

Egz. pojedynczy

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:

*„Dzierżawa łączny telekomunikacyjnych dla potrzeb jednostek organizacyjnych Policji
w garnizonie śląskim.”*

Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach informuje, że do niniejszego postępowania wpłynęły zapytania i w oparciu o przepis art. 38 ust. 2 ustawy udziela się następujących wyjaśnień:

Pytanie 1: Zgodnie z § 2 ust. 11 wzoru umowy, za termin zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy uważa się dzień obciążenia rachunku Zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, że postanowienie to w obecnym brzmieniu jest niezgodne z powszechną zasadą oraz linią orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. uchwała SN z dn. 04 stycznia 1995r. Sygn. CZP 164/94), w myśl których za dzień spełnienia świadczenia pieniężnego w postaci bezgotówkowej uważa się dzień uznania rachunku bankowego wierzyciela (tu Wykonawcy), a nie dzień obciążenia rachunku bankowego dłużnika (tu Zamawiającego). Czy w związku z powyższym Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę powyższego zapisu i uzna dniem zapłaty dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę projektu umowy w ww. zakresie. Zgodnie z art 353¹ Kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą w sposób odmienny ustalić w umowie z jaką chwilą nastąpi spełnienie świadczenia bezgotówkowego.

Pytanie 2: Zamawiający w § 2 ust. 13 wzoru umowy wymaga zgody na potrącenie kar umownych z należnego Wykonawcy wynagrodzenia. Wykonawca zwraca uwagę, iż kary umowne winny być dochodzone po uprzednio przeprowadzonym procesie reklamacyjnym. Natomiast nieprawidłowości dotyczące płatności zawsze są regulowane fakturami korygującymi lub też notami księgowymi po rozpatrzeniu złożonej reklamacji. Zatem czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę umowy poprzez dodanie zapisu o tym, że kary umowne będą naliczane po zakończeniu procedury reklamacyjnej, poprzez wystawienie not księgowych lub faktur korygujących, przy czym postępowania reklamacyjne wynikłe w toku realizacji umowy będą prowadzone na zasadach i warunkach określonych w Rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie reklamacji usług telekomunikacyjnych z dnia 24 lutego 2014r. (Dz. U. Z 2014r. Poz. 284)?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy w tym zakresie. Zgodnie z zapisami projektu umowy w § 2 ust. 13 Zamawiający zastrzega sobie możliwość potrącenia naliczonych kar umownych z faktury wystawionej przez Wykonawcę. Zapis ten nie oznacza, że każdorazowo po naliczeniu kary umownej Zamawiający potrąci jej wysokość z faktury wystawionej przez Wykonawcę, a jedynie umożliwia Zamawiającemu wykonanie takiej czynności w przypadkach szczególnych.

Pytanie 3: Zamawiający w § 10 ust. 2 wzoru umowy, SIWZ oraz OPZ przewidział obciążenie Wykonawcy karą umowną za „opóźnienie” w oddaniu przedmiotu umowy, za 1 dobę opóźnienia. Wykonawca zwraca się z prośbą o zastąpienie wyrażenia „opóźnienie” wyrazem „zwłoka”. Opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, natomiast „zwłoka” to kwalifikowane opóźnienie, którego dopuszcza się, tylko ten podmiot, który nie wykonał umowy w terminie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, czyli od niego zależnych. Zatem uzasadnieniem dla takiej zmiany jest potrzeba wykluczenia interpretacji, iż Wykonawca będzie obciążony sankcjami w postaci kar umownych czy też odstąpienia od umowy nawet w sytuacji, gdyby wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpił wskutek okoliczności niezależnych od Wykonawcy (np. bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich). Trzeba mieć tu bowiem na uwadze w szczególności wyrok SN z dnia 20 marca 1968r. (sygn. Akt II CR 419/67) jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 KC), kary umownej nie nalicza się.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów w tym zakresie. Zgodnie z zapisami § 1 ust. 3 projektu umowy, Wykonawca ponosi także odpowiedzialność za wszelkie szkody zawinione i nie zawinione powstałe w związku z powierzeniem części prac podwykonawcom. Zamawiający nie będzie naliczał kar umownych jedynie za przerwy/szkody powstałe w wyniku działania siły wyższej.

Pytanie 4: Zamawiający w § 10 ust. 3 wzoru umowy zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych. Jednocześnie w § 10 ust. 5 wzoru umowy wyłącza odpowiedzialność umowy z tytułu utraconych korzyści. Czy wobec powyższego Zamawiający uzupełni zapis paragrafu 10 ust. 3 poprzez dodanie zdania: „ (...) do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy.

Pytanie 5: Zamawiający w § 10 ust. 4 wzoru umowy zastrzega możliwość odstąpienia od umowy w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę warunków umowy, działania na szkodę Zamawiającego lub w sposób naruszający interesy Zamawiającego. Wykonawca wnosi o dopuszczenie wprowadzenia w zapisach umowy terminu, w jakim Wykonawca będzie mógł się ustosunkować do zarzutów i odpowiedzieć na nie dokonaniem niezbędnych czynności czy też potwierdzeniem niewłaściwego czy też nieterminowego ich wykonania. Prosimy o dopisanie w paragrafie 10 ust. 4 zdania: „Odstąpienie od umowy może nastąpić po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu (nie krótszego niż 7 dni) wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego w pisemnym wezwaniu lub należytego wykonania umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy.

Pytanie 6: SIWZ oraz projekt umowy nie zawiera zapisu, zgodnie z którym do oferty lub umowy powinien zostać dołączony regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych objętych umową. Czy w związku z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Prawo Telekomunikacyjne, Zamawiający dopuszcza, by do świadczenia usług objętych zamówieniem stosowano postanowienia doręczonego Zamawiającemu wraz z ofertą regulaminu usług wydanego na podstawie art. 59 ustawy z dnia 16 lipca 2014r. Prawo Telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800 ze zmianami) jednakże jedynie w zakresie nie uregulowanym odmiennie w Ustawie Prawo Zamówień publicznych, umowie, SIWZ lub ofercie? Wymaga to także dodanie do treści umowy sformułowania: „W kwestiach nieuregulowanych umową, zastosowanie mają postanowienia Regulaminu Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych Wykonawcy.”

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na załączenie do umowy Regulaminu Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych obowiązujących u Wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa. Załączenie Regulaminu Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych do oferty Wykonawcy zostanie potraktowane przez Zamawiającego jako oferta handlowa w rozumieniu Kodeksu cywilnego i nie będzie podlegała badaniu i ocenie w rozumieniu Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Załączenie Regulaminu Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych do oferty Wykonawcy zostanie potraktowane przez Zamawiającego jako zaproponowanie Zamawiającemu odmiennego sposobu świadczenia usługi, niezgodnego z SIWZ. Oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Pytanie 7: Załącznik nr 2 do SIWZ par. 2 ust. 13

Wykonawca wnosi o modyfikację treści par. 9 ust. 4 umowy, poprzez przyjęcie, że zapłata kar umownych nastąpi w ciągu 30 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej. Utrzymanie nastąpi w ciągu 30 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej. Utrzymanie postanowień umownych umożliwiających potrącenie kar z wynagrodzenia Wykonawcy nie daje bowiem możliwości weryfikacji zasadności i poprawności naliczenia tych kar. Dodatkowo prosimy o takie doprecyzowanie zapisów umowy, z których jednoznacznie wynikać będzie, że Zamawiający naliczy kary umowne jeśli w terminie 30 dni od daty zdarzeń Wykonawca nie wykaże, iż nie ponosi winy za wystąpienie zdarzenia na podstawie którego zobowiązany jest do zapłaty kary umownej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego (sygn.. Akt II CR 419/67): „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 KC), kary umownej nie nalicza się.” Stąd naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie powinno być poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Odpowiedź: Zamawiający udzielił odpowiedzi w pytaniu 3.

Pytanie 8: Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy w zakresie nieuregulowanym umową, zastosowanie będzie miał regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych obowiązujący u Wykonawcy?

Odpowiedź: Zamawiający udzielił odpowiedzi w pytaniu 6.

Pytanie 9: W związku z treścią § 9 projektu Umowy, w celu uniknięcia wątpliwości, Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że istotną okolicznością powodującą, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, nie jest okoliczność, w której w okresie obowiązywania umowy, Zamawiający uzyska możliwość nabycia tożsamej usługi w danej lokalizacji od innego podmiotu niż wykonawca (bez względu na tytuł prawny w oparciu, o który świadczona miałyby być usługa przez tenże podmiot, czy też jej warunki finansowe).

Odpowiedź: Zgodnie z par. 9 ust. 1 projektu umowy *Rezygnacja z części pojedynczych łączów, o której mowa w ust. 1 nie stanowi wypowiedzenia całości umowy i ma formę pisemną pod rygorem nieważności. Likwidacja łączów możliwa będzie w przypadku zmiany lokalizacji jednostki lub jej likwidacji.*

Pytanie 10: Par. 2 ust. 11 Załącznika nr 2 do SIWZ – Wykonawca wnosi aby za dzień zapłaty został uznany dzień wpływu należności na konto Wykonawcy? Za spełnienie świadczenia pieniężnego uważa się postawienie środków pieniężnych do dyspozycji wierzyciela. W przypadku płatności bezgotówkowej datą spełnienia świadczenia jest dzień, w którym świadczenie zasililo rachunek bankowy wierzyciela.

Odpowiedź: Zamawiający udzielił odpowiedzi w pytaniu 1.

Pytanie 11: Par. 2 ust. 13 Załącznika nr 2 do SIWZ – Wykonawca wnosi aby zapłata kar umownych nastąpiła w ciągu 14 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej – potrącenie kar z wynagrodzenia Wykonawcy nie daje możliwości weryfikacji zasadności i poprawności naliczenia tych kar. Ponadto wskazać należy, że kara umowna powinna przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego (sygn. Akt II CR 419/67): „(...)jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się. Stąd naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie powinno być poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Odpowiedź: Zamawiający udzielił odpowiedzi w pytaniu 3 i 7.

Pytanie 12: Par. 10 ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ – Wykonawca wnosi o zastąpienia słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”. Opóźnienia są następstwem okoliczności za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności i na które to wykonawca nie ma wpływu.

Odpowiedź: Zamawiający udzielił odpowiedzi w pytaniu 3 i 7.

Pytanie 13: Czy Zamawiający jest zarejestrowany jako podatnik VAT czynny?

Odpowiedź: Zamawiający jest zarejestrowany jako podatnik VAT czynny.

Pytanie 14: Czy Zamawiający zamierza zmienić swój status dla celów podatku od towarów i usług – zarejestrować się jako podatnik VAT czynny albo wyrejestrować się z rejestru podatników VAT czynnych? Jeśli tak, kiedy planowana jest taka zmiana statusu?

Odpowiedź: Zamawiający nie zamierza zmieniać swojego statusu w zakresie podatku VAT.

Pytanie 15: Zgodnie z § 5 ust. 1) Projektu Umowy, za przerwy w pracy przedmiotowych łączów lub zakłócenia uniemożliwiająca poprawną pracę urządzeń Zamawiającego, Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1/30 miesięcznej opłaty za każdą rozpoczętą dobę przerwy lub zaniżenia parametrów łączów, którego dotyczy usterka. Zgodnie z § 5 ust. 2) Projektu Umowy w przypadku wystąpienia zdarzeń, o których mowa w ust. 1, wydzierżawiający stosuje bonifikatę tj. pomniejszy opłatę miesięczną o 1/30 jej wysokości za każdą rozpoczętą dobę trwania uszkodzenia. Powyższe oznacza, że w razie jakiegokolwiek przerwy w pracy łączów, niezależnie od przyczyn, Zamawiający rozpocznie naliczanie kar już od chwili powstania stanu zakłóceń (awarii), nawet jeszcze przed powiadomieniem Wykonawcy o w/w zdarzeniu.

Jak Zamawiającemu dobrze wiadomo, awarie i usterki łączy są zjawiskiem występującym najczęściej niezależnie od woli i wiedzy dostawcy i odbiorcy usług. Zdarzenia takie mogą bowiem być wynikiem np. dewastacji czy kradzieży infrastruktury telekomunikacyjnej, jak również efektem działania siły wyższej. Niewykluczone jest także mniej lub bardziej świadome działanie stron. Tym samym, Wykonawca nie ma fizycznych możliwości zapewnienia, że łączy będą sprawne przez cały czas, jako że nie ma i fizycznie nie może mieć wpływu na czynniki zewnętrzne czy osoby trzecie, których działanie może doprowadzić do awarii łączy.

Niezależnie od powyższego, podkreślić należy, że równie niemożliwe jest natychmiastowe usunięcie ew. awarii czy usterki przez Wykonawcę; nawet gdyby rozlokował on bowiem służby serwisowe wzdłuż trasy łączy, to podjęcie jakiegokolwiek naprawy wymaga odpowiedniego czasu – zależnego od charakteru zdarzenia. Tym samym, Umowa nie przewiduje sytuacji, w której Wykonawca zdąży usunąć awarię w zadanym czasie, tylko od razu nakłada na niego obowiązek zapłaty kary umownej za sam fakt wystąpienia zdarzenia (awarii łączy), nie zaś za niedopełnienie swojego zobowiązania umownego.

W dalszej kolejności wskazujemy, że stosownie do art. 471 KC, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Jak wskazano powyżej, zgodnie z Projektem Umowy, Wykonawca ma odpowiadać za zdarzenia poza jego kontrolą, co w nieuzasadniony sposób rozszerza odpowiedzialność Wykonawcy.

Jednocześnie, zgodnie z art. 355 §1 KC, dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Zgodnie z § 2, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Przytoczone przepisy umowy w praktyce oznaczają, że Wykonawca będzie karany za zdarzenia, którym nie będzie w stanie zapobiec nawet przy dołożeniu najwyższej staranności, co czyni omawiane przepisy ubezpieczeniem usługi, nie zaś gwarancją jakości. Kara będzie bowiem naliczana w razie wystąpienia danego zdarzenia, niezależnego od Wykonawcy i jego starań. Wykonawca, jako przedsiębiorca telekomunikacyjny nie prowadzi i nie może prowadzić działalności ubezpieczeniowej. Zamawiający żąda zatem przyjęcia na siebie przez Wykonawcę zobowiązań, do których nie tylko nie jest zobowiązany na mocy powszechnie obowiązującego prawa, ale też spoza jego podstawowego zakresu działalności. Podkreślenia wymaga także rażąco wygórowana kwota, którą Zamawiający zastrzega tytułem kar umownych w Projekcie Umowy. Sam fakt wystąpienia awarii oznacza bowiem, że naliczona zostanie kara w wysokości 1/30 miesięcznej opłaty, co oznacza naliczenie kary umownej w wysokości równej opłacie za jeden dzień, nawet, jeśli awaria trwała poniżej kwadransa. Zgodnie z art. 484 § 2 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Tym samym, naliczanie kary umownej w sposób wskazany w Projekcie Umowy jest nieuzasadnione, a niezależnie od powyższego – wysokość kary jest rażąco zawyżona.

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o dokonanie zmiany w § 5 ust. 1) Projektu Umowy poprzez:

1. Wskazanie, że kara umowna naliczana będzie dopiero po upływie 8 godzin od zgłoszenia danej awarii.
2. Wskazanie, że wysokość kary będzie wynosiła 1/720 za każdą godzinę trwania awarii.

Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę, że przepisy § 5 ust. 1) i 2) Projektu Umowy są wzajemnie sprzeczne. W przypadku naliczania bowiem kary umownej, opłata należna za dany miesiąc co do zasady pozostaje niezmienna, zaś kara stanowi osobne zobowiązanie. W przypadku natomiast bonifikaty, kwota miesięczna ulega zmniejszeniu, co ma wpływ na zobowiązania podatkowe obu stron. Tym samym, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o jednoznaczne wskazanie metody rozliczania roszczeń z tytułu niedotrzymania warunków usuwania awarii.

Odpowiedź: Zamawiający zmodyfikuje zapisy projektu umowy w § 5 ust. 1 poprzez dodanie zdania: „Zamawiający rozpocznie naliczanie kar umownych po upływie czasu zadeklarowanego przez Wykonawcę w formularzu ofertowym przewidzianego na usunięcia uszkodzenia”.

Załącznik:

- zmodyfikowany projekt umowy

ZMIANY ZAZNACZONO KURSIVĄ I WYTLUSZCZONO

Wyk. BWSz

- zamieszczono na stronie internetowej
i w miejscu powszechnie obowiązującym