



Dotyczy: przetargu nieograniczonego CIS-1/2013

W dniu 15.02.2013 r. do Zamawiającego wpłynęły następujące pytania:

Pytanie 17

Zamawiający w Rozdziale 1 pkt 3 ppkt 6 wymaga zapewnienia dostępu online do bilingu poprzez szyfrowane połączenie. Czy zamawiający zgodzi się na zastąpienie wymogu przez dołączenie do Cali Center Zamawiającego systemu bilingowego bezpośrednio w jego lokalizacji. W przypadku wyrażenia zgody, prosimy o podanie nazwy producenta systemu Cali Center, wersji oprogramowania oraz ilości użytkowników/abonentów wewnętrznych, którzy mają być obsługiwani przez system bilingowy.

Odpowiedź 17

Zamawiający nie wyraża zgody na integrację z systemem Call Center systemu billingowego Wykonawcy.

Pytanie 18

Zamawiający w Rozdziale 1 pkt 3 ppkt 1 wymaga konfiguracji urządzeń Dialogic DMG2060DTISQ. Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający udostępni wymienione urządzenia celem ich konfiguracji przez Wykonawcę.

Odpowiedź 18

Tak, Zamawiający udostępni wymienione urządzenia celem ich konfiguracji.

Pytanie 19

We wzorze umowy w § 9 ust. 1 zastrzeżono, że w przypadku opóźnienia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi lub jej nienależytego wykonywania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% maksymalnej wartości brutto przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia lub nienależytego wykonywania, łącznie nie więcej niż 10%,

Powyższe postanowienie oznacza, że istnieje możliwość naliczenia kary umownej w wysokości 10 % wartości kontraktu już po upływie 5 dni opóźnienia w uruchomieniu usługi lub nienależytego wykonywania usługi. Co istotne, możliwość naliczania kary umownej

istnieje w sytuacji jakichkolwiek naruszeń postanowień umowy, nawet najbardziej błahych i niemających wpływu na możliwość korzystania z usługi przez Zamawiającego, a także jakość tej usługi,

Powyżej określoną karę należy uznać w każdym wypadku za rażąco wygórowaną. Nie ulega wątpliwości, że kara umowna przewidziana w art. 483 Kodeksu cywilnego, stanowi surogat odszkodowania wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w art. 471 Kc. Tym samym uzasadnione jest utrzymanie związku pomiędzy wysokością szkody jaką poniesie Zamawiający, a wysokością kary umownej. Związek taki nie został zachowany w przypadku kar opisanych powyżej. Na konieczność przestrzegania tej zasady zwracano wielokrotnie uwagę w orzecznictwie sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN50/01 Sąd Najwyższy stwierdził, że „*kryterium, według którego należy oceniać, czy kara jest rażąco wygórowana jest wysokość odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych*”. Z kolei w wyroku z dnia 17 marca 1988 r., sygn. akt IV CR 58/88, Sąd Najwyższy potwierdził, że „*kara umowna -jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu do dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna - tracąc charakter surogatu odszkodowania (483 § 1 k.c.)-prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela*”, (por. także wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt KIO 2130/11, KIO 2131, KIO 2111/11).

Tak zdefiniowane kary umowne tracą przymiot surogatu odszkodowania oraz funkcję dyscyplinującą, a stają się źródłem nienależnego wzbogacenia Zamawiającego.

Trzeba nadto podkreślić, że kary umowne, o których mowa powyżej naruszają zasadę równości wyrażaną w art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający, jako strona stosunku cywilnoprawnego (jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w wyniku postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy) nie może stawiać się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych uczestników postępowania, co w sposób oczywisty stanowi naruszenie tej równości (tak G. Włcik, P. Wiśniewski w "Prawo zamówień publicznych Komentarz", CK Beck, Warszawa 2007). Podobny wniosek płynie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w myśl, którego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Tak więc granica swobody umowy zakreślona jest również poprzez zasady współżycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.

Ponadto, posługując się pojęciem „opóźnienie” uniezależniono możliwość naliczenia kary umownej od zawinienia wykonawcy, lecz zastrzeżono taką możliwość w przypadku gdy według ogólnych, kodeksowych zasad, wykonawca takiej odpowiedzialności nie ponosiłby, zbliżając tym samym zasady odpowiedzialności do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

Zasadna jest również wskazanie na niejednoznaczność w opisie tych kar. W § 9 wzoru umowy zastrzeżono możliwość naliczania kar umownych za wszelkie przypadki nienależytego wykonywania umowy, co oznaczałoby, że możliwość ta odnosi się także do sytuacji opisanych w § 5. W paragrafie tym opisano procedurę usuwania awarii, wprowadzając jednocześnie specyficzną, dodatkową sankcję za przekroczenia czasu usunięcia awarii ponad „czas przywrócenia” o którym mowa w § 5 ust. 1, w postaci dodatkowych bezpłatnych minut. Sytuacja taka oznaczałaby możliwość podwójnego karania za to samo naruszenie postanowień umowy polegające na niedostępności usługi.

Mając na względzie powyższe uwagi, zasadne jest pytanie czy Zamawiający zmodyfikuje siwz poprzez:

- 1) wprowadzenie zasady odpowiedzialności na zasadzie winy, a zatem zastrzeżenie kar umownych za zwłokę, a nie opóźnienie w uruchomieniu usługi;
- 2) zróżnicowanie wysokości kar umownych w zależności od wagi naruszenia obowiązków umownych, przy czym wysokość kary umownej za każdy dzień nienależytego wykonania umowy nie powinna przekraczać 0,5% wartości umowy,
- 3) zastrzeżenie, że naliczenie kary umownej może nastąpić po uprzednim, bezskutecznym wezwaniu do zaniechania tych naruszeń.

Odpowiedź 19

§ 9 wzoru umowy ODSZKODOWANIE – KARY UMOWNE

- otrzymuje brzmienie:

1. *Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia następujących kar umownych:*
 - 1) *w przypadku niedotrzymania terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% maksymalnej wartości brutto przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki, łącznie nie więcej niż 10%.*
 - 2) *w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% maksymalnej wartości brutto przedmiotu umowy za każdy dzień przerwy w świadczeniu usługi, łącznie nie więcej niż 10%.*
2. *Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie ust. 1 nie przekroczy 20% maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 umowy.*
3. *Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do wykonywania umowy zgodnie z jej postanowieniami w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi oraz przerwy w świadczeniu usługi.*
4. *Jeżeli kara umowna nie pokrywa poniesionej szkody, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego w wysokości przewyższającej karę umowną.*

Pytanie 20

Wykonawca zwraca z pytaniem czy Zamawiający wyraża zgodę na umieszczenie w § 9 Umowy o zapisu, zgodnie z którym „*Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie § 9 ust. 1 Umowy nie przekroczy 10% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 Umowy*”?

Wykonawca zwraca się, na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 10% kwoty wartości umowy, o rozważenie innej wartości procentowej, gdyż wskazanie maksymalnej wysokości kar umownych umożliwi oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w treści oferty.

Odpowiedź 20

Odpowiedź zawarta w odpowiedzi na pytanie nr 19.

Pytanie 21

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił termin uruchomienia usługi datą dzienną tj. 27 marca 2013 r. Taki sposób określenia terminu powoduje, że wykonawca nie wie ile czasu ma na czynności przygotowawcze niezbędne do uruchomienia świadczenia usługi, z tego względu, że nie jest znana data zawarcia umowy. W przypadku gdy do podpisania umowy dojdzie np. w połowie marca 2013 r., co jest prawdopodobne w przypadku korzystania ze środków ochrony prawnej, wykonawca nie będzie w stanie uruchomić usługi we wskazanym terminie, za co naliczona będzie wysoka kara umowna.

Mając na względzie powyższe wnosimy o nakazanie Zamawiającemu określenie terminu uruchomienia usługi, poprzez wskazanie, że uruchomienie usługi nastąpi w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem, że usługi będą świadczone nie wcześniej niż od 2 kwietnia 2013 r.

Odpowiedź 21

Na obecnym etapie postępowania zapisy wzoru umowy pozostają bez zmian.

Pytanie 22

Zwracamy się o potwierdzenie, że w przypadku wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umów poświęcona Wykonawcy, będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 KSH.

Odpowiedź 22

Tak, Zamawiający potwierdza, że część komparacyjna umowy dot. Wykonawcy, który prowadzi działalność w formie spółki akcyjnej, będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 KSH.

Pytanie 23

Odnosnie w § 4 ust. 1 Umowy, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z pytaniem, czy Zamawiający dopuszcza, by płatności abonamentowe były realizowane z góry w każdym miesiącu?

Przyczyną złożenia powyższego zapytania jest okoliczność, że w sytuacji w której wysokość opłaty abonamentowej jest znana z góry, systemy stosowane przez operatorów telekomunikacyjnych są przystosowane do wystawiania faktur z góry. Wyłączenie obsługi przedmiotowej Umowy z ogólnie stosowanego systemu rozliczeniowego może generować po stronie Wykonawcy wysokie koszty i utrudniać obsługę Umowy. Ponadto, za przyjęciem systemu rozliczania postulowanego przez Wykonawcę przemawiają również względy prawne. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Przepisy te w przypadku umów wzajemnych przewidują obowiązek jednoczesnego spełniania świadczeń. Skoro zatem Zamawiający ma dostęp do świadczenia Wykonawcy z góry, ponieważ może korzystać z usługi od pierwszego dnia jej świadczenia, to świadczenie wzajemne w postaci zapłaty abonamentu także powinno być realizowane z góry (art. 488 § 1 kc).

Odpowiedź 23

§ 4 ust. 1, 3 i 4 wzoru umowy WARUNKI PŁATNOŚCI

Otrzymują brzmienie:

1. *Oplaty abonamentowe będą dokonywane z góry, za każdy miesiąc świadczenia usługi. Opłata za świadczenie usług będących przedmiotem umowy będzie dokonywana w ratach miesięcznych, płatnych z dołu, po zakończeniu miesiąca. Wysokość opłat obliczana będzie jako iloczyn czasu trwania połączeń (liczby minut) oraz cen jednostkowych za minutę połączenia, określonych w § 2 ust. 3, z zastrzeżeniem ust. 5.*

.....

3. *Regulowanie należności z tytułu wykonywania umowy następować będzie przelewem na konto Wykonawcy wskazane na fakturze w terminie 45 dni od daty wystawienia faktury VAT. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury w terminie 7 dni od daty jej wystawienia.*

4. *Razem z fakturą Wykonawca dostarczy Zamawiającemu informacje o liczbie i czasie trwania połączeń będące postawą do naliczenia opłat wykazanych na fakturze.*

Pytanie 24

Zgodnie z treścią § 4 ust. 3 Umowy „Płatności dokonywane będą przelewem na rachunek Wykonawcy w terminie 14 dni od daty otrzymania faktury przez Zamawiającego„. W przypadku usług telekomunikacyjnych obowiązek podatkowy nie powstaje w dacie wykonania usługi, lecz w dacie upływu terminu płatności (por. art. 19 ust. 13 pkt 1 lit. b ustawy o podatku od towarów i usług VAT). Obecne brzmienie rozważanego tu postanowienia znacząco utrudnia ustalenie, kiedy upływa termin płatności, ponieważ początek biegu terminu płatności będzie przypadać na nieznaną Wykonawcy datę doręczenia faktury do Zamawiającego. Taki sposób ustalania początku biegu terminu płatności za usługi telekomunikacyjne nie odpowiada powszechnie przyjętej praktyce, zgodnie z którą termin płatności jest wskazywany na fakturze VAT.

W związku z powyższym prosimy o odpowiedź, czy Zamawiający dopuszcza zmianę wzoru umowy polegającą na nadaniu § 4 ust. 3 brzmienia; „Regulowanie należności z tytułu wykonywania umowy następować będzie przelewem na konto Wykonawcy wskazane na fakturze w terminie 30 dni od daty wystawienia faktury VAT. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury w terminie 7 dni od daty jej wystawienia”.

Odpowiedź 24

Odpowiedź zawarta w odpowiedzi na pytanie nr 23.

Pytanie 25

Zgodnie z art. 56 Prawa Telekomunikacyjnego wymagane jest, aby umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawierała zapis odnośnie trybu postępowania reklamacyjnego. W związku z powyższym, czy Zamawiający dopuszcza dodanie do wzoru umowy postanowienia w brzmieniu: Postępowanie reklamacyjne będzie prowadzone zgodnie z przepisami rozporządzenia wydanego w oparciu o delegację ustawową zawartą w art. 106 ust. 4 Prawa Telekomunikacyjnego?

Odpowiedź 25

Zamawiający w § 5 dodaje ust. 5 w brzmieniu „*Postępowanie reklamacyjne będzie prowadzone zgodnie z przepisami rozporządzenia wydanego w oparciu o delegację ustawową zawartą w art. 106 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego*”.

Pytanie 26

Czy wzięwszy pod uwagę potrzebę doprecyzowania warunków świadczenia usług zgodnie z wymogami prawa telekomunikacyjnego Zamawiający dopuszcza możliwość dołączenia do umowy regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych, wydanego przez Wykonawcę zgodnie z treścią ustawy Prawo telekomunikacyjne, oczywiście przy założeniu, że taki regulamin wiązałby strony jedynie w zakresie nieuregulowanym i niesprzecznym z Umową.

Odpowiedź 26

Zamawiający w § 12 dodaje ust 6 w brzmieniu „*W sprawach nieuregulowanych w niniejszej umowie zastosowanie znajduje Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych dla Użytkowników, obowiązujący od dnia, stanowiący Załącznik nr do niniejszej umowy – przy czym niniejsza umowa ma pierwszeństwo stosowania przez jakimikolwiek regulaminami Wykonawcy, w tym i zmianami tych regulaminów*”.



mgr inż. J. K.

