

OR-III.271.2.12.2023

Gorlice, 24.07.2023 r.

do wszystkich Wykonawców

dotyczy: Wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) i zmiany treści SWZ w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie podstawowym na wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie adaptacji budynku na cele edukacyjno-wystawiennicze w ramach zadania pn. „BUDOWA CENTRUM EDUKACJI I NAUKI „LABORATORIUM ŚWIATŁA”” wraz z STWIORB.

1) Zapytania Wykonawcy i wyjaśnienia Zamawiającego

Pytanie 1:

Wykonawca zwraca uwagę, że postanowienia § 1 ust. 3 projektu Umowy, cyt.: „*W zakresie przedmiotu umowy i ustalonego wynagrodzenia Wykonawca zobowiązuje się także do aktualizacji kosztorysu inwestorskiego na każde wezwanie Zamawiającego w okresie do 60 miesięcy po odbiorze dokumentacji na podstawie postanowienia § 4 ust. 10 umowy.*”, są niezgodne z zasadami wynikającymi z art. 16 oraz 99 ustawy - Praw zamówień publicznych oraz mogą prowadzić do naruszenia art. 433 pkt 4) ww. ustawy. W szczególności nie jest wiadome ile konkretnie oraz jak obszernych i pracochłonnych aktualizacji kosztorysów inwestorskich należy uwzględnić w wycenie ofertowej w okresie aż 60 miesięcy. Aktualizacji tych może być praktycznie nieskończona liczba, a także zakres wprowadzanych wycen może być dowolnie szeroki. W konsekwencji liczba roboczogodzin potrzebnych dla opracowania przedmiotowych kosztorysów jest. Niemożliwa do ustalenia. W tej sytuacji nie może być mowy o wykonaniu dyspozycji art. 99 ustawy PZP, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak przygotowany opis przedmiotu zamówienia odczytywać należy w kontekście art. 433 ustawy, który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zatem uznać należy, że postanowienia te nie mogą także prowadzić do dowolności w zakresie ustalania zakresu zamówienia bez wskazania przez Zamawiającego wartości lub wielkości świadczenia stron - nie tylko minimalnych, ale także maksymalnie dopuszczalnych. Wykonawca wnosi o zmianę treści tego postanowienia poprzez wskazanie: „*W zakresie przedmiotu umowy i ustalonego wynagrodzenia Wykonawca zobowiązuje się także do aktualizacji kosztorysu inwestorskiego nie więcej niż 2 razy w okresie do 60 miesięcy po odbiorze dokumentacji na podstawie postanowienia § 4 ust. 10 umowy.*”. Pozwoli to na oszacowanie wartości tak opisanego zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść SWZ w następującym zakresie:

W zał. nr 7 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy – wzór umowy), §1 ust. 3 otrzymuje nowe obowiązujące brzmienie:

„*W zakresie przedmiotu umowy i ustalonego wynagrodzenia Wykonawca zobowiązuje się także do aktualizacji kosztorysu inwestorskiego jednak nie częściej niż dwa razy w ciągu roku kalendarzowego, w okresie do 60 miesięcy po odbiorze dokumentacji na podstawie postanowienia § 4 ust. 10 umowy.*”

Pytanie 2:

Wykonawca zwraca uwagę, że postanowienia § 9 ust. 3 i 4 projektu Umowy, cyt.: „3. Wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych na Zamawiającego przechodzi wyłączne prawo do wykonywania zależnego prawa autorskiego oraz udzielania zezwoleń na wykonywanie zależnego prawa autorskiego przez osoby trzecie. 4. Wykonawca zobowiązuje się wobec Zamawiającego do nie wykonywania, przez czas nie oznaczony autorskich praw osobistych przysługujących mu do wykonanego przedmiotu umowy, co do których autorskie prawa majątkowe przysługują Zamawiającemu. W szczególności Wykonawca zobowiązuje się w stosunku do Zamawiającego do nie wykonywania: prawa do udostępnienia go anonimowo, prawa do nienaruszalności treści i formy oraz jego rzetelnego wykorzystywania, prawa do decydowania o pierwszym udostępnieniu przedmiotu umowy publiczności, prawa do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu.”, są niezgodne z zasadami wynikającymi z art. 78 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którym twórca, którego autorskie prawa osobiste zostały zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania. Tym czasem zobowiązanie się twórcy do nie wykonywania autorskich praw osobistych przysługujących mu do wykonanego przedmiotu umowy, prowadzi de facto do uniemożliwienia sprawowania nadzoru nad sposobem korzystania z utworu, tj. tzw. nadzoru autorskiego. W efekcie Zamawiający zyskuje uprawnienie do swobodnej modyfikacji utworu, którego autorem ma pozostawać wykonawca, który uzyska zamówienie. Wykonawca wnosi o zmianę treści ww. postanowień poprzez wskazanie: „3. Zamawiający, zobowiązuje się konsultować z Wykonawcą każdy przypadek wykonywania zależnych praw autorskich oraz udzielania zezwoleń na wykonywanie zależnych praw autorskich przez osoby trzecie. 4. Zamawiający w uzgodnieniu z Wykonawcą, będzie podejmował decyzję o, w szczególności: wykonywaniu: prawa do udostępnienia utworów anonimowo, prawa do nienaruszalności treści i formy utworów oraz ich rzetelnego wykorzystywania, prawa do decydowania o pierwszym udostępnieniu przedmiotu umowy publiczności, prawa do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów projektowanych postanowień umowy – wzoru umowy w zakresie przeniesienia zależnych praw autorskich.

Równocześnie nie sposób stwierdzić, aby zapisy umowy naruszały reguły wynikające z art. 78 Prawa autorskiego. Jak wskazano w doktrynie należy wyraźnie odróżnić autorskie prawa osobiste oparte na art. 16 pr. aut. od uprawnień przysługujących na podstawie art. 78 pr. aut. na wypadek zagrożenia lub naruszenia autorskich praw osobistych. Konieczna jest wyraźna dystynkcja terminologiczna, ponieważ obie instytucje mają postać praw podmiotowych, a ich funkcja polega na ochronie autorskich dóbr osobistych. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że uprawnienia, o których mowa w art. 78 pr. aut., nie są autorskimi prawami osobistymi. Przepis art. 16 pr. aut. reguluje autorskie prawa osobiste. Natomiast art. 78 pr. aut. dotyczy uprawnień, które są wynikiem zagrożenia bądź naruszenia autorskich praw osobistych. Uprawnienia, o których mowa w art. 78 pr. aut., mają postać praw podmiotowych, lecz są to prawa o charakterze względnym, czyli roszczenia. W celu ułatwienia opisu w dalszej części niniejszego opracowania roszczenia, o których mowa w art. 78 pr. aut., będą nazywane autorskimi roszczeniami ochronnymi. Roszczenia te powstają po stronie uprawnionego podmiotu dopiero na skutek ziszczenia się przesłanek określonych w art. 78 pr. aut., czyli stanu zagrożenia lub naruszenia autorskich praw osobistych (tak: M. Wyrwiński [w:] *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych [w:] Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II*, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, art. 78).

Zaproponowany zapis w ocenie Zamawiającego pozostaje sprzeczny z treścią zgłoszonych zastrzeżeń.

Niezależnie od powyższego, zmierzając do zapewnienia szerszej możliwości udziału Wykonawcy w realizacji wykonanego utworu, przy zapewnieniu Zamawiającemu brak czynienia przeszkód w tym przedmiocie, zmienia się zapis § 9 ust. 4 projektowanych postanowień umowy - wzoru umowy na następujący:

„4. Wykonawca zobowiązuje się wobec Zamawiającego do nie wykonywania, bez uzgodnienia z Zamawiającym przez czas nie oznaczony autorskich praw osobistych przysługujących mu do wykonanego przedmiotu umowy, co do których autorskie prawa majątkowe przysługują Zamawiającemu. W szczególności Wykonawca zobowiązuje się w stosunku do Zamawiającego do nie wykonywania bez porozumienia z Zamawiającym prawa do udostępnienia go anonimowo, prawa do nienaruszalności treści i formy oraz jego rzetelnego wykorzystywania, prawa do decydowania o pierwszym udostępnieniu przedmiotu umowy publiczności, prawa do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu.”

Pytanie 3:

Wykonawca zwraca uwagę, że postanowienia § 4 ust. 9 projektu Umowy, cyt.: *„Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia, aż do momentu, kiedy uzna, iż przekazana dokumentacja jest kompletna, zgodna z umową i nie wymaga dalszych poprawek/uzupełnień.”*, są niezgodne z zasadami wynikającymi z art. 16 oraz 99 ustawy - Praw zamówień publicznych. Kryterium odbioru przedmiotu umowy powinno być jego wykonanie, a to z kolei wymaga jego opisanie w sposób, o którym mowa w art. 99 ustawy, tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W takim przypadku możliwa będzie ocena czy przedmiot umowy został wykonany czy też nie. Natomiast przedłużanie czynności odbiorowych do czasu, gdy Zamawiający jednostronnie uzna, że przekazana dokumentacja jest kompletna, zgodna z umową i nie wymaga dalszych poprawek/uzupełnień prowadzi de facto do dowolnego ukształtowania sytuacji prawnej wykonawcy. Czyni to zawarte zobowiązanie pozbawionym jego treści rozumianej jako opis powiniennych czynności, których wykonanie skutkuje zwolnieniem się ze zobowiązania. Wykonawca wnosi o zmianę treści ww. postanowień poprzez wskazanie: *„Zamawiający pokwituje wykonanie przez Wykonawcę wszystkich obowiązków umownych protokołem odbioru prac projektowych.*

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się z tezą, jakoby zapisy wzoru umowy prowadziły de facto do dowolnego ukształtowania sytuacji prawnej wykonawcy.

Wykonawca obowiązany jest do wykonania przedmiotu w pełnym zakresie, wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego jednoznacznym postanowieniem umownym jest, że przedmiot odbioru ma być kompletny, a zatem zawierać wszystkie opracowania, które składają się na zamówioną dokumentację projektową, w odpowiedniej ilości egzemplarzy.

Braki wykonanego dzieła w zakresie wskazanym powyżej uniemożliwiają jego odbiór jako ukończonego.

Ponadto przedmiot odbioru ma być zgodny z umową, a zatem odpowiadać przedmiotowo opisowi przedmiotu umowy. Jeżeli Wykonawca przedłoży Zamawiającemu dokumentację projektową obejmującą cały zakres opisu przedmiotu umowy, niewykazującą rozbieżności z tym opisem, zasadnym będzie uznanie, że dokumentacja ta jest zgodna z przedmiotem umowy.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do modyfikowania zapisu § 4 ust. 9 projektu Umowy, zwłaszcza zapisem proponowanym przez Wykonawcę, który to zapis pomija, że również po

podpisaniu protokołu odbioru o którym mowa w § 4 ust. 10 projektu Umowy na wykonawcy ciążyć będzie szereg obowiązków wynikających z umowy.

2) Przedłużenie terminu składania ofert

Zamawiający przedłuża termin składania ofert.

Nowe, obowiązujące terminy:

Termin składania ofert upływa dnia: 28.07.2023 r., godz. 13:00

Otwarcie ofert nastąpi dnia: 28.07.2023 r., godz. 13:30

- a) Postanowienia ust. 13 SWZ - Wymagania dotyczące wadium należy zastosować odpowiednio, z uwzględnieniem przedłużonego terminu do składania ofert.
- b) Dokonuje się odpowiednio zmiany terminu związania ofertą, w związku z czym postanowienie ust. 5 pkt 1) SWZ otrzymuje nową treść:
„5. TERMIN ZWIĄZANIA OFERTĄ
 - 1) Termin związania ofertą wynosi 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. **Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu 26.08.2023 r.”**
- 3) Zamawiający informuje jednocześnie o odpowiedniej zmianie ogłoszenia o zamówieniu nr 2023/BZP 00313003 z dnia 18.07.2023 r.

Ko:

- 1) Strona internetowa prowadzonego postępowania
- 2) a/a

Z up. BURMISTRZA

Daniel Janeczek
Sekretarz Miasta

.....
(podpis kierownika Zamawiającego)