

Rypin, 16.01.2014 r.

ZP.271.A.1.2014

*Wszyscy Wykonawcy*

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania ofertowego na realizację zadania pn. „Dostawa elektronicznego systemu informacji prawnej wraz z aktualizacjami”*

*Numer postępowania ZP.271.A.1.2014*

**WYJAŚNIENIE I ZMIANA TREŚCI ZAPYTANIA OFERTOWEGO**

Wyjaśniam treść Zapytań, które wpłynęły 16 stycznia 2014 roku i zmieniam zapisy Zapytania ofertowego w następujący sposób:

**Treść zapytań:**

- 1) W załączniku nr 1 do zapytania ofertowego pkt 10 jest mowa o bezpłatnych świadczeniach. Powszechnie wiadomo zaś, że wszelkie świadczenia bezpłatne są nieefektywne podatkowo. Wobec powyższego Wykonawca zapytuje, czy Zamawiający nie wyraziłby zgody na zastąpienie wyrazu „bezpłatnie” na wyraz „bez dodatkowych kosztów” lub w „w ramach wynagrodzenia”?
- 2) W świetle przepisów prawa podatkowego, w przypadku, gdy umowa obejmuje różne usługi istotne jest wskazanie tej spośród z nich, która ma charakter podstawowy. Nie ulega wątpliwości, że podstawowe znaczenie w niniejszym przypadku ma udzielenie licencji na korzystanie z systemu informacji prawnej; bez tej usługi bowiem, wszelkie inne świadczenia byłyby (np. serwisowe) byłyby bezprzedmiotowe. W tym stanie rzeczy Wykonawca zapytuje, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie ust. 8 do § 3 projektu umowy:  
„8. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 obejmuje zarówno wynagrodzenie z tytułu świadczenia usługi podstawowej jaką stanowi udzielenie licencji, jak i objętych umową świadczeń pomocniczych do niej.”
- 3) Czy Wykonawca właściwie interpretuje postanowienia zapytania ofertowego przyjmując, że Zamawiający oczekuje dostarczenia przez Wykonawcę dokumentów licencyjnych potwierdzających udzielone licencje?
- 4) Zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. W przypadku umów regulacja art. 139 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych również przesądza o stosowaniu przepisów Kc do umów, o ile nie istnieją przepisy szczególne ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający obowiązany jest więc nie tylko do respektowania przepisów ustawy Pzp przy kształtowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierających postanowienia w zakresie przyszłej umowy, ale także regulacji Kodeksu cywilnego. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający ukształtował umowę w sprzeczności z przepisami Kodeksu cywilnego w zakresie dotyczącym kar umownych. Przewidziane w § 6 umowy kary umowne są rażąco wysokie; nadto też zostały one zapewnione wyłącznie na rzecz Zamawiającego, a nie Wykonawcy, co czyni umowę asymetryczną. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej „Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie

swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m. in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 3531 Kc.” (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). We wskazanym przypadku Zamawiający przyjął konstrukcję kary umownej, która godzi w naturę stosunku prawnego oraz zasady współżycia społecznego. Konstrukcja przyjęta przez Zamawiającego nie odpowiada bowiem zasadniczemu celowi, w jakim ustala się w umowie odszkodowanie w postaci kary umownej. Zgodnie z art. 483 § 1 Kc kara umowna jest co do zasady sumą pieniężną, która służy naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Ze względu na odszkodowawczy charakter kara umowna powinna być ustalona w sposób sprawiedliwy tj. gwarantując z jednej strony odpowiedni poziom rekompensaty, z drugiej zaś nie powodując pokrzywdzenia dłużnika. Taki postulat potwierdza przepis art. 484 § 2 który przewiduje roszczenie o zmniejszenie kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub kara umowna jest rażąco wygórowana. Zastosowanie kary umownej, w postaci przewidzianej przez Zamawiającego (to jest wobec jej wygórowanej wysokości) godzi zarówno w naturę stosunku prawnego jaki połączyć ma strony, jak i w zasady współżycia społecznego. Zdaniem Wykonawcy kary umowne zastrzeżone w taki sposób prowadzą do uzyskania nadmiernie wysokiego odszkodowania przez Zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku o sygnaturze I CR 229.80 „O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.” W powyższych okolicznościach faktycznych należy uznać, że Zamawiający ustalając sposób naliczania kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współżycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353 1 Kc. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 Kc. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o obniżenie kary umownej, o której mowa w § 5 ust. 1 umowy z 20% na 10%?

- 5) Powszechnie wiadomo, że nie istnieje w zasadzie żaden program komputerowy, który funkcjonowałby bezbłędnie, a zwłaszcza współdziałał poprawnie z każdym oprogramowaniem i sprzętem dostępnym w sprzedaży. Powyższe stwierdzenie znajduje uzasadnienie w stosowanych przez wielu uznanych dostawców oprogramowania wyłączeniach odpowiedzialności za wady programu. Dostawcy ci nie mogą przewidzieć jak zachowa się ich program w warunkach sprzętowych, jak i środowisku komputerowym oferowanych przez jego nabywców, z uwagi również na częste zmiany, którym warunki te ulegają (nowy sprzęt, nowe oprogramowanie) z reguły wyłączają w ogóle swoją odpowiedzialność, w tym w szczególności za szkody wynikłe z jego wad, z rzadka oferując odpowiedzialność ograniczoną do wartości umowy. W związku z tym Wykonawca zapytuje, czy Zamawiający zgodziłby się na nadanie § 5 ust. 2 umowy brzmienia następującego:  
„2. Zamawiający może dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowań przewyższających zastrzeżone na jego rzecz kary umowne, na zasadach ogólnych,

z tym że łączna wartość wszystkich kar i odszkodowań należnych na podstawie Umowy nie może przekroczyć jej wartości brutto.”

- 6) Wykonawca wnosi o dodanie do umowy, np. w miejsce dotychczasowego § 7 ust. 2, katalogu typowych sytuacji, w których umowa mogłaby ulec zmianie, tj. np. gdy:
- Nastąpi zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu zamówienia;
  - Konieczność wprowadzenia zmian będzie następstwem zmian wprowadzonych w umowach pomiędzy Zamawiającym, a inną niż Wykonawca stroną;
  - Wynikną rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w umowie, których nie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej zapisów przez strony;
  - Nastąpi zmiana wymogów technicznych lub/i technologicznych dot. oprogramowania;
  - Nastąpi zmiana terminów płatności;
  - Nastąpi zmiana miejsca płatności.

#### **Wyjaśnienie i zmiana treści Zapytań:**

##### **AD 1**

Zamawiający zmienia zapisy w Załączniku Nr 1 do Zapytania – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w następujący sposób: w ustępie 1 pkt 6) i 10) wyraz „bezpłatnie” zastępuje wyrażeniem „w ramach wynagrodzenia”.

##### **AD 2**

Zapis § 3 ust. 1 Umowy wskazuje, że wynagrodzenie obejmuje wykonanie przedmiotu umowy. W § 2 ust. 2 Umowy wskazano, że zakres zamówienia musi być zgodny z Zapytaniem ofertowym z dnia 13 stycznia 2014 roku. Załącznik Nr 1 do Zapytania – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera w ustępie 1 pkt 1) zapis, że Wykonawca dostarczy m. in. elektroniczny system informacji prawnej działający w sieci LAN Zamawiającego i licencję na korzystanie z programu w sieci LAN. Wobec powyższego zapisu wynagrodzenie obejmuje również udzielenie licencji.

##### **AD 3**

Zamawiający oczekuje dostarczenia przez Wykonawcę dokumentów licencyjnych potwierdzających udzielone licencje.

##### **AD 4**

Uprzejmie informuję, że postępowanie prowadzone jest w trybie **Zapytania ofertowego** na podstawie art. 4 pkt 8 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 z późn. zm.).

Zamawiający zmienia zapis 5 ust. 1 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

*„W razie niewykonania lub nienależytego wykonania Zamówienia Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1”.*

##### **AD 5**

Zamawiający zmienia zapis 5 ust. 2 Umowy, który otrzymuje brzmienie:

*„Zamawiający może dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowań przewyższających zastrzeżone na jego rzecz kary umowne, z tym że łączna wysokość wszystkich kar i odszkodowań należnych na podstawie umowy nie może przekroczyć jej wartości brutto”.*

##### **AD 6**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian w zapisie § 7 ust. 2.

BURMISTRZ  
MIASTA RYPINA

*Ingr Paweł Grzybowski*