

Reszel, dnia 28 stycznia 2019 r.

Znak sprawy: TB.271.4.2019.ZP

Wykonawcy, zainteresowani zamówieniem

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą:

„Dostawa licencji i wdrożenie oprogramowania, przeprowadzenie modernizacji systemów dziedzicznych, uruchomienie e-usług publicznych oraz modernizacja strony WWW” w ramach projektu pn. Wdrożenie e-usług w Gminie Reszel realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020, Oś Priorytetowa 3 „Cyfrowy Region”, Działanie 3.1 Cyfrowa dostępność informacji sektora publicznego oraz wysoka jakość e-usług publicznych.”

Zamawiający, Gmina Reszel, informuje iż do w/w postępowania zostały złożone pytania. W związku tym zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie 1

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia, rozdział OGÓLNE WARUNKI GWARANCJI DOSTARCZANYCH SYSTEMÓW INFORMATYCZNYCH, zawarł wymaganie „Wykonawca zapewnia dostosowanie do obowiązujących przepisów nie później niż w dniu ich wejścia w życie, chyba że, zmiany prawne nie zostały ogłoszone z minimum 30-dniowym terminem poprzedzającym ich wprowadzenie w życie. W przypadku, jeżeli zmiany nie zostały ogłoszone z minimum 30-dniowym terminem poprzedzającym ich wprowadzenie w życie Wykonawca zobligowany jest do ich wprowadzenia w ciągu 30 dni roboczych od dnia wprowadzenia przepisu w życie.”. Tymczasem Wzór Umowy, § 10 GWARANCJA, ust. 10 różni się od tego z Opisu Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca prosi o potwierdzenie, że wiążącym jest zapisu ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że wiążącym jest zapis ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Pytanie 2

Zamawiający w załączniku nr 8.1 do SIWZ, wzór umowy, § 10, ust. 14 opisuje wymaganie „Jeżeli Wykonawca stwierdzi, iż przyczyna Awarii, Błędu lub Wady leży poza Przedmiotem Umowy, w szczególności w Infrastrukturze Zamawiającego, Wykonawca nie jest zobowiązany do usunięcia Awarii, Błędu lub Wady, lecz jest zobowiązany:

- 1) wskazać przyczynę nieprawidłowego działania Przedmiotu Umowy poprzez wskazanie elementu, który ją powoduje, a jeżeli to możliwe także podmiotu odpowiedzialnego za usunięcie takiej nieprawidłowości działania Przedmiotu Umowy,*

2) w razie zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego – do wsparcia osoby trzeciej usuwającej przyczyny zgłoszenia, w tym udzielenia takiej osobie wszelkich informacji o Przedmiocie Umowy, potrzebnych do przywrócenia pełnej jego funkcjonalności.”.

Wykonawca wskazuje, że w ramach umowy jest odpowiedzialny jedynie za dostarczone rozwiązania i diagnoza wykraczająca poza ramy tego rozwiązania nie powinna leżeć w zakresie Wykonawcy. Tymczasem Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dokonywał diagnozy np. infrastruktury Zamawiającego i wskazywał, który z elementów powoduje usterkę. Wykonawca wnosi o usunięcie tego zapisu ze względu na fakt, iż wykracza on poza ramy umowy i zobowiązuje Wykonawcę do wykonywania czynności, które leżą po stronie Zamawiającego.

Odpowiedź:

Przedmiotowy paragraf wzoru umowy odnosi się do nieprawidłowego funkcjonowania przedmiotu umowy w kontekście środowiska Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego nie jest możliwym prawidłowe funkcjonowanie przedmiotu umowy bez przeprowadzenia przez Wykonawcę analiz przedwdrożeniowych i prac analitycznych, które odnosić się będą również do całego środowiska Zamawiającego. Zamawiający oczekuje, że na podstawie zebranej wiedzy w procesie wyżej wskazanych prac Wykonawca powinien być w stanie określić, które z elementów środowiska Zamawiającego mogą powodować awarię w zakresie przedmiotu umowy. Warto także zauważyć, że to Zamawiający określa przedmiot umowy – formułuje go w taki sposób by odpowiadał jego potrzebom, zatem twierdzenie przez Wykonawcę, że element wynikający z umowy leży poza ramami umowy jest bezzasadny. Zamawiający nie modyfikuje treści załącznika nr 8 do SIWZ we wnioskowanym zakresie.

Pytanie 3

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział „OGÓLNE WYMOGI ZWIĄZANE Z DOSTĘPNOŚCIĄ TREŚCI”, punkt 1, podpunkt 2) – 5) zawarł wymagania, których spełnienie nie leży po stronie Wykonawcy dostarczającego dane rozwiązanie, lecz po stronie administratora rozwiązania. Przykładem jest tu wymaganie „dla wszystkich nagranych (nieprzetworzonych na żywo) materiałów dźwiękowych i wideo, publikowanych na stronie, takich jak np. podcasty dźwiękowe, pliki mp3, itd. zapewniona zostanie transkrypcja opisowa nagranych dźwięków”. Wykonawca wskazuje, że publikacja jakichkolwiek materiałów leży po stronie administratora i to on powinien zadbać o transkrypcję opisową itd. Wykonawca wnosi o usunięcie tych zapisów lub sprecyzowanie w opisie wymagań, że ich realizacja nie leży po stronie Wykonawcy, chodzi o podpunkty 2) – 5).

Odpowiedź:

Załącznik nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział „OGÓLNE WYMOGI ZWIĄZANE Z DOSTĘPNOŚCIĄ TREŚCI” punkt 1, podpunkt 2) - 5) leży po stronie Wykonawców w przypadku jeżeli treści przygotowane przez nich będą miały charakter treści np. materiałów dźwiękowych. Zamawiający nie modyfikuje treści Załącznika nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział „OGÓLNE WYMOGI ZWIĄZANE Z DOSTĘPNOŚCIĄ TREŚCI” punkt 1, podpunkt 2) - 5).

Pytanie 4

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ, rozdział „Opracowanie i wdrożenie e-usług na 3PD” opisuje usługi

- „Wniosek o wydanie decyzji o ulgę w spłacie zobowiązań podatkowych” – prosimy o potwierdzenie, że chodzi o wydane decyzji w sprawie umorzenia należności, rozłożenia na raty, odroczenia terminu;
- „Zaświadczenie o przeznaczeniu terenu w miejscowym planie zagospodarowania terenu przestrzennego lub studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego” - jako że Zamawiający w toku tego postępowania nie zamawia oprogramowania GIS, wykonawca prosi o potwierdzenie, że spełnienie realizacji tej usługi będzie polegało na utworzeniu formularza elektronicznego na platformie ePUAP, następnie umożliwienie pobrania dokumentu przez system obiegu dokumentów i odpowiedź tą samą drogą za pomocą pisma ogólnego.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że realizacja usługi na 3 poziomie dojrzałości polega na utworzeniu formularza elektronicznego na platformie ePUAP, następnie umożliwieniu pobrania dokumentu przez system obiegu dokumentów i udzielenie odpowiedzi.

Pytanie 5

§7 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Zgodnie z obecnym brzmieniem § 7 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy, termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż do 14 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Wykonawca w tym miejscu pragnie zwrócić uwagę, że termin 14 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej jest terminem zbyt krótkim i nie znajdującym uzasadnienia prawnego. Nawet przepisy p.z.p. dotyczące regulacji umów o podwykonawstwo zamówienia na roboty budowlane w art. 143 b ust. 2 określają Wykonawcy 30 dniowy termin na zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy licząc od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Mając na uwadze brak uzasadnienia dla tak krótkiego okresu na uregulowanie przez Wykonawcę zobowiązań, Wykonawca zwraca się z propozycją zmiany aktualnego brzmienia § 7 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy na następujące:

„Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej”

Odpowiedź:

Zgodnie z art. 143b ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej Pzp, „Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej”. Tym samym ustawa wskazuje maksymalny termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, który nie może trwać dłużej niż 30 dni, nie

przesądza jednak o możliwości skorzystania z terminu krótszego. Wskazuje na to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2015 r., KIO 1032/15

W związku z powyższym Zamawiający nie stwierdza przesłanek do wprowadzenia zmian w zapisie §7 ust.11 załącznika nr 8 do SIWZ – wzór umowy

Pytanie 6

§7 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §7 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy, dokonanie przez Wykonawcę wszystkich należnych podwykonawcom płatności, poświadczonych potwierdzonymi za zgodność kopiami faktur i dowodami przelewu oraz złożonymi oświadczeniami przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę, jest warunkiem koniecznym do uruchomienia wynagrodzenia dla Wykonawcy.

Wykonawca nie widzi uzasadnienia dla pozostawienia w treści umowy zacytowanego postanowienia. Stosunek prawny łączący Wykonawcę z Zamawiającym jest odrębnym stosunkiem prawnym od stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z Podwykonawcą. Mając na uwadze powyższe nie ma żadnego uzasadnienia prawnego uzależnianie wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy od dokonania szeregu czynności dotyczących stosunku prawnego Wykonawcy z Podwykonawcą. Wykonawca jest odpowiedzialny względem Podwykonawcy z tytułu powstałych należności tak mocą postanowień wzoru umowy jak i mocą przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Tym samym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o usunięcie aktualnego §7 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy.

Odpowiedź:

Zgodnie z art. 143c ust 1 Pzp art. 647¹ Kc Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Jednocześnie konsekwencje brak powyższego zapisu naruszałby art. 44 ust 3 pkt 3 ustawy o finansach publicznych.

W związku z powyższym Zamawiający nie widzi podstaw do usunięcia wskazanego zapisu

Pytanie 7

„§15 ust. 12 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §15 ust. 12 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy, jeżeli roboty objęte przedmiotem niniejszej umowy będzie wykonywał podmiot inny niż Wykonawca lub inny niż Podwykonawca skierowany do wykonania robót zgodnie z procedurą określoną w § 7, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 15 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 umowy.

Zgodnie z art. 353[1] k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego

Wobec niejednoznacznego rozumienia zacytowanego postanowienia oraz zbyt wysoko określonej wysokości kary umownej (zastrzeżenie kary umownej w nadmiernej wysokości zgodnie z orzecnictwem sądów powszechnych jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego) , Wykonawca proponuje zmianę dotychczasowego brzmienia §15 ust. 12 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy na następujące:

„Jeżeli roboty objęte przedmiotem niniejszej umowy będzie wykonywał podmiot inny niż Wykonawca, a w przypadku zawarcia umowy o podwykonawstwo podmiot inny niż Podwykonawca skierowany do wykonania robót zgodnie z procedurą określoną w § 7, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 umowy.”

Odpowiedź:

Zgodnie z § 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Z powyższego zapisu wynika uprawnienie Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia publicznego. Tym samym Zamawiający ma prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes zgodnie z uzasadnionymi potrzebami. Jednym z takich warunków jest dowolny sposób formułowania postanowień dotyczących kar umownych. Świadczą o tym orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO/UZP 1431/08, KIO/UZP469/09, KIO/UZP 779/08. Nadmienić należy, że kara ta dotyczy tylko sytuacji, w której zamówienie realizować będzie podmiot nie znany Zamawiającemu. Dla Wykonawcy starannie realizującego swoje obowiązki umowne, kara ta nie powinna stanowić żadnego zagrożenia.

W zawiązku z powyższym Zamawiający nie stwierdza przesłanek do wprowadzenia zmian w zapisie §15 ust.12 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Pytanie nr 8

§ 3 ust. 8 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Proponujemy nowe brzmienie § 3 ust. 8 umowy, o następującej treści:

„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Umowy w sposób niepowodujący zaprzestania lub zakłócenia pracy Infrastruktury Zamawiającego. Powyższe nie dotyczy elementów Infrastruktury Zamawiającego, których wyłączenie z eksploatacji lub ograniczenie eksploatacji Strony uzgodniły, z zastrzeżeniem, że Zamawiający zobowiązuje się współdziałać z Wykonawcą przy realizacji umowy w sposób zapewniający Wykonawcy możliwość jej terminowego wykonania.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie stwierdza przesłanek do wprowadzenia zmian w zapisie § 3 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ.

Pytanie nr 9

„§ 5 ust. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Wykonawca wnosi o usunięcie postanowienia w ust. 2 § 5 Wzoru Umowy: „W celu uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że jeżeli Strony nie zdefiniowały danego działania niezbędnego do prawidłowej realizacji Umowy jako obowiązku Zamawiającego, Stroną zobowiązaną do wykonania takiego działania jest Wykonawca.”. Taki zapis oznacza, że Wykonawca będzie zmuszony do wykonania każdej czynności, nawet takiej która w dniu składania ofert nie jest oczywista, co przeczy zasadzie równości stron Umowy.”

Odpowiedź:

Zgodnie z opinią zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2014 r. (sygn. Akt. KIO 69/14 Izba stwierdza „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2010 r., sygn. Akt KIO/UZP 1189/10)”.
Obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, a obowiązkiem Wykonawcy jest uwzględnienie i skalkulowanie w ofercie wszelkich czynności, które mogą zaistnieć w związku z realizacją zamówienia, w tym ryzyk.

Pytanie nr 10

„§ 10 ust. 12 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Wnosimy o doprecyzowanie postanowienia § 10 ust. 12 poprzez wskazanie, iż przez „dni robocze” należy rozumieć wszystkie dni z pominięciem sobót, niedziel i świąt ustawowo wolnych od pracy.”

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że do zapisów określonych w załączniku nr 8 do SIWZ powinno stosować się zapisy rozdziału „Definicje” określone w załączniku nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, gdzie Zamawiający określił co rozumie przez termin „dni robocze - wszystkie dni z pominięciem sobót, niedziel i świąt ustawowo wolnych od pracy”.

Zgodnie art. 115 Kc w związku z § 20 ust. 3 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy „jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą”

Pytanie nr 11

„§ 12 ust. 1 pkt 1) Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Wprowadzenie przez Zamawiającego do umowy postanowienia w § 12 ust. 1 pkt. 1 Umowy – może umożliwić osobom trzecim korzystanie z opracowań oprogramowania, co jest działaniem na szkodę Wykonawcy. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że zwielokrotnianie oprogramowania jest tylko i wyłącznie dla celów bezpieczeństwa i będzie wykorzystywane jedynie przez Zamawiającego. Wobec powyższego Wykonawca proponuje następujące brzmienie § 12 ust. 1 pkt 1);

Zamawiający dokona modyfikacji treści § 12 ust. 1 pkt 1. § 12 ust. pkt uzyskuje brzmienie:

„trwałe lub czasowe zwielokrotnianie Oprogramowania w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, w tym zwielokrotnianie Oprogramowania dokonywane podczas wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przechowywania Oprogramowania, w tym także utrwalanie i zwielokrotnianie Oprogramowania dowolną techniką, w tym techniką zapisu magnetycznego lub techniką cyfrową, taką jak zapis na płycie CD, DVD, Blu-ray, urządzeniu z pamięcią flash lub jakimkolwiek innym nośniku pamięci wyłącznie do wykorzystania przez Zamawiającego.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie modyfikuje treści załącznika nr 8 do SIWZ. Zamawiający potwierdza, że zwielokrotnianie oprogramowania jest tylko i wyłącznie dla celów bezpieczeństwa i będzie wykorzystywane jedynie przez Zamawiającego.

Pytanie nr 12

§15 ust. 7 – Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §15 ust. 7 „O ile wyraźnie nie postanowiono inaczej, w zakresie kar umownych opisanych Umową, odpowiedzialność za opóźnienie 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 opóźnienie nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub było spowodowane przyczynami o charakterze siły wyższej.”

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 27.09.2013 r., sygn. akt I CSK 748/12: „Rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 Kodeksu Cywilnego (dalej: „KC”) odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 KC), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela (art. 3531 KC). Choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 KC. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.”

W świetle przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz orzecznictwa tak sądów powszechnych jak i Sądu Najwyższego - kara umowna może zostać naliczona jedynie za zwłokę tj. kwalifikowaną i zawinioną postać opóźnienia.. Warunkiem zatem powstania odpowiedzialności dłużnika, która warunkowałaby zasadność nałożenia na niego kar umownych, jest nie tylko wystąpienie po stronie dłużnika szkody oraz związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zaistnieniem szkody a działaniem dłużnika, ale również wina po stronie dłużnika.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę brzmienia poniżej postanowienia §15 ust. 7 –następującym brzmieniem:

„O ile wyraźnie nie postanowiono inaczej, w zakresie kar umownych opisanych Umową, odpowiedzialność za opóźnienie oznacza przyjęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za przekroczenie terminu wskazanego w Umowie lub wyznaczonego zgodnie z postanowieniami Umowy na zasadzie winy.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie widzi przesłanek do wprowadzania zmian w zapisie § 15 ust. 7 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy.

Pytanie nr 13

„§15 ust. 13 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Zgodnie z obecnym brzmieniem §15 ust. 13 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy: „Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 60 000,00 zł 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”

W związku z okolicznością, iż powyższe postanowienia pozostają w sprzeczności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego a ponadto istnieje ryzyko, że kwota zaproponowanej przez Zamawiającego kary umownej uznana zostanie za rażąco wygórowaną, Wykonawca w celu usunięcia powstałych wątpliwości zwraca się z prośbą o nadanie dotychczasowemu brzmieniu z §15 ust. 13 Załącznika nr 8 do SIWZ –do umowy następującego brzmienia:

„Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 20 000,00 zł w przypadku odstąpienia od Umowy z powodu okoliczności zawinionych przez Wykonawcę. 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”

Odpowiedź:

W związku z faktem, iż zadanie dofinansowywane jest ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020, Oś Priorytetowa 3 „Cyfrowy Region”, Działanie 3.1 Cyfrowa dostępność informacji sektora publicznego oraz wysoka jakość e-usług publicznych” konieczna jest terminowa realizacja i rozliczenie zamówienia. Odstąpienie umowne Wykonawcy ze skutkiem dla całej Umowy, jak i odstąpienie w części doprowadzić mogą do utraty dofinansowania. Skutkować to będzie koniecznością przeprowadzenia kolejnego postępowania celem wyboru Wykonawcy. Może to naruszyć harmonogram działań przewidziany umową na dofinansowanie.

W związku z powyższym jak i odpowiedziami na pytanie 7 Zamawiający nie widzi przesłanek do wprowadzania zmian w §15 ust. 13 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Pytanie nr 14

§ 15 Kary za odstąpienie Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Wykonawca wnosi o wprowadzenie do § 15 tożsamego, jak zastrzeżone dla Zamawiającego w § 15 ust. 13, uprawnienia dla Wykonawcy do żądania kary umownej w przypadku odstąpienia od Umowy o następującej treści:

„Wykonawca naliczy karę umowną w wysokości 20 000,00 zł w przypadku odstąpienia od Umowy z powodu okoliczności zawinionych przez Zamawiającego. 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”. Zastrzeżenie możliwości obciążenia karą umowną tylko przez Zamawiającego rażąco narusza równowagę stron umowy, jako uprzywilejowaną wyłącznie stronę Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający przychylił się do wniosku Wykonawcy i dokonał w zapisie Załącznika nr 8 do SIWZ- wzór umowy modyfikacji w zakresie wprowadzenia do § 15 ust. 14, zgodnie z żądaniem Wykonawcy, który otrzymuje brzmienie „Wykonawca naliczy karę umowną w wysokości 20 000,00 zł w przypadku odstąpienia od Umowy z powodu okoliczności zawinionych przez Zamawiającego. 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. Kara nie dotyczy przypadku określonego w art. 145 ustawy pzp”.

Pytanie nr 15

§15 Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Czy opóźnieniem w rozumieniu § 15 Umowy jest również opóźnienie niezawinione i niezależne od Wykonawcy? Prosimy o interpretację ww. zapisu.

Odpowiedź:

Opóźnienie występuje wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązania w ustalonym terminie lub w terminie wynikającym z właściwości zobowiązania. Zatem dłużnik popada w opóźnienie, jeżeli jest w stanie spełnić świadczenie, ale świadczenia nie spełnia. Zamawiający dopuścił możliwość przedłużenia terminu w przypadku braku możliwości spełnienia świadczenia w terminie z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę. Zatem każde opóźnienie, o którego przyczynach wystąpienia wykonawca nie poinformuje Zamawiającego i nie uzasadni jego wystąpienia okolicznościami niezależnymi od wykonawcy w celu przedłużenia terminu wykonania umowy, będzie podstawą do naliczania kar umownych za opóźnienie.

Pytanie nr 16

„§ 15 ust. 8, ust. 9, ust. 10, ust.11 - Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się z wnioskiem, aby w § 15 ust. 8, ust. 9, ust. 10, ust.11 Umowy słowo „opóźnienie” zostało zastąpione poprawnym terminologicznie pojęciem „zwłoka”. Zamawiający w § 15 wzoru Umowy precyzując kary używa określenia „opóźnienie” a nie „zwłoka”. Wnoskujemy o zmianę nazewnictwa przyczyny naliczenia kary z „opóźnienia” na „zwłokę”, która jasno wskazuje na winę jednej ze stron, podczas gdy opóźnienie nie musi wynikać z opieszałości jedynie wykonawcy, równie dobrze może mieć na to wpływ działanie Zamawiającego, itd. Zgodnie z powszechnym poglądem przyjętym w orzecznictwie kara umowna może zostać przyznana tylko i wyłącznie w przypadku zwłoki, to jest działania zawinionego ze strony Wykonawcy. Nie ma możliwości obciążenia Wykonawcy karą umowną w sytuacji niezawinionego opóźnienia, zmiana terminologii jest zatem zabiegiem który umożliwi operowanie poprawnymi pojęciami prawnymi. Czy istnieje uzasadnienie, aby wykonawcę obciążać skutkami okoliczności niezawinionych.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie widzi przesłanek do zamiany, w zapisie § 15 ust. 8, ust. 9, ust. 10, ust.11 załącznika nr 8 do SIWZ - wzór umowy, słowa „opóźnienie” na „zwłoka”. Zgodnie z zapisami §8 ust. 1, 2, 3 Zamawiający dopuszcza zmianę terminu realizacji umowy z obiektywnych, różnych przyczyn. O ile takowe nastąpią Zamawiający będzie realizował zapisy umowy.

Pytanie nr 17

„§ 17 ust. 10 pkt 2)- Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się z prośbą o zastąpienie nazwy Generalny Inspektorat Ochrony Danych Osobowych aktualną nazwą tj. Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych.”

Odpowiedź:

Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy i dokona modyfikacji zapisów umowy w powyższym zakresie, § 17 ust. 10 pkt 2) Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy otrzymuje

brzmienie: jeśli Wykonawca otrzyma informację o planowanej u Wykonawcy kontroli organu nadzoru, w szczególności Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych;

Pytanie nr 18

„§ 19 Przetwarzanie danych osobowych Załącznika nr 8 do SIWZ – Wzór umowy

Wnosimy o usunięcie postanowień paragrafu 19, gdyż postanowienia te znajdują się w całości w paragrafie 17 ust. 12.”

Odpowiedź:

Zamawiający przychylił się do wniosku Wykonawcy i dokonał modyfikacji w powyższym zakresie.

Wyjaśnienie:

Pytania i odpowiedzi na nie stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert.

Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert nie ulegają zmianie.

BURMISTRZ RESZLA

Marek Janiszewski