

Miłakowo, 11.10.2023 r.

Znak sprawy: **RGT.ZP.271.6.2023**

Wykonawcy

Zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605) zamawiający wyjaśnia treść SWZ postępowania pn. **„Usługi informatyczne i zakup sprzętu IT w ramach projektu: E-administracja nowa jakość usług w Gminie Miłakowo”**

Część 1. Pytania dotyczące zakresu:

Załącznik nr 8a do SWZ – projekt umowy dla części nr 1 zamówienia

Pytanie nr 1.1.

§ 4 ust. 3 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Zgodnie z § 4 ust. 3 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy: „Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania Umowy przez Wykonawcę z usług Inżyniera Kontraktu lub innego podmiotu, celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli.”

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

Tym samym Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia § 4 ust. 3 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy na następujące: :

„Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania Umowy przez Wykonawcę z usług Inżyniera Kontraktu lub innego podmiotu celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jednak nie będących podmiotami wykonującymi działalność konkurencyjną wobec działalności Wykonawcy, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli.”

Odpowiedź: W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający dokonuje modyfikacji treści załącznika nr 8a do SWZ - projekt umowy dla części nr 1 zamówienia, dodając do §4 ust.3 pkt 3.1. nadając mu brzmienie:

„Inżynier Kontraktu lub inny podmiot, z którego usług zamawiający będzie chciał skorzystać w wyżej wymienionym zakresie, zobowiązany będzie do zachowania poufności danych oraz zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy.”

Pytanie nr 1.2.

§ 6 ust. 7, 8, 9 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Wykonawca wnosi o wykreślenie z § 6 projektu umowy ustępów 7, 8 i 9 jako nieodnoszących się do przedmiotu umowy. Postanowienia te odnoszą się do wielu potencjalnych sytuacji, z którymi związany może być wykonawca robót budowlanych.

Odpowiedź: *Treść załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy dla części nr 1 zamówienia pozostaje bez zmian.*

Pytanie nr 1.3.

§ 11 ust. 4 pkt 5) Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Zgodnie z §11 ust. 4 pkt 5) Załącznika nr 8a Wykonawca w ramach gwarancji na Systemy zobowiązany jest do niezwłocznego informowania o zmianach w programach objętych umową. Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „programy”.

Odpowiedź: *Pod pojęciem „programy” Zamawiający rozumie oprogramowanie opisane w części 1 załącznika nr 6 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.*

Pytanie nr 1.4.

§ 11 ust. 10 pkt 1) Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Zgodnie § 11 ust. 10 pkt 1) Załącznika nr 8a projektu umowy: „czasy naprawy liczone są od chwili dokonania zgłoszenia, przy czym, jeśli zgłoszenie nastąpiło pocztą elektroniczną w dniu roboczym po godzinach pracy Wykonawcy, w sobotę, w niedzielę lub w dniu ustawowo wolnym od pracy, to bieg Czasu Naprawy rozpoczyna się od godziny 7:00 następnego dnia roboczego po zgłoszeniu”.

Wykonawca wnosi o zmianę dotychczasowego brzmienia § 11 ust. 10 pkt 1) na następujące:

„czasy naprawy liczone są od chwili przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę, przy czym, jeżeli zgłoszenie nastąpiło pocztą elektroniczną w dniu roboczym po godzinach pracy Wykonawcy, w sobotę, w niedzielę lub w dniu ustawowo wolnym od pracy, to bieg Czasu Naprawy rozpoczyna się od godziny 7:00 następnego dnia roboczego po zgłoszeniu”.

Odpowiedź: *Treść załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy dla części nr 1 zamówienia pozostaje bez zmian*

Pytanie nr 1.5.

§ 13 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

§ 14 ust. 4 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Wykonawca wnosi o weryfikację i potwierdzenie, czy Zamawiający oczekuje od Wykonawcy przeniesienia majątkowych praw autorskich do utworów objętych przedmiotem Umowy. Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 1) projektu umowy – „Wykonawca oświadcza, że na podstawie Umowy – odpowiednio: przeniesie na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie do wszystkich Utworów”. W przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie Wykonawca wnosi o zmianę/usunięcie tych postanowień umownych, które stanowią o przeniesieniu praw autorskich.

Jednocześnie w przypadku oczekiwania przez Zamawiającego udzielenia licencji, Wykonawca wnosi o potwierdzenie, czy Zamawiający oczekuje licencji wyłącznej. Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2) projektu umowy – „Wykonawca oświadcza, że na podstawie Umowy – odpowiednio: od chwili przekazania poszczególnych Produktów będących Utworami, zapewni udzielenie/udzieli bezterminowej, bez możliwości jej wypowiedzenia, wyłącznej, odpłatnej, nieograniczonej terytorialnie Zamawiającemu licencji lub sublicencji opisanych Umową”. W przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie Wykonawca wnosi o odpowiednie skorygowanie postanowień odnoszących się do licencji, w tym poprzez wskazanie, że przedmiotem Umowy jest udzielenie licencji niewyłącznej.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca wnosi o odpowiednią zmianę brzmienia § 14 ust. 4 projektu umowy odnoszącą się do zapłaty wynagrodzenia i przeniesienia przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego wszystkich majątkowych praw autorskich, o których mowa w Umowie w § 13.

Odpowiedź: *W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający wyjaśnia, że oczekuje przeniesienia praw autorskich do utworów powstałych w ramach realizacji przedmiotu umowy, o których mowa w § 13 ust. 1.*

Ponadto zamawiający koryguje treść projektu umowy, będącej załącznikiem nr 8a do SWZ, w § 13 ust. 2 pkt 2), nadając nowe brzmienie: „Wykonawca oświadcza, że na podstawie Umowy – odpowiednio: od chwili przekazania poszczególnych Produktów będących Utworami, zapewni udzielenie/udzieli bezterminowej, bez możliwości jej wypowiedzenia, niewyłącznej, odpłatnej (w ramach Wynagrodzenia), nieograniczonej terytorialnie Zamawiającemu licencji lub sublicencji opisanych Umową.

Pytanie nr 1.6.

§ 15 ust. 2 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę wysokości kar umownych określonych w projekcie umowy. Zdaniem Wykonawcy kara umowna określona w § 15 ust. 2 jest rażąco wygórowana.

Zgodnie z § 15 ust. 2 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy: „W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w § 3 ust. 2, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w §14 ust. 1 Umowy”.

Ze względu na nieuzasadnioną wysokość kar umownych i w związku z okolicznością, iż 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 zmianę dotychczasowego brzmienia § 15 ust. 2 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy na następujące:

„W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w § 3 ust. 2, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 Umowy”.

Odpowiedź: *Treść załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy dla części nr 1 zamówienia pozostaje bez zmian*

Pytanie nr 1.7.

§ 15 ust. 3 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Zgodnie z § 15 ust. 3 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy: „W sytuacji złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 Umowy”.

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

W orzecznictwie KIO skutecznie kwestionowana jest treść SWZ 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 SWZ 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 („przyczyny leżące po stronie Wykonawcy” która to przesłanka obejmuje również stany faktyczne niezawinione przez Wykonawcę) oraz wobec zastrzeżenia zbyt wysokiej kary umownej (zastrzeżenie kary umownej w nadmiernej wysokości zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego), Wykonawca proponuje zmianę dotychczasowego brzmienia § 15 ust. 3 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy na następujące:

„W sytuacji złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy z przyczyn **zawinionych** po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **10%** wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 Umowy.

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: *W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający dokonuje modyfikacji treści załącznika nr 8a do SWZ - projekt umowy dla części nr 1 zamówienia, w zakresie*

§15 ust. 3, nadając mu brzmienie:

„W sytuacji złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia brutto określonego w §14 ust. 1 Umowy”

Pytanie nr 1.8.

§ 15 ust. 4 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę wysokości kar umownych określonych w projekcie umowy. Zdaniem Wykonawcy kara umowna określona w § 15 ust. 4 jest rażąco wygórowana.

Zgodnie z § 15 ust. 4 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy: „W przypadku ujawnienia jakiejkolwiek informacji poufnej przez którąkolwiek ze stron lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji przez jedną ze Stron, w okresie obowiązywania Umowy, jak też i po jej wygaśnięciu lub rozwiązaniu, Strona ujawniająca lub winna naruszenia bezpieczeństwa informacji zapłaci Stronie poszkodowanej karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 Umowy, za każdy stwierdzony przypadek ujawnienia jakiejkolwiek informacji lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji”.

Ze względu na nieuzasadnioną wysokość kar umownych (kara naliczana ma być za każdy stwierdzony przypadek) i w związku z okolicznością, iż 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 zmianę dotychczasowego brzmienia § 15 ust. 4 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy na następujące:

„W przypadku ujawnienia jakiejkolwiek informacji poufnej przez którąkolwiek ze stron lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji przez jedną ze Stron, w okresie obowiązywania Umowy, jak też i po jej wygaśnięciu lub rozwiązaniu, Strona ujawniająca lub winna naruszenia bezpieczeństwa informacji zapłaci Stronie poszkodowanej karę umowną w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 Umowy, za każdy stwierdzony przypadek ujawnienia jakiejkolwiek informacji lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji”.

Odpowiedź: *Zamawiający akceptuje powyższy wniosek Wykonawcy i dokonuje modyfikacji treści załącznika nr 8a do SWZ - projekt umowy dla części nr 1 zamówienia, w zakresie §15 ust. 4, nadając mu brzmienie:*

„W przypadku ujawnienia jakiejkolwiek informacji poufnej przez którąkolwiek ze stron lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji przez jedną ze Stron, w

okresie obowiązywania Umowy, jak też i po jej wygaśnięciu lub rozwiązaniu, Strona ujawniająca lub winna naruszenia bezpieczeństwa informacji zapłaci Stronie poszkodowanej karę umowną w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w §14 ust.1 Umowy, za każdy stwierdzony przypadek ujawnienia jakiegokolwiek informacji lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji”

Pytanie nr 1.9.

§ 15 ust. 8 - Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Zgodnie z aktualnym brzmieniem § 15 ust. 8 projektu umowy:

„Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych, przenoszącego wysokość naliczonych kar”.

Wykonawca proponuje następującą treść § 15 ust. 8 projektu umowy:

„Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość naliczonych kar, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”.
Celem takiego doprecyzowania jest wyłączenie z interpretacji sytuacji dochodzenia odszkodowania za utracone korzyści zamawiającego.

Odpowiedź: *Treść załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy dla części nr 1 zamówienia pozostaje bez zmian.*

Pytanie nr 1.10.

§ 15 ust. 11 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Zgodnie z § 15 ust. 11 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy: „Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie naliczonych kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 14 ust. 1, poprzez zmniejszenie zapłaty za fakturę.”

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

postaw do naliczenia kary.

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

Tym samym wobec nadmiernej arbitralności, jaką omawiane postanowienie wprowadza po stronie Zamawiającego oraz wobec jego niezgodności z prawem, Wykonawca wnioskuję o

usunięcie § 15 ust. 11 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy.

Odpowiedź: Treść załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy dla części nr 1 zamówienia pozostaje bez zmian.

Pytanie nr 1.11.

§ 15 Załącznika nr 8a do SWZ – projekt umowy

Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie, że w zakresie wszelkich wymienionych kar umownych chodzi o dni robocze, a za dni robocze przyjmuje się dni od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy.

Odpowiedź: W zakresie wszelkich wymienionych w umowie kar umownych chodzi o dni kalendarzowe.

Pytanie nr 1.12.

§ 18 Poufność i przetwarzanie danych osobowych

Czy Zamawiający w ramach realizacji umowy planuje powierzać Wykonawcy do przetwarzania dane osobowe. Jeżeli Zamawiający przewiduje powierzenie Wykonawcy przetwarzanie danych osobowych, w umowie powinny znaleźć się odpowiednie postanowienia dotyczące m.in. celu, zakresu i sposobu przetwarzania powierzonych danych (obecnie brak takich postanowień w umowie), ewentualnie powinien być udostępniony odrębny wzór umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Wykonawca wnosi o udostępnienie wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Odpowiedź W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający dokonuje modyfikacji treści załącznika nr 8a do SWZ - projekt umowy dla części nr 1 zamówienia, poprzez dodanie załącznika nr 4 – wzór umowy (UMOWA POWIERZENIA PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH)

Część 2. Pytania dotyczące zakresu:

Załącznik nr 8b do SWZ – projekt umowy dla części nr 2 zamówienia

Pytanie nr 2.1.

§ 6 Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy

Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie, że w zakresie wszelkich wymienionych kar umownych chodzi o dni robocze, a za dni robocze przyjmuje się dni od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy.

Odpowiedź: W zakresie wszelkich wymienionych w umowie kar umownych chodzi o dni kalendarzowe.

Pytanie nr 2.2.

§ 6 ust. 2 pkt 1) - Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy

Zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 1) Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy: „Wykonawca zapłaci

Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy”.

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

W orzecznictwie KIO skutecznie kwestionowana jest treść SWZ 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 SWZ 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 („przyczyny 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 § 6 ust. 2 pkt 1) Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy na następujące:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

„za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy. W przypadku odstąpienia od części umowy kara umowna będzie zmniejszona proporcjonalnie do zakresu umowy zrealizowanego przez Wykonawcę – 5% wynagrodzenia umownego brutto proporcjonalnie do zakresu umowy, od którego Zamawiający odstąpił z winy Wykonawcy”.

Odpowiedź: *W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający dokonuje modyfikacji treści załącznika nr 8b do SWZ - projekt umowy dla części nr 2 zamówienia, w zakresie §6 ust. 2 pkt 1), nadając mu brzmienie:*

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca – w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy”

Pytanie nr 2.3.

§ 6 ust. 2 pkt 2) Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę wysokości kar umownych określonych w projekcie umowy. Zdaniem Wykonawcy kara umowna określona w § 6 ust. 2 pkt 2) jest rażąco wygórowana.

Zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 2) Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: „za zwłokę w dostarczeniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od umownego terminu realizacji umowy”.

Ze względu na nieuzasadnioną wysokość kar umownych i w związku z okolicznością, iż 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 zmianę dotychczasowego brzmienia § 6 ust. 2 pkt 2) Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy na następujące:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: „za zwłokę w dostarczeniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki, licząc od umownego terminu realizacji umowy”.

Odpowiedź: *Treść załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy dla części nr 2 zamówienia pozostaje bez zmian.*

Pytanie nr 2.4.

§ 6 ust. 8 - Załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy

Zgodnie z aktualnym brzmieniem § 6 ust. 8 projektu umowy:

„Stronom przysługuje prawo do odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, przewidzianych w Kodeksie cywilnym.”.

Wykonawca proponuje następującą treść § 6 ust. 8 projektu umowy:

„Stronom przysługuje prawo do odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość naliczonych kar umownych, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”.

Celem takiego doprecyzowania jest wyłączenie z interpretacji sytuacji dochodzenia odszkodowania za utracone korzyści zamawiającego.

Odpowiedź: *Treść załącznika nr 8b do SWZ – projekt umowy dla części nr 2 zamówienia pozostaje bez zmian.*

Część 3. Pytania dotyczące zakresu: Załącznik nr 6 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia

Pytanie nr 3.1.

Wyposażenie serwerowni – zakup oprogramowania do zarządzania serwerem
Czy Zamawiający potwierdza, że oczekuje dostarczenia 2 szt. licencji Windows Serwer Standard 2022 lub równoważne oraz 30 szt. licencji Microsoft Windows Server 2022 CAL User lub równoważne i oferent nie musi dostarczyć SUMMARYCZNIE 60 szt. licencji CAL?

Odpowiedź: *Zamawiający potwierdza, że oczekuje dostarczenia 2 szt. licencji Windows Serwer Standard 2022 lub równoważne oraz 30 szt. licencji Microsoft Windows Server 2022 CAL User lub równoważne. Zamawiający wymaga dostarczenia łącznie 30 szt. licencji CAL.*

Pytanie 3.2.

Wyposażenie stanowisk pracowniczych
Czy zamawiający dopuści wbudowany system diagnostyczny oparty również o sygnalizację dźwiękową i nie musi to być wersja oparta o diody LED?

Odpowiedź: *TAK, Zamawiający dopuszcza ww. rozwiązanie*

Pytanie 3.3.

W zakresie czasów napraw Zamawiający zamieścił inne definicje zgłoszeń i inne czasy napraw niż we wzorze umowy dołączonym do SWZ.

W Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia mamy następujące zapisy:

- Awaria w terminie 2 dni roboczych od przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę,
- Błędy w terminie 6 dni roboczych od przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę,
- Wady w terminie 10 dni roboczych od przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę.

Tymczasem we wzorze umowy wyglądają one następująco:

- a) 8 godzin dla Stanu Krytycznego,
- b) 4 dni robocze dla Awarii,
- c) 14 dni roboczych dla Błędu,
- d) 40 dni roboczych dla Usterki.

Prosimy o potwierdzenie, że obowiązujące zapisy są zawarte we wzorze umowy.

Odpowiedź: *TAK, obowiązujące zapisy są w Załączniku nr 2 do projektu umowy dla części nr 1 zamówienia*

Mając na uwadze powyższe, działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy informuję o zmianie treści zapisów §13. ust. 1 oraz §14 ust. 2 i 5 SWZ w zakresie terminu składania ofert oraz terminu związania ofertą w następujący sposób:

1. §13.1. Wykonawca jest związany ofertą przez okres 30 dni, od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia **15.11.2023 r.**, przy czym pierwszym

dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

2. §14.2. **Termin składania ofert upływa 17.10.2023 r. o godzinie 8.00.**
3. §14.5. **Otwarcie ofert odbędzie się 17.10.2023 r. o godzinie 8.05.**

Ponadto zmianie ulegają załączniki:

1. Załącznik nr 8a do SWZ – projekt umowy dla części nr 1 zamówienia
2. Załącznik nr 8b do SWZ – projekt umowy dla części nr 2 zamówienia

stanowiące załączniki do niniejszego pisma.

Pozostała treść SWZ pozostaje bez zmian.

Burmistrz Miłakowa
/-/ Krzysztof Szulborski