

Projekt współfinansowany przez Unię Europejską w ramach środków Europejskiego Funduszu Społecznego

Kraków, dnia 16.06.2023 r.

*Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. 2022 poz. 1710 z późn. zm.), którego przedmiotem jest dostawa oprogramowania, licencji wraz z instalacją, konfiguracją oraz wdrożeniem systemu do projektowania programów i planów kierunków studiów i zarządzania kartami kursów/przedmiotów dla Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.
Znak sprawy: 20/TP/DDiP/2023.*

WYJAŚNIENIA

TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Zamawiający informuje, iż wpłynęły od Wykonawców pytania dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Na podstawie art. 284 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przekazuje treść pytań wraz z udzielonymi odpowiedziami.

Pytanie nr 1:

Wykonawca wnioskuje o uwzględnienie przez Zamawiającego dobrych praktyk w zakresie konstruowania postanowień dotyczących kar umownych oraz zgodności projektowanych postanowień wzorca umowy z wytycznymi Prezesa UZP.

Zgodnie z wytycznymi Prezesa UZP dostępnymi poniżej:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/42737/Zalacznik-1-Dobre-i-zle-praktyki-kontraktowe.pdf

zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie zamiast za zwłokę jest przykładem złych praktyk kontraktowych w zamówieniach publicznych.

Co więcej, zgodnie z aktualnie obowiązującą ustawą Prawo Zamówień Publicznych zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie jest niedozwolone bowiem Wykonawca może ponosić odpowiedzialność wyłącznie za zawinione, kwalifikowane opóźnienie czyli właśnie zwłokę.

Zgodnie z opracowaniem UZP pn. „RAPORT DOTYCZĄCY STOSOWANIA KAR UMOWNYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH”. Wnioski z powyższego raportu są następujące (cyt.):

*„Nie ulega jednak wątpliwości, że skoro istotne postanowienia umowy, w tym wysokość kar umownych, określa zamawiający, to zważywszy na cel zamówień publicznych, jakim jest umożliwienie zamawiającemu dokonania jak najlepszego wyboru, a więc spośród jak największej liczby prawidłowo złożonych ofert, wysokość kar umownych **powinna być proporcjonalna** do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania.*

*Zapewnienie właściwej ochrony interesu publicznego skutkuje możliwością uzyskania oferty najkorzystniejszej, przy czym najkorzystniejsza oferta to ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a nie ta, w której wszystkie ryzyka związane z wykonaniem przedmiotu umowy zostają przeniesione na wykonawcę. **Reguły zdrowego rozsądku i słuszności oraz racjonalność gospodarcza przesądzają, iż umowy w sprawie zamówienia publicznego wymagają ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron umowy w sposób równomierny.***

***Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia.** W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.*

*Do Urzędu Zamówień Publicznych docierają sygnały wskazujące na stosowanie w zamówieniach publicznych **nadmiernych z punktu widzenia wykonawców kar umownych.** Przyczyny takiego stanu rzeczy są zapewne złożone. Z jednej strony zapisy umowne dotyczące kar umownych stanowią konsekwencję braku należytej staranności w wykonywaniu zamówień publicznych przez wykonawców. Z drugiej strony stanowią sposób na przerzucenie odpowiedzialności za brak należytej staranności służb zamawiających przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. W każdym przypadku pożądanym byłoby, aby opisem przedmiotu zamówienia i określaniem warunków umownych niezbędnych do zapewnienia prawidłowego wykonania przedmiotu umowy zajmowały się osoby, które się na tym znają. Wiedza po stronie zamawiających jest poza tym niezbędna do zapewnienia prawidłowego nadzoru nad realizacją przedmiotu zamówienia. Należy więc dążyć do podniesienia kompetencji i profesjonalizacji personelu zajmującego się przygotowaniem, przeprowadzeniem i realizacją przedmiotu zamówienia w strukturach zamawiających.*

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.** Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości.

Również zgodnie z opracowaniem „ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIKI PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG” (strona 61) D. Odniesienie poziomu kar umownych do rzeczywistych szkód:

„Poziom kar umownych nie może być dowolny. Kwoty te muszą być osadzone w rzeczywistości, którą są potencjalne szkody Zamawiającego. Należy pamiętać o tym, że względu na zasady prawa cywilnego, zgodnie z którymi kara umowna nie może być rażąco wygórowana. W takim przypadku, Wykonawca może zażądać zmniejszenia kary umownej.”

Projektowany przez Zamawiającego poziom kar umownych jest z także zbyt wygórowany.

Nadto, kara umowna o której mowa w §6 ust. 2 lit. a) oraz d) jest zastrzeżona z tego samego tytułu (zdublowana)

Mając na względzie powyższe Wykonawca wnioskuję o modyfikację §6 ust. 2 wzoru umowy w ten sposób, że otrzyma nowe, następujące brzmienie:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących wypadkach i wysokościach:

a) za opóźnienie w usuwaniu awarii, systemu w wysokości 0,01 % wynagrodzenia umowy brutto za każdy dzień zwłoki,

b) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w kwocie stanowiącej 10 % wynagrodzenia umowy netto,

d) za zawinione przez Wykonawcę przekroczenie terminu, o którym mowa w § 3 ust. 1 – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umowy netto za każdy dzień zwłoki.

Odpowiedź nr 1:

W odpowiedzi na podniesione zarzuty w pytaniu, Zamawiający informuje co następuje:

1. W zakresie zarzutu „wygórowania” kar umownych w ocenie Zamawiającego jest on bezpodstawny, ponieważ po pierwsze stwierdzenie owego wygórowania nie jest możliwe na etapie zamówienia (technicznie), po drugie przekroczenie górnych pułapów przyjętych w orzecznictwie (na poziomie nie niższym niż 30%) wymagałoby opóźnień na poziomie 150 dni w wykonaniu umowy, lub 300 dni w usunięciu usterek. Zamawiający nie ma podstaw prawnych do łagodzenia zapisów w zakresie kar.
2. W zakresie zarzutu zastrzeżenia kar za „opóźnienie” w miejsce kar za „zwłokę”, w ocenie Zamawiającego jest niezasadny, albowiem nie ma definitywnego zakazu formułowania tego typu zapisów umownych, a contrario w wielu przypadkach jest to w pełni dopuszczalne i zasadne, szczególnie w sytuacji gdy wykonanie umowy w przeważającej części zależy tylko od samego wykonawcy a dodatkowo terminowość wykonania umowy jest istotna z punktu widzenia interesu Zamawiającego.
3. W zakresie zarzutu „zdublowania” zapisów umowy pozostawienie tak sformułowanego zapisu nie rodzi żadnych negatywnych konsekwencji czy też nie wprowadza jakiegokolwiek niepewności w interpretacji samej umowy i oświadczenia woli w niej zawartego (konsekwencji takich nie powołuje też Wykonawca składający zastrzeżenia), dlatego ewentualna poprawka zapisów umowy, polegająca na wykreśleniu jednego z punktów jest zmianą redakcyjną, nie wpływająca na sens i znaczenie zapisów umowy.
4. Niezależnie od wszelkich wyżej podniesionych, mając na uwadze chęć doprowadzenia do stanu w którym umowa będzie jak najbardziej jasna i zrozumiała, eliminując wszelkie nawet potencjalne wątpliwości, Zamawiający zmienia treść §6 pkt 2 projektowanych postanowień umownych – Modyfikacją treści SWZ z dnia 15.06.2023 r.

Zamawiający informuje, iż powyższe pytania i odpowiedzi, wyjaśnienia do treści SWZ, stanowią jej integralną część, a przy tym z uwagi na ich zakres i charakter oraz termin wprowadzenia wpływają na konieczność przedłużenia terminu składania ofert.

Dlatego też, Zamawiający przypomina, iż terminy składania i otwarcia ofert uległy zmianie na dzień 20 czerwca 2023 r. a godziny składania i otwarcia ofert oraz miejsca pozostają bez zmian. O tym fakcie Zamawiający poinformował Wykonawców pismem z dnia 14.06.2023 r. pn. „Modyfikacja treści SWZ_termin”.

ZATWIERDZIŁ

Prorektor ds. Kształcenia i Rozwoju
dr hab. Robert Stawarz, prof. UP