



Zastępca Prezesa
Dariusz Olkiewicz

Wykonawcy

Wasze pismo znak: Data: Nasz znak:

Data:

ZP.9.DPiZP.2610.29.2020.ZA

14 stycznia 2021 r.

Sprawa: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**zakup usług wsparcia technicznego, subskrypcji Microsoft Software Assurance do posiadanego oprogramowania Microsoft**”.

Szanowni Państwo,

Działając na podstawie przepisu art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. dalej: „ustawa”), Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie i adresem: Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, zwana dalej „Zamawiającym”, udziela wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w niżej opisanym zakresie.

PYTANIE 1.

Pytanie dt. Umowy.

Zamawiający we wzorze umowy w paragrafie 6, pkt 2 zawarł co następuje: „W przypadku niewykonania przez Sprzedawcę któregokolwiek ze zobowiązań świadczonych w ramach Usługi Premier Support w terminach każdorazowo ustalonych przez Strony dla poszczególnych czynności, Sprzedawca zapłaci na rzecz Kupującego karę umowną w wysokości 0,05% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 2 odpowiednio pkt 2 Umowy za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia.”

Sprzedawca oświadcza, że wykonawcą usługi Premier Support jest Microsoft, a nie Sprzedawca, w związku z tym nie może ponosić odpowiedzialności za usługi wykonywane w ramach Premier Support.

Prosimy o usunięcie powyższego zapisu.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że nie zmienia przedmiotowego postanowienia wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ.

PYTANIE 2.

Wykonawca zwraca się z pytaniem w zakresie par 3 ust. 2 Załącznika nr 6, gdzie Zamawiający bezpodstawnie wprowadza termin „najwyższej” staranności, który nie jest jednoznacznie zdefiniowany, powołując się na art. 355 ust. 2 KC zgodnie z którym „§ 2. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.”

Zwracamy się z wnioskiem o zmianę terminu „najwyższa” na „należyta”.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że poprzez zwrot „najwyższa staranność” należy rozumieć staranność w znaczeniu wynikającym z treści przepisu art. 355 § 2 Kodeksu Cywilnego, do którego odwołuje się powołane w pytaniu postanowienie umowne.

Jednakże Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy, celem doprecyzowania postanowień wzoru umowy, w §3 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ wyraz „najwyższej” zastępuje się wyrazem „należytej”.

PYTANIE 3.

W par 6 Wzoru umowy, Zamawiający będzie naliczał kary umowne za OPÓŹNIENIE. Przy ogólnym podejściu opóźnienie to każdy przypadek niewykonania zobowiązania w terminie, a zwłoka to szczególny przypadek opóźnienia jako działania lub zaniechania zawinionego. Opóźnienie oderwane jest od przyczyny, natomiast zwłoka to opóźnienie zawinione.

Warto zwrócić uwagę, że umowa realizowana będzie po wejściu w życie przepisów nowej ustawy PZP. W ustawie tej znajduje art. 433 pkt 1 zgodnie z którym: projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będą mogły

przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Pozostawienie postanowień w takim kształcie stanowić będzie, że umowa zawiera wady w postaci klauzul abuzywnych.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 23 grudnia 2020 r. i jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.). Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.) do umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. W stanie prawnym mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania oraz umowy, która zostanie zawarta po jego przeprowadzeniu nie znajdują zastosowania przepisy, które wskazane zostały przez Wykonawcę z pytaniem. Wzór umowy załączony przez Zamawiającego do SIWZ nie zawiera postanowień niedozwolonych przepisami prawa.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zauważa, że powołany przez Wykonawcę przepis ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych dopuszcza ukształtowanie odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie, jeżeli jest to uzależnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Oznacza to zatem, że także w przypadku umów do których znajdują zastosowanie przepisy wyżej wskazanej ustawy w pewnych stanach faktycznych możliwe będzie odstąpienie od określenia odpowiedzialności Wykonawcy za zwłokę.

PYTANIE 4.

Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający w par 6 Wzoru umowy będzie naliczał kary umowne od „wartości netto”. Zważywszy, że odszkodowanie wypłaca się zawsze od kwoty netto (podatek VAT nie jest składnikiem wynagrodzenia wykonawcy) właściwą praktyką jest formułowanie zapisów dotyczących kar w oparciu o wynagrodzenie netto.

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, że kary umowne zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ naliczane są od kwoty wynagrodzenia brutto.

PYTANIE 5.

Wyjaśnienia czy Zamawiający dopuszcza dodanie w par 6 wzoru umowy nowego ustępu o treści:

„Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie zapisów umowy nie przekroczy 20% wartości netto wynagrodzenia.”

Wykonawca argumentuje dodanie powyższego ustępu, faktem, że brak takiego ograniczenia musiałby skutkować przeszacowaniem umowy, która zasadniczo odbiegać będzie od obowiązujących realiów rynkowych. Zasady dobro-rynkowego partnerstwa, wskazują aby umowa czyniła zadość funkcjonującym zasadom rynku.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że nie zmienia postanowień wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ.

PYTANIE 6.

Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienia czy Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia do par 6 Wzoru umowy postanowienia o treści:

„Całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy ograniczona jest do wysokości 100% wartości z umowy netto.”

Wykonawca wskazuje, że przy uwzględnieniu warunków rynkowych, tak określony limit skutkuje możliwością skalkulowania oferty, korzystniejszej cenowo dla Zamawiającego. Zgodnie z zasadami funkcjonującymi u Wykonawcy, kwestie związane z nieograniczoną lub ograniczoną odpowiedzialnością, wpływają na ceny oferowanych usług. Jeżeli w umowie znajduje się ograniczenie do wysokości kontraktu, Wykonawca ma możliwość zaoferowania swoich produktów po niższej cenie.

Istotnym jest dodanie, że Urząd Zamówień Publicznych opublikował dokument pn. "Analizę dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 Osi POIG". Co ważne Urząd Zamówień Publicznych rekomenduje wykorzystanie przekazanych dokumentów wszystkim Zamawiającym, niezależnie od pochodzenia źródła finansowania danego zamówienia publicznego, w tym – współfinansowania zamówienia ze środków europejskich. Jedną z istotniejszych rekomendacji, jest wprowadzanie zapisów, zgodnie z którymi:

- „Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości, określanej kwotowo lub do wartości umowy”.

- „(...)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.

Nie można także zignorować faktu, że nowa Ustawa PZP, która obowiązuje od 1 stycznia 2021 r. czyli de facto w całym okresie trwania umowy NAKAZUJE ustalania przez Zamawiającego takiego limitu. Brak wskazanego postanowienia może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Zamawiającego. Brak takiego limitu jest niedozwolony!

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że nie zmienia postanowień wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ.

z poważaniem

*Dariusz Olkiewicz
Zastępca Prezesa ARiMR*