



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

BGO–BGZ.261.001.2022.AS

Warszawa, dnia 30 marca 2022 r.

do Wykonawców

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „**Zakup i wdrożenie platformy pełnotekstowego silnika wyszukiującego – w ramach budowy Zintegrowanej Platformy wsparcia procesów kontrolnych**”.

Działając na podstawie art. 135 ust. 2 i ust. 6 oraz art. 137 ust. 1 i 2 w związku z art. 135 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), Zamawiający udziela następujących wyjaśnień dotyczących treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oraz wprowadza zmianę w jej treści.

Pytanie 3:

W ramach realizacji Etapu I Umowy, Zamawiający przewiduje dostarczenie licencji oraz dokumentów potwierdzających udzielenie Zamawiającemu, przez Producenta oprogramowania, licencji na dostarczone oprogramowanie oraz do dostarczenia dokumentu potwierdzającego objęcie oprogramowania Wsparciem Technicznym Producenta. Samo pojęcie „*Producenta*” nie zostało zdefiniowane w Umowie. Pkt. 10.3 OPZ precyzuje, że Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć wymagane oprogramowanie/licencje/subskrypcje pochodzące z legalnego źródła, zakupione w autoryzowanym kanale sprzedaży producenta na terenie UE i objęte standardowym pakietem usług Wsparcia technicznego świadczonych przez sieć serwisową producenta na terenie UE.

W świetle powyższego:

- a) prosimy o wyjaśnienie czy oprogramowanie, o którym mowa w par. 3 ust. 2 Umowy, stanowiące przedmiot dostawy w ramach Etapu I Umowy, dotyczy gotowych komponentów silnika pełnotekstowego wyszukiwania wraz technologiami uczenia maszynowego i przetwarzania języka naturalnego, o którym mowa w pkt. 4.1 OPZ?
- b) prosimy o wyjaśnienie czy dla prawidłowego wykonania przez Wykonawcę obowiązku dostarczenia licencji oraz dokumentów potwierdzających udzielenie Zamawiającemu, przez Producenta oprogramowania, licencji na dostarczone oprogramowanie oraz dokumentu potwierdzającego objęcie oprogramowania Wsparciem Technicznym Producenta będzie wystarczające dostarczenie stosownych dokumentów wystawionych bezpośrednio przez producenta oprogramowania na rzecz nabywcy oprogramowania za pośrednictwem Wykonawcy (co odpowiada modelowi dystrybucji oprogramowania opisanemu w pkt. 10. 3 OPZ)?
- c) prosimy o wyjaśnienie czym jest „*oprogramowanie gotowe*” objęte licencją Wykonawcy, o której mowa w par. 9 ust. 1 Umowy? W tym kontekście wskazujemy, że oprogramowanie objęte dostawami w ramach Etapu I Umowy mają być objęte licencjami producenta oprogramowania (par. 3 ust. 2 Umowy), wobec powyższego Wykonawca nie może udzielić w odniesieniu do niego licencji.

Odpowiedź i zmiana treści SWZ:

Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

- Ad a) tak, oprogramowanie, o którym mowa w § 3 ust. 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, dotyczy gotowych komponentów silnika pełnotekstowego wyszukiwania wraz technologiami uczenia maszynowego

i przetwarzania języka naturalnego, o którym mowa w pkt 4.1 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ,

- Ad b) tak, dla prawidłowego wykonania przez Wykonawcę obowiązku dostarczenia licencji oraz dokumentów potwierdzających udzielenie Zamawiającemu, przez Producenta oprogramowania, licencji na dostarczone oprogramowanie oraz dokumentu potwierdzającego objęcie oprogramowania Wsparciem Technicznym Producenta wystarczającym będzie dostarczenie stosownych dokumentów wystawionych bezpośrednio przez producenta oprogramowania na rzecz nabywcy oprogramowania za pośrednictwem Wykonawcy,
- Ad c) Zamawiający dokonał w tym zakresie modyfikacji treści § 9 ust. 1 wzoru Umowy.

Pytanie 4:

Czy zgłoszenie gotowości odbioru Systemu w terminie określonym w par. 2 ust. 1 Umowy będzie wystarczające dla stwierdzenia przez Wykonawcę Etapu I Umowy w terminie / zgodnie z harmonogramem? Czy terminy opisane w procedurze odbioru opisanej w par. 5 ust. 2-8 Umowy lub opisane w par. 3 terminy akceptacji dokumentacji wliczają się do okresu realizacji Etapu I Umowy (4 miesiące od daty zawarcia Umowy)?

Odpowiedź:

Zgłoszenie przez Wykonawcę gotowości odbioru Systemu nie będzie wystarczające dla stwierdzenia wykonania Etapu I (Wdrożenia) w terminie określonym w § 2 ust. 1 Umowy. Potwierdzeniem wykonania Etapu I przedmiotu umowy będzie dokonanie przez Zamawiającego odbioru Systemu, zgodnie z zasadami określonymi w § 5 wzoru Umowy.

Terminy wskazane w procedurze odbioru opisanej w § 5 ust. 2-8 nie wliczają się do okresu realizacji Etapu I przedmiotu zamówienia (Wdrożenia).

Pytanie 5:

Prosimy o wyjaśnienie czy testy akceptacyjne Systemu, o których mowa w par. 4 Umowy stanowią element procedury odbioru Systemu opisanej w par. 5 Umowy czy też poprzedzają procedurę odbioru Systemu?

Odpowiedź:

Przeprowadzenie testów akceptacyjnych Systemu poprzedza procedurę odbioru Systemu (zgodnie z § 5 ust. 1 zdanie drugie).

Pytanie 6:

Prosimy o wyjaśnienie czy czas trwania testów akceptacyjnych Systemu, o których mowa w par. 4 Umowy wlicza się do okresu realizacji Etapu I Umowy (4 miesiące od daty zawarcia Umowy)?

Odpowiedź:

Tak.

Pytanie 7:

Zgodnie z par. 5 ust. 1 Umowy, warunkiem zgłoszenia gotowości odbioru jest brak Błędów działania Systemu oraz pozytywne wyniki testów, o których mowa w § 4 ust. 3 Umowy. W świetle powyższego prosimy o wyjaśnienie czy elementem testów akceptacyjnych działania Systemu jest weryfikacja spełnienia wymagań Zamawiającego oraz weryfikacja braku Błędów działania Systemu? Jeśli tak czy procedura usuwania Błędów ma zostać uzgodniona po zawarciu Umowy czy stanowić element Projektu technicznego Systemu?

Odpowiedź:

Tak, zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru Umowy „Wykonawca zobowiązuje się do przeprowadzenia – przy udziale Zamawiającego, w zakresie uzgodnionym w Projekcie technicznym Systemu – testów, obejmujących weryfikację poprawności funkcjonowania Systemu dokonanych w celu spełnienia wymagań Zamawiającego. Testy muszą obejmować weryfikację wszystkich wymagań i funkcjonalności określonych w Załączniku nr 1 do Umowy”.

Procedura usuwania Błędów ma stanowić element Projektu technicznego Systemu.

Pytanie 8:

Jeśli zgodnie z par. 5 ust. 1 Umowy warunkiem zgłoszenia gotowości odbioru jest brak Błędów działania Systemu oraz pozytywne wyniki testów, o których mowa w § 4 ust. 3 Umowy to co ma podlegać ocenie w ramach procedury odbioru określonej w par. 5 ust. 2-8 Umowy? W szczególności czego mają dotyczyć ewentualne uwagi Zgłaszającego? Jaka jest przewidziana procedura postępowania w zakresie weryfikacji zasadności uwag zgłoszonych przez Zamawiającego? W jaki sposób Wykonawca ma postąpić w przypadku nieuwzględnienia określonej uwagi Zamawiającego, gdyby okazała się ona niezasadna?

Odpowiedź:

Przedmiotem odbioru jest potwierdzenie zgodności Systemu z Projektem Technicznym oraz weryfikacja przeprowadzonych testów. Ewentualne uwagi będą dotyczyły niezgodności Systemu z Projektem Technicznym oraz poprawności działania Systemu na podstawie testów. Wykonawca musi podać pisemne uzasadnienie nieuwzględnienia określonej uwagi Zamawiającego, przy czym Zamawiający ma decydujący głos o podtrzymaniu lub wycofaniu uwagi.

Pytanie 9:

W jakim trybie zostaną przekazane Wykonawcy dokumenty wskazane w par. 6 ust. 4 Umowy? Skoro Wykonawca zobowiązuje się do ich przestrzegania powinny one stanowić załącznik do Umowy i być znane przed składaniem ofert, a Zamawiający winien być zobligowany do przekazywania wszystkich stosownych aktualizacji w tym zakresie Wykonawcy. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. KIO 2735/15 „SIWZ, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. (...) Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu KC. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, że co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia powinny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. W szczególności „opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy byli w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji bądź nadmiernych ryzyk związanych z lukami w opisie, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i skalkulować ofertę. Zaniechanie wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, w szczególności odsyłanie do informacji posiadanych przez inne podmioty, stanowi naruszenie obowiązków zamawiającego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 479/19).

Odpowiedź:

Dokument wskazany w § 6 ust. 4, tj. Polityka bezpieczeństwa, zostanie przekazana Wykonawcy w dniu zawarcia Umowy.

Pytanie 10:

Prosimy o potwierdzenie czy prawidłowe jest założenie Wykonawcy, że personel Wykonawcy (niezależnie od formy zatrudnienia) dedykowany do realizacji Umowy nie stanowi podwykonawców w rozumieniu par. 7 Umowy?

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający potwierdza.

Pytanie 11:

Prosimy o wyjaśnienie jaki jest stosunek okresu wypowiedzenia licencji na oprogramowanie gotowe wskazany w par. 9 ust. 6 Umowy w stosunku do okresu trwania samej licencji określonego w par. 9 ust. 5 Umowy na 36 miesięcy? Czy prawidłowe jest rozumowanie Wykonawcy, że w każdym przypadku okres trwania licencji na oprogramowanie gotowe nie jest dłuższy niż 36 miesięcy?

Odpowiedź i zmiana treści SWZ:

Zamawiający dokonał w tym zakresie modyfikacji treści § 9 ust. 6 wzoru Umowy.

Pytanie 12:

Zgodnie z pkt. 2.5 OPZ Dokumentacja, do której prawa na podstawie Umowy przenieść ma Wykonawca, dotyczyć ma m.in. oprogramowania gotowego (por. par. 9 ust. 8 Umowy). Prosimy o potwierdzenie, że intencją Zamawiającego jest nabycie praw do Dokumentacji jako takiej, co nie będzie ograniczać Wykonawcy do tworzenia dokumentacji dotyczącej oprogramowania gotowego na potrzeby innych projektów realizowanych przez Wykonawcę.

Odpowiedź:

Przeniesienie autorskich praw majątkowych dotyczy dokumentacji stworzonej przez Wykonawcę w trakcie realizacji Umowy.

Pytanie 13:

Dlaczego par. 9 ust. 8 Umowy obejmuje prawo w pkt. 3 prawo publicznego rozpowszechniania Utworu, w tym w sieci Internet? Powyższe wykracza poza racjonalne cele korzystania z Dokumentacji przez Zamawiającego w związku z Systemem, który jest wdrażany na wewnętrzne potrzeby Zamawiającego oraz dodatkowo może prowadzić do ujawnienia tajemnic przedsiębiorstwa Wykonawcy. W ocenie Wykonawcy tak określone uprawnienia w odniesieniu do publicznego udostępnienia utworu są zbyt daleko idące, godząc w słuszny interes Wykonawcy i obiektywnie nieuzasadnione.

Odpowiedź i zmiana treści SWZ:

Zamawiający dokonał w tym zakresie modyfikacji treści § 9 ust. 8 pkt 2 i 3 wzoru Umowy.

Pytanie 14:

Prosimy o wyjaśnienie dlaczego par. 9 ust. 17 Umowy odwołuje się do nieograniczonego w czasie korzystania z Systemu na potrzeby własne skoro zamówienie dotyczy zapewnienia 3-letniej subskrypcji na System? Przywołany zapis jest sprzeczny z tym założeniem oraz czasem trwania licencji Producenta.

Odpowiedź i zmiana treści SWZ:

Zamawiający dokonał w tym zakresie modyfikacji treści § 9 ust. 17 wzoru Umowy.

Pytanie 15:

W odniesieniu do par. 10 Umowy należy wskazać, że tworzy on bardzo szerokie, nieograniczone ramy odpowiedzialności Wykonawcy, co nie jest zgodne ze standardami rynkowymi, ale też stanowi w ocenie Wykonawcy przekroczenie granic swobody kształtowania stosunku umownego przez Zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie i konsekwentnie wskazywano, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu warunków umowy, jaka zawarta ma zostać w wyniku udzielania zamówienia, nie jest nieograniczona. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2018 r., sygn. KIO 2115/18, „*Uprawnienie Zamawiającego [w kształtowaniu stosunku prawnego] nie ma jednak charakteru absolutnego*” (także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO 2196/18, 2197/18 z dnia 8 listopada 2018 r.). Ukształtowanie dokumentacji przetargowej i przerzucanie nadmiernych ryzyk na wykonawcę narusza zasadę wyrażoną w art. 353(1) kc, albowiem sprzeczne jest z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany.

Jak wskazano w orzecznictwie, „*zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 r. sygn. KIO 2280/16, też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2019 r., sygn. KIO 693/19, KIO 694/19, zob. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2019 r., sygn. XXIII Ga 1023/19).

Mając powyższe na uwadze prosimy o rozważenie wprowadzenia następujących zmian w Umowie:

- a) wprowadzenie górnej granicy odpowiedzialności (z wyłączeniem szkód wyrządzonych umyślnie) w kwocie równiej wartości wynagrodzenia określonego w Umowie i ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy do szkód rzeczywistych, to jest z wyłączeniem utraconych korzyści – co uzasadnione jest naturą stosunku prawnego oraz charakterem świadczonych dostaw i usług będących przedmiotem Umowy,
- b) obniżenie zaproponowanych w par. 10 ust. 1-5 kar umownych do kwot odpowiadających standardom rynkowym, to jest za dzień zwłoki odpowiednio 0,2% zamiast obecnego 2% odpowiedniego wynagrodzenia, zaś kary za niezapewnienia przez Wykonawcę Wsparcia Technicznego Producenta Oprogramowania na okres wskazany w Umowie do 2% zamiast 20% odpowiedniego wynagrodzenia,
- c) obniżenie zaproponowanej w par. 10 ust. 11 Umowy kary za odstąpienie od Umowy do kwoty 5% wynagrodzenia właściwego dla zakresu Umowy, którym objęte jest odstąpienie (a nie całości wynagrodzenia bez względu na to czy odstąpienie następuje w całości czy w części),
- d) wykreślenia par. 10 ust. 7 Umowy – tak sformułowane postanowienie jest bowiem zbyt ogólne i uniemożliwia kalkulację związanych z nim ryzyk. Należy wskazać, że przepis ten po pierwsze odwołuje się do całości par. 6 Umowy, który zawiera szereg bardzo różnych postanowień, po drugie zaś mówi o karze do wysokości 10%, nie wyjaśniając mechanizmu nakładania kary o konkretnej wartości.

Wykonawca nie może rzetelnie skalkulować i złożyć oferty, jeśli z dokumentacji przetargowej przedstawionej przez zamawiającego nie da się ustalić zakresu odpowiedzialności czy katalogu kar umownych. Dlatego też, jak podkreślono w orzecznictwie, „*obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. (...) Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. KIO 1380/18 oraz 1384/18),

- e) zmianę par. 10 ust. 9 Umowy poprzez ograniczenie kwoty łącznej odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych do 20% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy (mając na uwadze fakt, że Zamawiający na gruncie Umowy uprawniony jest do dochodzenia odszkodowania ponad kwotę kar umownych na zasadach ogólnych)
- f) ograniczenie możliwości potrącania kar umownych z wynagrodzeniem Wykonawcy w par. 10 ust. 12 Umowy do wynagrodzenia wymagalnego.

Kary umowne nie mogą być bowiem nadmierne i oderwane od szkody, jaką Zamawiający może ponieść. Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych, „*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. (...) 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*” (Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, Warszawa, marzec 2018 r. https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf).

Słuszne stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach Kodeksu Cywilnego regulujących kwestie kar umownych. Z treści art. 483 kc wynika wyraźnie funkcja odszkodowawcza kary umownej. Umawiając się o karę umowną strony ustalają rodzaj zryczałtowanego odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy.

Jak zasadnie wskazano w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 23 września 2014 r. (sygn. akt I ACa 347/14), „*w modelu kary umownej na gruncie Kodeksu cywilnego prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej, ponieważ jest ona odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu. Oddziaływanie przymuszające i represyjne pozostają skutkami wtórnymi*”. Stąd i też potwierdzony w ugruntowanym orzecznictwie obowiązek miarkowania kar umownych.

Podobnie, Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wskazuje na konieczność wyważenia interesów stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdy chodzi o kształtowane kar umownych. „*Ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego*

zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu”. Stąd „niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. KIO 980/18, KIO 983/18).

„Oceniając wysokość kary umownej, w związku z podniesieniem zarzutu jej miarkowania, należy brać pod uwagę istnienie szkody oraz jej rozmiar. Względy aksjologiczne przemawiają bowiem za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2016 r., sygn. IV CSK 674/15).

Tymczasem tak ukształtowane jak w Umowie kary umowne i zasady odpowiedzialności są znacząco wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia oraz są nieadekwatne do wagi naruszeń, mając w szczególności na uwadze dodatkowo postanowienia Umowy, który umożliwiają Zamawiającemu dochodzenie odszkodowania za poniesioną szkodę w kwocie przekraczającej wysokość kar umownych.

Odpowiedź i zmiana treści SWZ:

- Ad a) Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmiany do Umowy.
- Ad b) Zamawiający dokonał zmiany wysokości kar umownych wymienionych w § 10 ust. 1, 2, 3 i 5 Umowy. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wysokości kary określonej w § 10 ust. 4.
- Ad c) Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmiany do Umowy.
- Ad d) Treść § 10 ust. 7 Umowy została uszczegółowiona. Kary będą naliczane za naruszenie zobowiązań wynikających z § 6 ust. 3, 7 i 12 Umowy.
- Ad e) Zamawiający dokonał modyfikacji treści § 10 ust. 9 Umowy poprzez ograniczenie kwoty łącznej odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych do 50% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy.
- Ad f) Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmiany do Umowy.

Pytanie 16:

Prosimy o usunięcie par. 13 ust. 1 pkt 2 Umowy (ze względu na brak szczegółowej informacji o zasadach bezpieczeństwa, do których przepis ten referuje – Wykonawca nie może bowiem rzetelnie skalkulować i złożyć oferty, jeśli z dokumentacji przetargowej przedstawionej przez Zamawiającego nie da się ustalić katalogu przypadków, w których możliwe jest rozwiązanie umowy) lub – jeśli informacje takie zgodnie z pytaniem nr 6 powyżej zostaną przekazane, wskazanie, że prawo do odstąpienia od Umowy może zostać wykonane, jeżeli Zamawiający wezwał Wykonawcę do zaprzestania naruszeń i usunięciu skutków, wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin nie krótszy niż 7 dni kalendarzowych, a mimo upływu tego terminu Wykonawca nie zaprzestał naruszeń, ani nie usunął ich skutków.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na usunięcie § 13 ust. 1 pkt 2 wzoru Umowy.

Jednocześnie Zamawiający zamieszcza na stronie internetowej prowadzonego postępowania wzór Umowy, stanowiący Załącznik nr 3 do SWZ, uwzględniający dokonane zmiany. Dla ułatwienia, wprowadzone zmiany zostały wyróżnione kolorem **czerwonym**.

**p.o. Dyrektora Biura Organizacyjnego
Najwyższej Izby Kontroli**

/-/ dr Jarosław Melnarowicz