

Warszawa, dnia 27.04.2020 r.

Modyfikacja i wyjaśnienia SIWZ V

Działając na podstawie art. 38 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 i z 2020 r. poz. 288), Zamawiający odpowiada na pytania do SIWZ zadane przez wykonawców i dokonuje modyfikacji SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Kompleksowa organizacja i obsługa trzydniowej Konferencji w Warszawie”, numer sprawy: 9/DK/PN/2020, ogłoszenie o zamówieniu numer 2020/S 047-111170 z dnia 6-03-2020 r.

Pytanie 29:

(...) z uwagi na pandemię związaną z koronawirusem i wynikłą z tego tytułu sytuację naszej branży eventowej, zwracamy się z prośbą o usunięcie zapisu dotyczącego wplatania wadium. Mam nadzieję, że Zamawiający przychylnie odniesie się do naszej prośby.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie zapisów dotyczących obowiązku wniesienia wadium. Zamawiający wyjaśnia, że wadium jest instrumentem wprowadzonym ustawą Prawo zamówień publicznych i służyć ma zabezpieczeniu interesów Zamawiającego. Brak zabezpieczenia tych interesów stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, której Zamawiający, jako jednostka administracji publicznej, zobowiązany jest przestrzegać. Art. 45 ust. 1 Ustawy Pzp stanowi, że:

1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Postępowanie pn.: „Kompleksowa organizacja i obsługa trzydniowej Konferencji w Warszawie”, numer sprawy: 9/DK/PN/2020 jest jedną z części zamówienia publicznego, którego wartość szacunkowa przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i w związku z powyższym wymagane wadium jest wymogiem ustawowym.

Pytanie 30:

Wyjaśnienie treści załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020 i załącznika nr 1 do SIWZ – Opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie: Zadania nr IV i obowiązku Wykonawcy „Zapewnienia transportu lotniczego dla maksymalnie 5 prelegentów Konferencji”: jakie zasady realizacji umowy i rozliczenia z Wykonawcą Zamawiający przewiduje w sytuacji, gdyby zapewnienie transportu lotniczego nie byłoby możliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w szczególności w związku z utrzymaniem stanu epidemii lub zagrożenia epidemicznego (zamknięcie lotnisk, granic państwowych, utrzymanie ograniczeń w transporcie lotniczym). W szczególności, do poniesienia jakich kosztów zobowiązany będzie Wykonawcy w sytuacji wystąpienia takich okoliczności w związku z realizacją zadania nr IV? Czy zapisy ww. dokumentacji przetargowej należy rozumieć tak, że Wykonawca nie poniesie wówczas kosztów zapewnienia transportu lotniczego (refundacji biletów) oraz jak wpłynie to na wysokość uzyskanego przez Wykonawcę wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy?

Odpowiedź Zamawiającego:

W § 4 ust. 21 i ust. 22 wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że przedmiot Umowy będzie realizowany na podstawie odrębnych zleceń szczegółowych Zamawiającego, które będą przekazywane Wykonawcy drogą elektroniczną z wyprzedzeniem, w terminie minimum 7 dni przed planowanym terminem realizacji danego zlecenia określonym w Harmonogramie realizacji przedmiotu Umowy.

W § 4 ust. 2 wzoru Umowy, Zamawiający zastrzegł sobie prawo do nie zrealizowania wszystkich Zadań lub nie zrealizowania poszczególnych Zadań w pełnym zakresie, bez żadnych roszczeń ze strony Wykonawcy.

W pkt IV.3 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający zastrzegł, że rozliczenie płatności za bilety lotnicze, noclegi oraz wynagrodzenia za przygotowanie wykładu, nastąpi za faktycznie wykonane zlecenia zgodne z liczbą osób, z zastrzeżeniem, że rozliczenie płatności za bilety lotnicze oraz noclegi nastąpi na podstawie dowodów potwierdzających koszty biletów i noclegów, zaś wynagrodzenie za przygotowanie wykładu zostanie wypłacone w formie ryczałtu, w wysokości odpowiadającej równowartości 2.500,00 zł netto dla każdego z prelegentów, wyrażonej w euro.

Biorąc pod uwagę powyższe zapisy dokumentacji postępowania Zamawiający informuje, że zgodnie z uprawnieniem, określonym w § 4 ust. 2 wzoru Umowy, Zamawiający ma prawo do niezrealizowania Zadania nr IV i niezlecenia „Zapewnienia transportu lotniczego dla maksymalnie 5 prelegentów Konferencji”, bez żadnych roszczeń ze strony Wykonawcy. W sytuacji, gdy w związku z utrzymaniem stanu epidemii lub wprowadzeniem stanu zagrożenia epidemicznego, stanu wyjątkowego lub stanu klęski żywiołowej, które powodowałyby zamknięcie lotnisk, granic państwowych, utrzymanie ograniczeń w transporcie lotniczym, Zamawiający skorzysta z uprawnienia wynikającego z § 4 ust. 2 wzoru umowy i nie zleci realizacji Zadania IV. W takim przypadku zgodnie z § 4 ust. 24 wzoru Umowy, maksymalna kwota wynagrodzenia umownego, określona w § 5 ust. 1 wzoru umowy nie zostanie wykorzystana w całości, ponieważ będzie pomniejszona o kwotę niezrealizowanego Zadania.

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów § 14 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ, w zakresie zmian umowy, wprowadzając zapis dotyczący możliwości zmiany terminu wykonania Umowy z uwagi na wprowadzenie stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii, stanu wyjątkowego lub stanu klęski żywiołowej.

Pytanie 31:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 4 ust. 3, treść: „Wykonawca zobowiązany jest w trakcie realizacji Umowy do wykorzystania zgłaszanych przez Zamawiającego rabatów będących w jego posiadaniu i uwzględnienia ich w rozliczeniu realizacji Umowy”.

Wykonawca wnosi o zmianę na: „Wykonawca zobowiązany jest w trakcie realizacji Umowy do wykorzystania zgłaszanych przez Zamawiającego rabatów będących w jego posiadaniu i uwzględnienia ich w rozliczeniu realizacji Umowy. **Wykonawca może nie uwzględnić zgłaszanych przez Zamawiającego rabatów w przypadku, gdy w ocenie Wykonawcy będą się one wiązały z ryzykiem obniżenia jakości. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za jakość towarów dostarczonych przez dostawcę wybranego przez Zamawiającego z uwagi na rabaty”.**

W uzasadnieniu Wykonawca wskazuje, iż Wykonawca odpowiada za realizację umowy, w tym jakość dostarczonych towarów i świadczonych usług. W przypadku wyboru dostawcy przez Zamawiającego z uwagi na rabaty, Wykonawca nie ma wpływu na jakość dostarczonych towarów/świadczonych usług a tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonał modyfikacji § 4 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ.

Pytanie 32:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 4 ust. 24, treść: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykorzystania całej kwoty Umowy, o której mowa w § 5 ust. 1, w przypadku nie zlecenia Zadania w pełnym zakresie, bezkosztowej korekty zlecenia szczegółowego lub bezkosztowej rezygnacji z realizacji tego zlecenia”.

Wykonawca wnosi o zmianę na: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykorzystania całej kwoty Umowy, o której mowa w § 5 ust. 1, w przypadku nie zlecenia Zadania w pełnym zakresie, bezkosztowej korekty zlecenia szczegółowego lub bezkosztowej rezygnacji z realizacji tego zlecenia. **W takim przypadku Zamawiający zobowiązany jest do zwrotu Wykonawcy kosztów już poniesionych lub które będzie musiał ponieść Wykonawca w związku z zobowiązaniami zaciągniętymi przez Wykonawcę w celu realizacji Zadania zgodnie z Harmonogramem.**

W uzasadnieniu Wykonawca wskazuje, iż Wykonawca realizując Zadanie zgodnie z Harmonogramem przed skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnienia do rezygnacji z Zadania, korekty zlecenia szczegółowego lub rezygnacji z realizacji zlecenia, może ponieść już koszty lub zaciągnąć zobowiązania niezbędne do zapewnienia realizacji umowy. Zatem zasadnym wydaje się zwrot przez Zamawiającego poniesionych kosztów lub które będzie musiał ponieść Wykonawca.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę. Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, zobowiązany jest zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach

publicznych (Dz. U.) do wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, a wprowadzenie proponowanych zapisów „zwrotu Wykonawcy kosztów już poniesionych lub które będzie musiał ponieść Wykonawca w związku z zobowiązaniami zaciągniętymi przez Wykonawcę w celu realizacji Zadania zgodnie z Harmonogramem”, prowadzące w konsekwencji do ponoszenia przez Zamawiającego kosztów niezrealizowanego przedmiotu zamówienia, stanowiłoby naruszenie obowiązku określonego w ustawie o finansach publicznych. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę na brzmienie zapisu: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do niewykorzystania całej kwoty Umowy, o której mowa w § 5 ust. 1, **w przypadku nie zlecenia Zadania** w pełnym zakresie (...)” Zgodnie z treścią zapisu do sytuacji opisanej przez Wykonawcę może dojść tylko w przypadku braku zlecenia Zamawiającego do realizacji w określonym zakresie, a w tym przypadku realizację bez zlecenia należy uznać za działanie bezpodstawne, dokonywane na ryzyko Wykonawcy.

Pytanie 33:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 5 ust. 2, treść: „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, będzie płatne jednorazowo, po zakończeniu realizacji całości przedmiotu Umowy, na podstawie podpisanego przez Strony z wynikiem pozytywnym Końcowego protokołu odbioru przedmiotu Umowy oraz dołączonych do niego podpisanych z wynikiem pozytywnym Protokołów odbioru Zadania nr I, Zadania nr II, Zadania nr III i Zadania nr IV”.

Wykonawca wnosi o nadanie nowego brzmienia: „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, będzie płatne w ten sposób, że:

- 1) Zamawiający udzieli Wykonawcy zaliczki w wysokości 20 % wynagrodzenia Wykonawcy brutto wskazanej w ust. 1, przy czym zaliczka będzie płatna na rachunek bankowy Wykonawcy nr nie później niż w terminie 7 dni od podpisania Umowy. Rozliczenie udzielonej Wykonawcy zaliczki nastąpi z chwilą wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy, poprzez pomniejszenie kwoty przypadającej do zapłaty przez Zamawiającego zgodnie z Umową o wartość udzielonej zaliczki;**
- 2) Pozostała część wynagrodzenia** będzie płatna po zakończeniu realizacji całości przedmiotu Umowy, na podstawie podpisanego przez Strony z wynikiem pozytywnym Końcowego protokołu odbioru przedmiotu Umowy oraz dołączonych do niego podpisanych z wynikiem pozytywnym Protokołów odbioru Zadania nr I, Zadania nr II, Zadania nr III i Zadania nr IV. Zamawiający nie wymaga wniesienia przez Wykonawcę zabezpieczenia udzielonej zaliczki.

W uzasadnieniu Wykonawca wskazuje, iż uwagi na ogłoszoną w Polsce epidemię wywołaną wirusem SARS Cov-2 poniesienie wysokich kosztów realizacji Umowy może być zbyt obciążające dla Wykonawcy. Przewidzenie zaliczki pozwoli także dokonać kalkulacji ceny oferty w oparciu o korzystniejsze dla Zamawiającego warunki cenowe, co zwiększy efektywność wydatków Zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, w tym m.in. w wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2765/11): *Niewątpliwie możliwość finansowania zamówienia zaliczkami udzielanymi wykonawcy przez zamawiającego ma doniosłe znaczenie przy określeniu ceny oferty. W takiej sytuacji wykonawca nie jest zmuszony angażować środków własnych ani też szukać finansowania zewnętrznego, które zazwyczaj niesie ze sobą dodatkowe koszty. (...) Wobec znaczenia zaliczek dla obliczenia ceny oferty, uwzględniając zasady wynikające z art. 7 ust. 1 P.z.p. przyjęć należy, że w SIWZ lub ogłoszeniu należy co najmniej podać informacje dotyczące dopuszczalnej wysokości zaliczki/zaliczek, terminu rozliczenia oraz ewentualnego zabezpieczenia ich spłaty. (...)*. Jak wskazuje UZP w opracowaniu pt. *Zaliczki w zamówieniach publicznych* (J. Jerzykowski): *„Informacje w sprawie zaliczek mogą zostać zamieszczone zarówno w wyodrębnionym punkcie SIWZ, jak i jako część wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego”*. W tym samym opracowaniu wskazano, że: *„Przepisy Pzp (co do zasady) nie ograniczają zamawiających w ilości i kwocie udzielanych zaliczek. Obie te wielkości są zależne tylko i wyłącznie od potrzeb wynikających charakteru przedmiotu zamówienia i warunków rynkowych”*.

W związku z powyższym wniosek o przewidzenie zaliczki pozostaje uzasadniony, zaś proponowane zapisy spełniają wymogi ustawy pzp stawiane zapisom przewidującym zaliczkę dla wykonawców.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający pozostawia zapisy § 5 ust. 2 wzoru umowy, dotyczące płatności wynagrodzenia, bez zmian.

Zaliczka przewidziana w art. 151a ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter fakultatywny, w związku z czym Zamawiający nie ma obowiązku udzielania takiej zaliczki. Zaliczka może być udzielona jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wprowadzają ograniczeń co do sposobu określania wartości zaliczki, może być ona określona kwotowo, jak i procentowo, nie wskazują też maksymalnej wysokości zaliczki jaka może zostać udzielona. W literaturze

¹ https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/37326/Zaliczki-w-PZP.pdf

przedmiotu wskazuje się jednak, że użyty w art. 151a ustawy Prawo zamówień publicznych zwrot „zaliczka na poczet wykonania zamówienia” oznacza, że chodzi o zaliczkę na sfinansowanie kosztów zamówienia, czyli nakładów, które musi ponieść wykonawca celem spełnienia swojego świadczenia. Stąd też przyjmuje się, że wysokość zaliczki nie powinna przekraczać kosztów spełnienia świadczenia przez wykonawcę, ani tym bardziej całkowitej wartości zamówienia. Ustalenie jej wysokości pozostawione jest decyzji Zamawiającego i zależy m.in. od potrzeb wynikających z charakteru przedmiotu zamówienia i warunków rynkowych, czynników wpływających na wartość zamówienia. Jednocześnie należy zaznaczyć, że na zamawiających z sektora finansów publicznych ciąży szczególnie obowiązek wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, co wynika z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, stąd też zamawiający powinni ustalać w ogłoszeniu albo w SIWZ takie warunki udzielania zaliczki, które przede wszystkim będą wyraźnie wskazywały, że zaliczka jest udzielana na poczet wykonania zamówienia (koszty jego wykonania), a także określały warunki rozliczenia zaliczki.

Zaproponowane przez wykonawcę postanowienia § 5 umowy w przedmiocie zaliczki nie określają wprost celu w jakim zaliczka miałaby zostać udzielona, w związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian wskazanych przez Wykonawcę.

W kwestii możliwości udzielenia zaliczki na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający informuje, że w zakresie zobowiązań opłacanych ze środków publicznych udzielanie zaliczek jest w zasadzie wykluczone ze względu na poważne zagrożenie dla interesu publicznego. Według art. 44 ust. 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków publicznych zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, chyba że co innego wynika z przepisów szczególnych. Nie ma zatem normy ogólnej zezwalającej takim jednostkom na udzielanie zaliczek w transakcjach handlowych. Obowiązuje generalny zakaz stosowania zaliczek i przedpłat, wynikający z wymagań celowości i oszczędności oraz terminowej realizacji zapłaty (art. 44 ust. 3 u.o.f.p), uzasadniających zasadę pierwszeństwa świadczenia niepieniężnego przed świadczeniem pieniężnym. W sferze zamówień publicznych został on nawet wzmocniony przepisem art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ubiegający się o zamówienie publiczne powinien dysponować, pod rygorem wykluczenia, dostatecznymi zasobami finansowymi na pokrycie kosztów wykonania zamówienia. Udzielenie zaliczki ze środków publicznych może być zatem dopuszczalne wyłącznie w granicach obowiązującego prawa (jeśli wynika z przepisów szczególnych).

Pytanie 34:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 6 ust. 1 pkt 5), treść: „za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostarczeniu do Zamawiającego kopii potwierdzenia posiadania aktualnej polisy ubezpieczenia, w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych i 00/100) brutto, nie więcej niż 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust 1”,

Wykonawca wnosi o zmianę: „za każdy rozpoczęty dzień **zwłoki** w dostarczeniu do Zamawiającego kopii potwierdzenia posiadania aktualnej polisy ubezpieczenia, w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych i 00/100) brutto, nie więcej niż 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust 1”,

Uzasadnienie jak w pkt 7 poniżej. (uzasadnienie pytania 37)

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawnionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przestankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawnione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeks cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawnione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 35:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 6 ust. 1 pkt 7), treść: „za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostarczeniu do Zamawiającego dowodów, o których mowa w § 4 ust. 16, potwierdzających posiadanie przez wykorzystaną przez Wykonawcę do przygotowania serwisu kawowego kawę etykiety Fairtrade lub World Fair Trade Organization lub Fair Trade by Ecocert lub innej równoważnej etykiety certyfikacyjnej, w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych i 00/100) brutto, nie więcej niż 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust 1”,

Wykonawca wnosi o zmianę: „za każdy rozpoczęty dzień **zwłoki** w dostarczeniu do Zamawiającego dowodów, o których mowa w § 4 ust. 16, potwierdzających posiadanie przez wykorzystaną przez Wykonawcę do przygotowania serwisu kawowego kawę etykiety Fairtrade lub World Fair Trade Organization lub Fair Trade by Ecocert lub innej równoważnej etykiety certyfikacyjnej, w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych i 00/100) brutto, nie więcej niż 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust 1”

Uzasadnienie jak w pkt 7 poniżej. (uzasadnienie pytania 37)

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawinionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 36:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 6 ust. 1 pkt 10), treść: „za niedotrzymanie terminu przedłożenia przez Wykonawcę kompletu dokumentów, o których mowa w § 12 ust. 5, potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wskazanych w Załączniku nr 10 do Umowy, w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych i 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, nie więcej niż 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1; Powyższa kara będzie naliczana oddzielnie za każdą osobę, w odniesieniu do której Wykonawca opóźnił się z przedłożeniem dokumentów potwierdzających jej zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”,

Wykonawca wnosi o zmianę: „za niedotrzymanie terminu przedłożenia przez Wykonawcę kompletu dokumentów, o których mowa w § 12 ust. 5, potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wskazanych w Załączniku nr 10 do Umowy, w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych i 00/100) za każdy rozpoczęty dzień **zwłoki**, nie więcej niż 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1; Powyższa kara będzie naliczana oddzielnie za każdą osobę, w odniesieniu do której Wykonawca **jest w zwłocze** z przedłożeniem dokumentów potwierdzających jej zatrudnienie na podstawie umowy o pracę”

Uzasadnienie jak w pkt 7 poniżej. (uzasadnienie pytania 37)

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgodny na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawinionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za

dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeks cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 37:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 6 ust. 1 pkt 11), treść : „(...) W przypadku, jeżeli zatrudnienie, o którym mowa w § 12 ust. 1, nastąpi w trakcie okresu rozliczeniowego, kara zostanie naliczona według wzoru: iloraz rozpoczętych dni opóźnienia w dopełnieniu obowiązku zatrudnienia przez liczbę wszystkich dni w danym okresie rozliczeniowym (w 1 miesiącu kalendarzowym) pomnożony przez wysokość kwoty odpowiadającej dwukrotnemu minimalnemu wynagrodzeniu za pracę ustalonemu na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”,

Wykonawca wnosi o zmianę: „(...) W przypadku, jeżeli zatrudnienie, o którym mowa w § 12 ust. 1, nastąpi w trakcie okresu rozliczeniowego, kara zostanie naliczona według wzoru: iloraz rozpoczętych dni **zwłoki** w dopełnieniu obowiązku zatrudnienia przez liczbę wszystkich dni w danym okresie rozliczeniowym (w 1 miesiącu kalendarzowym) pomnożony przez wysokość kwoty odpowiadającej dwukrotnemu minimalnemu wynagrodzeniu za pracę ustalonemu na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”

Uzasadnienie zmian proponowanych w pkt 4 - 7 powyżej wynika m.in. z Raportu dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych²: „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.” Realizacją tego postulatu jest uzależnienie zapłaty kary umownej za zwłokę, tj. za opóźnienie spowodowane okolicznościami za które dłużnik ponosi odpowiedzialności. Brak jest podstaw, co potwierdza w treści raportu UZP, aby Wykonawcę obarczać odpowiedzialnością opartą o samo ryzyko przekroczenia terminu, niezależnie od okoliczności, które takie przekroczenie spowodowały. Stąd oczekiwana zmiana pozostaje zasadna, także w świetle poglądów UZP.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawinionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeks cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 38:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 6 ust. 2, treść: „Kary umowne, o których mowa w ust. 1 pkt 3 – 17, podlegają sumowaniu.”

Wykonawca wnosi o zmianę: „Kary umowne, o których mowa w ust. 1 pkt 3 – 17, podlegają sumowaniu. **Łączna wysokość naliczonych przez Zamawiającego kar umownych nie może przekroczyć wysokości 50 % wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 5 ust. 1 netto**”.

W uzasadnieniu Wykonawca wskazuje, iż przypadku naliczenia kilku kar umownych łączna wartość kar umownych może być rażąco wygórowana – znacząco przekraczać wartość wynagrodzenia. Jak wskazuje się w Raporcie²: „Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek

² UZP, RAPORT DOTYCZĄCY STOSOWANIA KAR UMOWNYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH, Warszawa 2018 r.

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”.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

W umowie Zamawiający określił szereg przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych, wskazując maksymalną wysokość każdej z tych kar, biorąc pod uwagę rodzaj obowiązków umownych i ich znaczenia w kontekście należytego wykonania umowy, wartości zamówienia, przy jednoczesnym uwzględnieniu funkcji kary. Ustalone przez Zamawiającego kary pełnią (zarówno z osobna jak i łącznie) funkcje nie tylko odszkodowawczo-kompensacyjne, represyjne, ale także funkcje stymulujące wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia i funkcje prewencyjne. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że na gruncie PZP „bardzo istotna jest funkcja prewencyjno-wychowawcza, z punktu widzenia której kara umowna ma stanowić zaporę do dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie w sensie finansowym dla wykonawcy” (wyrok KIO z 22.12.2008 r., KIO/UZP 1431/08).

Zamawiający zwraca uwagę, że zastosowanie wnioskowanych zmian mogłoby doprowadzić do całkowitego zniesienia funkcji kary oraz do dopuszczenia sytuacji, że Zamawiający byłby zobowiązany zapłacić Wykonawcy kwotę umowy przekraczającą 50% wartości wynagrodzenia również w sytuacji rażących nieprawidłowości w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Stąd też mając na uwadze interes Zamawiającego (zabezpieczenie prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia) nie znajduje uzasadnienia wniosku wykonawcy o zmianę przedmiotowego postanowienia umowy.

Pytanie 39:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 12 ust. 7, treść: „Jeżeli opóźnienie w przedłożeniu przez Wykonawcę kompletu dokumentów, o których mowa w ust. 5, w stosunku do terminu, o którym mowa w ust. 5, będzie dłuższe niż 14 dni, będzie traktowane jako niespełnienie obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne na zasadach określonych w § 6 ust. 1 pkt 11 Umowy.”

Wykonawca wnosi o zmianę: „Jeżeli **zwłoka** w przedłożeniu przez Wykonawcę kompletu dokumentów, o których mowa w ust. 5, w stosunku do terminu, o którym mowa w ust. 5, będzie dłuższe niż 14 dni, będzie traktowane jako niespełnienie obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne na zasadach określonych w § 6 ust. 1 pkt 11 Umowy.”

Uzasadnienie jak w pkt 8 powyżej. (uzasadnienie pytania 38)

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawnionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 40:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 14 ust. 8 oraz ust. 9, treść: „8. Zmiana wysokości wynagrodzenia ustalona w negocjacjach obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 4 pkt 3. 9. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 3, wynegocjowana wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów”.

Wykonawca wnosi o ich zastąpienie ust. 8 o treści: „Zamiana wysokości wynagrodzenia na podstawie ust. 4 pkt 3 nastąpi poprzez skorygowanie wartości maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy brutto oraz stawek jednostkowych brutto, przy zastosowaniu nowej stawki podatku VAT w stosunku do świadczeń wykonywanych pod rządami nowej stawki podatku VAT.”

W przypadku zmiany stawki podatku VAT, ustalenie nowych stawek brutto nie powinno być przedmiotem negocjacji między stronami, a prowadzić powinno do zmiany kwot brutto w sposób odpowiadający nowym stawkom podatku VAT. Podatek VAT jest podatkiem pośrednim i obowiązek jego pokrycia ciąży na nabywcy opodatkowanych towarów i usług, tj. Zamawiającym

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

Stosownie do postanowienia art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385), który znajduje zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych na podstawie z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288), cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

W świetle przywołanego przepisu podatek VAT jest jedynie składnikiem ceny, stanowiąc element cenotwórczy. Zatem sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia do niej podatku VAT należnego od tego towaru lub usługi. Wyżej powołany przepis nie daje jednak podstawy do uznania, że z jego mocy nabywca towaru lub usługi jest obowiązany zapłacić sprzedawcy cenę wyższą, powstałą w wyniku zmiany stawki podatku VAT (tak też uchwała SN z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. akt III CZP 54/06).

Powyższe oznacza, że ustawowa zmiana stawki podatku VAT nie powoduje automatycznie zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Pytanie 41:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 14 ust. 10, treść: „Jeżeli w terminie 30 dni od daty wszczęcia negocjacji Strony nie osiągną porozumienia, potwierdzonego obustronnie podpisanym protokołem z negocjacji, Wykonawca może wypowiedzieć Umowę z zachowaniem trzymiesięcznego terminu wypowiedzenia. Bieg okresu wypowiedzenia rozpoczyna się od pierwszego dnia miesiąca następującego po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu.”

Wykonawca wnosi o zmianę okresu wypowiedzenia na 1 miesiąc.

W uzasadnieniu Wykonawca wskazuje, iż realizacja umowy odbywać się będzie w ciągu maksymalnie 4 miesięcy (od kwietnia do 15 lipca). Trzymiesięczny termin wypowiedzenia po 30 dniowym terminie przeznaczonym na ewentualne negocjacje zmian w umowie jest stanowczo za długi w odniesieniu do okresu realizacji umowy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów § 14 ust. 10 wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ, określając termin wypowiedzenia na 1 miesiąc.

Pytanie 42:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 15 ust. 1, treść: „Termin „Siła Wyższa” oznacza zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobieżenia zdarzenie występujące po zawarciu Umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków, w szczególności takie jak katastrofy naturalne, wojny, ataki terrorystyczne.”

Wykonawca wnosi o rozszerzenie: „Termin „Siła Wyższa” oznacza zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobieżenia zdarzenie występujące po zawarciu Umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków, w szczególności takie jak katastrofy naturalne, wojny, ataki terrorystyczne, **epidemie**.”

W uzasadnieniu Wykonawca wskazuje, iż mając na uwadze ogłoszony w Polsce stan epidemii w związku z wirusem SARS Cov-2 zasadnym wydaje się wprost wskazać w zapisie, iż stan epidemii stanowi zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobieżenia zdarzenie występujące po zawarciu Umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający pozostawia zapisy § 15 wzoru umowy bez zmian.

Co do zasady epidemia jest zdarzeniem, które można zakwalifikować jako siłę wyższą. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że w § 15 ust. 1 umowy zdefiniowano „Siłę wyższą” jako „zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i

zapobieżenia zdarzenie występujące po zawarciu Umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków, w szczególności takie jak katastrofy naturalne, wojny, ataki terrorystyczne.” Tymczasem stan epidemii w związku z wirusem SARS Cov-2 został już ogłoszony, nie jest to zatem „okoliczność niemożliwa do przewidzenia i występująca po zawarciu umowy.” Wykonawca zaś powinien przy przygotowywaniu oferty uwzględniać ryzyka związane z istniejącym już stanem epidemii. Mając powyższe na względzie, w konsekwencji nie znajduje również uzasadnienia uwzględnienie propozycji Wykonawcy dotyczącej możliwości rozwiązania umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia, w przypadku utrzymywania się siły wyższej przez okres 15 dni lub dłuższy.

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów § 14 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ, w zakresie zmian umowy, wprowadzając zapis dotyczący możliwości zmiany terminu wykonania Umowy z uwagi na wprowadzenie stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii, stanu wyjątkowego lub stanu klęski żywiołowej.

Pytanie 43:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 15 Wykonawca wnosi o wprowadzenie nowych ust. 5 – 6 w brzmieniu:

ust. 5: „Jeżeli Siła Wyższa, będzie trwała nieprzerwanie przez okres 15 dni lub dłużej, każda ze Stron pozostaje uprawniona do rozwiązania Umowy za wypowiedzeniem, bez zachowania okresu wypowiedzenia. W takim przypadku Strony stają się zwolnione z dalszych zobowiązań, oprócz świadczeń i płatności należnych z tytułu czynności już wykonanych przez Wykonawcę zgodnie z Harmonogramem Umowy do dnia wystąpienia Siły Wyższej (z uwzględnieniem zapisów ust. 6)”

ust. 6: „W przypadku wystąpienia Siły Wyższej i zaprzestania realizacji Umowy lub jej rozwiązania, Wykonawca może żądać od Zamawiającego wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części Umowy oraz zwrotu udokumentowanych kosztów związanych z realizacją Umowy zgodnie z Harmonogramem”.

W uzasadnieniu Wykonawca wskazuje, iż mając na uwadze ogłoszony w Polsce stan epidemii w związku z wirusem SARS Cov-2 i w związku z tym, że w celu realizacji umowy Wykonawca będzie ponosił koszty zasadnym jest wypłata przez Zamawiającego Wykonawcy wynagrodzenia za nakład pracy poczyniony do dnia wystąpienia Siły Wyższej oraz pokrycia kosztów związanych z realizacją Umowy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający pozostawia zapisy § 15 wzoru umowy bez zmian.

Co do zasady epidemia jest zdarzeniem, które można zakwalifikować jako siłę wyższą. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że w § 15 ust. 1 umowy zdefiniowano „Siłę wyższą” jako „zewnątrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobieżenia zdarzenie występujące po zawarciu Umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków, w szczególności takie jak katastrofy naturalne, wojny, ataki terrorystyczne.” Tymczasem stan epidemii w związku z wirusem SARS Cov-2 został już ogłoszony, nie jest to zatem „okoliczność niemożliwa do przewidzenia i występująca po zawarciu umowy.” Wykonawca zaś powinien przy przygotowywaniu oferty uwzględniać ryzyka związane z istniejącym już stanem epidemii. Mając powyższe na względzie, w konsekwencji nie znajduje również uzasadnienia uwzględnienie propozycji Wykonawcy dotyczącej możliwości rozwiązania umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia, w przypadku utrzymywania się siły wyższej przez okres 15 dni lub dłuższy. Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów § 14 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ, w zakresie zmian umowy, wprowadzając zapis dotyczący możliwości zmiany terminu wykonania Umowy z uwagi na wprowadzenie stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii, stanu wyjątkowego lub stanu klęski żywiołowej.

Pytanie 44:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 16 ust. 2 pkt 1) treść: „Wykonawca opóźnia się z realizacją Umowy tak dalece, że należyte wykonanie przedmiotu Umowy nie będzie możliwe w terminie wskazanym w § 7 ust.1;”

Wykonawca wnosi o zmianę: „Wykonawca **jest w zwłocie** z realizacją Umowy tak dalece, że należyte wykonanie przedmiotu Umowy nie będzie możliwe w terminie wskazanym w § 7 ust.1;”

Uzasadnienie jak w pkt 7 powyżej.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawinionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie lub

nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony z odpowiedzialności jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania roszczeń, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 45:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 16 ust. 2 pkt 2) treść: „Wykonawca bez uprzedniego porozumienia z Zamawiającym opóźnia się w realizacji innych niż określone w pkt. 1 zobowiązań wynikających z Umowy – odstąpienie następuje po upływie terminu określonego przez Zamawiającego w wezwaniu do realizacji Umowy zgodnie z jej postanowieniami, nie wcześniej jednak niż w terminie 5 dni od daty doręczenia wezwania;”

Wykonawca wnosi o zmianę: „Wykonawca bez uprzedniego porozumienia z Zamawiającym **jest w zwłocie z realizacją** innych niż określone w pkt. 1 zobowiązań wynikających z Umowy - odstąpienie następuje po upływie terminu określonego przez Zamawiającego w wezwaniu do realizacji Umowy zgodnie z jej postanowieniami, nie wcześniej jednak niż w terminie 5 dni od daty doręczenia wezwania;”

Uzasadnienie jak w pkt 7 powyżej. (uzasadnienie pytania 37)

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę.

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawinionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony z odpowiedzialności jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania roszczeń, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 46:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie § 21 ust. 5 pkt 3 : wnioskodawca wnosi o zmianę „wszelkich kosztów”, na **uzasadnionych** kosztów.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zaproponowaną przez Wykonawcę.

W świetle zapisów § 21 ust. 4, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania Umowy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231) i nienaruszania praw majątkowych osób trzecich oraz do przekazania Zamawiającemu wykonanych w ramach umowy Utworów w stanie wolnym od obciążeń prawami tych osób.

Zamawiający zastrzegł również, w § 21 ust 5 pkt 3 wzoru umowy, że w przypadku wystąpienia przez osobę trzecią w stosunku do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu naruszenia praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych do Utworów, Wykonawca poniesie wszelkie koszty związane z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia.

Zamawiający wyjaśnia, że wszelkie koszty, które Zamawiający będzie musiał ponieść w związku z ewentualnym pokryciem roszczeń majątkowych i niemajątkowych związanych z naruszeniem praw autorskich majątkowych lub osobistych osoby lub osób zgłaszających roszczenia, są kosztami uzasadnionymi.

Pytanie 47:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie Załącznik nr 5 do Umowy nr 9/DK/PN/2020 zapis I pkt 1 ppkt 8) treść: „zapewnił do przygotowania serwisu kawowego kawę pochodzącą w całości z produkcji spełniającej określone w Umowie standardy społeczne Sprawiedliwego Handlu. Zapewniona kawa posiadała certyfikat Fairtrade*/inny certyfikat* (wskazać nazwę certyfikatu), na potwierdzenie czego Wykonawca (dostarczył/nie dostarczył**) (w terminie/po terminie**) określonym w Umowie kopię ww. certyfikatu*; opóźnienie liczone od dnia;*”

Wykonawca wnosi o zmianę: „zapewnił do przygotowania serwisu kawowego kawę pochodzącą w całości z produkcji spełniającej określone w Umowie standardy społeczne Sprawiedliwego Handlu. Zapewniona kawa posiadała certyfikat Fairtrade*/inny certyfikat* (wskazać nazwę certyfikatu), na potwierdzenie czego Wykonawca (dostarczył/nie dostarczył**) (w terminie/po terminie**) określonym w Umowie kopię ww. certyfikatu*; **zwłoka liczona** od dnia;*”

Uzasadnienie: w związku ze zmianami dokonanymi w punktach poprzedzających.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę, w związku z brakiem wyrażenia zgody na zmiany zaproponowane w Pytaniu 35.

Pytanie 48:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie Załącznik nr 5 do Umowy nr 9/DK/PN/2020 zapis I pkt 1 ppkt 14) treść: „dostarczył materiały (promocyjne/konferencyjne**) (w terminie/po terminie**) określonym w Umowie; opóźnienie liczone od dnia;*”

Wykonawca wnosi o zmianę: „dostarczył materiały (promocyjne/konferencyjne**) (w terminie/po terminie**) określonym w Umowie; **zwłoka liczona** od dnia;*”

Uzasadnienie: w związku ze zmianami dokonanymi w punktach poprzedzających.

Odpowiedź Zamawiającego:

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawinionych). „Opóźnienie” natomiast dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony z odpowiedzialności jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania roszczeń, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Pytanie 49:

Wykonawca wnosi o zmiany załącznika nr 7 do SIWZ – wzoru umowy nr 9/DK/PN/2020, w zakresie: Załącznik nr 5 do Umowy nr 9/DK/PN/2020 zapis IV pkt 2 ppkt 1), treść: „został on wykonany po terminie określonym w Umowie, opóźnienie liczone jest od dnia; W związku z powyższym naliczona zostanie kara umowna, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt 4) Umowy;*”

Wykonawca wnosi o zmianę: „został on wykonany po terminie określonym w Umowie, **zwłoka liczona** jest od dnia; W związku z powyższym naliczona zostanie kara umowna, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt 4) Umowy;*”

Uzasadnienie: w związku ze zmianami dokonanymi w punktach poprzedzających.

Odpowiedź Zamawiającego:

„Zwłoka” dotyczy sytuacji, w której dłużnik (wykonawca) nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (z przyczyn przez niego zawinionych). „Opóźnienie” natomiast

dotyczy sytuacji, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w ustalonym terminie bez względu na przyczynę. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przestankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że dłużnik zwolniony z odpowiedzialności jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W ramach swobody kontraktowania uznaje się jednak za dopuszczalne zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania roszczeń, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są także okoliczności niezawinione przez dłużnika. Taką możliwość stwarza art. 473 § 1 Kodeks cywilnego, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, w tym także za niezawinione opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Zamawiający informuje, że dokonał następującej modyfikacji SIWZ:

Załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy - § 4 ust. 3 – było

2. Zamawiający zastrzega sobie prawo do nie zrealizowania wszystkich Zadań lub nie zrealizowania poszczególnych Zadań w pełnym zakresie, bez żadnych roszczeń ze strony Wykonawcy.

Załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy - § 4 ust. 3 – powinno być

2. Zamawiający zastrzega sobie prawo do nie zrealizowania wszystkich Zadań lub nie zrealizowania poszczególnych Zadań w pełnym zakresie, bez żadnych roszczeń ze strony Wykonawcy, z zastrzeżeniem, że Wykonawca może nie uwzględnić zgłaszanych przez Zamawiającego rabatów w przypadku, gdy w ocenie Wykonawcy będą się one wiązały z ryzykiem obniżenia jakości.

Załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy - § 14 ust. 4 – było

4. Strony przewidują możliwość wprowadzenia istotnych zmian do Umowy:
 - 1) gdy nastąpiła zmiana przepisów prawa powszechnie obowiązującego, która ma wpływ na termin lub zakres realizacji Umowy;
 - 2) niezbędne jest zmniejszenie zakresu Umowy z uwagi na decyzje podjęte przez organ nadzorujący Zamawiającego;
 - 3) w przypadku gdy nastąpi zmiana stawki podatku od towarów i usług, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę;
 - 4) niezbędna jest zmiana sposobu wykonania Umowy, o ile zmiana taka jest korzystna dla Zamawiającego oraz konieczna w celu prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy;
 - 5) niezbędne jest zmniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 5 Umowy lub zmiana zasad płatności tego wynagrodzenia w przypadku zmiany zakresu przedmiotu Umowy określonego w pkt 1 – 2;
 - 6) w przypadku wystąpienia Siły Wyższej.

Załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy - § 14 ust. 4 – powinno być

4. Strony przewidują możliwość wprowadzenia istotnych zmian do Umowy:
 - 1) gdy nastąpiła zmiana przepisów prawa powszechnie obowiązującego, która ma wpływ na termin lub zakres realizacji Umowy;
 - 2) niezbędne jest zmniejszenie zakresu Umowy z uwagi na decyzje podjęte przez organ nadzorujący Zamawiającego;
 - 3) w przypadku gdy nastąpi zmiana stawki podatku od towarów i usług, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę;
 - 4) niezbędna jest zmiana sposobu wykonania Umowy, o ile zmiana taka jest korzystna dla Zamawiającego oraz konieczna w celu prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy;
 - 5) niezbędne jest zmniejszenie wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 5 Umowy lub zmiana zasad płatności tego wynagrodzenia w przypadku zmiany zakresu przedmiotu Umowy określonego w pkt 1 – 2;
 - 6) w przypadku wystąpienia Siły Wyższej,
 - 7) gdy niezbędna jest zmiana terminu wykonania Umowy z uwagi na wprowadzenie stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii, stanu wyjątkowego lub stanu klęski żywiołowej;
 - 8) w innych przypadkach określonych w art. 144 ustawy Pzp.

Załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy - § 14 ust. 10 – było

10. Jeżeli w terminie 30 dni od daty wszczęcia negocjacji Strony nie osiągną porozumienia, potwierdzonego obustronnie podpisanym protokołem z negocjacji, Wykonawca może wypowiedzieć Umowę z zachowaniem trzymiesięcznego terminu wypowiedzenia. Bieg okresu wypowiedzenia rozpoczyna się od pierwszego dnia miesiąca następującego po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu.

Załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy - § 14 ust. 10 – powinno być

10. Jeżeli w terminie 30 dni od daty wszczęcia negocjacji Strony nie osiągną porozumienia, potwierdzonego obustronnie podpisanym protokołem z negocjacji, Wykonawca może wypowiedzieć Umowę z zachowaniem jednomiesięcznego terminu wypowiedzenia. Bieg okresu wypowiedzenia rozpoczyna się od pierwszego dnia miesiąca następującego po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu.

Modyfikacja stanowi integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Treść modyfikacji SIWZ oraz Załącznik nr 7 do SIWZ – wzór umowy – zmieniony w dniu 27-04-2020 r., zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego: <http://bip.stat.gov.pl/ogloszenia/zamowienia-publiczne/przetargi/> oraz na Platformie dostępnej pod adresem: <http://gus.ezamawiajacy.pl>.

Anna Borowska

Dyrektor Generalny GUS