



Opole, 18.01.2021 r.

D/65/2020

L.dz. BZP: 75/2021

**Do:**  
**Uczestnicy postępowania**  
**o udzielenie zamówienia**  
**publicznego**

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej **nieprzekraczającej** kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwaną dalej „ustawą”, pn.: **Zakup terminowej licencji oraz wdrożenia systemu informatycznego do zarządzania rozwojem potencjału naukowego jednostki w formule usługi Software as a Service wraz z utrzymaniem systemu przez dostawcę oraz usługą wsparcia technicznego, merytorycznego i szkoleniem użytkowników systemu.**

Działając w trybie art. 38 ustawy, Zamawiający udziela wyjaśnień do złożonych zapytań dotyczących przedmiotowego postępowania.

**1. Pytanie**

Ustalony w projekcie umowy §8 ust. 5 limit kar umownych na poziomie 100% wynagrodzenia umownego jest przykładem złych praktyk, zmierzających do powstania ryzyka bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy. UZP (link źródłowy poniżej) opublikował opracowanie w przedmiocie dobrych i złych praktyk kontraktowych.

[https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0023/42737/Zalacznik-1-Dobre-i-zle-praktyki-kontraktowe.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/42737/Zalacznik-1-Dobre-i-zle-praktyki-kontraktowe.pdf)  
Z punktu 1.2 opracowania jasno wynika, że górny limit kar umownych nie powinien przekraczać 10% wynagrodzenia umownego Wykonawcy:

„1.2. Przykłady dobrych praktyk kontraktowych (rekomendowanych kierunków regulacji)

a) Kary wyrażone w procentach o wysokości odpowiadającej naruszeniu i wartości umowy:

- Przedział 0,1%-0,5% za każdy dzień zwłoki;
- Kary za odstąpienie od umowy nie wyższe niż 10%

b) Ustalenie górnego limitu kar umownych:

Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu kary umowne:

1. W przypadku niedotrzymania uzgodnionego terminu dostawy, o którym mowa w par. 3 lub dostaw niezgodnych z zamówieniem pod względem asortymentu, jakości bądź ilości, w wysokości 0,5 % za każdy dzień roboczy (pon.-piąt. oprócz dni ustawowo wolnych od pracy) opóźnienia licząc od wartości umowy brutto określonej w par. 4 ust.1 z zastrzeżeniem, że termin opóźnienia nie będzie dłuższy niż 2 dni robocze,

2. Jeżeli opóźnienie w terminie, o którym mowa w ust. 1 pkt. 1 przekroczy 2 dni robocze, za każdy kolejny dzień opóźnienia w wysokości 1% licząc od wartości umowy brutto określonej w par. 4 ust. 1, jednak nie więcej niż 10 % wartości brutto umowy”

Okoliczność powyższą zdaje się dostrzegać również Zamawiający który w prawidłowy sposób określił wysokość kary umownej za odstąpienie na rekomendowanym, 10% poziomie. Warto także zauważyć, że tego rodzaju konstrukcja umowna – tj. potencjalne ryzyko zapłaty kary umownej z tytułu niedotrzymania terminu na rażąco wygórowanym 100% poziomie w oczywisty sposób skłania Wykonawcę do odstąpienia od umowy. W konsekwencji Wykonawca wnioskuje o zmianę §8 ust. 5 wzoru umowy w ten sposób, że otrzyma brzmienie zgodnie z rekomendacjami UZP:

5. W razie zwłoki w realizacji przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia kary umownej w wysokości 0,1% ceny brutto określonej w § 7 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 3 umowy, ale nie więcej niż 10% wartości umowy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i nie dokonuje zmian we wzorze umowy.

## 2. Pytanie

Ustalając katalog kar umownych Zamawiający winien wszędzie tam, gdzie posługuje się pojęciem „opóźnienie” zastąpić pojęcie „opóźnienie” pojęciem zwłoki. Okoliczność powyższa wynika ze wskazanej powyżej rekomendacji UZP która wprost wskazuje kary umowne odnoszące się do opóźnienia jako przykłady złych praktyk. Nadto, Wykonawca wskazuje, iż zgodnie z dokumentem „ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIKI PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG” „Standardem w umowach IT powinno być określanie odpowiedzialności Wykonawcy za zwłokę.” (strona 58) Również od strony cywilnoprawnej wskazać należy, że zgodnie z poglądami doktryny i Judykatury kara umowna winna opierać się na zasadzie winy dłużnika w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania. Co więcej, samo użycie w Umowie słowa „opóźnienie” nie jest tożsame z odejściem od odpowiedzialności dłużnika na zasadzie winy na rzecz odpowiedzialności dłużnika na zasadzie ryzyka. W tym kontekście zwracamy uwagę przykładowo na stanowisko komentatorów zaprezentowane w komentarzu do art. 483 Kodeksu cywilnego (Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. pnof. Gutowski, n wyd. 1, 2016), w którym wskazano, iż „w zakresie kar zastrzeganych za opóźnione wykonanie zobowiązania kategorycznie podkreślić trzeba, że samo zastrzeżenie w umowie, że kara należy się „za opóźnienie” nie oznacza jeszcze, że chodzi tu o każde opóźnienie, a więc także to niezależne od winy dłużnika” (Identycznie P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1152, Nb 142). Jeśli strony zdecydowałyby się na rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, o którym mowa w art. 473§1 KC, to zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12), w przeciwnym razie taka kara umowna nie jest skutecznie zastrzeżona. Konieczność wskazania katalogu przyczyn opóźnienia dla skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala przede wszystkim treść art. 473 KC (w przepisie bowiem mowa o „oznaczonych okolicznościach”). Nadto należy pamiętać, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń i nie każde rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika mieściłoby się w tych granicach. Przykładowo nie mogłyby to być okoliczności obciążające wierzyciela. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Takie rozszerzenie byłoby więc sprzeczne z Istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12). Wykonawca wnioskuje o modyfikację wzoru umowy w ten sposób, że słowa „opóźnienie” zostaną zastąpione słowem „zwłoka”.

### Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i nie dokonuje zmian we wzorze umowy.

## 3. Pytanie

### Wniosek o doprowadzenie treści SIWZ do zgodności z ustawą PZP oraz wytycznymi właściwych instytucji.

Zamawiający w brzmieniu przed modyfikacją treści SIWZ wymagał:

a) że system musi zapewnić wykonanie estymacji kategorii naukowej dla następujących dyscyplin naukowych: nauki o sztuce, pedagogika, ekonomia i zarządzanie (zgodnie z treścią punktu nr 7 (opis wymagań minimalnych, opis przedmiotu zamówienia, załącznik nr 1A do SIWZ).

oraz

b) że system musi zapewniać raporty dostępne w systemie: raport publikacji, raport osiągnięć pracowników, raport efektywności wypełnienia slotów przez pracowników, tworzenie profilu pracownika (zgodnie z treścią punktu nr 8 (opis wymagań minimalnych, opis przedmiotu zamówienia, załącznik nr 1A do SIWZ).

W odpowiedzi na wniosek jednego z Wykonawców, Zamawiający zdecydował się na nadanie nowego brzmienia wymaganiom punktu 7 i 8 ww. załącznika do SIWZ. Zamawiający zmodyfikował treść ww. punktów SIWZ w ten sposób, że nadał treść zgodną literalnie z propozycjami jednego z oferentów. Już na wstępie zauważyć należy, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP poprzez zmodyfikowanie wymagań punktu 7 i 8 SIWZ w sposób odnoszący się do rozwiązań właściwych dla jednego z potencjalnych oferentów firmy Index Copernicus. Tym samym istnieje ryzyko faworyzowania jednego z oferentów poprzez posługiwanie się w treści OPZ rozwiązaniami właściwymi dla tego podmiotu.

Niezależnie jednak od powyższych okoliczności Zamawiający nie jest uprawniony do zlecenia jakimkolwiek podmiotom zewnętrznym przeprowadzenia symulacji wyników ewaluacji jakości działalności naukowej,

*Za treść odpowiedzi na pytania odpowiedzialny jest: Dyrektor Biblioteki Uniwersytetu Opolskiego*

z wykorzystaniem i na podstawie danych wprowadzonych do Zintegrowanego Systemu Informacji o Szkolnictwie Wyższym i Nauce POL-on. Okoliczność powyższa powinna być znana Zamawiającemu, ponieważ Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego wielokrotnie zwracało uwagę na niedopuszczalność tego rodzaju zleceń.

Na dowód powyższego załączamy przykładowe pismo Podsekretarza Stanu w ww. Ministerstwie z dnia 16.10.2020r. stanowiące informację publiczną a kierowane na ręce Rektora jednej z Uczelni Publicznych.

W piśmie tym jasno wskazano, że:

a) ewaluacja jakości działalności naukowej w 2022 r. zostanie przeprowadzona przez Komisję Ewaluacji Nauki na podstawie danych zgromadzonych w Zintegrowanym Systemie Informacji o Szkolnictwie Wyższym POL-on, według stanu na dzień 31 grudnia 2021 r.

b) niektóre informacje istotne dla ewaluacji, są wyłączone z dostępu z uwagi na ochronę danych osobowych lub tajemnicę przedsiębiorstwa.

c) c) system POL-on nie jest aktualnie w pełni przygotowany - niektóre jego moduły dopiero będą udostępniane. Nawet w przypadku modułów już dostępnych dla użytkowników, wprowadzone dane nie są jeszcze kompletne i wiarygodne - nie zostały potwierdzone przez kierowników podmiotów. W tej sytuacji jakiegokolwiek symulacje są niemiarodajne i przedwczesne.

W konsekwencji wymagania objęte pkt. 7 i 8 OPZ nie tylko pozostają w sprzeczności z wytycznymi właściwego Ministerstwa, lecz naruszają ustawę PZP także z tych przyczyn, że wobec obiektywnego braku możliwości należytego wykonania wymagań objętych pkt. 7 i 8 SIWZ przez potencjalnych oferentów z uwagi na brak przygotowania systemu POL-on oraz dostępu do wszystkich danych zawarcie umowy o takie świadczenie byłoby nieważne oraz posiadało cechy umowy o świadczenie niemożliwe (art. 387 §1 k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy PZP)

W powyższym obszarze należy także rozważyć celowość wydatkowania środków publicznych na zlecenie za wynagrodzeniem, podmiotom zewnętrznym świadczenia, które zgodnie z deklaracją Ministerstwa zostanie wykonanie przez Komisję Ewaluacji Nauki a Zamawiający nie poniesie z tego tytułu żadnych kosztów. W tej sytuacji oczywiste jest, że koszt wykonania obowiązków, o których mowa w pkt. 7 i 8 SIWZ stanowi dodatkowy koszt Wykonawcy który musi zostać uwzględniony w cenie ofert. Rezygnacja przez Zamawiającego z wymagań, o których mowa w pkt. 7 i 8 SIWZ spowoduje zmniejszenie ceny oferty a tym samym pozwoli na racjonalne wydatkowanie środków Zamawiającego.

Mając na względzie powyższy wnioskujemy o zmianę SIWZ poprzez skreślenie wymagań pkt. 7 i 8 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1A do SIWZ. Utrzymanie wskazanych wymagań skutkować będzie naruszeniem przepisów ustawy PZP, kodeksu cywilnego, wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz zasad racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków przez Zamawiającego.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i nie dokonuje zmiany opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z treścią modyfikacji dotychczasowy **termin składania ofert ulega zmianie**, tj.: na dzień [ **21.01.2021** ] roku, do godziny [ **10:00** ], **otwarcie ofert** [ **21.01.2021** ] roku, godzina [ **11:00** ], Biuro Zamówień Publicznych, Ul. Oleska 48, 45-052 Opole, pokój nr 27.

W związku z powyższym **zmianie ulega treść Ogłoszenia o zamówieniu** nr 774836-N-2020, zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.12.2020 r. w sekcji IV, pkt. 6.2 - **ogłoszenie o zmianie ogłoszenia** stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Zgodnie z pkt. 12.6 SIWZ jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego

*Załączniki:*

1) SIWZ po modyfikacji,

2) Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zamieszczone w BZP.

**KANCLERZ**

*mgr Zbigniew Budziszewski*

*Za treść odpowiedzi na pytania odpowiedzialny jest: Dyrektor Biblioteki Uniwersytetu Opolskiego*