

OR.272.1.2.2018

Odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienia oraz modyfikację treści SIWZ

1. Jak wynika z pkt 5.2.2. SIWZ o udzielenie zamówienia może ubiegać wykonawca, który jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż: 2 000 000,00 zł. Natomiast jak wynika z pkt 5.2.3 SIWZ Wykonawca zobowiązany jest wykazać że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował niżej wymienione usługi, przy czym Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zrealizowali łącznie wszystkie niżej wymienione usługi, tj.: a) jedną usługę obejmującą skanowanie geodezyjnych operatów technicznych wraz zasileniem informatycznego systemu zarządzania zasobem geodezyjnym i kartograficznym, o wartości każdej z tych usług nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto każda; b) jedną usługę obejmującą tworzenie zbiorów danych przestrzennych BDOT500 lub GESUT o wartości każdej z tych usług nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto; c) jedną usługę obejmującą uzupełnienie inicjalnej bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu obejmującej obszar jednostki ewidencyjnej na podstawie danych pochodzących z uzgodnień z gestorem o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto. Zdaniem Wykonawcy tak skonstruowane wymogi **są zdecydowanie za wysokie i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia**. Zwrócić należy uwagę, że w ciągu ostatnich dwóch lat na rynku nie było zlecanych prac o takiej wysokiej wartości. Tymczasem zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Co istotne według przepisu art. 22 ust. 1a pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Pomimo zmiany przepisów w ocenie Izby przy interpretacji i ocenie prawidłowości stosowania aktualnie obowiązującego art. 22 ust. 1a Pzp aktualny pozostaje dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikało, że warunki udziału powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego art. (uchylony 22 ust. 4 Pzp), a warunki te mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (uchylony art. 22 ust. 5 zd 1 Pzp). W doktrynie i orzecznictwie już dawno dostrzeżono, że poprzestanie na definicji językowej przymiotnika "proporcjonalny", nie jest wystarczające, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego. Za utrwalone należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej również: "TSUE"), że przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie

właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270). Tym samym „Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. KIO 2219/17; KIO 2228/17; KIO 2232/17; KIO 2234/17). Biorąc pod uwagę powyższe wykonawca sugeruje zmniejszenie wymogu wartościowego dla usług skanowania geodezyjnych operatów technicznych wraz z zasilaniem informatycznego systemu zarządzania zasobem geodezyjnym i kartograficznym. **Jest to tym bardziej uzasadnione, że w przypadku tych usług nie tyle wartość usługi ma znaczenie co raczej ilość wykonanych podobnych usług.** Wykonawca raz jeszcze zauważa, że „konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękąmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękąmi jego prawidłowej realizacji” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2017 r. KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17). Sugeruje się zmianę na mniejszą wartość jednostkową ale np. samych robót może być więcej co pokazują że wykonawca w kilku pracach ma odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie. Brak zmiany może zostać uznany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w toku ewentualnej kontroli za naruszający art. 22 ust. 1a pzp. „Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękąmi należytego jego wykonania” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2017 r. KIO 697/17).

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę SIWZ. Tak skonstruowane warunki zapewniają zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu są uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności i warunkami realizacji przedmiotu zamówienia.

2. Podsumowując wnioski dotyczące warunków udziału w postępowaniu Wykonawca podnosi, że są one zdecydowanie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Dla porządku zwraca się uwagę, że „określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia” stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stosownie do art. 17 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r, poz. 1311, z późn.zm.). Raz jeszcze w tym kontekście zwrócić należy uwagę, że Trybunał uznaje, że dany środek jest proporcjonalny, jeżeli jest: odpowiedni do osiągnięcia określonego celu, konieczny do osiągnięcia określonego celu, co oznacza, że gdy istnieje wybór pomiędzy kilkoma środkami, należy zastosować środek najmniej uciążliwy, współmierny, co oznacza zakaz podejmowania działań ponad potrzebę. Dodatkowo Trybunał wskazał, że nieproporcjonalność oznacza nadmierność, a przyjęty wymóg żądany przez wykonawcę potencjału technicznego, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny do oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, narusza traktat (por. Wyrok ETS z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (Ingesa)* (Dz. Urz. UE C 86 z 8.04.2006 r., s. 1).

Odpowiedź:

Zamawiający podziela opinię Wykonawcy.

3. Wreszcie Wykonawca zauważa, że zamawiający powinien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne nie tylko ogranicza konkurencję, lecz także pozostaje w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego, gdyż większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty (por. wyrok KIO z dnia 6 września 2011 roku, KIO 1820/11). Wykonawca zwraca uwagę, że „*prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych*” (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r. II GSK 2633/15). „*Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji*” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 r. KIO 1030/17). Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania. (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014 r. Sygn. akt KIO 2358/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014 r. Sygn. akt KIO 938/14, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2014 r. KIO-KU-93-14). Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu są uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności i warunkami realizacji przedmiotu zamówienia.

4. Zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż **3% wartości zamówienia**. Zgodnie z art. 150 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Oznacza to, że kwota odpowiadająca odpowiednio 3% i 10% wartości przedmiotu zamówienia stanowi górną granicę wysokości możliwego do wymagania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. *A contrario* zamawiający może – według własnego uznania – żądać wniesienia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania w wysokości równej lub niższej niż 3% wartości przedmiotu zamówienia i 10% wartości oferty. Należy przy tym zaznaczyć, że nawet w postępowaniach unijnych, w których zamawiający ma obowiązek żądania wadium, wadium może być ustalone na kwotę niższą lub równą 3% wartości zamówienia i 10% wartości oferty.

Odpowiedź:

Zamawiający określił wartość wadium zgodnie z art. 45 ust 4 i wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5. W ocenie Wykonawcy żądana wysokość wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania jest zbyt wysoka i nieadekwatna do poziomu zagrożenia związanego z jednej strony z zabezpieczeniem interesów Zamawiającego na wypadek niewłaściwego postępowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (na wypadek zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium) oraz ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Tym samym tak skonstruowane wysokości wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowią nieuzasadnione i znaczące obciążenie wykonawcy. Wniosek Wykonawcy tym bardziej uzasadniony, że sposób realizacji przedmiotu umowy nie jest nowatorski, wręcz przeciwnie w znacznej części jest zestandaryzowany, a na rynku jest szereg wykonawców o znacznej wiedzy i doświadczeniu w realizacji podobnych prac. W efekcie ponieważ kalkulując cenę należy brać pod uwagę także koszty związane z przygotowaniem oferty oraz koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zmniejszenie wymagań Zamawiającego, niewątpliwie wpłynie na obniżenie cen oferowanych przez wszystkich wykonawców.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wysokości wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zamawiający ustalił wysokość wadium zgodnie z art. 45 ust. 1 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustanowiona kwota wadium nie stanowi maksymalnego poziomu, jest ustalona poniżej 3% oszacowanej wartości netto zamówienia.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało ustalone zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi, że zabezpieczenie ustala się w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie. Zamawiający ustalił zabezpieczenie w wysokości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie.

Ponadto Zamawiający pragnie zauważyć, że prace będą współfinansowane z funduszy Unii Europejskiej, zatem należyte zabezpieczenie procedury udzielenia i wykonania zamówienia jest według Zamawiającego w pełni uzasadnione.

Wnioski dotyczące projektu umowy – załącznik nr 7 do SIWZ

1. Jak wynika z pkt III. 5 projektu umowy „Wykonawca został poinformowany o możliwości zapoznania się ze stanem dokumentów analogowych i z danymi cyfrowymi zgromadzonymi w powiatowym zasobie geodezyjnym i kartograficznym, będącym przedmiotem zamówienia i nie będzie wnosil roszczeń w tym zakresie” – Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy Zamawiający oczekuje z góry zrzeczenia się roszczeń przez Wykonawców na wypadek gdyby dane zawarte w PODGiK były wadliwe? Na jakim etapie postępowania Wykonawca zostanie poinformowany o stanie dokumentów analogowych i cyfrowych? Jeśli taka jest intencja Zamawiającego? Wykonawca podnosi, że przed złożeniem oferty nie sposób jest dokładnie sprawdzić poprawności i jakości dokumentów jakimi dysponuje Zamawiający. Wykonawca zwraca uwagę, że tak interpretowane postanowienie pozostawałoby w rażącej sprzeczności z normą art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 pzp., albowiem stanowi to próbę przerwania na wykonawcę skutków ewentualnych nieprawidłowości w zasobie geodezyjnym. Ponadto wykonawca wnosi o wyjaśnienie co w sytuacji gdy Wykonawca przed podpisaniem umowy ustali, że dane w PODGiK są wadliwe? Czy zamawiający oczekuje zakomunikowania wadliwości tych danych? Czy Zamawiający udostępni innym wykonawcom informację o wadliwości danych zawartych w PODGiK? Powyższe kwestie są niezmiernie istotne mając na uwadze charakter ryczałtowego wynagrodzenia opisany w pkt V.2 i 3. Wykonawca podnosi, że roszczenie stanowi prawo podmiotowe wykonawcy mające swoje źródło w umowie, do której mają zastosowanie bezwzględnie obowiązujące ww. przepisy, tj. art. 627 k.c. art. 487 § 2 KC oraz art. 471 k.c. oraz 415 k.c., przyznające wykonawcy to uprawnienie i jedynym "warunkiem" postawienia tego prawa może być wykonanie świadczenia wzajemnego w sposób zgodny z umową. Zatem ustanawianie warunku, że wykonawca „nie będzie wnosil roszczeń” narusza ww. bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i z tego względu jest nieważne. Wynika to wprost z powołanych przepisów, ale również znajduje potwierdzenie w

orzecznictwie, w szczególności w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2003 roku, IV KKN 513/01, z którym zgodnie wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia z umowy powstaje w chwili wykonania określonego etapu prac. Polski system prawa cywilnego wskazuje, że dla powstania zobowiązania, a w konsekwencji, roszczenia związanego z tym zobowiązaniem, istotne są jedynie dwie kwestie: świadczenie musi być możliwe do spełnienia (zgodnie z rzymską zasadą *impossibillum nulla obligatio est*) oraz musi być ono (świadczenie) oznaczone, przede wszystkim przez treść czynności prawnej tworzącej zobowiązanie, a także przez odnoszące się do danego typu zobowiązań przepisy prawa (por. Komentarz do KC, art. 353 SPP T.5 red. Łętowska 2013, wyd. 2). Zatem skoro zarówno świadczenia wykonawcy (wykonanie prac geodezyjnych), jak i świadczenia zamawiającego (m.in. zapłata wynagrodzenia oraz udostępnienie niezbędnych danych wyjściowych) zostały określone (oznaczone) w umowie i są możliwe do spełnienia, **to odpowiadające im wzajemne roszczenia drugiej strony powstają w dacie wykonania tych świadczeń, a nie w dacie spełnienia dodatkowych aktów staranności jakie wykonawca miałby podjąć jeszcze przed zawarciem umowy.** Dlatego biorąc pod uwagę cel stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło, ustanowienie z góry oświadczenia o nie wnoszeniu roszczeń dla powstania roszczenia stanowi przekroczenie granicy swobody umów, o której mowa w art. 353¹k.c., skutkujące nieważnością postanowień w tej części. Każdorazowo trzeba pamiętać, że dochodzenie roszczeń na gruncie polskiego prawa cywilnego jest procesowym aspektem realizacji praw podmiotowych, które przysługują jednostce na podstawie przepisu ustawy lub stosunku prawnego, czy też wynikają z określonych zdarzeń, z którymi przepisy prawa lub postanowienia umowy wiążą skutek powstania prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe przysługuje *ex lege* lub *ex contractu*. Postanowienia III.5 projektu nie mogą wpływać na terminy dochodzenia roszczeń określone w sposób bezwzględnie wiążący przepisami Kodeksu cywilnego (w tym art. 119 Kc) - nie mogą być zmieniane przez czynność prawną, gdyż zmiana taka jest nieważna. Wykonawca jest uprawniony dochodzić swoich praw podmiotowych przed organem właściwym ustawowo do ich rozpoznawania (sądem powszechnym) w terminach przedawnienia, a nawet po ich upływie, skoro przedawnienie uwzględniane jest na zarzut drugiej strony. Proceduralne ujęcie możliwości zapoznania się ze *stanem dokumentów analogowych i z danymi cyfrowymi zgromadzonymi w powiatowym zasobie geodezyjnym i kartograficznym* nie może jednak stanowić o istnieniu lub nieistnieniu praw służących wykonawcy na podstawie stosunku prawnego nawiązanego z zamawiającym, np. prawa do wynagrodzenia z tytułu wykonanych i odebranych prac, odszkodowania za naruszenie umowy przez zamawiającego czy zmiany terminu wykonania zamówienia. Z tych przyczyn wnosi się o skreślenie III.5 projektu umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że jest możliwość zapoznania się ze stanem technicznym dokumentów analogowych. Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie III.5 z projektu umowy.

2. Jak wynika z pkt V.3 projektu umowy „Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter ryczałtu, nie podlega waloryzacji ani zmianie, także w przypadku wydłużenia okresu realizacji Projektu”. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w oparciu **jakie obiektywne kryteria ma dokonać oszacowania ceny ofertowej jeśli wynagrodzenie nie ulegnie zmianie nawet jeśli przesunięcie terminu wykonania umowy może ulec przedłużeniu w oparciu o nieznaną Wykonawcy czas.** Czy intencją Zamawiającego jest wyłączenie zastosowania przepisu art. 142 ust. 5 Prawa zamówień publicznych?^[1]_[SEP]

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że zapis umowy jest zgodny z brzmieniem art. 632 Kodeksu Cywilnego, tj.: § 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

§ 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Zapis ten nie narusza postanowień zawartych w art. 142 ust. 5 Prawa zamówień publicznych.

3. Jak wynika z pkt VIII.1 lit a) odbiór nastąpi poprzez podpisanie bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru częściowego stanowiącego podstawę wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT za wykonane prace. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie jakie rodzaju zastrzeżenia mogą być podstawą odmowy podpisania protokołu odbioru, czy chodzi jedynie o istotne uchybienia? Jakiej niedyskryminacyjne i obiektywne kryteria zadecydują o dokonaniu odbioru bez zastrzeżeń? Zwraca się uwagę, że na gruncie art. 643 k.c. tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie, mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru (por wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 05 lipca 2017 roku, V ACa 924/16; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013 roku, V CSK 544/12). Czy zastrzeżenia opisane w pkt VIII dotyczą będą tylko istotnych uchybień?

Odpowiedź:

Zamawiający podpisze Protokół odbioru prac, jeżeli te będą wykonane bezbłędnie.

4. Jak wynika z pkt X.4 projektu umowy Wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu umowy m.in. zgodnie „z aktualnymi wytycznymi dotyczącymi realizacji projektów z wykorzystaniem środków pochodzących z funduszy Unii Europejskiej na lata 2014 – 2020”. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób Wykonawcy mają kalkulować ryzyka związane z wprowadzeniem nowych wytycznych powstałych po dacie podpisania umowy? czy wytyczne mogą zmienić sposób realizacji umowy, a jeśli tak to czego mogą dotyczyć i czy w związku ze zmianą wytycznych Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia, o ile wytyczne miałyby nałożyć dodatkowe obowiązki na Wykonawców? W tym kontekście wykonawca przypomina, że zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2015 r., KIO 496/15, czytamy: *„Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia (...). Natomiast stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p. podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”*. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27.11.2006 r., III Ca 1019/06, niepubl., stwierdził, że z przepisu art. 29 ust. 1 wynika, iż: *„Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego”*.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że wytyczne te nie dotyczą spraw merytorycznych geodezyjnych, zatem ich ewentualna zmiana nie powinna wpłynąć na realizację prac geodezyjnych.

5. **Jak wynika z pkt X.6 b) „Wykonawca zapewni najwyższą staranność w wykonywaniu swoich obowiązków wynikających z niniejszej umowy”** – Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy przez najwyższą staranność należy rozumieć staranność o jakiej mowa w art. 355 § 2 k.c., a jeśli nie to jak odróżnić należyta staranność od najwyższej i jakie obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria będą decydować o uznaniu przez Zamawiającego, czy prace zostały wykonane z najwyższą starannością.

Odpowiedź:

Zamawiający uzna najwyższą staranność w wykonaniu swoich obowiązków wynikających z realizacji przedmiotu umowy przez Wykonawcę, w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie wykonany bezbłędnie.

6. **Jak wynika z pkt X.8 projektu umowy: „W przypadku zmiany osoby/osób, o których mowa w ust. 3, Wykonawca ma obowiązek wskazać na zastępcę osobę posiadającą nie mniejsze kwalifikacje niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Zmiana osoby jest skuteczna po pisemnej zgodzie Zamawiającego”.** Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy poza posiadaniem odpowiednich kwalifikacji stwierdzonych na podstawie obiektywnych kryteriów, **istnieją inne kryteria od których uzależnione jest wyrażenie zgody na zmianę osoby?** Czy też zgodę, o której mowa w X.8 należy traktować jako pozostającą całkowitemu uznaniu Zamawiającego, czy jej udzielenie uzależnione będzie od spełnienia obiektywnych kryteriów?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że osoba zastępująca musi spełniać minimalne wymagania określone w SIWZ. Nie ma innych kryteriów.

7. **Jak wynika z pkt X.10 projektu umowy „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia podczas spotkań organizowanych przez Zamawiającego lub Inspekcję (PMK), obecności co najmniej 1 osoby spośród osób, o których mowa w ust. 3”** – wykonawca wnosi o wyjaśnienie jak często wyznaczane będą spotkania, albowiem ma to znaczenie dla kalkulacji kosztów realizacji umowy, a Zamawiający nie sprecyzował częstotliwości.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że spotkanie nie powinno być więcej niż 6 (raz na pół roku i w razie potrzeby, czy to ze strony Zamawiającego i PMK oraz ze strony Wykonawcy).

8. **Jak wynika z pkt X.15 pkt 2) projektu umowy Zamawiający oczekuje przedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony).** Kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. w szczególności bez imion, nazwisk, adresów, nr PESEL pracowników). Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób Zamawiający oczekuje realizacji tego obowiązku, skoro **wykracza ona poza zakres uprawnienia wynikającego z art. 6 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 Z DNIA 27 KWIEŚNIA 2016 R. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/we (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z dnia 27 kwietnia 2016 r. (Dz.Urz.U.E.L Nr 119, str. 1)?**. Ponadto nawet gdyby przyjąć, że przekazanie tych danych jest dopuszczalne, wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób Zamawiający zamierza wypełnić obowiązki informacyjne wynikające z art.

13 RODO? Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę, że we wskazanych wyżej sytuacjach „obowiązek informacyjny wynikający z art. 13 RODO, spoczywający na zamawiającym, indywidualizowany jest poprzez zamieszczenie właściwego pouczenia, dostępnego bezpośrednio wykonawcom będącym osobami fizycznymi, którzy zainteresowani są uzyskaniem zamówienia publicznego i których dane potencjalnie - w przypadku podjęcia przez nich decyzji o ubieganiu się o zamówienie - mogą być przetwarzane przez zamawiającego.” Takie pouczenia nie tylko brak jest w SIWZ. Analogiczny obowiązek informacyjny jak w przypadku pozyskiwania danych osobowych bezpośrednio od wykonawców powstanie, gdy zamawiający uzyska od wykonawcy dane osobowe dotyczące innych osób, o których mowa w art. 22a Pzp, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów (np. osób, których dane służą do wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, osób kierowanych do realizacji zamówienia, osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, które zostaną wskazane jako podwykonawca). Obowiązek ten jest uregulowany w art. 14 RODO (por. https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0026/36818/Wskazowki-dotyczace-prowadzenia-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego-z-uwzglednieniem-regulacji-RODO.pdf)

Odpowiedź:

Klauzula informacyjna z art. 13 RODO została zawarta w rozdziale 19 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Oświadczenie Wykonawcy dotyczące RODO zawarte jest w formularzu ofertowym, litera G.

9. W związku z brzmieniem pkt XI projektu umowy Wykonawca wnosi o wyjaśnienie jakie informacje poufne mogą być przekazane wykonawcom, skoro zgodnie z art. 2 ustawy dnia 06 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2014.782) każdemu przysługuje dostęp do informacji publicznej, a od osoby wykonującej prawo do informacji publicznej nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego. Za wystarczające uważa się tutaj zatem powołanie się na stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego zajęte w wyroku z dnia 9 listopada 2011 r. (sygn. akt I OSK 1372/2011; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>), gdzie NSA stwierdził, iż w ujęciu art. 1 ust. 1 u.d.i.p. informacją publiczną jest każda wiadomość wytworzona przez szeroko rozumiane władze publiczne, a także inne podmioty, które tę władzę realizują względnie gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa, w zakresie tych kompetencji. Informację publiczną stanowi treść dokumentów urzędowych, wystąpień, a także ocen dokonywanych przez organy władzy publicznej bądź podmioty gospodarujące mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa, niezależnie od tego, do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą. Zatem będą to także informacje związane z zamówieniami publicznymi, w zakresie objętym regulacjami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Nie ulega przy wątpliwości, że „podmiot, do którego wpłynął wniosek o udzielenie informacji publicznej, powinien zawsze dążyć do tego, aby informacja została ujawniona. Granicę ujawnienia informacji określa art. 5 u.d.i.p., który ogranicza możliwość udostępnienia informacji ze względu na przepisy o ochronie tajemnicy niejawnych i inne tajemnice ustawowo chronione” (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 lutego 2011 r. II SAB/Wa 339/10, LEX nr 965548).

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zapisów projektu umowy. W dokumentacji znajdują się dane osobowe, do ochrony których obowiązany jest Zamawiający i których nie można udostępnić w ramach informacji publicznej.

10. W pkt XII projektu umowy wykonawca przewidział niezwykle rozbudowany katalog kar umownych. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy kary zastrzeżone w pkt b), c), d) podlegają kumulowaniu, a jeśli tak czy niezależnie od kary za niedotrzymanie terminu końcowego realizacji umowy, Zamawiający przewiduje nałożenie kary za niedotrzymanie terminów pośrednich zapisanych w harmonogramie? Ponadto czy kara za nienależyte wykonanie zobowiązania przewidziana w b) podlega kumulacji z karami za zwłokę, skoro w pkt b) wskazano, że przykładem nienależytego wykonania umowy jest nieterminowa realizacja? Wykonawca wnosi o zdecydowane zmniejszenie wysokości kar umownych. Wykonawca zwraca uwagę, że „kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń. Podobnie możliwość odstąpienia od umowy musi być bardzo precyzyjnie określona i nie można grozić zastosowaniem tej sankcji bez względu na okoliczność zawinienia czy przyczynienia się do powstania strat przez wykonawcę” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011 r., KIO 1758/11). Utrzymanie kwestionowanych przez wykonawcę postanowień może narazić wykonawcę na szkodę w dwojakiej sytuacji, tj. zarówno wtedy gdy mimo przedmiotowych postanowień złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i w przypadku zaniechania złożenia oferty ze względu na kwestionowane postanowienia. W sytuacji gdy oferta wykonawcy zostanie uznana za najkorzystniejszą, wykonawca będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji. Treść wzoru umowy objętych specyfikacji została ukształtowana przez Zamawiającego w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podpisanie umowy w jej obecnym brzmieniu naraża wykonawców na szkodę m.in. wskutek postanowień dyskryminujących wykonawcę lub uniemożliwiających ocenę przez niego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia. Z kolei, zaniechanie przez wykonawcę złożenia oferty w postępowaniu, także podyktowane rażąco niekorzystnymi dla wykonawcy postanowieniami umowy, będzie oznaczać, że wykonawca został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu, a tym samym narażony na szkodę. Zespół Arbitrów m.in. w wyroku z 29 października 2003 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1736/03) potwierdził, iż naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami Kodeksu cywilnego należy uznać za dopuszczalną podstawę zarzutów do treści specyfikacji. Z kolei, w wyroku z 6 września 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2430/06) Zespół Arbitrów wskazał, iż umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy. Tymczasem pierwszorzędą cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, **w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki**. Jako przejaw rażąco nierównorzędnego traktowania wykonawcy, wykonawca wskazuje obciążenie tej strony umowy konsekwencjami opóźnienia w wykonaniu zobowiązań umownych. Na wykonawcę mają zatem spaść sankcje dopuszczenia się opóźnienia w postaci kar umownych lub powstania po stronie zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy, mimo że opóźnienie jest następstwem okoliczności leżących poza wykonawcą (art. 476 zdanie drugie Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp). W ocenie Wykonawcy wszystkie zastrzeżone kary umowne są rażąco wygórowane i z samego przepisu art. 484 § 2 k.c. podlegać będą zarzutowi ich zmniejszenia, lecz co więcej kary zastrzeżone przez Zamawiającego prowadzą do nieuzasadnione wzbogacenia Zamawiającego. Tymczasem w wyroku z 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08) KIO stwierdza: *„Jakkolwiek pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”*. Biorąc pod uwagę, że kary umowne zostały przyznane wyłącznie zamawiającemu, uzasadniona jest ocena, iż umowa rażąco dyskryminuje wykonawcę. Ze względu na to wykonawca wnioskuje o wprowadzenie do specyfikacji postanowień przewidujących prawo wykonawcy do kary umownej. Wykonawca podkreśla, że *„kara umowna przewidziana w art. 483 k.c. stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricto kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.), jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych”*. (wyrok Sądu Najwyższego z 20 marca 1968 roku, II CR 419/67, LEX nr 6299). *„Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika określonej w art. 471 k.c., od określonego w tym przepisie odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje - jak wynika z art. 484 § 1 k.c. - bez względu na wysokość szkody”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2002 roku, V CKN 357/00, LEX nr

55513). Co przy tym najistotniejsze „kara umowna - jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna - tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 1988 roku, IV CR 58/88, LEX nr 8867). Wreszcie wskazać należy, że **charakterystyka zastrzeżonych kar umownych prowadzi do przelamania zasady ekwiwalentności świadczeń umownych** (art. 487 § 2 k.c.). Brak bowiem jakichkolwiek kar umownych na wypadek niewykonania czy też nienależytego wykonania świadczeń niepieniężnych przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że przedstawiony w załączniku nr 7 do SIWZ wzór umowy obrazuje umowę wzajemną. Tymczasem „*postanowienia umowy wzajemnej nie mogą naruszać ekwiwalentności świadczeń*” (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2004 r. V CK 670/03, OSNC.2005.9.162). W orzecnictwie utrwalony jest pogląd, iż świadczenia stron powinny być ekwiwalentne, o ile z woli stron wyraźnie nie wynika nic innego (np. chęć obdarowania). Zgodnie z art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Z założenia umowa, która ma zostać zawarta w wyniku przedmiotowego przetargu kwalifikowana powinna być, jako umowa wzajemna (Wykonawca spełni określoną usługę, za którą ma otrzymać oznaczone wynagrodzenie). **Na tle umów wzajemnych nie dopuszczalne jest wprowadzanie, postanowień, które godziłby w zasadę ekwiwalentności świadczeń stron** (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 listopada 2009 r., sygn. I ACa 1026/2005; porównaj też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2004 r., sygn. II CK 739/2004). Wykonawca jest świadomy, że przystępując do przetargu, oraz zawierając umowę, ponosi określone ryzyko gospodarcze - gdyż jest ono wpisane w jego działalność. Jednakże całkowicie nieuzasadnione jest twierdzenie, iż prawidłowa (w świetle przepisów k.c. i ustawy Prawo zamówień publicznych) jest sytuacja, w której jeden uczestnik stosunku prawnego wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję kształtuje go tak, aby zdjąć z siebie wszelkie ryzyko (w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie ponosi żadnego ryzyka), natomiast przerzucić go na kontrahenta. Reasumując charakter zastrzeżonych kar umownych co do zasady ma dyscyplinować wykonawców, a nie dążyć do wzbogacenia zamawiającego. Stwierdził, iż zgodnie z art. 353¹ kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zdaniem wykonawcy zastrzeżenie w umowie rażąco wygórowanych kar umownych narusza dobre obyczaje kupieckie oraz powoduje nierówne traktowanie stron umowy, co stanowi o sprzeczności takich postanowień z zasadami współżycia społecznego. Stan taki powoduje w najdalej idących konsekwencjach nieważność umowy na podstawie art. 58 § 2 kc. Wreszcie wykonawca zauważa, że w wyroku z 17 marca 1988 r. (IV CR 58/88) Sąd Najwyższy uznał, że kara umowna nie może być źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia. Stanowisko SN zostało przywołane w wyrokach KIO z 22 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1431/08) i z 1 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO 298/11). Ponadto, **brak określenia limitu kar umownych** istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy; ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia limitu kar umownych stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że kary zastrzeżone w punktach b), c) i d) działu XII projektu umowy nie podlegają kumulacji.

11. Jak wynika z pkt XIII.3.c) *Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy, jeżeli Zamawiający – mimo pisemnego wezwania – nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty wynagrodzenia, a opóźnienie wynosi ponad dwa miesiące liczone od upływu – wynikającego z niniejszej umowy – terminu zapłaty tej faktury. Wykonawca może odstąpić od umowy w terminie 30 dni po bezskutecznym upływie terminu wskazanego przez niego w pisemnym wezwaniu.* Powyższe postanowienie zakłada dopuszczalność naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, albowiem wykonawca przypomina, że Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, która ponosi odpowiedzialność za niewykonanie w terminie zobowiązania. Tym samym „*naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie w terminie zobowiązania, co odnosi się do sytuacji, gdy świadczenie - możliwe do spełnienia i wymagalne - nie zostaje zrealizowane we właściwym czasie*” (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2017 r. II GSK 2596/15).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że wykreśla ze wzoru umowy dział XIII ust. 3c.

12. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie jakie utwory w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2018r, poz. 1191) mają zostać przeniesione na rzecz Zamawiającego w oparciu o postanowienia pkt XIV projektu umowy. Zwraca się bowiem uwagę, że utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (art. 1 ust. 1 powołanej ustawy). Realizując umowę, prace wykonywane będą w sposób odtwórczy w oparciu o regulacje ustawowe bez czynnika twórczego. „*Utwór w rozumieniu prawa autorskiego nie przesądza dzieła. Art. 1 ust. 1 u.p.a.p.p. i art. 627 k.c. nie muszą mieć wspólnego zakresu. Dziełem mogą być umowy, które nie mają charakteru autorskiego*” (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2018 roku, II UK 262/17). Tym samym podkreślić należy, że „*ochronie prawa autorskiego nie podlegają działania wymagające co prawda określonych umiejętności i talentu, ale mające charakter odtwórczy*” (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 marca 2017 roku, III AUa 1740/16). Tymczasem pkt XIV 14 projektu umowy przewiduje, że przedmiotem przeniesienia będą prawa do dokumentacji wytworzonej w ramach umowy, która to dokumentacja nie będzie stanowić utworu.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że dział XIV projektu umowy w sposób jednoznaczny określa sposób przeniesienia praw autorskich.

13. Wykonawca wnosi o modyfikację pkt XV 15 umowy, albowiem wartość sumy ubezpieczenia jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia podobnie jak całkowicie nieproporcjonalny jest oczekiwany przez Zamawiającego zakres ubezpieczenia, w szczególności dotyczący szkód na osobie.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zapisów działu XV projektu umowy. Zakres ubezpieczenia i jego suma są proporcjonalne do ryzyka związanego m. in. z dostępem do danych osobowych, zawartych w dokumentacji, w szczególności w przypadku ich ujawnienia przez Wykonawcę.

14. Jak wynika z pkt XVI. 3 projektu umowy *Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia wad, o których mowa w ust. 1 w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, jednakże nie krótszym niż 5 dni roboczych od dnia zgłoszenia wady na piśmie, telefonicznie lub e-mailem zgodnie z postanowieniami.* Wykonawca wnosi o wyjaśnienie jakie obiektywne i niedyskryminujące kryteria mają decydować o tym jaki termin zamawiający wyznaczy na usunięcie wady? Wnosi się o doprecyzowanie by termin ten był odpowiedni do rodzaju stwierdzonej wady. Ponadto pkt XVI.3. zawiera odwołanie „*zgodnie z postanowieniami....*” nie wiadomo czego, zdanie urywa się.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że termin będzie uzależniony od rodzaju i rozmiaru wady. Zdanie kończące się słowami: „zgodnie z postanowieniami” dotyczy oczywiście umowy.

15. Jak wynika z § pkt XVII.3 projektu umowy Wykonawca w informacji o zawarciu umowy z podwykonawcą, określi część zamówienia, której wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy (zgodnie z ofertą przetargową) wraz z podaniem danych podwykonawcy oraz wykazaniem zdolności podwykonawcy do jej wykonania. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie na czym ma polegać wykazanie zdolności podwykonawcy w sytuacji gdy wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatrudnienie podwykonawcy nie dotyczy sytuacji gdy Wykonawca polega na jego zasobach, a zatem nie dotyczy sytuacji określonej w art. 36b ust. 2 pzp. Czy wówczas obowiązek wykazania zdolności nie będzie wymagany?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że jeżeli Wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy samodzielnie, to dany ustęp nie będzie go dotyczył. W przypadku udziału podwykonawcy, on również składa JEDZ.

16. Jak wynika z § XIX.5 projektu umowy *W przypadku zmiany terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w Dziale IV ust. 1, na skutek wprowadzenia zmian, o których mowa w Dziale XVIII ust. 4 lit. g Wykonawca zobowiązany jest do przedłużenia okresu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz okresu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady o długość okresu odpowiadający liczbie dni, o który przedłużono termin realizacji zamówienia.* Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy w sytuacji gdy do przedłużenia umowy dojdzie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego przepis ten znajdzie zastosowanie, a jeśli tak kto ponosi koszty ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że określa to dział V ust. 2 i 3 projektu umowy.

17. Reasumując postanowienia załącznika nr 7 do SIWZ są sprzeczne z art. 7 oraz 29 prawa zamówień publicznych. Nie można przy tym nie wskazać, że „za wystarczające uznaje się uprawdopodobnienie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 PZP” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2008 r., KIO/UZP 442/08, KWANTUM.51312). *„Ponieważ opisowi przedmiotu zamówienia nie można było przypisać cechy jednoznaczności i wyczerpującego charakteru, stwierdzić należy, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2008 r., KIO/UZP 101/07, KWANTUM.45444). Tymczasem „sformułowanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu sposobu oceny spełniania tych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób szczegółowy i precyzyjny ma szczególne znaczenie w przetargu ograniczonym, bowiem ogłoszenie jest jedynym dokumentem, z którego wykonawcy mogą zasięgnąć wiedzę o wymaganiach zamawiającego i wyłącznie na tej podstawie przygotować wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2008 r. KIO/UZP 963/08). Nadto wykonawca podkreśla, że z przepisu art. 7 ust. 1 PZP wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości i zasada uczciwej konkurencji. Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonana z uwzględnieniem tych samych kryteriów. Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Przy realizacji tej zasady należy brać pod uwagę fakt, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 844/08, KWANTUM.54669). Wskazane postanowienia SIWZ w ocenie wykonawcy naruszają zasady uczciwej konkurencji.

Odpowiedź:

Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (a nie ograniczonego jak wynika z zapisu pytania). Zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wskazują na naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji.

18. Przechodząc do uwag o charakterze ogólnym odnoszących się do wszystkich w/w zarzutów wykonawca wskazuje, że jak się podkreśla w nauce prawa zamówień publicznych, „*sposób opisanie przedmiotu zamówienia ma fundamentalne znaczenie dla procedury udzielenia zamówienia. Można stwierdzić bez przesady, że jest to **podstawowe** zagadnienie zamówień publicznych*” (G. Wicik [w:] G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 209). Od opisu przedmiotu zamówienia zależy, po pierwsze, powzięcie przez wykonawcę przekonania o możliwości przystąpienia do postępowania (albowiem musi on ocenić, czy jest w stanie wykonać świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia), po drugie zaś, możliwość określenia wysokości zaproponowanej przez wykonawcę ceny. Te dwa czynniki niewątpliwie mają fundamentalne znaczenie dla udziału wykonawcy w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Nie znając zakresu prac jakie muszą zostać skalkulowane w ramach oferowanego wynagrodzenia nie sposób prawidłowo opracować oferty. Co wreszcie najistotniejsze „*SIWZ powinna zawierać wszelkie wymagania i okoliczności mające wpływ na treść oferty, a jednocześnie być tak precyzyjna i jednoznaczna, aby zarówno wykonawcy, jak i sam zamawiający, interpretowali jej zapisy w jednakowy sposób. Wykonawcy nie mogą domyślać się lub wnioskować z ogólnej wiedzy dotyczącej instytucji zamawiającego, jakie parametry musi spełniać przedmiot zamówienia*” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2008 r., KIO/UZP 412/08, KWANTUM.51289). „*Zgodnie z przepisami prawa i linią orzeczniczą, to na zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego doprecyzowania SIWZ. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego dookreślenia przez zamawiającego postanowień SIWZ*” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2007 r., KIO/UZP 1404/07, KWANTUM.45357). Wreszcie nie ulega wątpliwości, że zgodnie z wykładnią celowościową przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, należy ROZSZERZAJĄCO INTERPRETOWAĆ przepis art. 7 ust. 1 ustawy (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 kwietnia 2005 roku, UZP/ZO/0-811/05, LEX nr 179160).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i wyczerpujący. Ponadto Załączone do SIWZ Warunki Techniczne dają Wykonawcy pełen obraz i zakres zadań.

Z poważaniem

Z up. Starosty
/-/ Brabara Studzińska
WICESTAROSTA