

znak: WAG-II.261.109.2015
WAG-II.W.520.KK.2015

Katowice, dnia 17... listopada 2015 r.

DO
WYKONAWCÓW

dotyczy: zamówienie nr 20/pn/2015 – dostawa wraz z instalacją dodatkowych elementów do posiadanej przez Śląski OW NFZ infrastruktury serwerowej (pakiet I i pakiet II)

Na podstawie art. 38 ust.2 w zw. z art. 38 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „pzp”, przekazuję treść zapytań - wniosków o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jakie wpłynęły do Zamawiającego w związku z niniejszym postępowaniem, w dniu 10.11.2015 r., oraz udzielam wyjaśnień w postaci zamieszczonych niżej odpowiedzi.

Zmiana treści wzoru umowy – dotyczy pakietu I i pakietu II (zwanego dalej wzorem umowy) wynikająca z odpowiedzi na zapytanie 2, zostaje wprowadzona na podstawie art. 38 ust.4 pzp.

Zapytanie 1:

Dotyczy §3 ust.11 Projektu Umowy

Wykonawca zwraca się o wykreślenie tego postanowienia jako niezgodnego z art. 140 ust.1 Pzp. Zgodnie z ustawą zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zmiana umowy dokonana zgodnie z §3 ust.11 Projektu Umowy oznaczałaby, że wykonał przedmiot zamówienia za mniejsze wynagrodzenie, a zatem, że zakres świadczenia jest szerszy niż zawarty w ofercie. Ewentualnie wykonawca zwraca się o zmianę przedmiotowego postanowienia w ten sposób, że cena netto pozostanie niezmienną, natomiast cena brutto zmieni się stosownie do nowej stawki podatku VAT.

Odpowiedź:

Brak podstaw, aby zgodzić się z tezą postawioną w zapytaniu, jakoby obniżenie ceny netto oferty - w przypadku zwiększenia stawki podatku VAT w warunkach opisanych w §3 ust.11 wzoru umowy - miało stanowić o zmianie zakresu świadczenia Wykonawcy w stosunku do jego zobowiązania zawartego w ofercie.

Jak słusznie podniósł J. Jerzykowski w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd.VI, LEX 2014*): *Komentowany przepis wyraża zasadę, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta jedynie w zakresie określonym w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie. Świadczenie, określone w zawartej umowie, które ma spełnić wykonawca, powinno być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Regulacja art. 140 ust. 1 wiąże się z wymogiem złożenia oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Konsekwentnie zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi odpowiadać złożonej ofercie. Jak słusznie zauważa się w doktrynie, zakres świadczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 140 ust. 1, to rozmiar tego świadczenia określony w danych jednostkach miary (np. sztukach, metrach, tonach, krotnościach). O ile zatem art. 144 ust. 1 stoi na przeszkodzie dokonywaniu zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie wyboru oferty wykonawcy, to komentowany art. 140 uniemożliwia rozszerzanie przedmiotu zamówienia w wyniku czynności prawnej zamawiającego i wykonawcy (aneksu do umowy). Przepis akcentuje tym samym rzeczowy wymiar umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiąc tamę w aneksowaniu takich umów w sposób rozszerzający ich przedmiot (zakres zamówienia) w stosunku do przedmiotu opisanego w SIWZ.*

Podobnie przyjął J. Pieróg w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd.12, Wydawnictwo C.H.Beck, W-wa 2013*, stwierdzając, iż: *Istotą przepisu art. 140 ust.1 pzp jest zapewnienie jedności zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Dla zamawiającego oznacza to, iż opis przedmiotu zamówienia nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim co do zakresu tej umowy. Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość, czas trwania itp. Z istoty przepisu wynika zatem, że zamówienie nie może być zwiększone (...).*

Jak wynika z powyższego, zmiana umowy, o której mowa w §3 ust.11 wzoru umowy, a więc przewidziana w SIWZ, a także opisana w zakresie określenia warunków jej dokonania (zgodnie z art. 144 ust.1 pzp), nie wpływa na zmianę zakresu świadczenia wykonawcy w rozumieniu przyjętym przez doktrynę na gruncie art. 140 ust.1 pzp.



Zapytanie 2:

Prosimy o potwierdzenie, że stosowanie przewidzianych przez Zamawiającego sankcji w postaci naliczenia kar umownych nie dotyczy sytuacji, w których ewentualne niedotrzymanie terminów lub kryteriów wykonania umowy wynika z okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę (jak przykładowo: siła wyższa, przypadek, czy bezprawne działania osób trzecich).

Odpowiedź:

Należy podnieść, iż przyjęta w zapisach o karach umownych konstrukcja odpowiedzialności za niedotrzymanie terminów wynikających z umowy, nie pozostaje w sprzeczności z obowiązującym prawem, a także z tezami publikacji UZP pt.: „Analiza Dobrych Praktyk w zakresie realizacji umów IT (...) /www.uzp.gov.pl/, w której między innymi czytamy: (...).*Ponadto, zgodnie z prawem nic nie stoi na przeszkodzie, aby strona ponosiła odpowiedzialność za niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy niezależnie od winy (...). Zamawiający powinien ocenić czy odpowiedzialność wykonawcy należy ustalić jako zależną lub niezależną od winy Wykonawcy. Standardem na rynku jest określanie odpowiedzialności Wykonawcy jako zależną od jego winy. Natomiast w niektórych krytycznych przypadkach, może być uzasadnione ustalenie odpowiedzialności Wykonawcy niezależnie od jego winy. (...) jeżeli Zamawiający na etapie projektowania IPU zamierza określić odpowiedzialność Wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy niezależnie od jego winy, to wydaje się zasadne, by jego odpowiedzialność ograniczyć w stosunku do okoliczności zależnych od Zamawiającego (np. gdy Zamawiający nie współpracuje z Wykonawcą, co powoduje opóźnienia, lub gdy utrata danych wynika z wykonania kopii zapasowej przez Zamawiającego).*

Odnosząc się do analizowanej kwestii warto także przytoczyć wyrok KIO z dnia 29.01.2014 (KIO 43/14; LEX), w którym trafnie stwierdzono, iż *nie ma przeszkód prawnych, aby dłużnik, na podstawie art. 473 § 1 k.c. przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. (...) Jeżeli strony w umowie, zdecydowały się na rozszerzenie zakresu odpowiedzialności w stosunku do uregulowanej ustawowo i zastrzegły karę umowną z tytułu opóźnienia w wykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy, to bez znaczenia są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania i ocena czy opóźnienie ma formę kwalifikowaną, zależną od winy. Zastrzeżenie kary umownej z powodu opóźnienia nie wyłącza możliwości zastosowania powszechnie obowiązujących przepisów k.c., w tym art. 484 § 2 k.c.*

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę omawianego przypadku, należy podkreślić, iż we wzorze umowy przewidziano okoliczności wyłączające sankcję w postaci kary umownej w sytuacji, gdy niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia zostało spowodowane:
1) okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego lub 2) okolicznościami siły wyższej



(w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie). Niniejsze reguluje odpowiednio §6 ust.1 lit.b)' oraz §6 ust.4 wzoru umowy.

W pozostałych przypadkach powiązanych z karami umownymi, przyjęto odpowiedzialność Wykonawcy jako niezależną od jego winy. Przychylając się jednak do wniosku autora zapytania, do **§6 wzoru umowy** wprowadza się **ust.5 w brzmieniu:**

„5. Sankcja w postaci kary umownej zostaje wyłączona w przypadku, gdy niedotrzymanie terminu, o którym mowa w ust.1 lit.c), lit.d) lub lit.e), zostało spowodowane:

- 1) okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego lub
- 2) okolicznościami siły wyższej (w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie).

Sytuacje wskazane w pkt 1) i pkt 2) powodują zawieszenie biegu terminu do czasu ustąpienia przeszkody. Okoliczności zawieszenia terminu oraz jego kontynuacji zostaną potwierdzone przez Strony na piśmie.”

Zapytanie 3:

Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień §6 Umowy o zapis, zgodnie z którym „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie Umowy nie przekroczyć 15% wartości całkowitej wartości Umowy wskazanej w §3 ust.1 Umowy”? Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 15% kwoty wartości umowy, zwracamy się o rozważenie innej wartości procentowej. Dopiero bowiem wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie (przy czym zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko).

Odpowiedź:

Zważywszy, iż wskazane we wzorze umowy przesłanki uzasadniające naliczenie kar umownych, zostały sprowadzone do najbardziej istotnych biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, a także cel, dla którego zamówienie jest udzielane, brak uzasadnienia dla wprowadzania proponowanych ograniczeń procentowych, zwłaszcza, że wzór umowy zawiera postanowienia wyłączające sankcję w postaci kary umownej, o czym była mowa w odpowiedzi na zapytanie 2.

Zapytanie 4:

Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowień §6 Umowy poprzez dodanie ustępu o następującej treści: „Naliczenie przez Zamawiającego kar umownych zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu Umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kary umownej.



Odpowiedź:

Zamawiający nie widzi potrzeby wprowadzania do wzoru umowy dodatkowej regulacji dotyczącej postępowania reklamacyjnego w odniesieniu do kar umownych. Każdy przypadek kary umownej wymaga ze strony Zamawiającego odpowiedniej analizy stanu faktycznego i prawnego, poprzedzającej naliczenie kary.

Wprowadzanie dodatkowej procedury w postaci tzw. postępowania reklamacyjnego, w praktyce mogłoby oznaczać niepotrzebne wydłużenie postępowania w tym przedmiocie. Trudno również ocenić, na czym miałyby polegać „umożliwienie niezwłocznego usunięcia uchybień w wykonaniu umowy”, o które wnosi autor zapytania. Zwraca się uwagę, iż obowiązek zapłaty kary umownej wiąże się przede wszystkim z niedotrzymaniem terminów wskazanych w umowie; wszystkie zaś przewidziane we wzorze umowy kary umowne mają za zadanie chronić interes Zamawiającego rozumiany jako interes publiczny.

Ponadto, zwraca się uwagę, iż celem instytucji Zamawiającego prowadzącej postępowanie w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych jest co do zasady udzielenie zamówienia, a następnie jego realizacja zgodnie z zawartą umową, nie zaś generowanie sytuacji skutkujących naliczeniem Wykonawcy kar umownych.

Zapytanie 5:

Wykonawca zwraca się ponadto o uwzględnienie w treści Umowy zapisu, iż „Odpowiedzialność którejkolwiek ze Stron z tytułu utraconych korzyści (lucrum cessans) jest wyłączona”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie widzi powodów dla wprowadzenia proponowanego zapisu.

Udzielone odpowiedzi, w tym wynikającą z nich zmianę treści SIWZ (wzoru umowy), Wykonawcy winni uwzględnić przygotowując ofertę.

Termin składania i otwarcia ofert wskazany w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu pozostaje bez zmian.

Z poważaniem
Z upoważnienia Dyrektora
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach
ZASTĘPCA DYREKTORA
DS. EKONOMICZNO-FINANSOWYCH

Dorota Suchy

KIEROWNIK
Działu Inwestycji i Zamówień Publicznych
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach

Tomasz Ślęczkowski

5

Radca Prawny
Krzysztof Lasko
KI-1861 mgr Krzysztof Lasko