamawiający sporządzi protokół, w którym:

- a. wskaże, na czym te usterki lub wady polegają;
- b. wyznaczy termin do 7 dni roboczych na usunięcie stwierdzonych wad i usterek przez Wykonawcę”.

Celem doprecyzowania zacytowanego postanowienia oraz określenia przez Strony umowy wiążącej procedury, która umożliwi Wykonawcy realną naprawę stwierdzonych wad i usterek, Wykonawca proponuje zmianę tego postanowienia na następujące brzmienie:

„Jeżeli podczas odbioru zostaną stwierdzone wady lub usterki przedmiotu odbioru Zamawiający sporządzi protokół, w którym:

- a. wskaże, na czym te usterki lub wady polegają;
- b. wyznaczy termin do 7 dni roboczych na usunięcie stwierdzonych wad i usterek przez Wykonawcę.

Gdyby naprawa wady lub usterki okazała się niemożliwa w terminie 7 dni roboczych z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, Wykonawca przed upływem terminu 7 dni roboczych poinformuje Zamawiającego w formie pisemnej o zaistniałych okolicznościach uniemożliwiających naprawę w przewidzianym terminie oraz wskaże szacowany termin przekazania przedmiotu odbioru bez wad i usterek”.

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 5

§10 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §10 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowy: „Warunki gwarancji dla dostarczonych urządzeń to poziom NBD – Wykonawca zapewnia przyjmowanie zgłoszeń 24h na dobę, czas reakcji w ciągu następnego dnia

roboczego, obsługa zgłoszeń przez minimum 8 godzin pomiędzy 7:00 a 19:00 w dni robocze, nieodpłatną naprawę lub wymianę uszkodzonych komponentów (części) w siedzibie Zamawiającego.”

Wykonawca zwraca w tym miejscu uwagę na znaczną różnorodność błędów tj. możliwe jest zaistnienie zarówno drobnej usterki jak i błędów o możliwym różnym stopniu krytyczności i skomplikowania. Ponadto wymaga podkreślenia, iż określone funkcjonalności mające wpływ na prawidłową pracę oprogramowania mogą być najczęściej przez Wykonawcę naprawiane w formie zdalnej. Tym samym bezcelowym jest pozostawienie §10 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowy w obecnym brzmieniu, bowiem stwarza zbędną fikcję konieczności dokonywania usług w ramach gwarancji w siedzibie Zamawiającego, co najczęściej nie jest konieczne.

Wykonawca proponuje zatem zmianę aktualnego brzmienia §10 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące brzmienie:

„Wykonawca zapewnia w ramach gwarancji przyjmowanie zgłoszeń 24h na dobę, czas reakcji w ciągu następnego dnia, obsługa zgłoszeń przez minimum 8 godzin pomiędzy 9:00 a 15:00 w dni robocze, nieodpłatną zdalną naprawę lub wymianę uszkodzonych komponentów (części), a jeżeli będą tego wymagać okoliczności naprawa będzie dokonywana również w siedzibie Zamawiającego.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający dokonuje zmiany treści umowy w następujący sposób:

Wykonawca zapewnia w ramach gwarancji przyjmowanie zgłoszeń 24h na dobę, czas reakcji w ciągu następnego dnia, obsługę zgłoszeń przez minimum 8 godzin pomiędzy 7:30 a 15:30 w dni robocze, nieodpłatną zdalną naprawę, a jeżeli będą tego wymagać okoliczności naprawę lub wymianę uszkodzonych komponentów (części) w siedzibie Zamawiającego.

Pytanie 5

§10 ust. 9 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §10 ust. 9 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Wykonawca zapewnia ogólnopolską, telefoniczną linię techniczną producenta urządzenia lub autoryzowanego partnera umożliwiającą w czasie obowiązywania gwarancji po podaniu numeru seryjnego urządzenia weryfikację: konfiguracji sprzętowej serwera, w tym model i typ dysków twardych, procesora, ilość fabrycznie zainstalowanej pamięci operacyjnej, czasu obowiązywania i typ udzielonej gwarancji. Zamawiający dopuszcza realizację powyższych wymagań za pośrednictwem strony www producenta urządzeń.”

W imię zasady przejrzystości oraz wobec nieprecyzyjnego brzmienia powołanego postanowienia – Wykonawca nie może „zapewnić” linii technicznej producenta urządzenia, bowiem nie może przejąć odpowiedzialności za okoliczności i podmioty od niego niezależne, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualnego brzmienia §10 ust. 9 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące brzmienie:

„Wykonawca udostępni Zamawiającemu kontakt na ogólnopolską, telefoniczną linię techniczną producenta urządzenia lub autoryzowanego partnera umożliwiającą w czasie obowiązywania gwarancji po podaniu numeru seryjnego urządzenia weryfikację: konfiguracji sprzętowej serwera, w tym model i typ dysków twardych, procesora, ilość fabrycznie zainstalowanej pamięci operacyjnej, czasu obowiązywania i typ udzielonej gwarancji. Zamawiający dopuszcza realizację powyższych wymagań za pośrednictwem strony www producenta urządzeń.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający dokonuje zmiany treści umowy zgodnie z powyższą propozycją.

Pytanie 6

§10 ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §10 ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Serwis gwarancyjny będzie świadczony w miejscu instalacji sprzętu (dotyczy: wskazanych w siwz).”

Mając na uwadze, że naprawa błędów i usterek może być w znacznej większości realizowana w sposób zdalny, co jest korzystnym dla obu Stron rozwiązaniem, Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia §10 ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowy na następujące:

„Serwis gwarancyjny będzie świadczony w miarę możliwości zdalnie bądź w razie potrzeby w miejscu instalacji sprzętu (dotyczy: wskazanych w siwz). W razie naprawy zdalnej Zamawiający udostępni Wykonawcy dostęp do infrastruktury oprogramowania celem realizacji usług serwisowych.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający dokonuje zmiany treści umowy zgodnie z powyższą propozycją.

Pytanie 7

§12 ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §12 ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Informatyczne nośniki danych, kopie, certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia, o których mowa w poprzednim ustępie, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi przez producenta Oprogramowania. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia są wystarczające i zgodne z wymogami określonymi przez producenta. W tym celu Zamawiający może zwracać się do osób trzecich, w tym producenta Oprogramowania.”

Biorąc pod uwagę poufność oraz tajemnice przedsiębiorstwa Wykonawcy, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie treści omawianego postanowienia, w taki sposób, by prawo do weryfikacji zgodności z wymogami określonymi przez producenta Oprogramowania nie było realizowane przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy – powyższe z uwagi na ryzyko ujawnienia wskazanych tajemnic prawnie chronionych i ogromne ryzyko biznesowe Wykonawcy.

Tym samym Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia §12 ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące: „Informatyczne nośniki danych, kopie, certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia, o których mowa w poprzednim ustępie, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi przez producenta Oprogramowania. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia są wystarczające i zgodne z wymogami określonymi przez producenta. W tym celu Zamawiający może zwracać się do osób trzecich, w tym producenta Oprogramowania, jednak Zamawiający nie będzie zwracać się w tym celu do podmiotów świadczących działalność konkurencyjną wobec Wykonawcy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 8

§15 ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §15 ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Kary umowne są niezależne od siebie i należą się Zamawiającemu w pełnej wysokości nawet w przypadku, gdy z powodu jednego zdarzenia naliczona jest więcej niż jedna kara.”

W tym miejscu wskazuję, że skutek odstąpienia od umowy dochodzi do rozwiązania umowy ze skutkiem wstecznym, co oznacza, że w takiej sytuacji żadna ze stron nie może dochodzić kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Innymi słowy, po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy. W tym miejscu należy podkreślić, że m.in. uchwała SN z 18.07.2012 r., sygn. akt III CZP 39/12, przesądziła, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Zgodzić się należy z wynikającym z w/w uchwały stanowiskiem, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy nie pełni roli sankcji finansowej dla drugiej strony za samo skorzystanie z prawa

odstąpienia, lecz jej celem jest naprawienie szkody spowodowanej niewykonaniem przez kontrahenta zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. Istotą kary umownej za nienależyte wykonanie umowy (w tym za opóźnienie lub zwłokę w jej wykonaniu) jest założenie, że wykonanie umowy nastąpi, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu). Z kolei konstrukcja kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania zakłada, że umowa nie zostanie wykonana. W rezultacie gdy kontrahent opóźnia się z wykonaniem umowy i z tej przyczyny druga strona od kontraktu odstępuje, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Nie może być więc kumulowana kara umowna zastrzeżona na wypadek nienależytego wykonania umowy i kara za niewykonanie zobowiązania. Nie jest bowiem możliwe jednoczesne spełnienie przesłanek, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, a jednocześnie nie wykonać tej samej umowy.

Strona odstępująca od umowy zgodnie z ustalonymi umową przesłankami, nie może zatem żądać od kontrahenta zapłaty zarówno kary umownej z tytułu odstąpienia, jak i kar z tytułu nienależytego wykonania umowy, gdyż kary te wzajemnie się wykluczają (kara umowna za odstąpienie „pochłania” kary za nienależyte wykonanie)

Mając na uwadze powyższe, celem doprecyzowania treści zobowiązań umownych i w myśl ustawowej zasady przejrzystości zamówień publicznych, Wykonawca proponuje doprecyzowanie treści powołanych postanowień i dodanie drugiego zdania do §15 ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa, który zgodnie z linią orzeczniczą Sądu Najwyższego ustanowi, iż:

„W przypadku odstąpienia od Umowy, Zamawiający nie będzie dochodził od Wykonawcy kar umownych z tytułu nienależytego wykonania Umowy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 9

§15 ust. 3 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §15 ust. 3 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Kary umowne są należne także w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia.”

Mając na uwadze uzasadnienie i argumenty prawne przytoczone w Pytaniu 8 powyżej, w tym przede wszystkim uchwałę SN z 18.07.2012 r., sygn. akt III CZP 39/12, która przesądziła, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy, Wykonawca celem doprowadzenia Umowy do stanu zgodnego z prawem, wnioskuje o wykreślenie §15 ust. 3 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa.

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 10

§15 ust. 4 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §15 ust. 4 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Kwoty kar umownych będą płatne w terminie wskazanym w żądaniu Zamawiającego.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę na podstawowe zasady postępowania w sprawie zamówień publicznych, do których należy m.in. zasada przejrzystości i jasności postępowania oraz zasada ekwiwalentności. W związku z powyższym celowym jest doprecyzowanie nazbyt ogólnego brzmienia §15 ust. 4 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa oraz określenie minimalnego terminu w jakim Wykonawca uiści należne kary umowne. W przeciwnym wypadku uznać należałoby, że w sposób ewidentny naruszona została zasada równości stron umowy.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualnego brzmienia §15 ust. 4 Załącznika nr 2 do SIWZ - Umowa, na następujące brzmienie:

„Kwoty kar umownych będą płatne w terminie wskazanym w żądaniu Zamawiającego, jednak nie krótszym niż 30 dni od dnia otrzymania żądania Zamawiającego.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 11

§15 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Na podstawie §15 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Naliczone kary umowne nie przekroczą 100% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §14 ust. 1 niniejszej umowy.”

Wykonawca w tym miejscu zwraca uwagę, że zastrzeżony w ten sposób górny limit kar umownych uznać należy za sprzeczny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, bowiem powszechnie przedział ten na gruncie kontraktów publicznoprawnych osiąga górny pułap na poziomie maksymalnie 10-40% wartości wynagrodzenia umownego.

Zgodnie z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej: „Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty” (KIO 1601/18). Powyższy wyrok KIO nawiązuje do wyroku SN z dnia 22.10.2015 r. (IV CSK 687/14), w którym Sąd wskazał, że: „nie określenie 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 nienależytym 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”.

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, LEX nr 341635, oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, LEX nr 81615). Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Biorąc pod uwagę, że aktualne brzmienie §15 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa jest niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, orzecznictwem sądów powszechnych w tym Sądu Najwyższego oraz stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w omawianej materii, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację aktualnego brzmienia §15 ust. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na brzmienie następujące:

„Naliczone kary umowne nie przekroczą 20% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §14 ust. 1 niniejszej umowy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 12

§15 ust. 6 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §15 ust. 6 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Strony zgodnie ustalają, że naliczona przez Zamawiającego kara umowna może zostać przez niego potrącona z należnego Wykonawcy wynagrodzenia określonego w §14 Umowy.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę, że wprowadzenie przedmiotowego postanowienia jest sprzeczne z zasadą ekwiwalentności, równości i zasadą przejrzystości, stojących u podstaw postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadza niedopuszczalne zachwianie uprawnień stron w zakresie wynikających z możliwości narzucenia przez Zamawiającego ogólnie kary umownej, nawet przy braku ziszczenia się podstawowego warunku jakim jest wina Wykonawcy. Wykonawca pozbawiony zostaje tym samym możliwości wykazania przed Zamawiającym, że konkretne okoliczności zaistniały z przyczyn przez niego niezawinionych, a co za tym idzie brak jest postaw do naliczenia kary.

Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecnictwem sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, w tym zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., sygn. I CSK 748/12, nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

Tym samym wobec nadmiernej arbitralności, jaką omawiane postanowienie wprowadza po stronie Zamawiającego oraz wobec jego niezgodności z prawem, Wykonawca wnioskuje o usunięcie §15 ust. 6 z treści Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa.

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 13

§15 ust. 7 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §15 ust. 7 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „O ile wyraźnie nie postanowiono inaczej, w zakresie kar umownych opisanych Umową, odpowiedzialność za zwłokę oznacza przyjęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za przekroczenie terminu wskazanego w Umowie lub wyznaczonego zgodnie z postanowieniami Umowy na zasadzie ryzyka, od której może się uwolnić wyłącznie wykazując, że zwłoka nastąpiła z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub było spowodowane przyczynami o charakterze siły wyższej.”

Omawiane postanowienie zaburza drastycznie równowagę stron umowy i jest sprzeczne z porządkiem prawa zamówień publicznych. Wykonawca w świetle tego postanowienia miałby ponosić nieuzasadnione ryzyko biznesowo-gospodarcze zaistnienia okoliczności, na które nie ma wpływu, nie są przez niego zawinione, a finalnie mogą skutkować po zaistnieniu nieprzewidzianych zdarzeń, w związku z rażąco wysokimi karami umownymi znacznymi problemami finansowymi, a nawet upadłością Wykonawcy. Zacytowane w powyższych pytaniach orzecznictwo sądów powszechnych, w tym Sądu Najwyższego stoi jasno na stanowisku, iż podstawą zapłaty kary umownej przez Wykonawcę jest zaistnienie po jego stronie winy, która skutkowałą nienależytym wykonaniem zobowiązania bądź jego niewykonaniem. Tworzenie konstrukcji, w oparciu o którą Zamawiający przerzuca ogół ryzyka biznesowo-gospodarczych na Wykonawcę jest niedopuszczalne i wprost sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o usunięcie §15 ust. 7 z treści Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa jako wprost sprzecznego z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, jak i podstawowymi zasadami postępowania w sprawie zamówień publicznych.

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 14**§15 ust. 8 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa**

Zgodnie z §15 ust. 8 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Zamawiający naliczy kary umowne w przypadku zwłoki w terminie każdego z Etapów opisanych harmonogramem, o którym mowa w §4 ust. 2 niniejszej umowy, w wysokości 0,05% łącznego wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 20% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

W związku z jednolitym stanowiskiem doktryny oraz sądów powszechnych, zgodnie z którym zastrzeżone kary umowne nie mogą być nadmiernie wygórowane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela oraz w związku z okolicznością, że kary mogą być egzekwowane od Wykonawcy tylko gdy ponosi winę za dane uchybienie, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualne brzmienia §15 ust. 8 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące: „Zamawiający naliczy kary umowne w przypadku zawinionej przez Wykonawcę zwłoki w terminie każdego z Etapów opisanych harmonogramem, o którym mowa w §4 ust. 2 niniejszej umowy, w wysokości 0,01% łącznego wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 15**§15 ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa**

Zgodnie z §15 ust. 10 zd. 1 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Zamawiający naliczy kary umowne z tytułu niedotrzymania terminów wykonania przedmiotu umowy ustalonych w § 4 ust. 1 lit a i b, w wysokości 0,05% łącznego wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 20 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

W związku z jednolitym stanowiskiem doktryny oraz sądów powszechnych, zgodnie z którym zastrzeżone kary umowne nie mogą być nadmiernie wygórowane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela oraz w związku z okolicznością, że kary mogą być egzekwowane od Wykonawcy tylko gdy ponosi winę za dane uchybienie, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualne brzmienia §15 ust. 10 zd. 1 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące: „Zamawiający naliczy kary umowne z tytułu zawinionego przez Wykonawcę niedotrzymania terminów wykonania przedmiotu umowy ustalonych w § 4 ust. 1 lit a i b, w wysokości 0,01% łącznego wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 16**§15 ust. 11 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa**

Zgodnie z §15 ust. 11 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Za zwłokę w przekazaniu informacji o zmianie danych dotyczących Podwykonawców w terminie o którym mowa w §7 ust. 4 niniejszej umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02% łącznego wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 14 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

W związku z jednolitym stanowiskiem doktryny oraz sądów powszechnych, zgodnie z którym zastrzeżone kary umowne nie mogą być nadmiernie wygórowane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela oraz w związku z okolicznością, że kary mogą być egzekwowane od Wykonawcy tylko gdy ponosi winę za dane

uchybiecie, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualne brzmienia §15 ust. 11 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące: „Za zwinioną przez Wykonawcę zwłokę w przekazaniu informacji o zmianie danych dotyczących Podwykonawców w terminie o którym mowa w §7 ust. 4 niniejszej umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,01% łącznego wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 14 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 17

§15 ust. 12 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §15 ust. 12 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Za zwłokę w przekazaniu informacji o zamiarze powierzenia prac nowemu Podwykonawcy w terminie o którym mowa w §7 ust. 4 niniejszej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02% łącznego wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 14 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

W związku z jednolitym stanowiskiem doktryny oraz sądów powszechnych, zgodnie z którym zastrzeżone kary umowne nie mogą być nadmiernie wygórowane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela oraz w związku z okolicznością, że kary mogą być egzekwowane od Wykonawcy tylko gdy ponosi winę za dane uchybienie, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualne brzmienia §15 ust. 12 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące: „Za zwinioną przez Wykonawcę zwłokę w przekazaniu informacji o zamiarze powierzenia prac nowemu Podwykonawcy w terminie o którym mowa w §7 ust. 4 niniejszej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,01% łącznego wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 14 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 niniejszej umowy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 18

§15 ust. 13 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §15 ust. 13 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 20% łącznego wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w §14 ust. 1 niniejszej umowy w przypadku odstąpienia od Umowy z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy. Dla uniknięcia wątpliwości kara jest należna zarówno w przypadku odstąpienia umownego, jak i na podstawie przepisów ustawy, zarówno odstąpienia ze skutkiem do całej Umowy, jak i odstąpienia w części.”

Taki sposób określenia zasad odpowiedzialności narusza równowagę kontraktową stron w nadmiernym stopniu. Na podstawie tak sformułowanej klauzuli Wykonawca przejmuje na siebie w zasadzie wszystkie ryzyka, jakie mogą wystąpić w procesie realizacji Umowy i uniemożliwić jej terminową realizację. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności i negatywnych następstw zdarzeń, które nie są zależne od jego woli, a mieścić się będą według stanowiska Zamawiającego w nieostrym pojęciu „okoliczności leżących po stronie Wykonawcy”.

W orzecznictwie KIO skutecznie kwestionowana jest treść SIWZ w zakresie w jakim przewiduje ona zamieszczenie we wzorze umowy klauzuli wiążącej kary umowne z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada, uznając to za przejaw naruszenia przepisów KC (art. 353¹ –zasada swobody umów, art. 5 –nadużycie prawa podmiotowego) oraz PZP (art. 7 i 29 – zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców) – tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21 maja 2014 r., sygn. KIO 923/14.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Zgodnie z wnioskami Raportu Urzędu Zamówień Publicznych z marca 2018 r., dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Od stron umowy o zamówienie publiczne wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości.

Wobec niejednoznacznego rozumienia zacytowanego postanowienia („okoliczności leżące po stronie Wykonawcy” która to przesłanka obejmuje również stany faktyczne niezawinione przez Wykonawcę) oraz wobec zastrzeżenia zbyt wysokiej kary umownej (zastrzeżenie kary umownej w nadmiernej wysokości zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego), Wykonawca proponuje zmianę dotychczasowego brzmienia §15 ust. 13 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące:

„Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5% łącznego wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w §14 ust. 1 niniejszej umowy w przypadku odstąpienia od Umowy z powodu okoliczności zawinionych po stronie Wykonawcy. Dla uniknięcia wątpliwości kara jest należna zarówno w przypadku odstąpienia umownego, jak i na podstawie przepisów prawa, zarówno odstąpienia ze skutkiem dla całej Umowy, jak i odstąpienia w części, jeżeli Umowa lub przepis to przewiduje. W przypadku odstąpienia od części Umowy kara umowna będzie zmniejszona proporcjonalnie do zakresu Umowy zrealizowanego przez Wykonawcę – 5% wynagrodzenia brutto proporcjonalnie do zakresu Umowy, od którego Zamawiający odstąpił z winy Wykonawcy”.

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 19

§16 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa

Zgodnie z §16 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa: „Jeżeli Wykonawca będzie realizował Umowę w sposób wadliwy albo sprzeczny z Umową, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zmiany sposobu jej wykonywania i wyznaczy mu w tym celu dodatkowy termin, nie krótszy niż 14 dni. Po bezskutecznym upływie tego terminu Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w terminie 14 dni licząc od dnia powzięcia wiadomości o okoliczności uzasadniającej odstąpienie od umowy. Wezwanie będzie wystosowane w formie pisemnej lub elektronicznej pod rygorem bezskuteczności.

2. Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiedzy o niżej wskazanych okolicznościach:

1) bez wyznaczania terminu dodatkowego w przypadku, w którym zwłoka Wykonawcy skutkująca opóźnieniem odbioru etapu wskazanego w harmonogramie, o którym mowa w §4 ust. 2 niniejszej umowy wyniesie co najmniej 30 dni lub w przypadku odbioru końcowego co najmniej 45 dni;

2) bez wyznaczania dodatkowego terminu, kiedy Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub ukończeniem Przedmiotu Umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał go ukończyć w zakresie wdrożenia w terminie określonym w §4 ust. 1 lub też z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, przerwie wykonywanie Umowy na okres dłuższy niż 21 dni;

3) nastąpi istotna zmiana okoliczności powodująca, 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 bezpieczeństwu publicznemu. W takim przypadku

Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach, a wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy;

4) nastąpiła niedopuszczalna zmiana składu Wykonawców, którzy wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia i wspólnie je uzyskali;

5) dojdzie do ogłoszenia upadłości lub rozwiązania firmy Wykonawcy.

3. W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę, Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części Umowy.

4. W przypadku odstąpienia od Umowy, Strony są zobowiązane do następujących czynności:

1) w terminie 7 dni od daty odstąpienia od Umowy, Wykonawca przy udziale Zamawiającego, sporządzenia protokołu z inwentaryzacji wykonanych w ramach umowy prac według stanu na dzień odstąpienia od Umowy;

2) ustalenia sposobu zabezpieczenia przerwanych prac na koszt strony odpowiedzialnej za odstąpienie od Umowy;

3) Wykonawca zgłosi do odbioru przez Zamawiającego zakres prac przerwanych, jeżeli odstąpienie od Umowy nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada;

4) Zamawiający zobowiązany jest do dokonania odbioru prac przerwanych oraz do zapłaty wynagrodzenia za prace, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, jeżeli odstąpienie od Umowy nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada.

5. Odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności takiego oświadczenia oraz powinno zawierać uzasadnienie.”

Wzór umowy kreuje zróżnicowaną sytuację stron na zdecydowaną niekorzyść Wykonawcy w zakresie w jakim prawo do odstąpienia od Umowy przyznane zostało wyłącznie Zamawiającemu.

Tym samym mając ma uwadze zasadę wzajemnej równości stron zamówienia publicznego oraz konieczność zapewniania równowagi kontraktowej, Wykonawca zwraca się z prośbą o zmodyfikowanie aktualnej treści §16 Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez dodanie do tego postanowienia ust. 6 o następującej treści:

„Jeżeli Zamawiający nie współdziała z Wykonawcą w zakresie przewidzianym postanowieniami Umowy, a współdziałanie to jest konieczne do wykonania Umowy, Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od Umowy po uprzednim wezwaniu Zamawiającego do zapewnienia koniecznego współdziałania i wyznaczeniu mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 14 dni, z zagrożeniem odstąpienia od Umowy w razie jego bezskutecznego upływu. Wezwanie będzie wystosowane w formie pisemnej lub elektronicznej pod rygorem bezskuteczności. Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia w terminie 14 dni licząc od dnia powzięcia wiadomości o okoliczności do odstąpienia.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Pytanie 20

Mając ma uwadze zasadę wzajemnej równości stron zamówienia publicznego oraz konieczność zapewniania równowagi kontraktowej i zgodności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego (Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych z tytułu okoliczności, za które ponosi winę), Wykonawca zwraca się z prośbą o zmodyfikowanie aktualnej treści §16 ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ – Umowa na następujące brzmienie:

„Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiedzy o niżej wskazanych okolicznościach:

1) po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnienia w terminie 14 dni, gdy zawiniona przez Wykonawcę zwłoka skutkująca opóźnieniem odbioru etapu wskazanego w harmonogramie, o którym mowa w §4 ust. 2 niniejszej umowy wyniesie co najmniej 30 dni lub w przypadku odbioru końcowego co najmniej 45 dni;

2) po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnienia w terminie 14 dni, kiedy Wykonawca z przyczyn przez niego zawinionych opóźnia się z rozpoczęciem lub ukończeniem Przedmiotu Umowy tak dalece,

że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał go ukończyć w zakresie wdrożenia w terminie określonym w §4 ust. 1 lub też z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę przerwie wykonywanie Umowy na okres dłuższy niż 21 dni;

3) nastąpi istotna zmiana okoliczności powodująca, 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 bezpieczeństwu publicznemu. W takim przypadku Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach, a wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej części umowy;

4) nastąpiła niedopuszczalna zmiana składu Wykonawców, którzy wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia i wspólnie je uzyskali;

5) dojdzie do ogłoszenia upadłości lub rozwiązania firmy Wykonawcy.”

ODPOWIEDŹ

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na końcu pisma.

Stanowisko Zamawiającego w sprawie pytań 1-4, 7-20:

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy złożonego wniosku o wyjaśnienie treści siwz.

W pierwszej kolejności zważyć należy, iż celem art. 38 ustawy Pzp, na który powołuje się Wykonawca, jest doprecyzowanie lub uszczegółowienie intencji Zamawiającego zawartych w siwz; takie stanowisko w sposób jednoznaczny wyrażone zostało w orzecznictwie KIO (np. KIO z 29.01.2013 r., KIO 112/13). Art. 38 uPzp stanowi zatem narzędzie do poprawy ewentualnych omyłek Zamawiającego, co ma w rezultacie umożliwić wykonawcy złożenie oferty zgodnej z siwz i oczekiwaniami Zamawiającego. W doktrynie ugruntowało się stanowisko, iż przepis ten pozwala na wyjaśnianie jedynie wątpliwości związanych z treścią siwz; nie powinno więc na jego podstawie domagać się wprowadzenia zmian do specyfikacji, polemizować z treścią jej zapisów na innej drodze niż odwołanie, czy też zadawać zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące treścią siwz. (tak: J. Pieróg, Komentarz do art. 38 Prawa zamówień publicznych, wyd. 15, 2019, Legalis).

W odniesieniu do pytań nr 1-4, 7-20 Zamawiający stwierdził, iż nie stanowią one wniosku o wyjaśnienie niejasności czy wątpliwości wynikających z nieprecyzyjnych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a próbę wymuszenia na Zamawiającym zmiany zapisów umowy w sposób korzystny dla Wykonawcy. Podkreślić należy, iż to Zamawiający, mając na celu interes publiczny, ma swobodę (ograniczoną oczywiście przepisami ustawy Pzp) w kształtowaniu warunków postępowania. Jednocześnie, z ostrożności procesowej Zamawiający oświadcza, iż nie wyraża zgody na zmiany treści umowy zaproponowane przez Wykonawcę dot. pytań nr 1-4, 7-20.

Pozostałe zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostają bez zmian.

Powyższe zmiany są wiążące dla Wykonawców.

Z poważaniem

STAROSTA
Marcin Paliński

Załącznik: Wzór umowy (zaktualizowany)