**Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.**

**Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację systemu komputerowego obsługi studiów i strony internetowej Ogłoszenie nr 539152-N-2020 z dnia 2020-05-12 r.**

**Informuję, że w dniu 18 maja 2020 r.do Zamawiającego wpłynęły zapytania dotyczące przedmiotowego postępowania. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych udzielam odpowiedzi na zadane pytania:**

**Pytanie nr 1**

Dotyczy Załącznika nr 4 – wzór umowy

W zakresie §8 ust. 2 pkt. 2-6 oraz 9 wzoru umowy Wykonawca wnioskuje o sprecyzowanie oraz racjonalizację postanowień dotyczących zastrzeżonych kar umownych. Pragniemy wskazać, iż kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 481§ 1 Kc) prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (wyrok SN z 17 marca 1988, IV CR 58/88, LEX 8867). Zgodnie z Kodeksem cywilnym kara umowna powinna mieć charakter odszkodowawczy, a nie prewencyjny. Ustalając wysokość kar umownych strony powinny brać pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter. Tezę taką wyrażono przykładowo w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. (syg. Akt UZP/ZO/)-1030/07): ,,W zakresie zarzutu dotyczącego wysokości kar umownych Zespół Arbitrów zauważa, iż zgodnie z kodeksem cywilnym kara umowna ma charakter odszkodowawczy, kompensacyjny a nie prewencyjny jako silny środek oddziaływania na niesolidnych wykonawców, zapewniający należyte wykonanie umowy. Obecne postanowienia specyfikacji nie oddają charakteru odszkodowawczego tej sytuacji prawa cywilnego.

Zwracamy uwagę, że jest to także w interesie Zamawiającego biorąc pod uwagę fakt, że naliczone kary umowne obligatoryjnie i ze skutkiem natychmiastowym obniżają wysokość dofinansowania z UE. W przypadku ewentualnego dalszego sporu sądowego z Wykonawcą i uznania braku skuteczności lub rażącego wygórowania zastrzeżonych kar umownych Zamawiający stanie przed koniecznością pokrycia kwoty odpowiadającej naliczonym karom z własnych środków.

Kary umowne zgodnie z orzecznictwem Sądów Powszechnych muszą być określone za konkretne, precyzyjnie określone naruszenie oraz w sposób umożliwiający jednoznaczne ustalenie wysokości kary umownej. W związku z powyższym, jeżeli w umowie zastrzeżono karę umowną w taki sposób, iż nie można jednoznacznie określić jej wysokości to taki zapis będzie nieważny, a co za tym idzie nie będzie można żądać jej zapłaty. Analogicznie, w przypadku, jeżeli nie dostatecznie precyzyjnie określony zostanie przypadek naruszenia uzasadniający żądanie zapłaty kary umownej.

Sposób sformułowania przez Zamawiającego postanowień §8 ust. 2 pkt. 2-6 oraz 9 wzoru umowy nie odpowiada ww. wymogom. Uzasadniając powyższe wskazać należy, że „nienależyte wykonanie zlecenia danej części zamówienia” jest pojęciem ocennym, nieostrym oraz nie może stanowić skutecznej podstawy nałożenia kary umownej. Nadto, 15% wysokość wynagrodzenie umownego niezależnie od wagi i stopnia nienależytego wykonania umowy przesądza również o rażącym wygórowaniu wysokości kary umownej. Z tych samych przyczyn „wyłączenia funkcjonowania lub utrudnienia w funkcjonowaniu zmodernizowanego Systemu lub/i strony internetowej, spowodowanego czynnościami wykonanymi przez Wykonawcę” nie może stanowić skutecznego tytułu do naliczenia kary umownej. Odnosząc się do kar umownych z tytułu niedochowania zastrzeżonych terminów wskazać należy, że terminy odnośnie których zwłoka może stanowić podstawę naliczenia kary umownej powinny być jasno oraz enumeratywnie wskazane. Obciążenie Wykonawcy karą umowną „w przypadku opóźnienia Wykonawcy w stosunku do jakiegokolwiek terminu zastrzeżonego Wykonawcy w Umowie lub ZZW” nie może być skuteczne, ponieważ Zamawiający nie wskazał konkretnego tytułu prawnego (naruszenia) uzasadniającego nałożenie kary umownej.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia§8 ust. 2 pkt. 2-6 oraz 9 wzoru umowy bez zmian

**Pytanie nr 2**

Dotyczy Załącznika nr 4 – wzór umowy

W zakresie §8 ust. 8 wzoru umowy Wykonawca wnioskuje o zmianę w ten sposób, że otrzyma nowe, następujące brzmienie:

W sytuacji, gdy wysokość naliczonych kar umownych nie wyrównuje rzeczywistej szkody Zamawiającego, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego z tym zastrzeżeniem, że maksymalna odpowiedzialność Wykonawcy ze wszystkich tytułów wynikających z umowy ograniczona jest do 100% faktycznie wypłaconego wynagrodzenia umownego netto oraz w żadnym przypadku, bez względu na inne postanowienia umowy, Wykonawca wraz ze swoimi podwykonawcami nie ponosi odpowiedzialności za szkody następcze, szkody pośrednie, utracone korzyści, w tym za utratę przychodu, utratę zysku, utratę możliwości eksploatacji, koszty kapitałowe.

Uzasadniając powyższe podnieść należy co następuje.

Brak określenia limitu odpowiedzialności Wykonawcy odbiega od standardów stosowanych na rynku usług IT eliminując z udział w postępowaniu część podmiotów, dla których tego rodzaju ograniczenie odpowiedzialności jest wymogiem korporacyjnym warunkującym możliwość złożenia oferty. W każdym przypadku skutkuje także nieuzasadnionym szacowaniem oferty powyżej faktycznym kosztów uwzględniając ryzyka kontraktowe. W konsekwencji, Uzyskanie szeregu ofert od potencjalnych Wykonawców jest uzależnione między innymi od odpowiedniego rozłożenia odpowiedzialności stron. Brak należytego ustalenia zasad tej odpowiedzialności skutkować może tym, że podmiot, który ma możliwość złożenia konkurencyjnej cenowo oferty, nie uczyni tego np. ze względu na postanowienia umowne zakładające nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawcy. Należy także zauważyć, że zgodnie z dokumentem „ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIK PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG”:

2. Granica odpowiedzialności umownej

Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości, określanej kwotowo lub do wartości umowy. [str. 54]

3. Odpowiedzialność za utracone korzyści

Ponadto, standardowo w umowach IT, odpowiedzialność stron jest ograniczana do szkody rzeczywistej. Jest to podyktowane potrzebą wyeliminowania sytuacji, w której strona będzie odpowiadała za trudne do skwantyfikowania utracone korzyści drugiej strony [str. 55].

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia§8 ust. 8 wzoru umowy bez zmian

**Pytanie nr 3**

Dotyczy Załącznika nr 4 – wzór umowy

W zakresie §9 ust. 1 wzoru umowy Wykonawca wnioskuje o sprecyzowanie, w ten sposób, że otrzyma nowe, następujące brzmienie:

1) gdy Wykonawca wykonuje umowę lub jej część w sposób rażąco sprzeczny z umową, w szczególności kiedy zleca wykonanie prac będących przedmiotem umowy innym podmiotom lub osobom niż wskazane w Wykazie osób lub rozszerza zakres podwykonawstwa poza wskazany w Ofercie bez pisemnej zgody Zamawiającego lub bez zgody Zamawiającego realizuje zamówienie wykorzystując firmy innych podwykonawców niż wskazane w Ofercie i nie zmienia sposobu realizacji umowy mimo wezwania go do tego przez Zamawiającego w dodatkowym, co najmniej 30 dniowym terminie, lub nie usunie uchybień mimo wezwania przez Zamawiającego do usunięcia uchybień w dodatkowym co najmniej 30 dniowym terminie - w terminie do 30 dni od dnia, kiedy Zamawiający powziął wiadomość o okolicznościach uzasadniających odstąpienie z tej przyczyny.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia§9 ust. 1 wzoru umowy bez zmian

Tarnobrzeg, 19 maja 2020 roku.