

Warszawa, 20 września 2022 r.

ZATWIERDZAM
Z-ca Dyrektora NIKiDW

Łukasz Wieczorek

NIKIDW.SSZ.285.2022.KW

**Do Wykonawców biorących
udział w postępowaniu**

dotyczy: znak sprawy NIKiDW/P/7/2022

WYJAŚNIENIE NR 2 I ZMIANA NR 2 TREŚCI SWZ

Zamawiający – Narodowy Instytut Kultury i Dziedzictwa Wsi, ul. Krakowskie Przedmieście 66, 00-322 Warszawa, informuje, że w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym określonym w art. 275 pkt 2) na **adaptację i przebudowę pomieszczeń przeznaczonych na przechowywanie zbiorów CBR w Puławach**, zgodnie z art. 284 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwanej dalej ustawą Pzp, wpłynęły pytania od Wykonawcy dotyczące treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

Zamawiający zgodnie z art. 284 ust. 2 i 6 ustawy Pzp, przekazuje treści pytań, wyjaśnia i dokonuje zmian jak poniżej.

Pytanie 1:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 ust. 1 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem: ***„Stronom przysługuje prawo odstąpienia od niniejszej umowy lub jej wypowiedzenia wyłącznie w przypadkach przewidzianych we właściwych przepisach prawa i w niniejszej Umowie. Oświadczenie o odstąpieniu od Umowy powinno być złożone na piśmie pod rygorem nieważności oraz zawierać uzasadnienie”?***

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy § 25 ust. 1 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ w ww. zakresie.

Pytanie 2:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 ust. 3 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem: „*W razie odstąpienia od umowy Wykonawca przy udziale Zamawiającego sporządzi protokół inwentaryzacyjny wykonanych robót budowlanych. W przypadku nieprzystąpienia do sporządzenia protokołu z inwentaryzacji w terminie 7 dni od złożenia oświadczenia o odstąpieniu przez którąkolwiek ze Stron, druga strona jest uprawniona do sporządzenia jednostronnego protokołu inwentaryzacyjnego. Ustalenia protokołu sporządzonego w tym trybie będą wiążące dla strony nieobecnej.*”?

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy § 25 ust. 3 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ w ww. zakresie.

Pytanie 3:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 ust. 4 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem: „*W przypadku gdy:*

- 1) odstąpienie od umowy nastąpi z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawcy przysługuje prawo do wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w oparciu o protokół inwentaryzacyjny, o którym mowa w ust. 3 niniejszego paragrafu, a ponadto Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Wykonawcy kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w §19 ust. 1., o której mowa w treści § 26 ust. 7 Umowy;*
- 2) odstąpienie od umowy nastąpi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w §19 ust. 1 Umowy, a ponadto strony dokonują wzajemnych rozliczeń w oparciu o protokół inwentaryzacyjny, o którym mowa w ust. 3 niniejszego paragrafu.*”?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 25 ust. 4 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 4:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 ust. 7 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem: „*Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy, w przypadkach, o których mowa w ust. 2, w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości, o zaistnieniu przyczyn do odstąpienia od Umowy.*”?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 25 ust. 7 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 5:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 poprzez dodanie postanowień ust. 8 w następującym brzmieniu: *„Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie 30 dni od wystąpienia okoliczności wskazanych poniżej:*

- 1) Opóźnienie Zamawiającego w przekazaniu Dokumentacji projektowej lub Terenu budowy, przekracza 10 dni*
- 2) Zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur mimo dodatkowego wezwania w terminie 14 dni od upływu terminu na zapłatę faktur;*
- 3) Zamawiający odmawia bez uzasadnionej przyczyny odbioru robót lub podpisania protokołu odbioru”?*

Do sposobu określenia terminu, w czasie którego będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia (dies ad quem), odnieść można odpowiednio uwagi poczynione – przed wejściem w życie zmiany art. 389 KC – w kwestii sposobu określenia w umowie przedwstępnej terminu zawarcia umowy przyrzeczonej. W każdym jednak razie chodzi tu zawsze o wystąpienie zdarzenia, które na pewno wystąpi (por. Z. Radwański, Glosa do wyr. SN z 5.6.2002 r., II CKN 701/00, OSP 2003, Nr 10, poz. 124; ponadto por. np. wyr. SN z 18.10.2012 r., V CSK 417/11, Legalis; wyr. SA we Wrocławiu 19.2.2013 r., I ACa 27/13, Legalis; wyr. SA w Białymstoku z 30.1.2015 r., I ACa 693/14, Legalis; wyr. SA w Łodzi z 28.8.2014 r., I ACa 361/14, Legalis) i które da się umiejscowić w czasie (P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1105; nadto P. Konik, Umowne uprawnienie). **Zastrzeżenie jednak terminu nadmiernie odległego może być uznane – w konkretnych okolicznościach – za obejście wymogu określenia terminu dla wykonania prawa odstąpienia**, tak np. A. Olejniczak, w: Kidyba, Komentarz KC 2010, III, s. 292; P. Machnikowski, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz KC 2017, s. 782; zob. też wyr. SA w Warszawie z 27.10.2016 r., VI ACa 1283/15, Legalis; wyr. SA w Szczecinie z 28.9.2016 r., I ACa 204/16, Legalis; odmiennie G. Tracz, Sposoby, s. 307 i nast. W naszej ocenie termin wskazany we wzorze przedmiotowej Umowy biorąc pod uwagę zakładany termin realizacji (*„181 dni licząc od daty protokolarnego przekazania terenu budowy przez Zamawiającego”*) stanowi termin zbyt odległy. Biorąc zatem pod uwagę definitywny charakter skutków odstąpienia od umowy, jakim jest zniweczenie stosunku prawnego łączącego strony, podczas gdy jego realizacja uprawnienia do złożenia oświadczenia woli w przedmiocie złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy przy zachowaniu terminu dotychczasowego może prowadzić do sytuacji, w której oświadczenie to zostanie złożone przy niemal ukończonym przedmiocie Umowy. W związku z powyższym zwracamy się o skrócenie terminu do złożenia oświadczenia przez Zamawiającego o skrócenie przedmiotowego terminu do 30 dni.

Zarówno komentowany powyżej zapis § 25 ust. 7 wzoru umowy, jak i pozostałe proponowane zmiany mają na celu wprowadzenie zapisów umowy postanowień umożliwiających zachowanie równowagi stron umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 25 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 6:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 26 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem:

„Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu kary umowne z tytułu:

- 1) Zwłoki w wykonaniu robót budowlanych w wysokości 0,02 % należnego wynagrodzenia brutto określonego w § 19 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od terminu określonego w § 2 ust. 3, ale nie więcej niż 10 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 19 ust. 1;”?*

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 26 ust. 1 pkt. 1) Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 7:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 26 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy poprzez ich usunięcie?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 26 ust. 1 pkt. 2) Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 8:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 26 ust. 1 pkt. 11) wzoru umowy poprzez ich usunięcie?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 26 ust. 1 pkt. 11) Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 9:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 26 ust. 1 pkt. 12) wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem:

„Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu kary umowne z tytułu:

- (...) 12) zwłoki w usunięciu wad lub usterek stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi w stosunku do terminu wyznaczonego na ich usunięcie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad, ale nie więcej niż 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 19 ust. 1.”?*

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 26 ust. 1 pkt. 12) Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 10:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 26 ust. 4 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem: „*Łączna suma kar umownych przewidzianych w ust. 1 nie może przekroczyć 10 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 19 ust. 1.*”?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 26 ust. 4 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 11:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 26 ust. 6 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem: „*Strony są uprawnione do dochodzenia odszkodowania w wysokości przekraczającej wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych.*”?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 26 ust. 6 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 12:

Czy Zamawiający zgodzi się na wprowadzenie postanowień 26 ust. 7 wzoru umowy: „*Zamawiający zobowiązany jest zapłacić Wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy przez Wykonawcę wskutek okoliczności, za które odpowiada Zamawiający, a o których mowa w § 25 ust. 8 bądź odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po jego stronie w wysokości 10% należnego wynagrodzenia brutto określonego w § 19 ust. 1 Umowy?*”

Kary umowne w wysokości proponowanej przez Wykonawcę w sposób wystarczający zabezpieczają interesy Zamawiającego, zaś ich przyjęcie w wysokości określonej w umowie w sposób istotny zwiększa ryzyko kontraktowe, które wpływa na cenę ustaloną w ofercie Wykonawcy. Maksymalizacja kar umownych, a zatem podnoszenie ryzyka po stronie Wykonawcy, musi zostać uwzględniona w kwocie oferty, co jest sprzeczne z zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi – wyrażającej się w realizacji zamówienia publicznego przy możliwie najmniejszych środkach. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem judykatury „*Konsekwencje zawarcia w załączonym do SIWZ wzorze umowy postanowienia przewidującego karę umowną w rażąco wygórowanej wysokości. Naruszenie procedury udzielania zamówień publicznych jako potencjalne źródła szkody w budżecie UE (teza aktualna). Istnienie w załączonym do SIWZ wzorze umowy postanowienia przewidującego karę umowną w rażąco wygórowanej wysokości może powodować podwyższenie cen w składanych ofertach (z uwagi na wyższe ryzyko związane z zawarciem umowy), a prawdopodobne jest także, iż niektóre podmioty w ogóle nie przystąpią do przetargu, nie chcąc narażać się na realne ryzyko uiszczenia kary umownej, czyniącej umowę nieatrakcyjną finansowo.*” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 czerwca 2017 I ACa 1824/16).

Ponadto w odniesieniu do propozycji usunięcia zapisów odnoszących się do przesłanek naliczenia kar umownych (tj. wskazanych w treści § 26 ust. 1 pkt. 1) i pkt. 2) wzoru Umowy) niniejszym wskazujemy, że ich wprowadzenie w istocie powoduje zdublowanie nałożenia sankcji na Wykonawcę w przypadkach określonych już w innych zapisach umowy (np. naliczenie kary za sam fakt wystąpienia wad przedmiotu umowy w przypadku, gdy przewidziane są kary za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy lub zwłokę w usunięciu wad).

W świetle powyższego zwracamy się o przyjęcie zapisów § 26 wzoru umowy w zaproponowanym brzmieniu.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 26 ust. 7 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ bez zmian.

Pytanie 13:

Czy Zamawiający zgodzi się na dodanie w treści § 27 wzoru umowy postanowień ust. 4 w następującym brzmieniu: **„Wykonawca udostępnia Zamawiającemu klauzulę informacyjną, stanowiącą informację wymaganą na mocy art. 13 oraz 14 RODO, zaś Zamawiający oświadcza, że zapoznał się jej treścią oraz zobowiązuje się niezwłocznie udostępnić jej treść wszystkim osobom, których dane osobowe przekazuje Wykonawcy.”?**

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy § 27 i dodaje ust. 4 w § 27 Projektu Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ w ww. zakresie.

Załącznik po modyfikacji:

- Projekt Umowy – Załącznik nr 12 do SWZ po modyfikacji.

Wobec powyższego Zamawiający informuje, że:

1. zachował oryginalną pisownię pytań bez ujawnienia źródła zapytania,
2. udzielone odpowiedzi i wprowadzone zmiany są integralną częścią SWZ dla przedmiotowego postępowania, są wiążące dla wszystkich Wykonawców od dnia ich przekazania oraz należy je uwzględnić przy składaniu dokumentów,
3. udzielone odpowiedzi nie prowadzą do zmiany ogłoszenia o zamówieniu,
4. pozostałe zapisy SWZ pozostają bez zmian.