

GZ.261.2.2023

Wg rozdzielnika

Dotyczy postępowania: Utrzymanie w sprawności działania systemu sterowania ruchem UTCS w mieście Kraków. Znak sprawy: 2/I/2023

Zamawiający, zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), przekazuje treść pytań wraz z udzielonymi odpowiedziami:

Pytanie 1:

Prosimy o potwierdzenie, że przedmiotem umowy jest tylko oprogramowanie bez żadnych urządzeń.

Odpowiedź 1:

Zamawiający potwierdza, że przedmiotem umowy jest oprogramowanie.

Pytanie 2:

Zał. 7 OPZ punkt 5.11 Prosimy o potwierdzenie, że w zakres umowy nie wchodzi usuwanie usterek urządzeń wykonawczych (np. sterowników, kamer, itp.), a co najwyżej weryfikacja połączenia od strony systemu.

Odpowiedź 2:

Zamawiający potwierdza że w zakres umowy nie wchodzi usuwanie usterek urządzeń wykonawczych (np. sterowników, kamer).

Pytanie 3:

Czy zamawiający mógłby dokonać zmiany w par. 11 w sposób następujący:

„§ 11

Kary umowne

1. Wykonawca zapłaci ZDMK kary umowne w n/ w przypadkach zawinionych przez Wykonawcę:

1) w razie niedotrzymania któregokolwiek z terminów z § 5 ust. 1 umowy – w wysokości 0, 2 % wygodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy, osobno za każdy przypadek naruszenia;

~~2) w razie nienależytego jakościowo wykonania lub wykonywania Usługi – w wysokości 1 % wygodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy;~~

~~3) w razie naruszenia zasad i wymagań określonych umową i zapisami SWZ – w wysokości 0, 2% wygodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy, za każde stwierdzone nienależyte wykonanie przedmiotu umowy w danym kwartale;{..}”~~

Uzasadnienie:

1. Kara umowna przewidziana w art. 483 KC stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie, do którego nie ma zastosowania zasada ryzyka, przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricto kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 KC). Jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych. Zobowiązany do zapłaty kary umownej może więc bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 KC).

2. Ponadto z treści § 11ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy nie sposób wywieść jakiego rodzaju uchybienia w realizacji obowiązków umownych będą uprawniały Zamawiającego do naliczenia wykonawcy kary umownej. Umowa w tym zakresie jest nieprecyzyjna oraz uniemożliwia wykonawcy w sposób dokładny określenie wszelkich ryzyk kontraktowych, dlatego prosimy o usunięcie tych części. Tego rodzaju regulacje dają również Zamawiającemu arbitralne uprawnienie do dokonywania subiektywnej oceny, czy dane zachowanie wykonawcy spełnia przesłanki do naliczenia mu kary umownej na podstawie powyższej regulacji. To w konsekwencji będzie kreować w całym okresie realizacji umowy po stronie wykonawcy stan niepewności, co do ewentualnych konsekwencji poszczególnych działań.

Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający nie dokonuje gradacji charakteru poszczególnych uchybień obowiązków Wykonawcy wynikających z umowy - bez względu na to czy uchybienie będzie miało charakter formalny (np. niedopełnienie przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie w terminie), czy też będzie stanowiło rażące naruszenie umowy (np. niedopełnienie standardów bezpieczeństwa) kara umowna zawsze będzie miała tę samą wysokość.

Przepis 483 Kodeksu cywilnego wymaga, aby zastrzeżona kara umowna została określona w sposób precyzyjny i jasny.

Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych: "Kara umowna może zostać ustanowiona zarówno na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego w ogólności, jak i na wypadek określonych przejawów niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Może to dotyczyć zarówno obowiązków głównych, jak i ubocznych. W związku z tym, znaczenia jednak nabiera wymóg precyzyjnego sformułowania klauzuli dotyczącej kary umownej, tak aby nie było wątpliwości z jaką postacią niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powiązany został obowiązek jej zapłaty." (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 października 2019 r. VII AGa 1694/18)

Podobnie także: "Kara umowna jest uznawana za swoisty ryczałt odszkodowawczy, pełniący funkcje delimitacyjną oraz symplifikacyjną i z tej przyczyny jej zastrzeżenie powinno stwarzać możliwość obliczenia wysokości kary już w momencie zawarcia umowy. Nie rodzi to jednak obowiązku podania konkretnej sumy pieniężnej stanowiącej karę umowną. Strony mogą określić karę pośrednio przez wskazanie podstawy jej naliczenia w sposób pozwalający uznać jej ustalenie za dokonane i zamknięte." (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 marca 2019 r. I AGa 201/18)

Oraz: "Kara umowna, aby spełniała swe ustawowe funkcję winna odnosić się do ściśle określonych uchybień w obowiązkach z umowy. Elementem przedmiotowo istotnym zastrzeżenia kary umownej jest określenie zobowiązania albo pojedynczego obowiązku. Oznacza to, że strony ustalając karę umowną są zobowiązane oznaczyć obowiązek lub rodzaje obowiązków, które w razie naruszenia podlegają karze i to w sposób umożliwiający ich identyfikację. Kara umowna nie może zabezpieczać obowiązków oznaczonych in abstracto." (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2017 r. I ACa 340/16)

Dodatkowo zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna umożliwia jej naliczenie również za przewinienia wykonawcy, które nie są związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia (z uwagi na otwarty katalog przesłanek jej naliczenia). To z kolei prowadzi do sytuacji, w której mamy do czynienia z niedozwolonym na gruncie ustawy Pzp postanowieniem (klauzulą abuzywną). Zgodnie art. 433 pkt 2 ustawy Pzp "Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem".

Zamawiający w tym zakresie naruszył przepisy bezwzględnie obowiązujące. „

Odpowiedź 3:

Zamawiający zgodnie z art. 286 ust. 1 Pzp zmienia treść SWZ w następującym zakresie:

W załączniku nr 2 Projektowane postanowienia umowy

w § 11 ust. 1 pkt 2 jest:

„w razie nienależytego jakościowo wykonania lub wykonywania Usługi – w wysokości 1 % wygodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy”

w § 11 ust. 1 pkt 2 powinno być:

„w razie nienależytego jakościowo wykonania lub wykonywania Usługi – w wysokości 1 % wygodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy, osobno za każdy przypadek naruszenia”

w § 11 ust. 1 pkt 3 jest:

„w razie naruszenia zasad i wymagań określonych umową i zapisami SWZ – w wysokości 0, 2% wygodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy, za każde stwierdzone nienależyte wykonanie przedmiotu umowy w danym kwartale;

§ 11 ust. 1 pkt 3 – wykreśla się

Zgodnie z art. 286 ust.7 Pzp dokonana zmianę SWZ Zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Otrzymują:

1 x strona internetowa prowadzonego postępowania

1 x aa NZ