Biuro Zakupów Warszawa, dnia 15.09.2021 r.

BZzp.261.38.2021

**Wykonawcy biorący udział w postępowaniu**

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT – nr referencyjny: BZzp.261.38.2021*

Działając na podstawie art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający przekazuje wyjaśnienia treści SWZ.

**Pytanie nr 1**

Dotyczy § 2 ust.14 projektu Umowy Ramowej, Załącznika 1 Umowy Ramowej.

W § 2 ust. 14 projektu Umowy Ramowej zapisano: „Wykonawca jest zobowiązany do dysponowania kompletnym zespołem Specjalistów IT Wykonawcy, przez cały okres obowiązywania Umowy ramowej i Umów wykonawczych, zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do Umowy ramowej. W przypadku konieczności zmiany członka ww. zespołu specjalistów IT Wykonawcy, Wykonawca musi wymienić tego Specjalistę IT na inną osobę, o nie gorszych kompetencjach i doświadczeniu, spełniającą wymagania określone w Załączniku nr 1 do Umowy ramowej, w taki sposób, aby została zachowana ciągłość dysponowania przez Wykonawcę kompletnym zespołem specjalistów IT Wykonawcy. Zamawiający zastrzega, że taka wymiana nie może nastąpić nie więcej niż 3 razy w trakcie obowiązywania Umowy ramowej i ani razu w trakcie obowiązywania Umowy wykonawczej, w której realizacji uczestniczy dany specjalista IT …..”

a) Czy Zamawiający wymaga podania imiennej listy specjalistów na etapie podpisywania 3-letniej Umowy Ramowej?

b) Jeśli odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca to czy Zamawiający zgodzi się usunąć to wymaganie?

Uzasadnienie: planowane Umowy Ramowe będą zawierane na okres 3 letni, to bardzo długi okres czasu w którym mało realna jest możliwość dyspozycji konkretnym zespołem specjalistów zwłaszcza, że nie ma określonego planu zapotrzebowania na konkretne role. Ponadto osoby te, nawet jeśli pozostają w dyspozycji Wykonawcy, będą realizowały inne projekty i nie zawsze będzie możliwe skierowanie ich w krótkim czasie do realizacji zadań dla Zamawiającego. Takie wymaganie wydaje się zasadne przy składaniu ofert w odpowiedzi na konkretne Zapytania Ofertowe i przedstawienie na tym etapie propozycji konkretnego składu zespołu o wymaganych kwalifikacjach określonych Umową. Pozostawienie zapisów jw. będzie skutkować zmniejszeniem liczby składanych ofert na Zapytania Ofertowe przez Wykonawców.

**Odpowiedź:**

§ 2 ust. 14 projektu Umowy Ramowej otrzymuje następujące brzmienie:

*„14. Wykonawca jest zobowiązany do dysponowania kompletnym zespołem Specjalistów IT Wykonawcy, przez cały okres obowiązywania Umów wykonawczych, zgodnie z wymaganiami określonymi w* ***Załączniku nr 1*** *do Umowy ramowej. W przypadku konieczności zmiany członka ww. zespołu specjalistów IT Wykonawcy, Wykonawca musi wymienić tego Specjalistę IT na inną osobę, o nie gorszych kompetencjach i doświadczeniu, spełniającą wymagania określone w* ***Załączniku nr 1*** *do Umowy ramowej, w taki sposób, aby została zachowana ciągłość dysponowania przez Wykonawcę kompletnym zespołem specjalistów IT Wykonawcy. Zamawiający zastrzega, że taka wymiana nie może nastąpić ani razu w trakcie obowiązywania Umowy wykonawczej, w której realizacji uczestniczy dany specjalista IT Wykonawcy, z wyjątkiem udokumentowanych przez Wykonawcę przyczyn, na które Wykonawca nie miał wpływu (np. długotrwała choroba, nagły wypadek losowy czy śmierć danego specjalisty IT Wykonawcy) oraz w przypadkach określonych w ust. 10. Postanowienia ust. 10 w zakresie sposobu wymiany stosuje się odpowiednio.”*

**Pytanie nr 2**

Pytanie dotyczy wzoru umowy ramowej. Czy Zamawiający wydłuży termin na podpisanie umowy wykonawczej określony w § 3 ust. 14 do 7 dni roboczych?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Pytanie nr 3**

Pytanie dotyczy wzoru umowy ramowej. Czy zamawiający zmniejszy karę umowną określoną w § 6 ust.1 do 10.000 zł?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Pytanie nr 4**

Pytanie dotyczy wzoru umowy ramowej. Czy zamawiający zmniejszy karę umowną określoną w § 6 ust. 4 do poziomu 0,05%?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Pytanie nr 5**

Pytanie dotyczy wzoru umowy ramowej. Czy zamawiający zmniejszy limit kar umownych określony w § 6 ust. 9 do 10%? Podkreślić należy, ze aktualny limit trudno uznać za zgodny z ustawą. Jest o bliski 100% wynagrodzenia ramowego, a więc takiego, które może być tylko teoretycznie osiągnięte w ramach realizacji postępowania, gdyż w praktyce rzeczywiste wynagrodzenie będzie wynikać z poszczególnych umów wykonawczych.

**Odpowiedź:**

§ 6 ust. 9 projektu Umowy Ramowej otrzymuje następujące brzmienie:

*„9. Strony zgodnie ustalają, że kary umowne nałożone na Wykonawcę w związku z realizacją Umowy ramowej nie mogą przekroczyć 50 % łącznej wartości brutto Umowy ramowej, określonej w § 5 ust. 1.”*

**Pytanie nr 6**

Pytanie dotyczy wzoru umowy wykonawczej. Wnosimy o doprecyzowanie w § 3 ust. 4 umowy wykonawczej i określenie, że wykonawcy należne jest wynagrodzenie za prace (dni pracy specjalistów) niekwestionowane w procedurze odbiorowej.

**Odpowiedź:**

§ 3 ust. 4 projektu Umowy Wykonawczej otrzymuje następujące brzmienie:

*„4. Jeżeli po trzykrotnym powtórzeniu procedury o której mowa w ust. 1 i 2, Zamawiający nadal będzie zgłaszał zastrzeżenia do realizacji przedmiotu Umowy wykonawczej, Zamawiający zastrzega sobie prawo odmowy jej odbioru i może rozwiązać Umowę wykonawczą ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Zamawiający składając oświadczenie o rozwiązaniu umowy jednocześnie przekaże Wykonawcy ww. protokół zdawczo-odbiorczy przedstawiający powód odmowy odbioru. Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie za usługi realizowane w miesiącu, do którego odnoszą się zastrzeżenia i które nie zostały odebrane przez Zamawiającego. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie należne za prace (dni pracy specjalistów) niekwestionowane w procedurze odbiorczej.”*

**Pytanie nr 7**

Pytanie dotyczy wzoru umowy wykonawczej. Wnosimy o wykreślenie postanowień o gwarancji z wzoru umowy wykonawczej (par. 4 i inne powiązane z gwarancją jak np. par. 6 ust. 1 pkt 3). Charakter umowy nie pozwala na objecie wykonanych prac gwarancją. Prace są wykonywane pod nadzorem zamawiającego, z jego polecenia, to zamawiający określa ich zakres/przedmiot i sposób realizacji.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Pytanie nr 8**

Pytanie dotyczy wzoru umowy wykonawczej. Czy Zamawiający zmniejszy karę umowną określoną w § 6 ust. 1 pkt 1 do poziomu 1%? Obecnie kara jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Pytanie nr 9**

Pytanie dotyczy wzoru umowy wykonawczej. Czy Zamawiający zmniejszy karę umowną określoną w § 6 ust. 1 pkt 2 do poziomu 0,1%? Obecnie kara jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Pytanie nr 10**

Pytanie dotyczy wzoru umowy wykonawczej. Czy Zamawiający zmniejszy karę umowną określoną w § 6 ust. 1 pkt 4 do poziomu 1%? Obecnie kara jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

**Pytanie nr 11**

Pytanie dotyczy wzoru umowy wykonawczej. Przyjęte przez Zamawiającego postanowienie w § 6 ust. 6 trudno jest w ocenie Wykonawcy uznać za ustanowienie limitu kar umownych w rozumieniu art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Praktyka orzecznicza sądów polskich wskazuje, ze nie ma możliwości naliczenia tak wysokich kar umownych. Tym samym czy Zamawiający dokona zmiany w § 6 ust. 6 i przyjmie możliwy do wyceny w ramach oferty, limit kar umownych na maksymalnym poziomie ok. 10-15% wynagrodzenia? Przyjęty aktualnie przez Zamawiającego limit na poziomie 70% wynagrodzenia jest limitem, który jest zupełnie iluzoryczny, gdyż w praktyce nie ma możliwości by tak wysokie kary zostały naliczone a jeśli nawet zostaną naliczone to co do zasady podlegałyby one sądowemu miarkowaniu. Można zatem w praktyce uznać, że limit ten nie istnieje. Jednocześnie powoduje to, że wykonawcy nie mają żadnej racjonalnej możliwości oceny ryzyka w zakresie kar umownych. Jest to o tyle niekorzystne dla Zamawiającego, że albo spowoduje złożenie oferty przez podmiot/y nie zwracające uwagi na tego rodzaju klauzule (co świadczy o ich lekkomyślności i ryzyku niepowodzenia projektu) albo przez podmiot/y, które założą ogromne kwoty na ryzyka, skrajnie zwiększając cenę oferty albo brak będzie jakichkolwiek rozsądnych ofert w postępowaniu. Praktyki takie jak ta (wskazywania tak skrajne wysokiego limitu) są kwestionowane zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych, jako skrajnie naruszające równowagę kontraktową stron. Ma tego świadomość również ustawodawca czego oczywistym przykładem jest nowa ustawa prawo zamówień publicznych wymagająca ustanowienia takiego limitu (wskazać należy, iż w pracach ustawodawczych wskazywano jako maksymalny możliwy limit 20% wynagrodzenia).

**Odpowiedź:**

§ 6 ust. 6 projektu Umowy Wykonawczej otrzymuje następujące brzmienie:

*„6. Strony zgodnie ustalają, że kary umowne nałożone na Wykonawcę w związku z realizacją Umowy wykonawczej nie mogą przekroczyć 50 % całkowitej wartości brutto Umowy wykonawczej, określonej w § 5 ust. 1.”*

**Pytanie nr 12**

Pytanie dotyczy wzoru umowy wykonawczej. W jaki sposób w toku realizacji umowy ma być wykonywane zobowiązanie z § 9 ust. 2 (nadzór nad realizacją przedmiotu umowy wykonawczej), skoro to zamawiający samodzielnie i bez udziału wykonawcy decyduje o zakresie zadań specjalistów?

**Odpowiedź:**

Zamawiający zdaje się na doświadczenie wykonawców w zarządzaniu podobnymi projektami. Zamawiający nie decyduje samodzielnie o zakresie zadań specjalistów. Ponieważ to zespół specjalistów pod nadzorem wykonawcy jest odpowiedzialny za realizację zadań.

**Pytanie nr 13**

W rozdziale V (Informacje o warunkach udziału w postępowaniu) w ust. 1 pkt. 4) w ramach
zdolności technicznej Zamawiający określił warunek w następujący sposób:

*„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym
wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w
okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia
działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej … „*

Żądana wartość wykonanych usług jest bardzo duża (2 400 000 zł brutto), a ostatnie
półtora roku było okresem specyficznym (covid-19) i wiele instytucji zamroziło w pierwszym
okresie realizację jakichkolwiek projektów. Zwracamy się więc do Zamawiającego z prośbą
o wydłużenie okresu z którego wykonawcy mogą przedstawić referencje dotyczące
realizacji projektów na okres **5 lat** przed złożeniem oferty.

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż w konsekwencji udzielonych wyjaśnień zmianie ulegnie treść SWZ, powodująca zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 137 ust. 4 i 5 ustawy, Zamawiający zobowiązany jest przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, a udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ww. ogłoszenia, z wyjątkiem przypadku gdy Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. W związku z powyższym odpowiedź zostanie udzielona po dopełnieniu powyższych obowiązków przez Zamawiającego.