

Port Lotniczy Bydgoszcz S.A., ul. Paderewskiego 1, 86-005 Białe Błota

Data : 08.02.2016

Nasz znak :2016/02/00243

Dotyczy : postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania w następującym zakresie: „Dostawa i uruchomienie Automatycznego Systemu Pomiarów Parametrów Meteorologicznych (AWOS) oraz systemu zapasowego AWOS-R na terenie Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A. wraz z instalacją niezbędnej infrastruktury technicznej”

Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164) informuje, że w dniu 27 stycznia br. wpłynęły następujące zapytania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

1. Dotyczy wzoru Umowy § 14 ust. 6

W odniesieniu do zapisów § 14 ust. 6 wzoru umowy, Oferent zwraca uwagę, że w przypadku, gdy dojdzie do przekazania kodów źródłowych do Oprogramowania Dedykowanego Wykonawcy I Ich użycia przez Zamawiającego w okresie gwarancji i rękojmi udzielanej przez Wykonawcę bez wiedzy i zgody Wykonawcy (z wyłączeniem zastosowania procedury wykonawstwa zastępczego) wówczas Wykonawca powinien być uprawniony do wyłączenia gwarancji jakości i rękojmi na wykonane przez siebie prace. W związku z tym Oferent wnosi o dodanie do § 14 ust. 6 wzoru umowy poniższego zapisu:

Propozycja zapisu:

„W sytuacji gdy dojdzie do dokonania zmiany w Oprogramowaniu Dedykowanym Wykonawcy lub Dokumentacji do przedmiotowego Oprogramowania Dedykowanego Wykonawcy bez uprzednie pisemnej zgody Wykonawcy w czasie obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi na Przedmiot Umowy, zgodnie z warunkami Umowy, Zamawiający utraci uprawnienia wynikające z udzielanej przez Wykonawcę gwarancji jakości i rękojmi i nie będzie on ponosił odpowiedzialności za nieprawidłowe działanie Oprogramowania Dedykowanego Wykonawcy, spowodowane nieautoryzowanymi przez Wykonawcę zmianami”.

Czy wobec powyższego Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §14 ust. 6 wzoru Umowy.

Zamawiający pragnie zauważyć, iż zapis ust. 6 przewiduje opcję, iż Wykonawca umożliwi Zamawiającemu dokonywanie zmian funkcjonalnych oprogramowania poprzez rekonfiguracyjną bazę danych, **określając przy tym zakres możliwości tych zmian, zaś opis możliwości zmian oprogramowania zostanie przekazany Zamawiającemu.** Ponadto, w ramach szkolenia Wykonawca będzie zobowiązany przeszkolić pracowników Zamawiającego w zakresie rekonfiguracji oprogramowania / ingerencji w oprogramowanie, która nie spowoduje utraty prawa do gwarancji.

2. Dotyczy wzoru Umowy | 4 ust, 24 pkt.II); | 5 ust. 7 pkt. b); | i ust, 28 pkt. d); § 10 ust. 15; §10 ust. 28; § 11 ust. 10; 113 ust. 18; § 16 ust. 7} 8 1? ust. 1 pkt. i); § 17 ust. 4 pkt. a); i li ust 2:

Oferent wnosi o zmianę w § 4 ust. 24 pkt.II); § 5 ust. 7 pkt. b); § 8 ust. 28 pkt. d); § 10 ust. 15; §10 ust. 23 ; § 11 ust. 10; § 13 ust. 18; § 16 ust. 7; § 17 ust. 1 pkt. d); § 17 ust. 4 pkt. a); § 19 ust. Umowy poprzez zastąpienie pojęć „opóźnienie” na „zwłoka” (pozostawienie tylko zwłoki).

Zapis o naliczaniu kar umownych za wystąpienie zwłoki pozwoli na oszacowanie ryzyka dla Wykonawcy związanego z realizacją przedmiotowej umowy a tym samym na możliwość zaoferowanie konkurencyjnej ceny oferty. Ponadto zapis ten jest zapisem niezgodnym z ogólnymi zasadami k. cywilnego i zobowiązań umownych, a w szczególności z art. 476 k.c. Obecny zapis wzoru Umowy prowadzi do naruszenia art 56 1 art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz 484 § 2 k.c., art. 491 § 2 k.c. jak i art. 494 k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp. Proponowany przez Zamawiającego zapis o karach umownych za opóźnienie prowadzi de facto do rozszerzenia odpowiedzialności na Wykonawcę za wszelkie okoliczności powodujące zmiany terminów realizacji, co powoduje brak możliwości oceny ryzyka związanego z umową, co przedkłada się na niemożność oszacowania ceny oferty. Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 18 czerwca 2013 r.; V ACa 266/13: „[w] języku potocznym pojęcie „opóźnienie” i „zwłoka” używane są zamiennie i traktowane jako synonimy, Z samego posłużenia się zwrotem „za opóźnienie” nie można wyprowadzać niewątpliwej woli stron, co do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności powoda za nieterminowe wykonanie zobowiązania w porównaniu do regulacji wynikającej z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 471 KC”. W powołanym wyroku Sąd wskazuje dalej, że “jeśli zatem pozwany rozumie postanowienie zastrzegające karę umowną za nieterminowe wykonanie prac powoda w ten sposób, że jest to odpowiedzialność absolutna obejmująca także przyczyny opóźnienia leżące po stronie pozwanego, to takie postanowienie umowne należałoby ocenić jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i w konsekwencji uznać za bezwzględnie nieważne na podstawie art. 58 § 2 KC”.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na taką zmianę we wzorze Umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę we wskazanych paragrafach wzoru Umowy. Zapisy są dopuszczalne, zgodne z obowiązującymi przepisami i prawa nie naruszają. Na marginesie Zamawiający pragnie zauważyć, iż w Kodeksie cywilnym także jest mowa o „opóźnieniu” dłużnika i jego konsekwencjach, przykładowo w art. 481 Kc, art. 543 §2 Kc czy art. 635 Kc.

Ponadto, zauważyć należy, że w granicach swobody kontraktowej (art. 353 [1] Kc) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania.

Zapisy wzoru Umowy uwzględniają ważny i uzasadniony interes publicznoprawny Zamawiającego związany z udzielanym zamówieniem publicznym, jego należyty i terminowym wykonaniem oraz wywiązaniem się z zobowiązań wobec zaangażowanych przez Wykonawcę podwykonawców, w tym planowane korzyści z wykorzystania wykonanego systemu. Zamawiający wyłaniając Wykonawcę w wyniku postępowania o zamówienie publiczne i zawierając z wybranym Wykonawcą Umowę wszak jest zainteresowany jej sprawnym i terminowym wykonaniem.

Obowiązkiem Wykonawcy jest natomiast terminowe wywiązywanie się z przyjętych zobowiązań umownych, zgodnie z fundamentalną zasadą *pacta sunt servanda*, co ma na celu ochronę szczególnego interesu wierzyciela polegającego na terminowym wykonaniu zobowiązania, istotnego zwłaszcza w tzw. zobowiązaniach terminowych.

Zauważyć jednak wypada, iż w §16 odnoszącym się do kar umownych zostały określone kary umowne na wypadek „zwłoki” Wykonawcy, a więc kwalifikowanego opóźnienia (opóźnienia zawionionego). Zatem, Wykonawca może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty, wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

3. Dotyczy wzoru Umowy § 16

Oferent wnosi o zmniejszenie wysokości kar umownych wskazanych w § 16 ust. 2 ust. Od A) do M); § 16 ust 3) wzoru Umowy, w następujących sposób:

- w §16 ust. 2 pkt. A) z wysokości 0,5 % na 0,25 %;
- w § 16 ust.2 pkt. B) z wysokości 0,2 % na 0,1 %;
- w § 16 ust. 2pkt. C) z wysokości 10 % na 5 %;
- w § 16 ust 2 pkt. D) z wysokości z 1 000 zł na 500 zł;
- w § 16 ust.2 pkt. E) z wysokości z 150 zł na 75 zł;
- w § 16 ust.2 pkt. F) z wysokości z 5 000 zł na 1 000 zł;
- w § 16 ust. 2 pkt. G) i wysokości z 5 000 zł na 1000 zł;
- w § 16 ust.2 pkt. H) z wysokości z 3 000 zł na 1000 zł;
- w § 16 ust.2 pkt. I) z wysokości z 0,2 % na 0,05%;
- w § 16 ust. 2 pkt J) z wysokości z 0,2 % na 0,05%;
- w § 16 ust.2 pkt. K) z wysokości z 5 000 zł na 1 000zł;
- w § 16 ust. 2 pkt. L) z wysokości z 5000zł na 1 000 zł;
- w § 16 ust. 2 pkt N) z wysokości z 5 % na 1%;
- w § 16 ust. 2 pkt M) z wysokości z 0,5 % na 0,1%;

- w § 16 ust. 3 i wysokości z 0,5 % na 0,1%;

Wykonawca wskazuje, że zaproponowany przez Zamawiającego wymiar kar jest zbyt wysoki i nieadekwatny do przedstawionych okoliczności i w praktyce mógłby prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego,

Zachowanie kar w takiej wysokości przez Zamawiającego naraża Wykonawcę na wielkich rozmiarów ryzyko, co przedkładać się będzie na konieczność skalkulowania tej okoliczności w cenie oferty Wykonawcy i podwyższenia jej wartości. Wykonawca podkreśla, iż kary umowne stanowią znaczne ryzyko dla wykonawców, w praktyce kary te mogą okazać się wyższe niż wartość ewentualnie poniesionej szkody.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie do Umowy przedmiotowego zapisu?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §16 ust. 2 i 3 wzoru Umowy.

Zapisy o karach umownych są dopuszczalne, zgodne z obowiązującymi przepisami i prawa nie naruszają, a ich wymiar jest adekwatny do przedstawionych okoliczności oraz uwzględnia ważny i uzasadniony interes Zamawiającego związany z udzielanym zamówieniem publicznym, jego należyty i terminowym wykonaniem oraz wywiązaniem się z zobowiązań wobec zaangażowanych przez wykonawcę podwykonawców, w tym planowane korzyści z wykorzystania wykonanego systemu. Zamawiający wyłaniając Wykonawcę w wyniku postępowania o zamówienie publiczne i zawierając z wybranym Wykonawcą Umowę wszak jest zainteresowany jej sprawnym i terminowym wykonaniem.

Obowiązkiem Wykonawcy jest natomiast należyte i terminowe wywiązywanie się z przyjętych zobowiązań umownych zgodnie z przepisem art. 354 §1 Kc oraz fundamentalna zasadą *pacta sunt servanda*.

W przystępny sposób znaczenie kary umownej wyjaśnił Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (vide: Wyrok z 27 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 99/13, LEX nr 1313465), wskazując, iż ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela.

Ponadto, jak wskazał Sąd Najwyższy (vide: Wyrok SN z 16 stycznia 2013 r., sygn. akt II CSK 331/12, LEX nr 1293724), "w granicach swobody kontraktowej (art. 3531 k.c., art. 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.) mają charakter dyspozytywny(...). Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty, wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (...)."

W przedmiotowym kontekście, na uwagę zasługuje również wywód KIO zawarty w wyroku **KIO/505/11**, podkreślający specyfikę umów o udzielenie zamówienia publicznego:

"(...) Dysproporcja pomiędzy określonymi w umowie wzajemnymi świadczeniami stron nie stanowi dostatecznej przesłanki do uznania umowy za sprzeczną z prawem. Umowy zawierane w wyniku

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zbliżone w swym charakterze do umów adhezyjnych (wyroki KIO z dnia: 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09 oraz 26 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1547/09), a wynika to, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, ale z tego, iż to **Zamawiający działa w interesie publicznym**. Tak więc na gruncie ustawy Pzp mamy do czynienia ze swoistym ograniczeniem swobody umów, określonej w art. 353 [1] k.c., które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. „Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może się starać przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a nawet w ramach swobody umów wręcz narzucić pewne postanowienia umowy we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich właśnie warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 67/08). Oznacza to więc, iż nie jest właściwym utożsamianie przez Odwołującego ryzyk związanych z realizacją umowy, w tym przede wszystkim ich podziału pomiędzy strony stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem zasady równości stron danego stosunku zobowiązaniowego. To bowiem Odwołujący, sporządzając ofertę i kalkulując jej cenę, powinien w niej ująć także koszt dodatkowych ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez niego cena ofertowa powinna więc zabezpieczać jego interesy niezależnie od tego jak duże ryzyko zostanie mu przypisane. Tak więc, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353 [1] k. c., powyższe nie uchybia zasadzie swobody umów, gdyż to wykonawca, może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach.”

4. Dotyczy wzoru Umowy § 16

Oferent prosi o zmianę w brzmienia zapisu § 16 ust. 4 umowy na zapis o następującym brzmieniu:

„W przypadku poniesienia szkody przewyższającej wartość kary umownej oraz w innych przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, Strona może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach wynikających z Kodeksu cywilnego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody z wyłączeniem utraconych korzyści”.

Oferent wnosi o wprowadzenie w § 16 ust 4 wzoru Umowy ograniczenie wartości odszkodowania do wartości Umowy z wyłączeniem utraconych korzyści. Odpowiedzialność odszkodowawczą Oferent proponuje ograniczyć do wysokości rzeczywiście powstałej (faktycznie wyrządzonej) straty powstałej w razie ewentualnego naruszenia warunków umowy. W granicach określonych w umowie wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność odszkodowawczą za normalne następstwa swoich zachowań, ale z ograniczeniem jego odpowiedzialności do poniesionej przez Zamawiającego straty (szkody) z wyłączeniem utraconych korzyści. Przepis art. 361 § 2 k.c. pozwala stronom umowy określić reguły przypisania odpowiedzialności za szkodę i zakres obowiązku jej naprawienia. Zaproponowany przez Oferenta zapis ma na celu zrównoważenie Interesów stron umowy w myśl zasady, iż celem odpowiedzialności odszkodowawczej nie jest wzbogacenie strony poszkodowanej, lecz wyłącznie usunięcie uszczerbku wywołanego określonym zdarzeniem. Dodatkowo przedmiotowy zapis pozwala precyzyjniej określić ryzyka i ewentualne koszty finansowe, które bierze na siebie wykonawca w związku z

zawarciem umowy. Wobec powyższego, zaproponowany zapis, który w dalszym ciągu chroni Zamawiającego, uwzględnia również uzasadniony interes drugiej strony umowy.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie do Umowy przedmiotowego zapisu?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §16 ust. 4 wzoru Umowy. Istniejący zapis jest zgodny z obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego przewidującymi zasadę pełnej kompensacji wyrządzonej szkody w ramach odpowiedzialności za niewykonanie lub **nienależyte wykonanie** zobowiązań umownych oraz dopuszczalny w treści Umowy na zasadzie określonej w art. 484 §1 zd. 2 Kc.

Szkodę w rozumieniu art. 361 Kodeksu cywilnego stanowi różnica pomiędzy stanem majątkowym poszkodowanego, który powstał po nastąpieniu zdarzenia powodującego uszczerbek, a stanem, jaki by w jego majątku istniał, gdyby zdarzenie nie nastąpiło. Naprawienie szkody obejmuje zarówno wyrównanie strat, które poszkodowany poniósł, jak utracone korzyści, które mógłby osiągnąć gdyby mu szkody nie wyrządzono.

W zapisie §16 ust. 4 wzoru Umowy chodzi o dochodzenie odszkodowania uzupełniającego, gdy poniesiona szkoda przewyższy wartość kar umownych i w związku z tym nie zostanie całkowicie pokryta. Jest to standardowy zapis i często spotykany w umowach zawieranych między stronami.

5.Dotyczy wzoru Umowy § 17

Oferent wnosi o wskazanie i doprecyzowanie terminu w § 17 ust.1 pkt a) wzoru Umowy, w następujący sposób:

§17 ust.1 pkt a) „ Wykonawca nie rozpoczął prac/robót bez uzasadnionych przyczyn w terminie 14 dni od podpisania Umowy oraz nie kontynuuje ich pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie, albo pozostaje w zwłoce z realizacją prac/robót tak dalece, że wątpliwe jest dochowanie terminu zakończenia Przedmiotu Umowy określonego w §2 ust 3 pkt b/Umowy”

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §17 ust. 1 pkt a) wzoru Umowy. Nie ma potrzeby dodania wyrażenia „w terminie 14 dni” w pierwszym członie zapisu, gdyż w tym miejscu istniejący zapis przewiduje, iż chodzi o sytuację, w której Wykonawca nie rozpoczął prac/robót „**bez uzasadnionej przyczyny**” i nie kontynuuje ich pomimo **dodatkowego pisemnego wezwania** ze strony Zamawiającego, co wystarczająco chroni Wykonawcę.

6. Dotyczy wzoru Umowy § 13

Oferent wnosi o wyłączenie w § 13 odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi na oprogramowanie, którego nie jest producentem. Propozycja zapisu:

„Wyłączona zostaje odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi na oprogramowanie”.

Oferent wnosi o wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi na oprogramowanie. Oprogramowanie zostaje udostępniane poprzez udzielenie licencji, natomiast licencjodawcy - Zamawiającemu nie przysługują roszczenia z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej, gdyż po pierwsze, w wypadku udzielenia licencji nie mamy do czynienia ze sprzedażą w rozumieniu art. 535 KC, po drugie zaś oprogramowanie nie jest rzeczą, po trzecie, przy udzielaniu licencji w żadnym wypadku nie dochodzi do sprzedaży (cesji) praw, gdyż pozostają one przy licencjodawcy. Wynika stąd wniosek, że z tytułu wad oprogramowania nie można podnosić roszczeń opartych na rękojmi za wady rzeczy (lub prawa) sprzedanej, gdyż udzielenie licencji nie jest sprzedażą w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Gwarancja natomiast jest udzielana niezależnie i posiada zabezpieczenie u producenta oprogramowania. Wykonawca, który nie jest producentem oprogramowania, nie ma także możliwości jego poprawienia (ingerencji w kod źródłowy),

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §13 wzoru Umowy. Zamawiający wskazuje, iż w treści §13 ust. 3 dodano ***“(…)z zastrzeżeniem zdania 2. Strony zgodnie postanawiają o wyłączeniu rękojmi w zakresie oprogramowania osób trzecich, odnośnie którego zastosowanie będą miały warunki gwarancji producenta takiego oprogramowania.”***

7. Dotyczy wzoru Umowy § 14

Oferent wnosi o dodanie w § 14 nowego ust. 12 wzoru umowy, który określi, że w przypadku przekazania praw autorskich do Oprogramowania Dedykowanego na podmioty trzecie, prowadzące konkurencyjną działalność wobec działalności prowadzonej przez Wykonawcę, Zamawiający zobowiązuje się uzyskać uprzednią pisemną zgodę Wykonawcy na takie przekazanie oraz, że Zamawiający Jest zobowiązany do ścisłego przestrzegania tajemnicy rozwiązań technicznych Oprogramowania Dedykowanego Wykonawcy, Zamawiający nie ma prawa ujawniać chronionych prawem autorskim wartości intelektualnych zawartych w Oprogramowaniu Dedykowanym Wykonawcy.

Wprowadzenie tego zapisu jest podyktowane tym, że Oferent ma wypracowane przez lata swoje rozwiązanie i stosowane know-how w tego typu umowach i ma prawo chronić takie informacje jako Tajemnicę swojego Przedsiębiorstwa i nie zgadza się na przekazanie takich danych o jego Oprogramowaniu konkurencji

Czy Zamawiający wyraża zgodę na taką zmianę we wzorze Umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §14 wzoru Umowy poprzez dodanie sugerowanego zapisu, nakładającego ograniczenia/utrudnienia, dodatkowe obowiązki i odpowiedzialność w tym przedmiocie na Zamawiającego.

Zamawiający dodatkowo wskazuje, iż w zakresie nieuregulowanym w Umowie zastosowanie mają obowiązujące przepisy prawa, w tym min. ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, o czym mowa w §22 ust. 6 wzoru Umowy.

8. Dotyczy wzoru Umowy § 16

Oferent wnosi o zmianę w § 16 wzoru umowy poprzez wprowadzenie zapisu o karze umownej na korzyść Wykonawcy, gdy Zamawiający odstąpi od umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy:

Propozycja zapisu;

„W przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po Stronie Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy (także w okresie rękojmi lub gwarancji) poniesione i udokumentowane przez Wykonawcę koszty związane z realizacją Przedmiotu Umowy oraz karę umowną w wysokości S % Wynagrodzenia Umownego brutto”.

Czy wobec powyższego Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §16 wzoru Umowy poprzez dodanie sugerowanego zapisu. Sytuacja odstąpienia od Umowy z przyczyn zależnych oraz niezależnych od Wykonawcy oraz zasady rozliczenia z Wykonawcą zostały uregulowane w §17 ust. 6-11 wzoru Umowy.

9. Dotyczy wzoru Wzór Umowy § 16

Oferent wnosi o wykreślenie i wprowadzenie nowej treści zapisu z zastrzeżeniem iż kary nie podlegają łączeniu.

Propozycja zapisu:

§ ust 6) wzoru umowy, że 6. „ kary nie podlegają łączeniu”,

Obecna treść zapisu może prowadzić do dublowania się kar a tym samym do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego,

Czy Zamawiający wyraża zgodę na taką zmianę we wzorze Umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §16 ust. 6 wzoru Umowy.

Zapis wzoru Umowy jest prawidłowy, bowiem zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, kumulacja kar umownych jest dopuszczalna, jeżeli możliwość taką strony w umowie przewidziały - na zasadzie swobody kształtowania stosunków umownych (art. 353 [1] Kc).

O zakresie zastosowania kar umownych rozstrzyga treść dokonanego przez strony zastrzeżenia. Zarówno samo zastrzeżenie kary umownej, jak i szczegółowe jej uregulowania zależą od umownego uznania i ułożenia przez strony w ramach swobody umów ustanowionej w art. 353 [1] k.c. (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1998 r., I CKN 671/97, nie publ.).

Strony mogą zatem w Umowie - zgodnie z zasadą swobody umów wynikającą z art. 353 [1] Kc - tak ułożyć stosunek ich łączący, że na wypadek odstąpienia od umowy z winy jednej ze stron, druga mogłaby żądać kumulatywnie wszystkich zastrzeżonych w umowie kar, a nie tylko tej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy. **Powyższe stanowisko znajduje oparcie w judykaturze, m.in.:**

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r. sygn. III CZP 39/12, w którym wskazuje, że dopuszczalne jest kumulowanie kary za odstąpienie od umowy i za opóźnienie w zakończeniu zadania, jeśli strony zamieszczą taki zapis w postanowieniach umownych. „W ocenie Sądu Najwyższego w obecnym składzie tak rozumiana kara umowna musiałaby jednak **wyraźnie wynikać z postanowień umowy**, w przeciwnym przypadku należy ją powiązać z obowiązkiem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem umowy, od której odstąpiono.”

- Wyrok Sądu Najwyższego z 15 listopada 2012 r. (V CSK 512/11): Wykonanie uprawnienia do odstąpienia od umowy nie pozbawia odstępującego roszczenia o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek uchybienia terminowi spełnienia świadczenia niepieniężnego.

- Wyrok SN z 24.05.2012 r. (V CSK 260/11): Dopuszczalność dochodzenia kary umownej przewidzianej w związku z odstąpieniem od umowy - za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania - oraz kary umownej przewidzianej za szkodę spowodowaną określonym przejawem nienależytego wykonania zobowiązania poprzedzającego odstąpienie od umowy **musiałaby wyraźnie wynikać z umowy**.

- Wyrok SN z 15.11.2012 r. (V CSK 512/11): Wykonanie uprawnienia do odstąpienia od umowy wzajemnej znosi jedynie prawa i obowiązki stron należące do jej istoty, natomiast nie znosi powstałego wcześniej stanu odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej i powstałych wcześniej przesłanek uzasadniających jej zapłatę (...) Wykonanie prawa odstąpienia od umowy nie pozbawia odstępującego roszczenia o zapłatę kary umownej, zastrzeżonej w tej umowie na wypadek przekroczenia terminu spełnienia świadczenia niepieniężnego. Uprzednio ukształtowane skutki stanu niewykonania zobowiązania w postaci powstania obowiązku zapłaty kar umownych trwają bowiem nadal pomimo wcześniejszego odstąpienia od umowy.

- Wyrok SN z 29.06.2005 r. (V CK 105/05): Powstałe już roszczenie o zapłatę kar umownych nie traci bytu prawnego także po odstąpieniu od umowy. Mimo wykonania uprawnienia do odstąpienia od umowy przez zamawiającego ukształtowane już prawne skutki stanu niewykonania zobowiązania lub nienależytego wykonania zobowiązania mogą trwać nadal.

Inne orzeczenia SN: wyrok SN z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007 r., wyrok SN z dnia 26 listopada 2004 r., V CK 411/04; wyrok SN z dnia 6 maja 2004 r., II CK 261/03; i z dnia 15 września 2005 r., II CK 72/05, w których SN nie zakwestionował utrzymywania się roszczeń o zapłatę kary umownej także po dokonanych odstąpieniu od umowy, w tym stwierdził, że wykonanie prawa odstąpienia od umowy nie pozbawia odstępującego roszczenia o zapłatę kary umownej zastrzeżonej w tej umowie na wypadek przekroczenia terminu spełnienia świadczenia niepieniężnego. Ponadto, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11: „Kara umowna może być przewidziana zarówno za szkodę spowodowaną ogólnie ujętym, nienależytym wykonaniem zobowiązania, jak również za szkodę spowodowaną poszczególnymi przejawami nienależytego wykonania zobowiązania, np. za opóźnienie albo zwłokę w spełnieniu świadczenia, jak też w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 29 maja 2013 r. I ACa 631/12 „Nie ma przeszkód w zakresie kumulacji kar umownych, jeżeli każda z nich zastrzeżona jest na wypadek zaistnienia innych zindywidualizowanych okoliczności.”).

Sąd Najwyższy zajął więc stanowisko i uznał, że nie ma przeszkody do domagania się zapłaty kar umownych z tytułu opóźnienia bądź zwłoki dłużnika przy odstąpieniu od umowy. W uzasadnieniu wskazuje, że zniweczenie umowy na skutek odstąpienia dotyczy tylko skutków obligacyjnych jej istotnych postanowień (praw i obowiązków stron należących do jej istoty), nie znosi zaś odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej i powstałych wcześniej przesłanek uzasadniających jej zapłatę. Powstałe wcześniej roszczenie o zapłatę kar umownych nie traci bytu prawnego także po odstąpieniu od umowy, ponieważ wcześniej już ukształtowane skutki prawne stanu nienależytego wykonania zobowiązania mogą trwać nadal, w tym także roszczenie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek uchybienia terminowi spełnienia świadczenia (wyrok Sądu Najwyższego z 29 czerwca 2005 r., sygn. akt V CK 105/05, LEX nr 395072; wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2006, sygn. akt IV CSK 157/06, OSNC 2007 r., Nr 7-8, poz. 114; wyrok Sądu Najwyższego z 15 listopada 2012 r., sygn. akt V CSK 512/11, LEX nr 1276232).

Konkludując, zgodnie z aktualnym stanowiskiem Sądu Najwyższego strony mogą wyraźnie zdecydować o ewentualnej kumulacji i - na zasadzie swobody umów przewidzianej w art. 353 [1] Kc - wprowadzić w Umowie zapis przewidujący możliwość kumulacji kar umownych za odstąpienie od umowy oraz kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki bądź opóźnienia.

W związku z powyższym zapis zawarty w § 16 ust. 6 wzoru Umowy jest prawidłowy, gdyż istnieje możliwość kumulowania kary umownej, w tym za odstąpienie od umowy z karą za opóźnienie w terminowym wykonaniu umowy, jeżeli strony tak postanowią w Umowie.

10. Dotyczy wzoru Umowy § 17

Oferent wnosi o dodanie kolejnego ust. 8 umowy

Propozycją, zapisu:

„W przypadku odstąpienia od realizacji Umowy, Wykonawca uprawniony jest do otrzymania wynagrodzenia za czynności rzeczywiście wykonane, instalacje i wyposażenie faktycznie dostarczone na plac budowy prace oraz świadczone usługi za część Przedmiotu Umowy, która została wykonana do dnia odstąpienia od Umowy, w tym również za zamówione na poczet wykonania robót materiały faktycznie, oprogramowanie, sprzęt nie dostarczone na plac budowy zgodnie z podpisanym przez obie Strony protokołem”.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie kolejnego zapisu ust. 8 w §17.

Sytuacja odstąpienia od Umowy z przyczyn zależnych oraz niezależnych od Wykonawcy oraz zasady rozliczenia z Wykonawcą zostały uregulowane w §17 ust. 6-11 wzoru Umowy.

11. Dotyczy wzoru Umowy § 8

Czy Zamawiający wyraża zgodę na dodanie kolejnego akapitu w § 8 nowego ustępu o następującej treści:

Propozycja zapisu:

„W przypadku nie przystąpienia do odbiorów przez Zamawiającego w wyznaczonych terminach, Wykonawca wezwie Zamawiającego ponownie do dokonania poszczególnych odbiorów/odbioru końcowego, wyznaczając Zamawiającemu dodatkowy 1 dniowy termin na odbiór. Nieuzasadniona odmowa dokonania odbioru przez Zamawiającego po wyczerpaniu powyżej procedury, uprawnia Wykonawcę do Jednostronnego podpisania odpowiedniego protokołu odbioru Jakościowego, ze skutkiem dla Zamawiającego i wystawienia stosownej faktury VAT”.

Wprowadzenie takiego terminu dla Zamawiającego jest uzasadnione faktem, iż zamówienie uważa się za wykonane po jego odbiorze, w związku z tym Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zwłoki Zamawiającego w odbiorach,

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę §8 wzoru Umowy poprzez dodanie sugerowanego zapisu. Na Zamawiającym ciąży obowiązek dokonania odbioru końcowego po spełnieniu określonych w Umowie przesłanek i Zamawiającemu nie przysługuje możliwość arbitralnej odmowy dokonania odbioru końcowego. Spełnienie warunków, które zostały określone w Umowie, nakłada na Zamawiającego obowiązek dokonania odbioru końcowego. Terminy odbiorów zostały określone we wzorze Umowy.

Ponadto, zgodnie z obowiązującym prawem, Wykonawca może na drodze sądowej dowodzić i obalić domniemanie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, w tym także niedochowanie terminu wykonania Umowy, nie było przez niego zawinione, lecz nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, poprzez wskazanie wiarygodnej i niezależnej od Wykonawcy przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

12. Dotyczy wzoru Umowy § 16

Oferent wnosi wprowadzenie łącznego limitu kar umownych na poziomie 15 % wartości netto wynagrodzenia.

Dopiero ustalenie odpowiedniego limitu kar zgodnego z warunkami rynkowymi i odpowiedzialności pozwala na pełne oszacowanie kosztów i ryzyk umownych. Umowa nie powinna być także jednostronna i nakładać jedynie na Wykonawcę wysokich kar umownych, stąd zasady jest wniosek o określenie granic kar umownych, które Zamawiający - bez udowadniania szkody i jej wysokości w drodze procesu sądowego - może nałożyć na wykonawcę.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na sugerowaną zmianę w treści §16 wzoru Umowy. Obowiązujące przepisy Kodeksu cywilnego dopuszczają ustalenie kar umownych w Umowie, a przy tym nie nakładają na strony obowiązku wprowadzenia w treści umowy limitu tych kar. Zastosowanie znajdują przepisy art. 353 [1] Kc oraz art. 483 i 484 Kc.

Konkludując, zapisy §16 są dopuszczalne, zgodne z obowiązującymi przepisami i prawa nie naruszają.

13. Wzór Umowy § 17

Oferent wnosi o wykreślenie § 17 ust. 1 pkt. e); § 17 ust. 1 pkt. f); § 17 ust. 1 pkt. g); § 17 ust. 1 pkt. h); § 17 ust. 1 pkt. I); § 17 ust. 1 pkt. J); § 17 ust. 1 pkt. k); § 17 ust. 1 pkt.

Wykonawca wskazuje, że zaproponowane przez Zamawiającego przestanki do odstąpienia od Umowy są bardzo rygorystyczne i w praktyce nie mają zastosowania.

Odstąpienia od Umowy z tych tytułów stanowią znaczne ryzyko dla wykonawców.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie wskazanych paragrafów we wzorze Umowy. Zapisy umowne regulujące przypadki uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy są dopuszczalne, zgodne z obowiązującymi przepisami i prawa nie naruszają. Nadto uwzględniają ważny i uzasadniony interes publicznoprawny Zamawiającego związany z udzielanym zamówieniem publicznym, jego należyty i terminowy wykonaniem oraz wywiązaniem się z zobowiązań wobec zaangażowanych przez Wykonawcę podwykonawców, w tym planowane korzyści z wykorzystania wykonanego systemu. Zamawiający wyłaniając Wykonawcę w wyniku postępowania o zamówienie publiczne i zawierając z wybranym Wykonawcą Umowę wszak jest zainteresowany jej sprawnym i terminowym wykonaniem.

Prawnym obowiązkiem Wykonawcy jest natomiast należyte i terminowe wywiązywanie się z przyjętych zobowiązań umownych zgodnie z przepisem art. 354 §1 Kc oraz fundamentalna zasada *pacta sunt servanda*.

Ponadto, jak wskazał Sąd Najwyższy (vide: Wyrok SN z 16 stycznia 2013 r., sygn. akt II CSK 331/12, LEX nr 1293724), "w granicach swobody kontraktowej (art. 3531 k.c., art. 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania."

14. Wzór Umowy § 4; § 8; § 16; § 17

Oferent wnosi o wykreślenie z treści wzoru Umowy § 4 ust 13); § 4 ust. 29); § 8 ust. 6); § 8 ust 41); § 12 ust 4); § 16 ust 1); § 16 ust 4); § 16 ust 9); § 17 ust 1 pkt. 1) zwrotu „nienależyte wykonanie”, bowiem jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z 24 maja 2012 r., V CSK 260/11:

„[o] nienależytym wykonaniu zobowiązania można mówić jedynie do chwili, gdy strony łączy węzeł obligacyjny, a wynikające z niego obowiązki były wykonywane nienależycie, np. co do miejsca, jakości, czy terminu spełnienia świadczenia. Jeżeli następuje odstąpienie od umowy dochodzi do niewykonania zobowiązania. (...) Zatem, Jeżeli umowa przewiduje odrębną karę umowną "na wypadek odstąpienia od umowy" ("w związku z odstąpieniem od umowy"), to Jest to kara umowna za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, której częścią jest szkoda, wcześniej doznana, na skutek nienależytego wykonania zobowiązania. Wobec tego nie można przyjąć, aby w takim przypadku strona mogła żądać kary umownej przewidzianej za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz kary umownej za szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązań® (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 1\$ stycznia 1984 r., III CZP 70/93, OSNC 21 1984, Nr 8, poz. 131, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011, Nr 4, poz. 85). Kary te bowiem logicznie się wykluczają."

Oferent wnosi o wyjaśnienie znaczenia przedmiotowego zwrotu - kiedy Zamawiający "uzna", iż Przedmiot Umowy został należycie wykonany?

Czy Zamawiający wyraża zgodę na taką zmianę we wzorze Umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowaną zmianę we wskazanych paragrafach wzoru Umowy. Wskazać należy, iż Kodeks cywilny operuje pojęciem zarówno niewykonania, jak i nienależytego wykonania Umowy (vide min. art. 471 Kc), które to pojęcia tak w doktrynie prawa, jak i judykaturze nie są traktowane tożsamo.

W zakresie możliwości kumulacji kar umownych zastrzeżonych w Umowie – vide powyżej: odpowiedź na pytanie 9.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż Przedmiot Umowy należycie wykonany to wykonany zgodnie z zawartą Umową, na co wskazuje również art. 354 §1 Kc.

15. Wzór Umowy § 1 ust. 10

Oferent prosi o udzielenie informacji, czy Zamawiający posiada aktualne mapy w zakresie istniejącej Infrastruktury naziemnej oraz naniesionej na mapach infrastruktury podziemnej ?

Odpowiedź:

Zamawiający jest w posiadaniu kopii arkuszy map odzwierciedlających aktualny stan zasobu rejestru geodezyjnego właściwego ośrodka dokumentacji geodezyjnej tj. RZI Bydgoszcz w zakresie przedmiotowego zadania.

16. Wzór Umowy § 1 ust. 9

Oferent zwraca uwagę, iż zapis, w którym Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją obejmującą Opis Przedmiotu Umowy, w tym z „*Dokumentacją projektową systemu AWOS na terenie Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A*” i oświadcza, iż *Jest w stanie wykonać prace objęte Przedmiotem Umowy na warunkach określonych w Umowie* jest nie do zaakceptowania.

Powyższy zapis mówi o odpowiedzialności Wykonawcy za błędy Dokumentacji Projektowej, której nie jest autorem. Wprowadzony przez Zamawiającego zapis umowy jest nie zgodny z przepisami prawa. W pierwszej kolejności nie skuteczne Jest zrzeczenie się roszczeń, które m daną chwilę nie Istnieją, a po drugie Wykonawca nie może przejąć na siebie błędów popełnionych przez Projektanta Dokumentacji.

Okolicznością bezsporną jest, że Wykonawca zobowiązany jest do weryfikacji dokumentacji projektowej w toku wykonywania robót - a jeżeli dostarczona przez Zamawiającego dokumentacja nie

nadaje się do prawidłowego wykonania robót albo Jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym Zamawiającego. Natomiast wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Zrozumiałe jest, że zamawiający często chcą się zabezpieczyć na wypadek zaistnienia takich błędów, jednak działanie tego rodzaju tak dalece wkracza w zakres odpowiedzialności projektanta, że obarcza przyszłego wykonawcę robót ryzykiem, którego nie jest on w stanie przewidzieć i określić (wycenić) na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót. Na tle powyższego wywodu nie może budzić wątpliwości fakt, że w sytuacji gdy to zamawiający zapewnia oraz dostarcza wykonawcy projekt budowlany, zgodnie z dyspozycją art. 647 Kodeksu cywilnego, to wówczas on jako inwestor Jest stroną odpowiedzialną względem wykonawcy za ewentualne wady tego rodzaju dokumentacji, zaś ryzyko wybudowania (oddania) dzieła zgodnie z dostarczonym projektem obciąża wykonawcę. Oczywiście, w sytuacji gdy projektant działający na zlecenie zamawiającego ze swej winy wykonał projekt w sposób wadliwy przez co wyrządził mu szkodę, to zamawiający będzie miał w stosunku do niego roszczenie odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu zobowiązania (projektu) przez projektanta na podstawie art. 471 i następnego Kodeksu cywilnego. Na zamawiającym jako prawnie stronie umowy o wykonanie danych prac zobowiązanej do opracowania i dostarczenia dokumentacji projektowej spoczywa główna odpowiedzialność za prawidłowość ich sporządzenia, tym bardziej, że wykonawca de facto nie ma wpływu na ich ostateczne brzmienie (autorem dokumentacji Jest zazwyczaj profesjonalny podmiot działający na zlecenie zamawiającego, za którego działania lub zaniechania odpowiedzialność ponosi zamawiający) i zgodnie z obowiązującymi poglądami doktryny i orzecznictwa nie musi on również posiadać wiedzy niezbędnej do weryfikacji tego rodzaju dokumentu na etapie przetargowym. Oznacza to że zobligowanie wykonawcy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do analizy poprawności udostępnionej dokumentacji projektowej pod rygorem utraty prawa powoływania się na wady tejże dokumentacji na dalszym etapie postępowania, a w konsekwencji próba przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za ewentualne nieprawidłowości jest działaniem prawnie niedopuszczalnym oraz w praktyce nieskutecznym,

Trzeba przy tym zauważyć, że ze względu na różne wymagania prawa co do dokumentacji projektowej i programu funkcjonalno-użytkowego, Inny charakter tych dokumentów i inną ich funkcję wystąpią różnice w ustalaniu co jest błędem lub nieprawidłowością. W myśl jednolitego stanowiska doktryny i judykatury odnoszącego się do wykonania dzieła/ robót budowlanych (czyli procesu „wykonaj”), w normalnych okolicznościach trudno oczekiwać od wykonawcy, by pomimo posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego a priori był w stanie zauważyć wszystkie błędy jedynie na podstawie analizy dokumentacji. Jak trafnie zauważono, wykonawca nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wady dostarczonego projektu, a w szczególności jeżeli został on wykonany przez specjalistyczne biuro projektowe (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000 r., sygn. akt III KKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173; podobnie K. Zagrobelny (w;) E, Gniewek, Komentarz, 2006, s. 1065). Wykonawca ma natomiast obowiązek niezwłocznego zawiadomienia zamawiającego o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie wadliwego przedmiotu danej umowy (tak Sąd Najwyższy w

wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08, LEx 637702). Należy zatem i całą stanowczością podkreślić, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania w celu wykrycia ewentualnych wad dokumentacji projektowej i technicznej, która w praktyce sporządzona jest na zlecenie zamawiającego przez fachowego uczestnika procesu budowlanego w osobie projektanta. Powyższe potwierdza również orzecznictwo KIO, która w wyroku z dnia 27 kwietnia 2011 r. (KIO 806/11), LEx nr 821263 wprost wskazała, że „wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej za te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby Jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót”. Jednocześnie podniosła, że zobowiązanie wykonawcy do wliczenia w cenę ofertową ryczałtową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty narusza art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp i może również naruszać art. 140 ustawy Pzp, albowiem może się okazać, że zakres zobowiązania umownego wykonawcy nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie. Zauważyć ponadto należy, iż KIO wielokrotnie podkreślała, że ewentualne złożenie przez wykonawcę oświadczenia na etapie postępowania przetargowego i podpisania umowy o prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dokumentacji przy składaniu tego oświadczenia nakłada obowiązek merytorycznej kontroli przyjętych w projekcie założeń i obliczeń (tak KIO w wyroku z 02 listopada 2009 r., KIO/UZP 1485/09). Wobec czego należy uznać, że zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 821/08, LEK nr 448567).

Wobec powyższego Oferent wnosi o następującą zmianę zapisu § 1 ust. 9 wzoru umowy

Wykonawca oświadcza także, że została mu przedstawiona i przekazana Dokumentacja Projektowa w zakresie niezbędnym dla należytej i terminowej realizacji umowy (w tym dokumentacja projektowa dotycząca robót budowlanych), Wykonawca oświadcza, iż zapoznał się z okazaną i przekazaną dokumentacją, nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz stwierdza, że jest ona wystarczająca dla prawidłowego, należytego i terminowego wykonania umowy i zobowiązuje się do prawidłowego (w szczególności terminowego i należytego pod względem Jakości) wykonania umowy. W wypadku odkrycia wad / błędów Dokumentacji Projektowej Wykonawca zgłosi pisemnie [forma pod rygorem nieważności] powyższy fakt Zamawiającemu w terminie 10 dni roboczych od wykrycia danej wady/ błędu we wskazaniu okoliczności. Jakże wiązać się mogą z takim błędem, pod rygorem utraty prawa powoływania się na taką wadę.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wzoru umowy we wnioskowany przez Oferenta sposób?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści §1 ust. 9 wzoru Umowy, wskazując, iż przedstawiona argumentacja/uzasadnienie postulowanej zmiany stanowi nieuzasadnioną i daleko idącą nadinterpretację brzmienia zapisu §1 ust. 9.

Zgodnie bowiem z przepisem **art. 651 Kc**, który znajduje zastosowanie w związku z art. 14 i 139 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić inwestora, jeżeli

dostarczona przez inwestora **dokumentacja**, teren budowy, maszyny lub urządzenia **nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót.**

Wprawdzie więc Wykonawca nie ma obowiązku wynikającego wprost z art. 651 Kc do szczegółowego sprawdzania dokumentacji projektowej, niemniej Wykonawca zobowiązany jest zapoznać się z taką dokumentacją w sposób umożliwiający zarówno określenie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, jak i ustalenie, czy według tej dokumentacji możliwe jest zrealizowanie inwestycji (wykonanie robót zgodnie z dostarczonym projektem nie spowoduje powstanie obiektu wadliwego). Zgodnie z art. 649 Kc w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy (tzw. domniemane rozszerzenie – rozwinięcie, obowiązków wykonawcy – wyrok SN z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 728/98).

W związku z powyższym, zapoznanie się z dokumentacją projektową niewątpliwie leży w interesie Wykonawcy, na którym spoczywa wymóg określony w art. 651 Kc.

Z §1 ust. 9 wzoru Umowy nie wynika, że Wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko za to, że „dokumentacja może zawierać błędy”, pozwala natomiast Zamawiającemu przyjąć, że Wykonawca po podpisaniu Umowy, nie złoży natychmiast oświadczenia, iż według otrzymanej dokumentacji nie jest możliwe wykonanie Przedmiotu Umowy, lub też jego wykonanie wymaga dodatkowych nakładów sił i środków, których Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie, bowiem „nie miał obowiązku” zapoznać się z dokumentacją w takim zakresie, aby móc stwierdzić, czy na jej podstawie można zrealizować inwestycję na określonych umową warunkach.

Powyższe stanowisko potwierdzają również orzeczenia KIO, z których przykładowo można wskazać **wyrok KIO/505/11**, w którym stwierdza się:

“To Zamawiający przygotowuje dokumentację projektową i ponosi za nią odpowiedzialność. Nie zwalnia to jednak wykonawcy od **dołożenia należytej staranności** przy realizacji umowy, w tym także od obowiązku weryfikowania prawidłowości sporządzonej dokumentacji. To wykonawca jest zobowiązany – w myśl przepisów k.c. (art. 651 k.c.) – do **niezwłocznego informowania Zamawiającego** (inwestora) o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja inwestycji na podstawie otrzymanego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego, przy czym w tym drugim wypadku „chodzi wyłącznie o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania” (wyrok SN z dnia 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98). Zobowiązany jest więc do poinformowania Zamawiającego o tych okolicznościach, a **dołożenie należytej staranności w tym względzie** zwalania go od współodpowiedzialności za wady robót budowlanych wynikające z wadliwości projektu. (...)”

Przedmiotowy zapis wzoru Umowy nie wyłącza uprawnień Wykonawcy wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

17. Wzór Umowy 17 ust, 3

Oferent prosi o wskazanie, jakiego typu badania i sprawdzenia ma na myśli Zamawiający?

Odpowiedź:

Zamawiający wskazał w §7 ust. 2 wzoru Umowy, iż chodzi o badania i sprawdzenia, które będą niezbędne dla ustalenia wystąpienia wad i ich przyczyn, a więc potrzebne dla rozwiania ewent. wątpliwości w tym zakresie.

18. Wzór Umowy § 10 ust. 15

Oferent prosi o wyjaśnienie sytuacji w przypadku, gdy bezpośrednia płatność dokonana przez Zamawiającego odbędzie się na wniosek Wykonawcy poprzez potrącenie z należnego mu wynagrodzenia,

Oferent prosi o ujęcie takiej kwestii w zastrzeżeniu przypadku, który nie podlega naliczeniu kar umownych.

Odpowiedź:

Zapis §10 wzoru Umowy w sposób przejrzysty reguluje zasady płatności, w tym wobec podwykonawców. Zapisy dotyczące podwykonawstwa zawarte we wzorze Umowy są oparte na wytycznych/wzorcach sugerowanych przez UZP.

19. Wiedza i doświadczenie.

Zamawiający w SIWZ pkt. II wymaga od Wykonawcy posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną kompletną instalację podobnych systemów na lotniskach kategorii minimum drugiej (CAT II) lub wyższej, Wykazana przez Wykonawcę instalacja winna odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj. powinno również obejmować dostawę urządzeń systemu do pomiarów meteorologicznych, ich montaż, wykonanie robót budowlanych związanych z infrastrukturą techniczną systemu oraz uruchomienie systemu, przy czym wartość wykonania wykazanej w Wykazie kompletnej instalacji powinna wynosić co najmniej 1,5 miliona złotych netto”,

Z uwagi na fakt, że w Polsce tylko Port Lotniczy Warszawa Okęcie jest lotniskiem posiadającym kategorię II (CAT II) i tylko jedna firma wykonywała tam Instalacje systemu do pomiarów

meteorologicznych, uważamy, że w istotny sposób zawęża to konkurencyjność i powoduje brak możliwości złożenia konkurencyjnej oferty przez podmioty mające doświadczenie w dostawie i instalacji systemów MET?® na innych lotniskach cywilnych.

Czy zatem Zamawiający dopuszcza zamiennie dodanie zapisu w pkt. II SIWZ o treści: „Wykonawca zobowiązany Jest wykazać, iż w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej trzy kompletne Instalacje podobnych systemów, na lotniskach kategorii minimum pierwszej (CAT I) lub wyższej. Wykazana przez Wykonawcę instalacja winna odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj, powinna również obejmować dostawę urządzeń systemu do pomiarów meteorologicznych, ich montaż, wykonanie robót budowlanych związanych z infrastrukturą techniczną systemu oraz uruchomienie systemu, przy czym wartość robót wykazanych w Wykazie kompletnych instalacji Powinna wynosić co najmniej 1.5 miliona złotych netto dla każdej z nich”.

Odpowiedź:

Powyższy zapis należy rozumieć w ten sposób, że Wykonawca w wymienionym okresie wykonał przynajmniej jedną kompletną instalację systemu AWOS, który spełnia wymogi dla przynajmniej drugiej kategorii operacyjnej (CAT II). Oznacza to, że system zainstalowany przez Wykonawcę składał się z następujących czujników i urządzeń (wymaganie minimalne):

- Ceilometr na kierunku wyposażonym w ILS,
- Miernika kierunku i prędkości wiatru na maszcie na wysokości 10m, zlokalizowanym na wysokości strefy TDZ oprzyrządowanego progu drogi startowej (tzn. progu wyposażonym w ILS);
- Dwóch widzialnościomierzy RVR, jednego w punkcie oddalonym od progu oprzyrządowanego o około 300m i do 120m od osi drogi startowej, drugiego na wysokości środka drogi startowej i w odległości do 120m od jej osi;
- Czujnika pogody bieżącej;
- Czujnika temperatury powietrza i wilgotności względnej;
- Czujnika ciśnienia atmosferycznego;
- Serwera systemu.

Wszystkie wymienione czujniki muszą być połączone system łączności zapewniającym przesyłanie mierzonych danych do serwera systemu. Serwer zapewnia przetwarzanie, archiwizowanie i prezentowanie informacji meteorologicznych przynajmniej na 4 oddzielnych terminalach.

20. Dokumentacja projektowa.

W dokumentacji projektowej w opisie w punkcie 2.1 w zakresie masztów jest napisane, iż „Wszelkie dodatkowe elementy: łączniki, blachy podstawy, kotwy fundamentowe należy wykonać ze stali nierdzewnej”. Elementy ze stali nierdzewnej stosuje się wszędzie tam, gdzie występuje zwiększona agresywność środowiska np. kominy i obiekty przemysłowe (kwaśne deszcze, zasiarzone spaliny). W każdym innym przypadku stosuje się powszechnie elementy ze stali cynkowanej ogniowo. Dodatkowo przy zastosowaniu masztu stalowego cynkowanego ogniowo na złączach łamliwych jak wskazano w dokumentacji projektowej dojdzie do korozji bimetalicznej na styku elementów ze stali nierdzewnej z

elementami ze stali cynkowanej ogniowo. W tym przypadku cały maszt stalowy na złączach łamliwych wskazany w dokumentacji projektowej musi być wykonany ze stali nierdzewnej. Prosimy o potwierdzenie technologii wykonania konstrukcji masztów i łączników.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza zastosowanie alternatywnego rozwiązania konstrukcji masztu przy zachowaniu następujących wymagań:

- wysokość 10m,
- instalacja odgromowa,
- materiał nieferromagnetyczny niewchodzący w interakcje z systemem ILS,
- konstrukcja łamliwa spełniająca wymagania Załącznika 14 ICAO w tym zakresie,
- możliwość składania, dla serwisu zamontowanych urządzeń pomiarowych bez konieczności wykonywania prac na wysokości,
- zabezpieczenie masztu w sposób uniemożliwiający uszkodzenie zamontowanych na nim urządzeń podczas jego składania (np. uderzenie o podłoże itp.)
- pomalowany w naprzemienne białe i czerwone pasy zgodnie z zaleceniami zawartymi w rozdziale 6 załącznika 14 ICAO.
- wyposażony w światła przeszkodowe typu LED, zgodnie z zaleceniami zawartymi w rozdziale 6 Załącznika 14 ICAO,
- Farba użyta do malowania odporna na promieniowanie UV oraz warunki atmosferyczne.

21. Treść SIWZ

Prosimy o potwierdzenie, iż po stronie Wykonawcy jest przygotowanie niezbędnej dokumentacji rejestracyjnej systemu osłony meteo do RLUN uwzględniającej operaty geodezyjne z dokładną lokalizacją barometrów i cejlometrów (współrzędne, wysokości zamontowania czujników) zgodnie i aktualnymi wymogami Urzędu Lotnictwa Cywilnego 22, Treść SIWZ

Prosimy o potwierdzenie, iż rejestracja systemu osłony meteo w RIUN prowadzonym przez ULC jest po stronie Wykonawcy oraz, że wszelkie opłaty związane z rejestracją w RLUN jakie należy opłacić w ULC leżą również po stronie Wykonawcy.

Odpowiedź:

Przygotowanie dokumentacji do rejestracji i rejestracja systemu leży po stronie Wykonawcy. Zamawiający jako instytucja zatwierdza dokumenty przed przesłaniem do ULC. Wszelkie opłaty związane z rejestracją w RLUN jakie należy opłacić w ULC leżą również po stronie Wykonawcy.

23. Treść SIWZ

Prosimy o jednoznaczne określenie ilości osób, które ze strony Zamawiającego będą uczestniczyły w trzydniowych testach fabrycznych FAT.

Odpowiedź:

Testy FAT 5 osób, wszystkie koszty pokrywa Wykonawca.

24. Treść SIWZ

Prosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający dysponuje prawomocnym pozwoleniem na budowę.

Odpowiedź:

Zamawiający oświadcza, iż jest obecnie w trakcie procedury uzyskiwania właściwych decyzji administracyjnych koniecznych dla przeprowadzenia przedmiotowej realizacji. Przekaze w momencie przekazania placu budowy.

25. Treść SIWZ

Prosimy o wskazanie, ile egzemplarzy instrukcji użytkowania , obsługi i eksploatacji które wykonawca musi dostarczyć Zamawiającemu ?

Odpowiedź:

5 egzemplarzy.

26. Dokumentacja projektowa

Prosimy o podanie klasy obciążalności projektowanych studni kablowych - brak takowych w przekazanej dokumentacji projektowej.

Odpowiedź:

F-900.

27. Dokumentacja projektowa

Prosimy o informację, czy przełącznice światłowodowe w budynkach TWR, nr 13, TWR MIL koszarowym są przedmiotem niniejszego postępowania?

Odpowiedź:

Przełącznice światłowodowe są w zakresie projektu.

28. Dokumentacja projektowa

Jeżeli przełącznice światłowodowe w budynkach TWR, nr 13, TWR MIL koszarowym są przedmiotem postępowania prosimy o podanie ich parametrów oraz sposobu montażu.

Odpowiedź:

Przełącznice światłowodowe w budynkach:

Terminal/TWR – przełącznica światłowodowa z adapterami 19", 48 SC/APC simplex – 1 szt.

Bud. Nr 13 - przełącznica światłowodowa z adapterami 19", 48 SC/APC simplex – 2 szt.

St8A - przełącznica światłowodowa z adapterami 19", 48 SC/APC simplex – 3 szt.

TWR/MIL - przełącznica światłowodowa z adapterami 19", 48 SC/APC simplex – 1 szt.

29. Dokumentacja projektowa

Prosimy o Informację, czy w budynkach w których mają być zlokalizowane terminale użytkowników systemu AWOS są wykonane instalacje teletechniczne umożliwiające połączenie terminali użytkownika systemu AWOS z przełącznicami światłowodowymi.

Odpowiedź:

W budynkach w których zlokalizowano terminale użytkowników systemu należy wykonać instalacje teletechniczne polegające na podłączeniu stanowisk do przełącznic światłowodowych.

