

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

WYJAŚNIENIE SIWZ

Data : 15.05.2020r.

Dotyczy : wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na :
**„Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
w przetargu nieograniczonym opublikowanym w Dzienniku Unii Europejskiej pod
numerem 188920-2020-PL, w dniu 23.04.2020r.**

Zamawiający:

Nazwa Zamawiającego: Gmina Lidzbark Warmiński
REGON: 510742787
NIP: 743-18-62-715
Miejscowość Lidzbark Warmiński
Adres: ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński
tel/fax (089) 767 32 74
e-mail: a.krynicka@gminalidzbark.com

Na podstawie art.38 ust.1 i ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.) wyjaśniam treść pytań skierowanych do Zamawiającego:

PYTANIE 1 :

§2 pkt 4 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 oraz

§11 ust. 3 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z obecnym brzmieniem §2 pkt 4 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1, System to spójna całość Oprogramowania - wraz z niezbędną do jego poprawnego działania infrastrukturą - dostarczonego, zmodyfikowanego, rozbudowanego i wytworzonego w ramach Umowy, wraz z nośnikami, dokumentacją techniczną, dokumentacją użytkowników i administratora tego oprogramowania, umożliwiającą osiągnięcie określonego rezultatu, tj. udostępnienia mieszkańcom usług publicznych drogą elektroniczną w oparciu o współpracujące ze sobą systemy informatyczne.

Na podstawie §11 ust. 3 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1, Gwarancja na System udzielona jest począwszy od dnia odbioru końcowego przedmiotu umowy na okres [uzupełnić zgodnie z ofertą Wykonawcy]miesiące.

Tym samym świadczenia Wykonawcy wynikające z tytułu gwarancji, w tym związane z usuwaniem Awarii, Błędów i Wad będą w świetle umowy wymagalne od Wykonawcy począwszy od dnia odbioru końcowego przedmiotu Umowy.

W tym miejscu Wykonawca zwraca się z zapytaniem jaki podmiot będzie odpowiedzialny za naprawę sprzętu w ramach Systemu w przypadku zaistnienia Awarii, Błędów i Wad w okresie

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

od rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy aż do dnia odbioru końcowego przedmiotu umowy, kiedy swój bieg dopiero rozpocznie w świetle Umowy Gwarancja na System.

ODPOWIEDŹ :

Wykonawca będzie odpowiedzialny za naprawę sprzętu w ramach Systemu w przypadku zaistnienia Awarii, Błędów i Wad w okresie od rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy aż do dnia odbioru końcowego przedmiotu umowy, kiedy swój bieg dopiero rozpocznie w świetle Umowy Gwarancja na System.

PYTANIE 2 :

§5 ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z §5 ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Jeżeli opóźnienie wynika z okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania ewentualnych dodatkowych prac wynikających z opóźnienia, które to prace okażą się niezbędne do realizacji Umowy”.

Mając na uwadze okoliczność konieczności zagwarantowania równowagi kontraktowej stron zamówienia publicznego oraz fakt, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem tak Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych – Wykonawca nie może ponosić ujemnych następstw z tytułu okoliczności, za jakie nie ponosi winy (pojęcie „okoliczności leżących po stronie Wykonawcy” obejmuje również okoliczności niezawinione przez Wykonawcę), Wykonawca zwraca się tym samym z wnioskiem o zmianę wyżej przytoczonego brzmienia §5 ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1, na następujące brzmienie:

„Jeżeli opóźnienie wynika z okoliczności zawinionych przez Wykonawcę, Wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania ewentualnych dodatkowych prac wynikających z opóźnienia, które to prace okażą się niezbędne do realizacji Umowy”.

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 5 ust 7 Wzoru Umowy bez zmian. Art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: ustawa Pzp) stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.; dalej: KC), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zamawiający odsyła do przepisów Kodeksu w kwestii odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienia wynikające z winy realizującego zamówienie (zlecenie). Gmina Lidzbark Warmiński informuje, że w jej interesie jest, by przedmiotowe zamówienie zostało wykonane w terminie (taki jest m. in. cel postępowania), tak więc, bez względu na to, jaki Wykonawca złoży najkorzystniejszą ofertę, oczywistym jest, że Zamawiający, dołoży wszelkich starań by „wesprzeć” Wykonawcę w realizacji zamówienia.

PYTANIE 3 :

§7 ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z §7 ust. 7 zd. 1 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „W przypadku niewykonania zobowiązania, o którym mowa w poprzednim ustępie, Wykonawca zapłaci

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

Zamawiającemu karę umowną w wysokości określonej w § 19 za każdy dzień zwłoki w przekazaniu informacji”.

Celem doprecyzowania brzmienia §7 ust. 7 zd. 1 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 w związku z okolicznością, iż zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się zatem wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego jest następstwem okoliczności, za które on ponosi odpowiedzialność”(wyrok SN z dnia 16 listopada 2017 r., V CSK 28/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2017 r., I ACa 1003/16), Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę zacytowanego powyżej, aktualnego brzmienia §7 ust. 7 zd. 1 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 i jego zmianę na następujące brzmienie:

„W przypadku zawinionego przez Wykonawcę niewykonania zobowiązania, o którym mowa w poprzednim ustępie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości określonej w § 19 za każdy dzień zwłoki w przekazaniu informacji.”

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 7 ust 7 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła w tej materii do zapisów KC.

PYTANIE 4 :

§9 ust. 9 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z §9 ust. 8 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Zamawiający dopuszcza zmianę Umowy w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w Ustawie z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Art. 15 r, ust. 1 związanych ze stanem zagrożenia epidemicznego lub epidemii COVID-19, które nie były znane i możliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy. Jeśli w trakcie realizacji Umowy wystąpią nowe okoliczności związane z COVID-19 wpływające na należyte jej wykonanie, strony są zobowiązane do niezwłocznego poinformowania się wzajemnie o wpływie tych okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie. Dopuszczalne są następujące zmiany Umowy:

- 1) zmiana sposobu wykonania Przedmiotu Umowy poprzez realizację za pomocą środków zdalnej komunikacji tych zadań, dla których z Umowy lub załączników dla niej wynika obowiązek ich realizacji w siedzibie Zamawiającego, w przypadku obowiązywania w okresie realizacji tych zadań zgodnie z Harmonogramem Ramowym ograniczeń w przemieszczaniu się i/lub obostrzeń wpływających na możliwość wykonywania zadań w siedzibie Zamawiającego,
- 2) zawieszenie wykonywania Umowy, w przypadku jeżeli realizacja zadań zaplanowanych na danym etapie Harmonogramu Ramowego za pomocą środków zdalnej komunikacji jest niemożliwa; w takim przypadku termin realizacji Umowy przesuwa się o czas tego zawieszenia,
- 3) zmiana terminu realizacji etapu zamówienia wskazanego w Harmonogramie Ramowym w przypadku wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów,

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych i zmiana terminu realizacji Umowy, jeśli zmiana terminu realizacji etapu zamówienia w Harmonogramie Ramowym uniemożliwia wykonywanie kolejnych etapów realizacji zamówienia

4) zawieszenie wykonywania Umowy, w przypadku nieobecności osób, które Wykonawca przeznaczył do realizacji zamówienia, a które biorą udział w realizacji danego etapu wskazanego w Harmonogramie Ramowym; w takim przypadku termin realizacji Umowy przesuwa się o czas zawieszenia.”

Z kolei na podstawie §9 ust. 9 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Zmiany, o których mowa w ust. 8 nie mogą prowadzić do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy. W szczególności w przypadku realizacji przez Wykonawcę zadań za pomocą środków zdalnej komunikacji w sytuacji opisanej w ust. 8 pkt 1) ewentualne dodatkowe koszty z tym związane nie mogą obciążać Zamawiającego, a postanowienia §4 ust. 9 i 10 mają pełne zastosowanie.”

W tym miejscu Wykonawca pragnie odwołać się do art. 15 r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych: „Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w art. 15 r ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 p.z.p., w szczególności przez:

1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,

2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,

3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy,

- o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.”

Okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy mogą być zatem podstawą nie tylko do zmiany terminu wykonania umowy (w tym jego wydłużenia), ale również do podwyższenia wynagrodzenia z tym zastrzeżeniem, że wzrost wynagrodzenia nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy.

W tym miejscu Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 2 pkt 13 p.z.p., przez zamówienie publiczne należy rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W świetle zacytowanego przepisu, udzieleniem zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, której jedną z immamentnych cech jest odpłatność. Ponadto immamentną cechą umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych jest ich ekwiwalentność.

Należy podkreślić, że regulacja ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

niektórych innych ustaw oraz wprowadzony jej mocą art. 15 r, ma służyć przywróceniu zachwianej niespodziewanymi zdarzeniami ekwiwalentności świadczeń, w tej konkretnej sytuacji także zapobiegać negatywnym skutkom epidemii COVID-19 tak dla realizacji samego zamówienia publicznego, jak również zapobiegać powstaniu po stronie wykonawcy rażącej straty wywołanej nagłą, niespodziewaną zmianą sytuacji gospodarczej i biznesowej.

Wykonawca zwraca uwagę, iż aktualne brzmienie §9 ust. 9 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1, w zakresie w jakim odmawia Wykonawcy prawa do ubiegania się o podwyższenie Wynagrodzenia Umownego w sytuacji zaistnienia okoliczności przewidzianych w §9 ust. 8 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 pozostaje w bezpośredniej sprzeczności z podstawowymi dla reżimu zamówień publicznych - zasadą odpłatności i zasadą ekwiwalentności umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych. Brak jest jakichkolwiek podstaw uzasadniających obciążenie Wykonawcy zaistnieniem przewidzianych w Umowie wyjątkowych zdarzeń. Jest to postanowienie umowne sprzeczne z istotą nowelizacji regulacji o przeciwdziałaniu COVID-19, w tym niezgodne z nowowprowadzonym przepisem art. 15 r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację aktualnego brzmienia §9 ust. 9 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 na następującą treść:

„Zmiany, o których mowa w ust. 8 mogą prowadzić do zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy o którym mowa w § 17 Umowy maksymalnie o 50% pierwotnej wartości określonego tam Wynagrodzenia. Strony umowy w razie zaistnienia okoliczności o jakich mowa w §9 ust. 8 Umowy będą informować się wzajemnie o wpływie tych okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie danej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. To poinformowanie będzie udokumentowane poprzez dołączenie szczegółowych informacji wraz oświadczeniami lub dokumentami w zakresie zaistniałej okoliczności uzasadniającej przyznanie Wykonawcy podwyższenia pierwotnego Wynagrodzenia o którym mowa w § 17 Umowy”.

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 9 ust 9 Wzoru Umowy bez zmian. Zarówno ustawa Pzp jak i art. 15 r. ustawy z dnia z dnia 31 marca 2020r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r., poz. 568), dostatecznie precyzyjnie regulują przesłanki zmian o których mowa w przytoczonym wniosku Wykonawcy.

PYTANIE 5 :

§9 ust. 15 zd.2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z §9 ust. 15 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Po rozpatrzeniu wniosku o zmianę Zamawiający decyduje o udzieleniu zgody na wprowadzenie zmiany do Umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności w ciągu 7 dni roboczych. Zamawiający zastrzega sobie prawo niewydania zgody na zmianę Umowy.”

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

W związku z okolicznością, iż przesłanki wprowadzenia zmian do Umowy zostały wyczerpująco wymienione w §9 ust. 8, a kwestia wprowadzenia zmian do Umowy uwarunkowana jest obiektywnym zaistnieniem i udokumentowaniem okoliczności określonych przepisami prawa i Umową, a nie dowolną decyzją Zamawiającego, Wykonawca prosi o usunięcie §9 ust. 15 zd.2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 jako wprowadzającego w błąd co do możliwej dowolności Zamawiającego przy podjęciu decyzji o zmianie umowy w trybie art. 15 r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w zw. z w art. 144 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w sytuacji, gdy zarówno te przepisy te, jak i orzecznictwo oraz doktryna konkretnie precyzują przesłanki wprowadzenia takich zmian. Wykonawca wnioskuje o pozostawienie następującego brzmienia §9 ust. 15 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1:

„Po rozpatrzeniu wniosku o zmianę Zamawiający decyduje o udzieleniu zgody na wprowadzenie zmiany do Umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności w ciągu 7 dni roboczych.”

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 9 ust 15 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do zapisów przedmiotowego Wzoru oraz do art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

PYTANIE 6 :

§10 ust. 17 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z §10 ust. 17 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Dokonanie odbioru nie zwalnia Wykonawcy od odpowiedzialności, jeżeli na podstawie dotychczasowych prac wiedział lub jako podmiot profesjonalny powinien był wiedzieć, że odebrany przedmiot umowy nie spełnia wymagań określonych w Umowie i nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących na mocy powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, w tym w szczególności naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, 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 §10 ust. 17 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 na następujące tak by pozostawało w zgodzie z zacytowaną wyżej regulacją Kodeksu cywilnego:

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

„Dokonanie odbioru nie zwalnia Wykonawcy od odpowiedzialności, jeżeli na podstawie dotychczasowych prac wiedział lub jako podmiot profesjonalny powinien był wiedzieć, że odebrany przedmiot umowy nie spełnia wymagań określonych w Umowie i nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących na mocy powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, w tym w szczególności naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, 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 :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 10 ust 17 Wzoru Umowy bez zmian. Żaden przepis prawa nie nakłada na wykonawcę obowiązku złożenia oferty, ani do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów, o której mowa w art. 353¹ KC - konieczne jest wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczna z naturą stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju.

PYTANIE 7 :

§16 ust. 5 pkt 2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z brzmieniem §16 ust. 5 pkt 2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Dokumentacji stworzonej w wyniku wykonania zobowiązań wynikających z Umowy. Przeniesienie praw obejmuje następujące pola eksploatacji: 2) wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w Dokumentacji”.

Mając na uwadze, że Dokumentacja Dedykowana stanowić będzie utwór Wykonawcy, Wykonawca prosi o usunięcie pkt 2 z §16 ust. 5 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 wobec braku uzasadnienia w świetle zobowiązań umownych oraz celu Umowy dla dokonywania przez Zamawiającego dowolnych modyfikacji bądź zmian w Dokumentacji Dedykowanej.

ODPOWIEDŹ :

Dokumentacja Dedykowana to dokumentacja stworzona w wyniku wykonania zobowiązań wynikających z Umowy tylko i wyłącznie dla Zamawiającego, dlatego też Zamawiający oczekuje, że Wykonawca przeniesie na niego autorskie prawa majątkowe zgodnie z określonymi polami eksploatacji.

PYTANIE 8 :

§16 ust. 11 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

Na podstawie §16 ust. 11 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Niezależnie od postanowień poprzednich punktów, Wykonawca zezwala Zamawiającemu na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych Zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych Utworach. Wiedza ta może być wykorzystana w dowolny sposób przez Zamawiającego teraz i w przyszłości, w tym m.in. przekazana przez Zamawiającego osobom trzecim z nim współpracującym.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę na treść art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (art. 11 ust. 2 powołanej Ustawy).

Wykonawca jest przedsiębiorcą, prowadzi działalność gospodarczą. Aktualne brzmienie §16 ust. 11 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 wykracza daleko poza ramy Przedmiotu Umowy i celu jej realizacji, jakim jest dostarczenie Zamawiającemu Systemu zgodnie z wszelkimi wytycznymi określonymi mocą dokumentacji kontraktowej. O ile Wykonawca rozumie argumenty, dla których Zamawiający dąży do maksymalnego zabezpieczenia swojego interesu w zakresie możliwości realizacji praw do utworów składających się w ogóle na Przedmiot Umowy, o tyle zdanie drugie §16 ust. 11 wzoru Umowy, zgodnie z którym: : „Wiedza ta [wiedza techniczna, organizacyjna i inna zawarta w przekazanych Zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych Utworach] może być wykorzystana w dowolny sposób przez Zamawiającego teraz i w przyszłości, w tym m.in. przekazana przez Zamawiającego osobom trzecim z nim współpracującym” – wprost narusza uzasadniony interes Wykonawcy. Skutkiem przedmiotowego postanowienia mogą być liczne nadużycia ze strony Zamawiającego, które nie są w żaden sposób uzasadnione Przedmiotem Umowy i mogą skutkować wypłynięciem informacji mających dla Wykonawcy wartość gospodarczą i technologiczną, do której Wykonawca dochodził przez lata prowadzenia działalności gospodarczej. Tym samym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o usunięcie z aktualnego brzmienia §16 ust. 11 wzoru Umowy zdania drugiego i pozostawienie następującej treści:

„Niezależnie od postanowień poprzednich punktów, Wykonawca zezwala Zamawiającemu na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych Zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych Utworach celem wykonywania uprawnień Zamawiającego wynikających z Umowy oraz celem skutecznego wykorzystania Przedmiotu Umowy do działalności Zamawiającego.”

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 16 ust 11 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do zapisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1231 ze zm.)

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

PYTANIE 9 :

§16 ust. 12- 18 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z brzmieniem §16 ust. 12- 18 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1:

„WYPOWIEDZENIE LICENCJI

12. Ilekroć Umowa przewiduje udzielenie upoważnienia (licencji lub sublicencji) przez Wykonawcę, intencją Stron jest zbliżenie takiego upoważnienia na korzystanie z Oprogramowania Aplikacyjnego do umowy o charakterze jednorazowej transakcji podobnej do sprzedaży – w związku z tym w zamian za uiszczoną opłatę licencyjną (stanowiącą w przypadku Umowy element Wynagrodzenia) Zamawiający otrzymuje ciągłe, stałe i niewypowiadalne prawo do korzystania z takiego Oprogramowania w zakresie określonym w Umowie.

13. W przypadku gdyby postanowienie o niewypowiadalności licencji na Oprogramowanie Aplikacyjne przewidziane w poprzednim ustępie okazało się nieskuteczne lub nieważne, a Wykonawca byłby uprawniony do wypowiedzenia licencji, Strony uzgadniają dla Wykonawcy 10-letni (słownie: dziesięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ustępu następnego.

14. Wykonawca zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do wypowiedzenia licencji z wyjątkiem przypadków, w których Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem braku skutków i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzestania dopuszczania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.

15. W przypadku gdy podmiotem udzielającym licencji jest podmiot trzeci, Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że podmiot trzeci będzie przestrzegał powyższych zobowiązań.

16. Wykonawca zapewnia i gwarantuje, że podmiot trzeci nie wypowie udzielonych licencji. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja udzielana przez podmiot trzeci będzie zawierać zasady wypowiedzenia analogiczne do opisanych w poprzednich ustępach.

17. W przypadku gdy Wykonawca lub podmiot trzeci, mimo zobowiązania, o którym mowa w poprzednim ustępie, wypowie licencję, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego, na jego żądanie, kwoty odpowiadającej sumie opłaty licencyjnej za Oprogramowanie Aplikacyjne określonej w Umowie oraz rzeczywiście poniesionych przez Zamawiającego kosztów zapewnienia (w tym uzyskania licencji i wdrożenia) rozwiązania zastępczego, umożliwiającego dalszą eksploatację Systemu.

18. Powyższe postanowienia dotyczące wypowiedzenia stosuje się odpowiednio do Dokumentacji oraz innych Utworów, jeżeli są one przedmiotem licencji.”

W tym miejscu wskazuję, iż przeważający w doktrynie pogląd o braku możliwości wyłączenia „wypowiadalności” licencji udzielonej na czas nieoznaczony wynika z wykładni przepisu art. 68 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w powiązaniu z normą art. 3651 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 kodeks cywilny (dalej: k.c.) Pierwszy z przepisów stanowi, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego. Niemniej jednak norma art. 3651 k.c. – mająca zastosowanie do wszelkich zobowiązań bezterminowych o charakterze ciągłym – skutkuje uznaniem, że postanowienie licencji zawartej na czas nieoznaczony, wyłączające lub ograniczające uprawnienie do jej wypowiedzenia, byłoby postanowieniem nieważnym. W konsekwencji umowa licencyjna nie pozwala na zagwarantowanie obowiązku stron utrzymywania licencji w sposób trwały, nieograniczony w czasie.

W doktrynie ponadto podkreśla się, że wieloletnie terminy wypowiedzenia zmierzają wprost do obejścia prawa, a sądy powszechnie orzekające na temat takich stanów faktycznych uznają wieloletnie terminy wypowiedzenia za nieważne, skutkiem czego zastosowanie mają wówczas przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych – zatem zgodnie z art. 68 ust. 1 powołanej ustawy, gdy licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca (Wykonawca) może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację aktualnego brzmienia §16 ust. 12- 18 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 na następujące brzmienie:

„WYPOWIEDZENIE LICENCJI

12. Ilekroć Umowa przewiduje udzielenie upoważnienia (licencji lub sublicencji) przez Wykonawcę, intencją Stron jest zbliżenie takiego upoważnienia na korzystanie z Oprogramowania Aplikacyjnego do umowy o charakterze jednorazowej transakcji podobnej do sprzedaży – w związku z tym w zamian za uiszczoną opłatę licencyjną (stanowiącą w przypadku Umowy element Wynagrodzenia) Zamawiający otrzymuje ciągle, stałe prawo do korzystania z takiego Oprogramowania w zakresie określonym w Umowie.

13. Strony uzgadniają dla Wykonawcy 5-letni (słownie: pięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ustępu następnego.

14. Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w szczególności gdy Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie zostanie wystosowane w formie pisemnej i zawierać będzie zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzestania dopuszczania się przez Zamawiającego wskazanych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.

15. W przypadku gdy podmiotem udzielającym licencji jest podmiot trzeci, Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że podmiot trzeci będzie przestrzegał powyższych zobowiązań.

16. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja udzielana przez podmiot trzeci będzie zawierać zasady wypowiedzenia analogiczne do opisanych w poprzednich ustępach.

17. Powyższe postanowienia dotyczące wypowiedzenia stosuje się odpowiednio do Dokumentacji oraz innych Utworów, jeżeli są one przedmiotem licencji.”

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 16 ust 12 - 18 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do sentencji odpowiedzi na pytanie nr 6.

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

PYTANIE 10 :

§18 ust. 4 i ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z §18 ust. 4 i ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1:

„4. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie Wykonawca przedłoży Zamawiającemu, wskazane przez Zamawiającego a wymienione poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności w trakcie wykonywania przedmiotu umowy:

1) oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie Zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, imion i nazwisk tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub podwykonawcy,

2) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy w/w oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony), kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami (to jest w szczególności bez adresów, nr PESEL pracowników) - imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji, a informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania,

3) zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez Wykonawcę lub podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy;

4) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, z obowiązującymi w tym zakresie przepisami - imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji.

[...]

7. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądanych przez Zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie jako niespełnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności.”

W związku z surowym rygorem przewidzianym w §18 ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1, tj. że niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądanych przez Zamawiającego dowodów, potwierdzających spełnienie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie równoznacznie z niespełnieniem przez Wykonawcę/podwykonawcę tego wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności, a co za tym idzie m.in. z obowiązkiem zapłaty przez Wykonawcę kar umownych w wysokości określonej w § 19 ust. 13 pkt 4), 5) Wzoru umowy oraz w związku z wymogiem spełnienia zasady

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

przejrzystości, będącej fundamentem aktualnie obowiązującej regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie §18 ust. 4 i ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 poprzez dookreślenie „wyznaczonego przez Zamawiającego terminu”, tak by Wykonawca mógł faktycznie uprzednio pozyskać dokumenty o treści i formie zgodnej z wymogami Zamawiającego, a następnie mu je przedłożyć bez zwłoki. Brak bowiem doprecyzowania opisanego terminu stwarza po stronie Wykonawcy stan niepewności, co przeczy przejrzystości postanowienia, a praktyce może skutkować określeniem terminu nierealnego, któremu Wykonawca uchybi nie ze swojej winy. Tym samym Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację aktualnego brzmienia §18 ust. 4 i ust. 7 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 i zastąpienia go następującym brzmieniem:

„4. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie nie krótszym niż dni roboczych, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu, wskazane przez Zamawiającego a wymienione poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności w trakcie wykonywania przedmiotu umowy:

1) oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie Zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, imion i nazwisk tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub podwykonawcy,

2) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy w/w oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony), kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami (to jest w szczególności bez adresów, nr PESEL pracowników) - imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji, a informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania,

3) zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez Wykonawcę lub podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy;

4) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, z obowiązującymi w tym zakresie przepisami - imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji.

Gdyby zachowanie terminu wskazanego przez Zamawiającego w wezwaniu było niemożliwe z przyczyn od Wykonawcy niezależnych, Wykonawca niezwłocznie poinformuje o tym Zamawiającego i Strony ustalą nowy termin na przedłożenie przez Wykonawcę żądanych dokumentów.

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

[...]

7. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego, nie krótszym niż dni roboczych terminie, żądanych przez Zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie jako niespełnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności, chyba, że przyczyną nieprzedłożenia żądanych dokumentów są przyczyny niezależne od Wykonawcy.”

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający w wezwaniu określi termin odpowiedni do przekazania przez Wykonawcę przedmiotowej dokumentacji, nie krótszy niż 3 dni robocze.

PYTANIE 11 :

§19 ust. 2 i ust. 3 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Na podstawie §19 ust. 2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „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. Kary będą naliczane za każdy przypadek naruszenia Umowy odrębnie.”

Z kolei §19 ust. 3 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Kary umowne są należne także w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia, niezależnie od przyczyn odstąpienia lub wypowiedzenia”.

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

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

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 §19 ust. 5 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1, 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 :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 19 ust 2 i ust. 3 Wzoru Umowy bez zmian. W przepisach aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, nie umieszczono szczególnych regulacji dotyczących kary umownej przyjmując, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego tworzy stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą właściwy dla prawa cywilnego. Zatem w kwestii dotyczącej kar umownych wystarczające jest odesłanie do przepisów KC, określone w art. 14 i art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie w art. 36 ust. 1 pkt 16 powołanej ustawy zdefiniowano powinność zamawiającego polegającą na zawarciu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, a jednocześnie zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należyście zabezpieczą jego interes, a tym samym interes publiczny.

PYTANIE 12 :

§19 ust. 9 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §19 ust. 9 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 17 ust. 1 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 prawa, zarówno odstąpienia ze skutkiem dla całej Umowy, jak i odstąpienia w części, jeżeli Umowa lub przepis to przewiduje”.

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

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

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 §19 ust. 9 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 na następujące:

„Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 17 ust. 1 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 :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 19 ust 9 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do sentencji odpowiedzi na pytanie nr 6.

PYTANIE 13 :

§19 ust. 12 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §19 ust. 12 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „Za każdy przypadek posłużenia się Podwykonawcą, co którego zachodzą podstawy wykluczenia Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000,00 zł z zastrzeżeniem, o którym mowa w § 7 ust. 11 pkt.2 ”.

Uwagi jak w pytaniu powyżej:

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 w kontekście omawianej przesłanki, bowiem Wykonawca może nie mieć świadomości co do okoliczności wykluczających Podwykonawcę.

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 oraz zastrzeżonej 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 §19 ust. 12 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 na następujące:

„Za każdy przypadek posłużenia się Podwykonawcą, co którego zachodzą podstawy wykluczenia Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500,00 zł z zastrzeżeniem, o którym mowa w § 7 ust. 11 pkt.2 ”.

ODPOWIEDŹ :

Składana propozycja obniżenia kary nie wpłynie, w ocenie Zamawiającego na zwiększenie równości kontraktowej. Wysokość kary nie została zdefiniowana na wysokim poziomie, a każdy podmiot uczestniczący w postępowaniu może twierdzić, że nawet to proponowana w pytaniu, obniżona kwota dla niego także jest nierównością kontraktową.

Zamawiający pozostawia zapisy w § 19 ust 12 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do sentencji odpowiedzi na pytanie nr 6.

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

PYTANIE 14 :

§19 ust. 13 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §19 ust. 13 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1: „13. Niezależnie od kar umownych opisanych powyżej, Zamawiający naliczy kary umowne:

- 1) w przypadku naruszenia zasad ochrony Informacji Poufnych – w wysokości 1 000,00 PLN za każdy przypadek naruszenia;
- 2) w przypadku wystąpienia wady prawnej w przedmiocie umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto ustalonego w § 17 ust. 1 za każdy stwierdzony przypadek.
- 3) w przypadku niezłożenia, na wezwanie Zamawiającego, przez Wykonawcę w przewidzianym terminie któregośkolwiek dowodu wskazanego przez Zamawiającego spośród dowodów wymienionych w § 18 ust. 4 – w wysokości 1 000,00 zł za każdy przypadek (kara może być nakładana po raz kolejny, jeżeli Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nadal nie przedkłada wymaganego przez Zamawiającego dowodu),
- 4) w przypadku skierowania przez Wykonawcę lub podwykonawcę do wykonania czynności wskazanych w § 18 ust. 1 osób niezatrudnionych na podstawie umowy o pracę – w wysokości 500,00 zł za każdą osobę (kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej samej osoby, jeżeli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdzi, że nadal nie jest ona zatrudniona na umowę o pracę).
- 5) braku współdziałania Wykonawcy z Zamawiającym w przeprowadzeniu kontroli, o której mowa w § 18 lub utrudnianiu przez Wykonawcę kontroli, o której mowa w § 18 w kwocie 1 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek braku współdziałania lub utrudniania kontroli.

Uwagi pozostają te same jak w pytaniu powyżej – wysokość kar przewidzianą w powołanym postanowieniu umownym uznać należy za nadmiernie wygórowaną:

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 bądź doprowadzić do wymienionych naruszeń. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności i negatywnych następstw zdarzeń, które nie są zależne od jego woli, a wymienione w omawianym przepisie przesłanki dotyczą stanów faktycznych, w którym dla naliczenia kary umownej nie jest koniecznym zaistnienie winy samego 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).

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

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 oraz zastrzeżonej 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 §19 ust. 13 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1 na następujące:

„Niezależnie od kar umownych opisanych powyżej, Zamawiający naliczy kary umowne:

- 1) w przypadku naruszenia zasad ochrony Informacji Poufnych – w wysokości 500,00 PLN za każdy przypadek naruszenia;
- 2) w przypadku wystąpienia wady prawnej w przedmiocie umowy w wysokości 2% wynagrodzenia brutto ustalonego w § 17 ust. 1 za każdy stwierdzony przypadek.
- 3) w przypadku niezłożenia, na wezwanie Zamawiającego, przez Wykonawcę w przewidzianym terminie któregośkolwiek dowodu wskazanego przez Zamawiającego spośród dowodów wymienionych w § 18 ust. 4 – w wysokości 500,00 zł za każdy przypadek (kara może być nakładana po raz kolejny, jeżeli Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nadal nie przedkłada wymaganego przez Zamawiającego dowodu),
- 4) w przypadku skierowania przez Wykonawcę lub podwykonawcę do wykonania czynności wskazanych w § 18 ust. 1 osób niezatrudnionych na podstawie umowy o pracę – w wysokości 250,00 zł za każdą osobę (kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej samej osoby, jeżeli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdzi, że nadal nie jest ona zatrudniona na umowę o pracę).
- 5) braku współdziałania Wykonawcy z Zamawiającym w przeprowadzeniu kontroli, o której mowa w § 18 lub utrudnianiu przez Wykonawcę kontroli, o której mowa w § 18 w kwocie 500,00 zł za każdy stwierdzony przypadek braku współdziałania lub utrudniania kontroli.”

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 19 ust 13 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do sentencji odpowiedzi na pytanie nr 6.

PYTANIE 15 :

§19 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Wykonawca zwraca uwagę, że w treści postanowienia w zakresie kar umownych brakuje postanowienia o górnej granicy odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych. Sądy powszechnie wyraźnie wskazują w swoich orzeczeniach na celowość określenia takie wartości celem uniknięcia następnie zbędnych sporów pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne, szczególnie że wysokość ustalonej przez strony kary umownej i tak nie może finalnie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Tym samym Wykonawca proponuje dodanie §19 ust. 15 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1, zgodnie z brzmieniem którego:

„Całkowita łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu szkód wyrządzonych Zamawiającemu w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy jest

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

ograniczona do kwoty równej 20 % wynagrodzenia brutto ustalonego w § 17 ust. 1 niniejszej Umowy.”

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 19 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do sentencji odpowiedzi na pytanie nr 6. Zamawiający zwraca także uwagę, o powszechności takiego zapisu umownego: „Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej, jeżeli kara umowna nie pokryje w całości poniesionej szkody, jak również gdy szkoda powstanie z innego tytułu, na zasadach ogólnych określonych w ustawie Kodeksie cywilnym.”

PYTANIE 16 :

§20 ust. 2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z §20 ust. 1 i 2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1:
„ODSTĄPIENIE OD UMOWY PRZEZ WYKONAWCĘ

1. Jeżeli Zamawiający nie współdziałała 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 30 dni, z zagrożeniem odstąpienia od Umowy w razie jego bezskutecznego upływu. W wezwaniu Wykonawca zobowiązany jest wskazać dokładnie brak wymaganego współdziałania i jego wpływ na realizację Umowy. Wezwanie będzie wystosowane w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności wezwania. Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 60 dni od dnia powzięcia informacji o przyczynie odstąpienia.

ODSTĄPIENIE OD UMOWY PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO (UMOWNE PRAWO ODSTĄPIENIA)

2. Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy (umowne prawo odstąpienia) ze skutkiem natychmiastowym bez wyznaczania terminu dodatkowego w przypadku, w którym:

1) Wykonawca nie rozpoczął prac bez uzasadnionych przyczyn pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie w terminie 10 dni od daty otrzymania pisma. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 60 dni od ostatniego dnia terminu wyznaczonego przez Zamawiającego;

2) zwłoka Wykonawcy skutkująca opóźnieniem odbioru etapów realizacji zamówienia, wskazanych w Harmonogramie Ramowym do odbioru częściowego, wyniesie co najmniej 30 dni. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 3 miesięcy od dnia powzięcia informacji o przyczynie odstąpienia;

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

3) zwłoka Wykonawcy skutkująca opóźnieniem odbioru końcowego wyniesie co najmniej 60 dni. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 3 miesięcy od dnia powzięcia informacji o przyczynie odstąpienia;

4) po trzecim zgłoszeniu do odbioru (częściowego lub końcowego), przedmiot umowy jest nadal niezgodny z Umową i nie zostanie odebrany przez Zamawiającego. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 60 dni od poinformowania Wykonawcy o odmowie odbioru.”

Wzór umowy kreuje zróżnicowaną sytuację stron na zdecydowaną niekorzyść Wykonawcy w zakresie warunków odstąpienia od Umowy – odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę musi być poprzedzone wezwaniem, zapewnieniem upływu odpowiednich terminów, będzie mógł odstąpić dopiero po bezskutecznym upływie 60 dni od powzięcia informacji o przyczynie braku współdziałania Zamawiającego i z koniecznością wystosowania pisemnego wezwania, pod rygorem jego bezskuteczności, podczas gdy Umowa zezwala Zamawiającemu na natychmiastowe odstąpienie bez wyznaczenia terminu dodatkowego.

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 §20 ust. 2 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części I na następujące brzmienie:

„Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy (umowne prawo odstąpienia) w poniżej wymienionych sytuacjach dopiero po bezskutecznym upływie 60 dni od wystosowania do Wykonawcy pisemnego wezwania, pod rygorem jego bezskuteczności tego wezwania, w przypadku, w którym:

1) Wykonawca nie rozpoczął prac bez uzasadnionych przyczyn pomimo pisemnego wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie w terminie 10 dni od daty otrzymania pisma. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 60 dni od ostatniego dnia terminu wyznaczonego przez Zamawiającego;

2) zwłoka Wykonawcy skutkująca opóźnieniem odbioru etapów realizacji zamówienia, wskazanych w Harmonogramie Ramowym do odbioru częściowego, wyniesie co najmniej 30 dni. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 3 miesięcy od dnia powzięcia informacji o przyczynie odstąpienia, po uprzednim wystosowaniu do Wykonawcy pisemnego wezwania do usunięcia naruszeń i bezskutecznym upływie;

3) zwłoka Wykonawcy skutkująca opóźnieniem odbioru końcowego wyniesie co najmniej 60 dni. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 3 miesięcy od dnia powzięcia informacji o przyczynie odstąpienia, po uprzednim wystosowaniu do Wykonawcy pisemnego wezwania do usunięcia naruszeń i bezskutecznym upływie 60 dni;

4) po trzecim zgłoszeniu do odbioru (częściowego lub końcowego), przedmiot umowy jest nadal niezgodny z Umową i nie zostanie odebrany przez Zamawiającego. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia w terminie do 60 dni od pisemnego wezwania Wykonawcy do usunięcia niezgodności z Umową i bezskutecznym upływie tego terminu.”

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

ODPOWIEDŹ :

Są przypadki, w których Zamawiający może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym, jednak dzieje się to po skutkach niewykonania umowy bądź jej wadliwego wykonania. Reżim czasowy w przypadku projektów współfinansowanych z UE jest dla Zamawiającego kluczowy.

Zamawiający pozostawia zapisy w § 20 ust. 2 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła do sentencji odpowiedzi na pytanie nr 6.

PYTANIE 17 :

§20 ust. 5 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1

Zgodnie z aktualnym brzmieniem §20 ust. 5 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części 1:

„W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca, wynagrodzenie Wykonawcy nie przysługuje, a ponadto Wykonawca ma obowiązek:

1) pokryć szkodę Zamawiającego z tytułu utraty dofinansowania, wynikającego z umowy o dofinansowanie projektu nr zawartej w dniu

..... r. pomiędzy Województwem Warmińsko-Mazurskim a Gminą Lidzbark Warmiński;

2) zwrócić Zamawiającemu wszystkie kwoty zapłaconego przez Zamawiającego Wykonawcy wynagrodzenia w terminie do 14 dni od daty odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, bez odrębnego wezwania wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dat wpływu kwot wynagrodzenia na konto Wykonawcy;

3) z chwilą uregulowania zobowiązań przez Wykonawcę względem Zamawiającego, o których mowa powyżej w pkt. 1) i 2) Wykonawca ma prawo zdemontować zainstalowane urządzenia i programy na swój koszt nie później jak w ciągu 6-ciu miesięcy od dnia odstąpienia Zamawiającego od umowy, przy czym Zamawiającemu przysługuje prawo zatrzymania zainstalowanych urządzeń i programów do czasu wykonania zobowiązań, o których mowa powyżej w pkt. 1) i 2).”

Wykonawca w tym miejscu wskazuje, że skutek odstąpienia jest wsteczny, zatem strony zwracają sobie wzajemne świadczenia, a umowa uważana jest za niebyłą. Dodatkowo w nawiązaniu do przytoczonej w powyższych pytaniach argumentacji w zakresie niemożliwości obciążenia Wykonawcy karą umowną z tytułu okoliczności za jakie nie ponosi winy – pojęcie „przyczyn za które odpowiada Wykonawca” jest nieprecyzyjne i sugeruje odpowiedzialność Wykonawcy nawet w braku możliwości przypisania mu winy za zaistnienie danej okoliczności – Wykonawca wnosi o wykreślenie z §20 ust. 5 Załącznika nr 7.1 do SIWZ – Wzór umowy dla części ppkt 1). Wskazane postanowienie jest bowiem niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, orzecznictwem sądów powszechnych i KIO.

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy w § 20 ust. 5 Wzoru Umowy bez zmian. Zamawiający odsyła

Zamawiający : Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński, tel. 89 767-32-74
Przetarg nieograniczony na „Regionalne e-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”
Sygnatura akt : BIN.271.1.4.2020.KA

do sentencji odpowiedzi na pytanie nr 11.

PYTANIE 18 :

W załączniku nr 1 do SIWZ, dokumencie OPZ, w sekcjach dot. warunków wdrożeń poszczególnych systemów Zamawiający zawarł następujący zapis „przekazywaniu w terminach uprzedzających datę wejścia w życie znowelizowanych lub nowych przepisów prawa nowych wersji oprogramowania, włącznie z koniecznym w tym zakresie udzieleniem licencji do nowej wersji systemu”. Niestety biorąc pod uwagę aktualne procesy legislacyjne, trwające bardzo krótko, dostosowanie do nowelizacji przepisów w tak krótkim czasie jest niemożliwe, zwłaszcza, że projekt nowelizacji jest wielokrotnie modyfikowany i ostateczna forma zmiany może się różnić od projektu w znacznym stopniu. W związku z tym proponujemy zmianę tych zapisów na następujące „dostosowaniu 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”.

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający pozostawia zapisy Załącznika nr 1 do SIWZ, dokumentu OPZ bez zmian. Zamawiający odsyła do przepisów ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1461).

PYTANIE 19 :

Zamawiający, w załączniku nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), rozdział „8. Ogólne warunki licencjonowania oprogramowania aplikacyjnego” zawarł zapis „10. Licencja oprogramowania musi pozwalać na modyfikację, zmianę, rozbudowę oprogramowania w celu przystosowania go do potrzeb.”. Wnosimy o usunięcie tego zapisu, ponieważ pola eksploatacji określone w licencji zwyczajowo nie pozwalają na modyfikację oprogramowania. Aby to zrobić, Zamawiający musiałby uzyskać prawa autorskie do kodów źródłowych systemu, w tym wypadku nie ma takiej możliwości.

ODPOWIEDŹ :

Zamawiający definiując przedmiotowe wymagania ma na myśli modyfikację, zmianę, rozbudowę oprogramowania w zakresie konfiguracji oprogramowania na własny użytek, które pozostawać będzie w zgodzie z udzieloną licencją i nie będzie wymagać uzyskania praw autorskich do kodów źródłowych systemu.