



Urząd Miejski w Zabrzu –
Wydział Informatyki i Rozwoju Społeczeństwa Informacyjnego

Zabrze, 14.07.2021 r.

IRSI.2635.27.2021
3-24788-2021

Sprawę prowadzi:

ALEKSANDRA
WALTER
(PODINSPEKTOR),
tel. (32) 27-39-626

Wydział Informatyki i Rozwoju Społeczeństwa Informacyjnego przekazuje poniżej odpowiedzi na otrzymane pytania do treści zapytania ofertowego w ramach zamówienia, którego wartość nie przekracza 130.000,00 zł na realizację zadania pn.:

**Odnowienie licencji Oracle Standard Edition 2 per procesor na 2 procesory
oraz support dla licencji SE2 na potrzeby Urzędu Miejskiego w Zabrzu.**

Zamawiający wyjaśnia, że niniejsze postępowanie jest prowadzone na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. ze zm.), którego przedmiot zamówienia nie jest objęty obowiązkiem stosowania przepisów ww. ustawy.

Pytanie 1:

Dotyczy par. 2 ust. 1 pkt. 2 Umowy.

Zamawiający wskazał konkretne daty wykonania zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP i w konsekwencji naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP poprzez określenie terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty (zarówno końcowej jak i terminów pośrednich), bez uwzględnienia tego, że nie wiadomo kiedy zakończy się postępowanie o udzielenie zamówienia i kiedy możliwe będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca wskazuje, że określenie terminu wykonania zamówienia (poprzez wskazanie konkretnej daty) jest bardzo niebezpieczne dla wykonawcy i prowadzi go obarczenia go nadmiernym ryzykiem kontraktowym, a ponadto powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Nie sposób bowiem przewidzieć, kiedy zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia, co może spowodować że zachowanie umownego terminu będzie niemożliwe albo bardzo utrudnione. W ocenie wykonawcy termin wykonania zamówienia powinien być określony poprzez wskazanie liczby dni/tygodni/miesięcy/lat na wykonanie zamówienia od dnia zawarcia umowy. Wówczas niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy wykonawca będzie mieć tyle samo czasu na jej wykonanie. Podnoszone tu kwestie znalazły swoje odzwierciedlenie w licznych i jednoznacznym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów, zgodnie z którym naruszenia przepisów o których mowa w odwołaniu mają wpływ na ważność zawieranej z wykonawcą umowy.



a) w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 707/08: „Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty 19 października 2008 r, rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie. (...)Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji w rozdziale III pkt 1.5 i 1.6.1 oraz w rozdziale VII SiWZ i w odnośnych postanowieniach wzoru umowy, przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy.”

b) w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1123/10: „w przypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece zmieniają się i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy obecnie świadczącego zamawianą usługę.”

Ze względu na powyższe Wykonawca wnosi o dokonanie modyfikacji przytoczonych powyżej postanowień umowy poprzez określenie terminu wykonania zamówienia (zarówno terminu końcowego jaki terminów częściowych) poprzez wskazanie liczby dni/tygodni/miesięcy na wykonanie zamówienia, licząc od dnia zawarcia umowy.

Odpowiedź 1:

Zamawiający uwzględnił czas niezbędny na podpisanie Umowy oraz chce dokonać zakupu licencji na określony z góry okres.

Możemy zaproponować zapis w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy :

1. Strony zgodnie ustalają, że:
 - 1) odnowienie licencji nastąpi w terminie do 7 dni od daty podpisania Umowy jednak nie później niż do dnia 30.07.2021 r.;
 - 2) licencja zostanie udzielona na okres od 31.07.2021 r. do 30.07.2022 r.

Pytanie 2:

Dotyczy par. 2 ust. 2. Umowy.

Zamawiający wnosi o wskazanie przypadków, gdy rozwiązanie umowy będzie dopuszczalne. Sformułowanie "niewywiązywania bądź nienależytego wywiązywania się przez wykonawcę z zobowiązań wynikających z Umowy" jest zbyt ogólne. Naraża to wykonawcę na ryzyko rozwiązania umowy z powodu o charakterze nieistotnym. Wykonawca zgadza się, że Zamawiający winien mieć możliwość rozwiązania umowy, ale tylko w przypadkach szczególnych i wyraźnie wskazanych w umowie, np. w przypadku 30 dni zwłoki w realizacji przedmiotu umowy.

Odpowiedź 2:

Zamawiający zmienia zapis w § 2 ust. 2 Wzoru Umowy. Otrzymuje brzmienie:

„2. Zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania umowy bądź odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym, w przypadku nie wywiązywania się, bądź nienależytego wywiązywania się przez Wykonawcę z zobowiązań wynikających z umowy, a także gdy Wykonawca działa na szkodę Zamawiającego lub znajduje się w stanie likwidacji lub upadłości. Prawo, o którym mowa nie wyłącza prawa Zamawiającego do naliczenia kary umownej określonej w §4 ust. 1 pkt 1 niniejszej umowy.

Przed skorzystaniem z uprawnienia do rozwiązania umowy z powodu niewywiązywania się, bądź nienależytego wywiązywania się przez Wykonawcę ze zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, Zamawiający winien uprzednio wezwać Wykonawcę do prawidłowego jej wykonania i wyznaczyć mu w tym celu termin nie krótszy niż 7 dni roboczych – prawo do rozwiązania umowy powstaje po bezskutecznym upływie tego terminu.”

Pytanie 3:

Dotyczy par. 4. 2)

Zamawiający wnosi o zmianę pojęcia „opóźnienie” na „zwłokę”. Wykonawca pragnie wskazać, że przewidziane przez Zamawiającego odstąpienie za opóźnienie w realizacji umowy (w tym w wykonaniu zamówienia, poszczególnych jego elementów, usunięcie wad, itd.) potęgują niepewność wykonawcy i uniemożliwiają rzetelną kalkulację oferty i oznacza, że wykonawca będzie odpowiedzialny za nie dochowanie terminów realizacji zamówienia, niezależnie od tego jakie będą tego przyczyny. Również w sytuacji, gdy opóźnienie wynikać będzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a nawet z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Tymczasem wykonawca nie ma zwykle żadnego wpływu na okoliczności zewnętrzne oraz na czynności Zamawiającego. Nie sposób zatem przyjąć, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za zdarzenia pozostające poza jego kontrolą. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować umowę przy zachowaniu należytej staranności i powinien odpowiadać wobec Zamawiającego w przypadku niedochowania tej staranności. Wykonawca nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za dochowanie terminu realizacji niezależnie od jakichkolwiek okoliczności, zwłaszcza w sytuacji, gdy termin ten jest określony datą kalendarzową co oznacza, że składając ofertę wykonawca nie będzie miał nawet świadomości jakim okresem czasu będzie faktycznie dysponował na dostarczenie i wdrożenie systemu i realizację całości Zamówienia. W tym zakresie adekwatne staje się przywołanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2013 r. sygn. akt. KIO 78/13, w którym Izba zważyła: „Natomiast rację należy przyznać odwołującemu, że zamawiający przewidział karę umowną za niewykonanie, lub nienależyte świadczenie usługi, co koresponduje z postanowieniami art. 483 kc stosowanym przez art. 14 ustawy. Zgodnie zaś z art. 471 kc odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dotyczy okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a zgodnie z art. 472 kc dłużnik odpowiedzialny jest za zachowanie należytej staranności. Wprawdzie, zgodnie z art. 473 § 1 kc dłużnik może przyjąć na siebie odpowiedzialność rozszerzoną na okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, jednak, że zamawiający powinien wówczas przewidzieć we wzorze umowy okoliczności, za które dłużnik odpowiada, pomimo tego, że nie ponosi za nie odpowiedzialności. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że zamawiający przed określeniem kary za opóźnienie powinien był określić, że wykonawca za opóźnienie w realizacji określonych czynności na mocy przyszłej umowy o zamówienie publiczne będzie odpowiadał. W tej sytuacji Izba uważa, że wobec braku postanowień rozszerzających odpowiedzialność wykonawcy z tytułu przedmiotowej umowy brak było podstaw do określenia obciążenia wykonawców karą umowną za opóźnienie. W ocenie Izby rację ma odwołujący, że przy brak odmiennego od postanowień KC uregulowania pojęć niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na gruncie umowy o zamówienie publiczne, zastrzeżenie kary umownej

wykracza poza art. 483 kc. Z tego względu Izba uznała, że wykonawcy powinni ponosić odpowiedzialność w postaci ryzyka zapłaty kar umownych wyłącznie za zwłokę w realizacji określonych niepieniężnych obowiązków umownych. W ocenie izby działanie zamawiającego narusza w tym zakresie art. 7 ust 1 ustawy, gdy prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez niejednoznaczny zakres odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawców, co w konsekwencji może prowadzić do braku wyceny wszystkich istotnych elementów oferty, w tym ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust 1 ustawy poprzez określenie w § 7 pkt 2 i 3 oraz § 10 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy kar umownych za opóźnienie.”

W związku z powyższym wnosimy o zmianę sformułowania "opóźnienie" na "zwłoka".

Odpowiedź 3:

Zamawiający dokonuje zmiany zapisu w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy. Otrzymuje brzmienie:

1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w przypadku:
 - 1) odstąpienia od umowy bądź jej rozwiązania przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% wartości brutto przedmiotu umowy, o której mowa w § 3 ust. 1,
 - 2) nieterminowego wykonania przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,2 % wartości brutto przedmiotu umowy, o której mowa w § 3 ust. 1,
 - 3) nienależytego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 20%, wartości brutto przedmiotu umowy, o której mowa w § 3 ust. 1.

Pytanie 4:

Dotyczy par. 4 umowy.

Zamawiający wnosi o dodanie standardowo stosowanych ograniczeń odpowiedzialności wykonawcy. Bez odpowiednich postanowień ryzyko związane z wykonaniem umowy w sposób znaczący wpłynie na wysokość proponowanej ceny w ofercie.

„5. Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za utracone korzyści, które druga Strona mogłaby osiągnąć, gdyby szkoda nie nastąpiła.

6. Łączna wysokość wszystkich kar umownych naliczonych przez Zamawiającego nie przekroczy 10% całkowitego wynagrodzenia netto należnego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy, określonego w § 3 ust. 1.


7. Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu Umowy ograniczona jest do kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy określonego w §3 ust. 1 Umowy, przy czym ograniczenie to nie dotyczy szkód spowodowanych przez Wykonawcę umyślnie lub innych przypadków, gdy wprowadzenie takiego ograniczenia nie jest dopuszczalne w oparciu o bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa”.

Odpowiedź 4:

Zamawiający dodaje zapisy w § 4 Wzoru Umowy. Otrzymuje brzmienie:

1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w przypadku:

- 1) odstąpienia od umowy bądź jej rozwiązania przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% wartości brutto przedmiotu umowy, o której mowa w § 3 ust. 1,
 - 2) nieterminowego wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,2 % wartości brutto przedmiotu umowy, o której mowa w § 3 ust. 1,
 - 3) nienależytego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 20%, wartości brutto przedmiotu umowy, o której mowa w § 3 ust. 1.
2. Roszczenia o zapłatę należnych kar umownych nie będą pozbawiać Zamawiającego prawa żądania zapłaty odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, jeżeli wysokość poniesionej szkody przekroczy wysokość zastrzeżonej kary umownej.
 3. Zastrzeżenie kar umownych w niniejszej umowie nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Zamawiającego lub Wykonawcę odszkodowania na zasadach ogólnych kar umownych.
 4. Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na potrącenie kary umownej z przysługującego wynagrodzenia.
 5. Łączna wysokość wszystkich kar umownych naliczonych przez Zamawiającego nie przekroczy 50 % całkowitego wynagrodzenia netto należnego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy, określonego w § 3 ust. 1.
 6. Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu Umowy ograniczona jest do kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy określonego w §3 ust. 1 Umowy, przy czym ograniczenie to nie dotyczy szkód spowodowanych przez Wykonawcę umyślnie lub innych przypadków, gdy wprowadzenie takiego ograniczenia nie jest dopuszczalne w oparciu o bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa.

Naczelnik Wydziału
Informatyki i Rozwoju Społeczeństwa
Informacyjnego

mgr inż. Beata Waniec

Załączniki:
Wzór Umowy

