

ZZ-2380-150/14

informacja na stronę internetową

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „uPzp”na „**dzierżawę cyfrowych łączy telekomunikacyjnych dla jednostek Policji województwa zachodniopomorskiego**”.

Na podstawie art. 38 ust. 1, 2 i 4 uPzp Zamawiający przekazuje treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego w dniach 04 - 05.11.2014 r. wraz z wyjaśnieniami i zmianami siwz :

Pytanie 1

Pkt 5 OPZ – Zamawiający zastrzega możliwość zmiany przepływności. Wykonawca zwraca się o wyjaśnienie w jakim zakresie Zamawiający zamierza zwiększyć przepływność dzierżawionych łączy – w stosunku do podstawowej przepływności ?

Odpowiedź:

Zamawiający na chwilę obecną nie planuje zmieniać przepływności dzierżawionych łączy. Zamawiający dopuszcza jednak taką możliwość, przypominając jednocześnie, że w powoływanym pkt 5 OPZ istnieje zapis, że: ”...Zasady oraz warunki zmiany przepływności muszą być określone w sporządzonym w formie pisemnej oraz podpisanym obustronnie Aneksie do Umowy”.

Pytanie 2

Pkt 6 OPZ – Zamawiający zastrzega możliwość zmniejszenia ilości łączy dzierżawionych – Wykonawca zwraca się o wyjaśnienie w jakim zakresie Zamawiający zamierza zmniejszyć ilość łączy, oraz jakie są przesłanki takiego zmniejszenia. Informacje te są niezbędne do rzetelnego skalkulowania oferty, a ich nieudzielenie stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odpowiedź:

Zmniejszenie ilości łączy – w tym konkretnym przypadku - likwidacja łączy, może nastąpić wyłącznie w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej (pkt 6 OPZ). Zamawiający na dzień dzisiejszy nie przewiduje likwidacji jednostki organizacyjnej.

Pytanie 3

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:

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

Pytanie 4

Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie zapisu § 2 ust.11 umowy poprzez wskazanie, że świadczenie usługi w przypadku zmiany lokalizacji jest możliwe pod warunkiem istnienia pozytywnych warunków technicznych.

Odpowiedź:

Zamawiający w chwili obecnej nie przewiduje przeniesienia siedziby jednostek wymienionych w zamówieniu. Warunki ewentualnej zmiany miejsca świadczenia usługi określone są w §5 wzoru umowy.

Pytanie 5

Wykonawca zwraca się z pytaniem czy Zamawiający wyraża zgodę na umieszczenie w § 7 Umowy zapisu, zgodnie z którym

1), „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie § 7 ust. 1 pkt. c,d,e,f,g Umowy nie przekroczy 15% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 Umowy”;

2), „Łączna suma kar umownych, bonifikat, odszkodowań naliczonych w danym miesiącu na podstawie § 7 ust. 1 pkt. c,d,e,f,g Umowy nie przekroczy sumy opłat należnych Wykonawcy za świadczenie usług w danym miesiącu”

Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 10% kwoty wartości umowy, Wykonawca zwraca się 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:

Zamawiający nie wyraża zgody na umieszczenie w §7 umowy proponowanych zapisów.

Pytanie 6

Wykonawca zwraca się o uzupełnienie postanowień § 2 Umowy poprzez dodanie nowego ustępu o treści:
„W razie zmiany wysokości obowiązujących stawek VAT dotyczących przedmiotu umowy w okresie obowiązywania niniejszej umowy Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia uwzględniającego nową, aktualną wysokość stawek podatku VAT”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na uzupełnienie postanowień §2 umowy o ustęp o proponowanej treści.

Pytanie 7

W treści § 7 ust. 4 Umowy Zamawiający przewidział dla siebie prawo potrącenia kar umownych z wynagrodzenia (faktury). Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została naliczona prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto, stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli czy to Wykonawcy czy sądu, może ono być uznane za nadużycie prawa skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 k. c. w zw. z art. 139 ust. 1 p. z. p.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy poprzez dodanie do treści § 7 ust. 4 Umowy słów „po uprzednim przeprowadzeniu postępowania reklamacyjnego”?

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmodyfikowanie zapisów umowy poprzez dodanie do treści § 7 ust. 4 Umowy słów „po uprzednim przeprowadzeniu postępowania reklamacyjnego”

Pytanie 8

Zgodnie z § 7 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ w przypadku niedotrzymania terminu zapłaty przez Zamawiającego z przyczyn przez niego **zawinionych**, Zamawiający zapłaci Wykonawcy **ustawowe odsetki**.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę § 7 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„3. W przypadku opóźnienia w terminie zapłaty przez Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy ustawowe odsetki.”

Zgodnie z art. 481 § 1 KC, jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Kwestionowany zapis zmienia ww. zasadę w ten sposób, że nakłada na Zamawiającego obowiązek zapłaty jedynie w przypadku zwłoki tj. opóźnienia z winy dłużnika.

Podkreślenia wymaga, iż odsetki za opóźnienie mają przede wszystkim **charakter stymulujący**, służą wywarceniu na dłużnika presji, by bezwzględnie spełnił świadczenie (tak np. Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny, t. 3, s. 644). Dlatego art. 481 KC wprowadza **odpowiedzialność za sam skutek**. W ocenie Wykonawcy, proponowana przez Zamawiającego treść § 7 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ nadmiernie ogranicza odpowiedzialność za opóźnienie w płatnościach i *de facto* niemalże całkowicie niweczy funkcję stymulującą odsetek narażając Wykonawcę na otrzymanie wynagrodzenia z opóźnieniem, bez jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę §7 ust. 3 wzoru umowy poprzez nadanie mu zaproponowanej treści.

Pytanie 9

Zgodnie z § 7 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ odpowiedzialność którejkolwiek ze

stron z tytułu utraconych korzyści (*lucrum cessans*) jest wyłączona.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o usunięcie z wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ § 7 ust. 6.

Wykonawca pragnie zauważyć, iż z uwagi na charakter prowadzonej przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych działalności gospodarczej utracone korzyści mogą stanowić zasadniczą część poniesionej szkody. Taki przypadek może przykładowo mieć miejsce w sytuacji, gdy dojdzie do wcześniejszego rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W skład utraconych przez Wykonawcę korzyści wchodziłoby wynagrodzenie za okres pozostały do końca obowiązywania umowy. Kwestionowany zapis istotnie narusza równowagę kontraktową stron i pozbawia Wykonawcę możliwości uzyskania pełnej kompensacji szkody, ograniczając odpowiedzialność Zamawiającego jedynie do kary umownej określonej § 7 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ. Powyższe czyni usunięcie kwestionowanego zapisu zasadnym.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie §7 ust. 6 wzoru umowy.

Pytanie 10

Wykonawca wnosi o usunięcie ze wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ § 7 ust. 1 lit. g) oraz § 9 dotyczących obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej oraz kary umownej za naruszenie ww. obowiązku.

Uzasadniając powyższe Wykonawca pragnie zwrócić uwagę na przepisy dotyczące tajemnicy telekomunikacyjnej i ochrony danych użytkowników końcowych zawarte w ustawie z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U.2014.243 j.t. z późn. zm.). Przepisy art. 159 – 174c ww. ustawy kompleksowo i precyzyjnie wyznaczają prawa i obowiązki Wykonawcy związane z tajemnicą telekomunikacyjną oraz ochroną danych osobowych użytkowników końcowych. Co istotne, jakiegokolwiek modyfikacje umowne w tym zakresie nie wywołają skutków prawnych, a mogą jedynie rodzić dodatkowe wątpliwości, co wynika z faktu, iż Wykonawca i tak będzie związany przepisami Prawa telekomunikacyjnego.

Niezasadne jest również umieszczanie w umowie kar umownych za naruszenie przez Wykonawcę obowiązków określonych w § 9. Podobnie jak kwestia tajemnicy telekomunikacyjnej oraz ochrony danych osobowych użytkowników końcowych również i kwestia sankcji za naruszenie ww. obowiązków przez Wykonawcę została unormowana przepisami Prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 209 ust. 1 pkt. 1) i pkt. 2) Prawa telekomunikacyjnego, kto narusza obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, o którym mowa w [art. 159](#) lub nie wypełnia obowiązków uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego, o których mowa w [art. 161](#), [art. 166](#), [art. 169](#) i [art. 172-174](#) podlega karze pieniężnej. Powyższa kara nakładana jest przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w drodze decyzji, w wysokości do **3% przychodu** ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym.

Jak więc wynika z powyższego, niezasadne jest wprowadzanie do umowy zapisów dotyczących ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej i danych osobowych użytkowników końcowych oraz kar umownych za naruszenie obowiązków z tych zapisów wynikających, ponieważ wszystkie te kwestie zostały wyczerpująco uregulowane w ustawie z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne, a Wykonawca – jako Operator – pozostaje nimi konsekwentnie obligowany. W rezultacie wykreślenie kwestionowanych przez Wykonawcę zapisów pozostaje w pełni zasadne.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie ze wzoru umowy §7 ust. 1 lit. g) oraz §9.

Pytanie 11

Wykonawca wnosi o usunięcie ze wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ § 10 dotyczącego postępowania reklamacyjnego.

Uzasadniając powyższe Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, że podobnie jak w pytaniu 4 również i kwestia postępowania reklamacyjnego w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania usługi telekomunikacyjnej została uregulowana w wydanym na podstawie art. 106 ust. 4 ustawy z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne Rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej z dnia 24 lutego 2014 r. ([Dz. U. z 2014 r. poz. 284](#)). W tym stanie rzeczy, zdaniem Wykonawcy niezasadne jest dokonywanie jakiegokolwiek modyfikacji w zakresie warunków, jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej, a co za tym idzie kwestionowany zapis powinien zostać wykreślony.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie ze wzoru umowy §10 dotyczącego postępowania reklamacyjnego.

Pytanie 12

Zgodnie z § 7 ust. 1 lit. f) wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku trzykrotnego naruszenia terminów określonych w umowie, bądź trzykrotnego przekroczenia wymaganych parametrów łączy, określonych w umowie lub przepisach obowiązujących wykonawcę – w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę § 7 ust. 1 lit. f) wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„f) w przypadku trzykrotnego zawinionego naruszenia terminów określonych w umowie, bądź trzykrotnego zawinionego przekroczenia wymaganych parametrów łączy, określonych w umowie lub przepisach obowiązujących wykonawcę – w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1”

W ocenie Wykonawcy zapis zgodnie z którym będzie on zobowiązany do zapłaty kary umownej w każdym przypadku trzykrotnego naruszenia terminów określonych w umowie, bądź trzykrotnego przekroczenia wymaganych parametrów łączy, w wysokości 5% wynagrodzenia brutto powinien zostać uznany za rażąco niekorzystny. Nie można bowiem oczekiwać, że Wykonawca powinien odpowiadać za naruszenie będące wynikiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności jak np. siła wyższa, działanie osób trzecich lub okoliczności leżące po stronie Zamawiającego. W związku z powyższym zasadna będzie zmiana kwestionowanego zapisu poprzez ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy do przyczyn przez niego zawinionych.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zaproponowaną zmianę treści §7 ust. 1 lit. f wzoru umowy.

Pytanie 13

Zgodnie z § 2 ust. 11 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ zamawiający zastrzega sobie w trakcie realizacji umowy możliwość zmiany lokalizacji świadczenia usługi w przypadku przeniesienia siedziby jednostki organizacyjnej Zamawiającego. Zasady oraz warunki przeniesienia usługi muszą być określone w sporządzonym w formie pisemnej Aneksie do Umowy.

Zgodnie z § 2 ust. 12 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ zamawiający zastrzega sobie w trakcie realizacji umowy możliwość zmniejszenia ilości dzierżawionych łączy z 30 dniowym okresem wypowiedzenia w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej Zamawiającego.

Natomiast zgodnie z § 5 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ:

1. Zamawiający może żądać zmiany parametrów usługi w zakresie: zmiany miejsca instalacji oraz przepływności łącza.
2. W przypadku wystąpienia sytuacji o której mowa w ust 1, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu szczegółową kalkulację kosztów związanych ze zmianą miejsca instalacji oraz przepływności łącza. Koszty wprowadzenia zmian pokrywa Zamawiający.
3. W przypadku braku możliwości technicznych realizacji żądania Zamawiającego określonego w ust. 1 Wykonawca w ciągu 7 dni roboczych od dnia otrzymania zamówienia powiadomi pisemnie o tym fakcie Zamawiającego.
4. W przypadku braku możliwości technicznych zmiany parametrów określonych w §5 ust. 1 dla danego łącza, Zamawiający zastrzega sobie możliwość rezygnacji z jego dalszego dzierżawienia z miesięcznym okresem wypowiedzenia.

W związku z powyższym wykonawca wnosi u wyjaśnienie w sposób niebudzący wątpliwości następujących kwestii:

1. Czy określone w § 5 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ uprawnienie do zmiany parametrów usługi w zakresie: zmiany miejsca instalacji oraz przepływności łącza przysługuje Zamawiającemu w każdej sytuacji, czy jedynie w przypadku przeniesienia siedziby jednostki organizacyjnej Zamawiającego zgodnie z § 2 ust. 11 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ?
2. Czy określone w § 5 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ uprawnienie do rezygnacji przez Zamawiającego z dalszej dzierżawy łącza przysługuje Zamawiającemu w każdej sytuacji, czy jedynie w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej Zamawiającego zgodnie z § 2 ust. 12 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ.

W ocenie Wykonawcy zasadne jest doprecyzowanie, czy uprawnienia Zamawiającego określone w § 5 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ mogą zostać wykonane jedynie w przypadkach wskazanych w § 2 ust. 11 i § 2 ust. 12 wzoru umowy stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ.

Nie może być kwestionowane, że bez wyjaśnienia przez Zamawiającego, proponowane zapisy wprowadzają zasadniczą niepewność Wykonawcy co do okresu, w jakim umowa mogłaby być wykonywana, a okoliczność ta wydatnie utrudnia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, która miałaby zostać złożona przez wykonawcę we

wszczętym postępowaniu.

Kolejno godzi się wskazać, że w odniesieniu do umów zawartych na czas określony, również tych polegających na trybach przewidzianych ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, preferowana jest reguła, wedle której ewentualna możliwość rozwiązania tychże umów przed upływem okresu na jaki zostały zawarte jest co do zasady niedopuszczalna, a jeżeli jednak zaistnieje, to powinna być ona **precyzyjnie opisana i ściśle interpretowana**. Taki stan rzeczy literatura zagadnienia tłumaczy zarówno samą istotą umowy zawartej na czas określony, jak również, koniecznością zachowania przynajmniej minimalnej pewności obrotu gospodarczego. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie zawiera odrębnych regulacji we wskazanym zakresie, z wyjątkiem przepisu szczególnego – tj. art. 145 - dotyczącego możliwości odstąpienia przez zamawiającego od umowy, z uwagi na niemożliwą do przewidzenia w chwili jej zawarcia istotną zmianę okoliczności powodującą, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym.

W konsekwencji wobec braku ogólnej regulacji należy na podstawie przepisu art. 139 powołanej ustawy zastosować przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

Kodeks cywilny przewiduje możliwość wypowiedzenia umów bezterminowych o charakterze ciągłym. Jednak przepis ten nie znajdzie zastosowania do umów w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ umowy takie, zgodnie z art. 142 prawa zamówień publicznych zawiera się na czas oznaczony.

W związku z tym wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie możliwe tylko wtedy, jeżeli strony przewidziały taką możliwość w samej umowie i jeśli zaszły okoliczności uzasadniające wypowiedzenie.

W tym miejscu zwracam uwagę, że kwestionowane zapisy budzą wątpliwości, ponieważ nie jest jasne czy uprawnienie do zmiany miejsca instalacji oraz przepływności łącza przysługuje jedynie w przypadku gdy wiąże się to z przeniesieniem siedziby jednostki organizacyjnej Zamawiającego oraz czy możliwość rezygnacji z dalszego dzierżawienia łącza istnieje jedynie w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej Zamawiającego.

Wyjaśnienie powyższych wątpliwości jest konieczne w celu wyeliminowania możliwości dowolnego wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego.

Potwierdzeniem stanowiska wykonawcy pozostaje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1876/09; KIO/UZP 1881/09; KIO/UZP 1883/09) wedle którego:

„W ocenie Izby wobec wskazanego braku (także braku zakazu), na podstawie przepisu art. 139 ustawy Pzp zastosowanie znajdzie kodeksowa zasada swobody umów. Wypowiedzenie zatem umowy o zamówienie publiczne (umowy zawartej na czas określony) będzie możliwe o tyle, o ile możliwość taka została przewidziana we wzorze umowy w sytuacji, gdy zajdą wskazane we wzorze umowy okoliczności uzasadniające wypowiedzenie albo do rozwiązania umowy dojdzie za porozumieniem stron.”

Zważywszy na powyższe okoliczności wydaje się, że klarowne stanowisko Zamawiającego pozostaje nieodzowne dla Wykonawcy zainteresowanego udziałem w procedurze, o której mowa w *petitum* niniejszego pisma.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że określone w § 5 ust. 1 wzoru umowy uprawnienie do zmiany parametrów usługi w zakresie: zmiany miejsca instalacji i przepływności łącza będzie przysługiwać Zamawiającemu w każdej sytuacji. Natomiast określone w § 5 ust. 4 wzoru umowy uprawnienie do rezygnacji z dalszego dzierżawienia danego łącza przysługuje w sytuacji, o której mowa w § 5 ust. 3. W § 2 ust. 12 przewidziano prawo Zamawiającego do rezygnacji z dzierżawienia danego łącza w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej Zamawiającego. Reasumując wzór umowy zastrzega prawo Zamawiającego do rezygnacji z dzierżawienia danego łącza zarówno w sytuacji likwidacji danej jednostki organizacyjnej jak również w razie braku możliwości zmiany jego parametrów wymaganej ze względu na potrzeby Zamawiającego .

Pytanie 14

Zamawiający wskazał, że wymagany termin realizacji zamówienia to 01.01.2015 r. Określenie przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, co do tego kiedy zakończy się postępowanie, a co za tym idzie, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego i ile czasu pozostanie mu na przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usług. Przed rozpoczęciem świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, wykonawca wybrany do wykonania zamówienia musi podjąć szereg czasochłonnych działań o charakterze przygotowawczym. Natomiast, przy obecnym ukształtowaniu postanowień SIWZ i projektu umowy, bez względu na to kiedy zostanie podpisana umowa, będzie zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usług od dnia 1.01.2015r. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy przygotowanie się do świadczenia usług i naraża go na obowiązek zapłaty kar umownych.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo można wskazać na wyrok KIO z dnia 4 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2411/13, KIO 2434/13, w którym jednoznacznie wskazano, iż „w ocenie Izby, ustalony przez Zamawiającego w konkretnej

dacie termin na uruchomi nie usług, bez określenia odpowiedniego okresu, liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usług, narusza art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.” Analogiczne orzeczenie zapadło również w sprawie o sygn. akt KIO 2135/13 oraz KIO 2316/13

W związku z powyższym wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę postanowień SIWZ w zakresie terminu wykonania umowy, w taki sposób, aby wprowadzić dla wykonawców termin na uruchomienie usługi liczony od dnia zawarcia umowy na poziomie nie krótszym niż do 60 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokona modyfikacji treści SIWZ.

Pytanie 15

Przedłożony przez Zamawiającego wzór umowy nie zawiera wszystkich elementów określonych w art. 56 ust. 3 i nast. Prawa telekomunikacyjnego, jakie powinny znaleźć się w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych w przypadku usługi dzierżawy łącza cyfrowych. Na podstawie art. 56 ust. 5 Prawa telekomunikacyjnego część tych elementów może zostać ujęta w regulaminie świadczenia usług telekomunikacyjnych, którym posługuje się każdy z przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Wykonawca wskazuje, że zastosowanie do umowy powinien mieć regulamin stosowany przez każdego z Wykonawców z zastrzeżeniem tym, że regulamin ten ma zastosowanie w kwestiach nieuregulowanych w umowie, a w przypadku sprzeczności pomiędzy postanowieniami umowy i regulaminu, pierwszeństwo w stosowaniu będą miały postanowienia umowy. Za zawieranie przez dostawców umów, które nie zawierają wszystkich elementów określonych w art. 56 ust. 3 i nast. Prawa telekomunikacyjnego, może zostać nałożona na dostawców usług kara pieniężna przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Wykonawca prosi o uwzględnienie tego i nienarażanie Wykonawców na taką karę. Regulaminy świadczenia usług zabezpieczają ponadto interesy abonentów i stanowią dodatkową ochronę dla Zamawiającego, określają wiele dodatkowych obowiązków dostawców usług, jakie wynikają z przepisów prawa, np. w zakresie ochrony danych oraz zabezpieczeń przed dostępem do sieci przez osoby trzecie. Ponadto regulaminy określają sposób składania reklamacji przez abonentów i tryb postępowania reklamacyjnego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284), które treść zamieszczona przez Zamawiającego w umowie nie jest do końca zgodne z obowiązującym od czerwca 2014 r. w/w rozporządzeniem. Wykonawca prosi, aby Zamawiający uwzględnił we wzorze umowy wymóg dołączenia regulaminu do umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na uwzględnienie we wzorze umowy wymogu dołączenia do umowy regulaminu świadczenia usługi obowiązującego u wykonawcy.

Pytanie 16

W § 6 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo odstąpienia od umowy w przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, przy czym w § 6 ust. 2 pkt b) umowy Zamawiający prawidłowo wskazał, że może odstąpić od umowy w przypadku zwłoki w rozpoczęciu świadczenia usług przez Wykonawcę, czyli w przypadku zawinionego przez Wykonawcę opóźnienia w aktywacji usług. Zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa określone w § 6 ust. 2 pkt a) i pkt c) umowy uprawnienie do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego przed upływem okresu, na jaki umowa została zawarta oraz określone w § 6 ust. 3 umowy uprawnienie do rozwiązania umowy przez Zamawiającego (podobnie jak określone w § 7 umowy uprawnienie do naliczania kar umownych z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę), również powinny przysługiwać Zamawiającemu jedynie w sytuacji, gdy Wykonawca ze swojej winy nie wykonuje lub wykonuje nienależycie umowę w wypadkach wskazanych w § 6 ust. 2 i ust. 3 umowy. Prawo zamówień publicznych przewiduje odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w przypadku, gdy sytuacje te są zawinione przez Wykonawcę, czego potwierdzeniem jest art. 24 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych przewidujący wykluczenie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie w każdym przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy niezależnie od tego, czy Wykonawca zawinił czy nie zawinił, ale jedynie w sytuacji, jeśli dany Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z „powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. Wykonawca prosi o dostosowanie wszystkich postanowień § 6 ust. 2 i ust. 3 umowy do przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa Wykonawcy nie ponoszą odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z powodu działania siły wyższej oraz zachowania Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę będzie Zamawiającemu przysługiwało tylko w przypadku zawinionego przez Wykonawcę niewykonania umowy lub nienależytego wykonania umowy.

Pytanie 17

W § 7 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający określił kary umowne, jakie Wykonawca poniesienie w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wykonawca wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa telekomunikacyjnego oraz rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284) w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorców telekomunikacyjnych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy Wykonawcy odpowiadają, jeśli doszło do tych okoliczności z winy Wykonawcy. Wykonawca prosi o doprecyzowanie we wszystkich punktach w § 7 ust. 1 umowy, że kary umowne będą naliczane, jeśli do niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy dojdzie z winy Wykonawcy, czyli w przypadku zwłoki, tj. zawinionego opóźnienia, co Zamawiający uwzględnił już m.in. w pkt c), d) w § 7 ust. 1 umowy. Wykonawcy nie ponoszą odpowiedzialności za skutki wystąpienia siły wyższej, jak również zachowania samego Zamawiającego, które doprowadzą do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę. Postanowienia ww. przepisów prawa jako przepisy szczególne mają pierwszeństwo przed zasadami ogólnymi kodeksu cywilnego i stanowią przepisy bezwzględnie obowiązującego niepodlegające dowolnym ustaleniom pomiędzy stronami umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na doprecyzowanie wszystkich postanowień wzoru umowy dotyczących kar umownych, według którego kary umowne będą naliczane, jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy dojdzie z winy Wykonawcy.

Pytanie 18

W § 7 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo potrącania naliczonych kar umownych z przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia. Zgodnie z art. 56 ust. 3 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych powinny być określone zasady, tryb i terminy składania oraz rozpatrywania reklamacji. Wykonawca wskazuje, że do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zastosowanie ma rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284). Zgodnie z w/w rozporządzeniem w przypadku wystąpienia przejawów niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, Zamawiający zobowiązany jest najpierw złożyć reklamację zgodnie z w/w rozporządzeniem, (co Zamawiający wskazał w § 10 umowy), a dopiero po przeprowadzeniu przez Wykonawcę postępowania reklamacyjnego możliwe jest naliczenie przez Zamawiającego kar umownych, co następuje w drodze zaliczenia tych należności na poczet przyszłych płatności albo w formie zwrotu uznanej w reklamacji kwoty kary umownej. Zapis ten jako akt powszechnie obowiązującego prawa ma zastosowanie do umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych i ma pierwszeństwo przed zapisami umowy, które nie mogą być sprzeczne z w/w rozporządzeniem.

Celem dostosowania wzoru umowy do obowiązujących przepisów prawa, Wykonawca wnosi o uwzględnienie w § 6 wzoru umowy powyższego aspektu poprzez dodanie do umowy następującego zapisu:

"Wszelkie przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania usług określonych niniejszą umową rozstrzygane będą w trybie określonym w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284), a ewentualne kary umowne, bonifikaty lub odszkodowania naliczane będą po zakończeniu procedury reklamacyjnej w przypadku potwierdzenia, że do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło z winy Wykonawcy."

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na dodanie w §6 wzoru umowy zaproponowanego zapisu.

W związku z powyższym w załączeniu przekazuję zmodyfikowany wzór umowy - **załącznik nr 8 do siwz.**

Termin składania i otwarcia ofert oraz wniesienia wadium pozostaje bez zmian.

wyk. w 1 egz.

wyk. K.K.