

**Dotyczy przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telekomunikacyjnych z zakresu telefonii komórkowej oraz dostawa terminali telefonicznych i akcesoriów.**

Prezydent Miasta Lublin informuję, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

1.

Załącznika nr 8 do SIWZ par 5 ust. 6 → Czy wspomniane postępowanie reklamacyjne będzie prowadzone w związku z naliczeniem kary umownej na rzecz Zamawiającego?

Ad. 1 Zamawiający informuje, że każde zgłoszenie: usterki, nieprawidłowego działania usługi, nieprawidłowego naliczenia kosztów itp. zgłoszone przez Zamawiającego może zainicjować tryb postępowania reklamacyjnego. Wynik tego postępowania zadecyduje o ewentualnym naliczaniu kar umownych przez Zamawiającego. W przypadku gdy Wykonawca uzna roszczenie Zamawiającego za niezasadne, Wykonawcy przysługuje prawo do odwołania.

2.

W zakresie zał. nr 1 do SIWZ, pkt. 2 Terminale pkt. 10 → Czy Zamawiający wyraża zgodę aby dostarczony sprzęt był objęty gwarancją producenta na zasadach określonych w karcie gwarancyjnej, zaś Wykonawca ponosił odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej?

Ad. 2 Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 4 Ustawy prawo zamówień publicznych dokonał modyfikacji zapisu pkt 2 terminale pkt.10 załącznika nr 1 do SIWZ i umowy który otrzymuje brzmienie :

..."10 Zamawiający zastrzega sobie prawo do sukcesywnego pobierania terminali komórkowych od Wykonawcy, w trakcie obowiązywania umowy. Wykonawca udzieli gwarancji na okres minimum 24 m-cy jednak nie krótszy niż gwarancja producenta.

3. W zakresie umowy par 5 ust. 5 czy zamawiający wyraża zgodę na modyfikację par.5 ust. 5 w taki sposób „Strony zastrzegają sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przekraczającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody z wyłączeniem utraconych korzyści.?

Ad. 3 Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację treści par 5 ust. 5 zał. nr 8 do SIWZ (wzór umowy)

4. Umowa par 5 ust. 6 czy zamawiający zgodzi się żeby zapłata kar umownych nastąpiła w ciągu 14 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążającej.?

Ad. 4 Zamawiający nie wyraża zgody żeby zapłata kar umownych nastąpiła w ciągu 14 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej

5. Czy zamawiający w związku z treścią art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dopuszcza uwzględnienie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość zmiany umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w razie zmiany w przepisach podatkowego, które dotyczą świadczenia usług lub dokonywania dostaw stanowiących przedmiot umowy?.

Możliwość taka wydaje się działać na korzyść obu stron – w razie np. Obniżenia

stawek podatku VAT (lub nawet zwolnienia usług lub dostaw stanowiących przedmiot umowy z opodatkowania podatkiem VAT) w razie braku stosownych postanowień w SIWZ, strony – z przyczyn natury formalnej nie będą miały możliwości zmiany umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Formalna możliwość zmiany, nie oznacza oczywiście automatyzmu czy konieczności aneksowania umowy, wydaje się zatem, bezpieczna i korzystna dla zamawiającego – przede wszystkim uwzględnia zasadę celowego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych.

Jeżeli Zamawiający dopuszcza możliwość uwzględnienia powyższych kwestii, prosimy o zamieszczenie w SIWZ następującego postanowienia „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zmiana umowy jest możliwa w razie zmiany w przepisach prawa podatkowego, które dotyczą świadczenia usług lub w razie zmiany w przepisach prawa podatkowego, które dotyczą świadczenia usług lub w razie zmiany w przepisach prawa podatkowego, które dotyczą świadczenia usług lub dokonywania dostaw stanowiących przedmiot umowy, w szczególności zmian w zakresie ustawy z dnia 11 marca 2004 r o podatku od towarów i usług, przepisów wykonawczych do niej lub aktów prawnych, które tę ustawę lub przepisy wykonawcze zastępują. Warunkiem zmiany umowy jest wystąpienie w okresie obowiązywania umowy takiej zmiany w przepisach prawa podatkowego, która wpływa na obowiązek lub uprawnienia którejkolwiek ze stron umowy powodując zmniejszenie, zwiększenie, likwidację lub powstanie obowiązków podatkowych. Zmiana umowy jest dopuszczalna jeżeli odzwierciedla zmiany w przepisach prawa podatkowego”.

Ad. 5. Zamawiający nie przewiduje zmian w umowie w przypadku zmiany w przepisach prawa podatkowego. Wartość umowy jest określona w kwocie brutto i w związku z tym zmiany stawki podatku VAT nie ma tu zastosowania. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że wszystkie umowy będą realizowane do wyczerpania środków określonych w § 4 ust. 8 wzoru umowy, niezależnie od zmian przepisów prawa podatkowego.

6. Czy zamawiający wyrazi zgodę na dodanie do umowy w sprawie zamówienia załącznika w postaci regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych wykonawcy, który będzie miał zastosowanie do świadczenia usług przez Wykonawcę, w zakresie niesprzecznym z umową? Obowiązek doręczenia takiego regulaminu abonentowi/zamawiającemu przez wykonawcę/operatora wynika z przepisów ustawy prawo telekomunikacyjne.

Ad. 6

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie do umowy załącznika, w postaci regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych Wykonawcy, który będzie miał zastosowanie do świadczenia usług przez Wykonawcę, w zakresie niesprecyzowanym z umową. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że wszelkie niesprecyzowane umową kwestie dotyczące świadczenia usług telekomunikacyjnych będą rozstrzygane na podstawie par 9 umowy mówiącego, że cyt: „*W sprawach nie uregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy obowiązującego prawa min. prawa telekomunikacyjnego, kodeksu cywilnego oraz Prawa zamówień publicznych.*”

7. W przypadku gdy Zamawiający przewiduje możliwość zmian w umowie, prosimy o doprecyzowanie zakresu tych zmian stosownie do art. 144 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. W przypadku braku określenia takich zmian w SIWZ, w przyszłości nie będzie możliwe wprowadzenie do umowy żadnych zmian poza zmianami, które są nieistotne.

Ad. 7

Zamawiający nie przewiduje zmian w umowie. Gdyby takie zmiany były przewidziane zgodnie z art 144 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający z pewnością by je uwzględnił.

8. Czy zamawiający wraz z zgodą na zawarcie umów (jednostkowych) o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych kart SIM, z zastrzeżeniem że warunki tych umów będzie określać umowa (główna) w sprawie zamówienia? Operator/Wykonawca zgodnie z art. 56 ustawy prawo telekomunikacyjne obowiązany jest zawierać z Abonentem/Zamawiającym umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, zawierające co najmniej postanowienia określone w tym przepisie.

Ad. 8 Zamawiający nie wyraża zgody na zawarcie umów (jednostkowych) o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych kart SIM nawet z zastrzeżeniem, że warunki tych umów w kwestiach dotyczących zamówienia będzie określać umowa główna.

9. Wykonawca zwraca się zatem z pytaniem czy w razie wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umowy będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 ksh (a zatem także informacje o wysokości kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego) ?

Ad. 9

W przypadku wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej część komparacyjna umowy będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art 374 §1 ksh.

10. Czy Zamawiający dopuszcza wydłużenie sumarycznego czasu planowanych przerw wskazanego w § 2 ust. 2 z 2 godzin miesięcznie do 10 godzin miesięcznie?

Ad. 10

Zamawiający nie dopuszcza wydłużenia sumarycznego czasu planowanych przerw w §2 ust.2 umowy z 2 godzin miesięcznie do 10 godzin miesięcznie, gdyż mogłoby to poważnie zakłócić stabilność i wymaganą ciągłość pracy systemów, urządzeń i terminali Zamawiającego.

11. Odnośnie postanowień zawartych w § 5 ust. 1,3 i 4 Umowy czy Zamawiający dopuszcza zmniejszenie wysokości stawek co najmniej o ½?.

Ad. 11

W przypadku postanowień zawartych w §5 ust 1, 3 i 4 Umowy Zamawiający nie dopuszcza zmniejszenia wysokości stawek.

12.

Czy zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień § 5 ust. 1,3 i 4 umowy, zgodnie z którym „całkowita wysokość kar umownych za zdarzenia, które wystąpiły w danym miesiącu nie przekroczy sumy opłat należnych Wykonawcy za dany miesiąc?

Ad. 12

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień §5 ust 1, 3 i 4 Umowy gdyż mogłoby to doprowadzić do całkowitego zaprzestania świadczenia usług telekomunikacyjnych przez Wykonawcę i niemożności naliczenia z tego tytułu

jakichkolwiek kar umownych.

13.

Prosimy o potwierdzenie, że stosowanie przewidzianych przez Zamawiającego sankcji w postaci odstąpienia od umowy oraz kar umownych nie dotyczy sytuacji, w których ewentualne niedotrzymanie terminów lub kryteriów świadczenia usług wynika z okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę (jak przykładowo: siła wyższa, wypadek lub bezprawne działanie osób trzecich). Pytanie to ma w swojej podstawie ugruntowaną linię orzeczniczą Sądu Najwyższego, w szczególności wyrażoną w wyroku SN z dnia 30 marca 1968 r. (syg. Akt IICR 419/67) zgodnie z którym jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art.471 k.c) kary umownej nie nalicza się.

Ad. 13

Działanie siły wyższej jest problemem bardzo złożonym. W sytuacjach zgłoszenia przez Zamawiającego awarii świadczenia usług lub niedotrzymania przez Wykonawcę terminów, Zamawiający nie przewiduje żadnych sankcji w postaci odstąpienia od umowy lub naliczania kar umownych jedynie w przypadku udowodnienia przez Wykonawcę wystąpienia działania siły wyższej. Ponadto stwierdzenia działania siły wyższej może być dokonane przez obydwie Strony.

14.

Czy zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień § 5 ust.1,3 i 4 Umowy o zapis, zgodnie z którym „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 20 % wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonej w umowie”? Na wypadek gdyby zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 20 % kwoty wartości umowy, zwracamy się z prośbą o rozważenie innej wartości procentowej. Dopiero, bowiem wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie (przy czym zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko (ang. „contingency”).

Ad. 14

Zamawiający nie dopuszcza uzupełniania postanowień §5 ust 1, 3 i 4 Umowy o zapis „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 20% kwoty wartości umowy”, ani żadnej innej wartości procentowej tej kwoty.

15.

Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowień § 5 ust. 1,3 i 4 Umowy, poprzez dodanie ustępu o następującej treści: „Naliczenie przez Zamawiającego kar umownych zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu Umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kary umownej? Zapis taki jest w naszym przekonaniu konieczny biorąc pod uwagę przytoczone powyżej stanowisko Sądu najwyższego, że kara umowna powinna przysługiwać tylko i wyłącznie w przypadku, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpi z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury toku, której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.

Ad. 15

Zamawiający nie widzi konieczności precyzowania postanowień §5 ust 1, 3 i 4, poprzez

dodanie dodatkowego ustępu sugerowanego przez Wykonawcę. Kary umowne stanowią dla Zamawiającego gwarancję jakości usługi a sytuacje, w których zajdą przesłanki do naliczania tych kar, mają charakter obiektywny i jest potrzebna ich dodatkowa analiza np. w postępowaniu reklamacyjnym (przerwa w świadczeniu usług). Charakter zawieranej umowy to rodzaj kontraktu SLA (Service Level Agreement), w którym to Wykonawca gwarantuje zapewnienie jakości usług, a kary umowne naliczane za powstałe przerwy w działaniu usług mogą być przedmiotem postępowania reklamacyjnego jak też efektem zgłoszenia kierowanego do Wykonawcy i przezeń potwierdzonego, które także należy rozumieć jako tryb postępowania reklamacyjnego.

Tym samym naliczanie przez Zamawiającego kar umownych wyczerpują zapisy §5 ust.6 Umowy.

16.

Czy mając powyższe na uwadze powszechnie akceptowaną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadą neutralności VAT dla podatnika, że w ostatecznym rozrachunku podatek ten powinien obciążać odbiorcę towarów i usług, a nie Wykonawcę i w celu uniknięcia konieczności wprowadzenia zmian do treści umowy w przypadku zmian stawki VAT – Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie treści § 4 Umowy, tak by wprowadzono do umowy ustęp o treści: „W razie zmian 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?.

Ad. 16

Wartość umowy jest określona w kwocie brutto i w związku z tym zmiany stawki podatku VAT nie mają tu zastosowania. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że wszystkie umowy będą realizowane do wyczerpania środków określonych w § 4 ust. 8 wzoru umowy, niezależnie od zmian przepisów prawa podatkowego. Zapis § 3 umowy wyraźnie określa przyczyny zakończenia umowy tj z powodu wyczerpania środków lub terminu obowiązywania.

17.

W treści § 5 ust. 6 umowy Zamawiający przewidział dla siebie prawo potrącenia kar umownych z należytego Wykonawcy wynagrodzenia (faktury). W związku z powyższym zauważyć należy, iż działanie Zamawiającego oparte na w/w prawie doprowadzić może nie tylko do poważnych nieporozumień pomiędzy stronami umowy a także może wywrzeć negatywny skutek na przebieg realizacji zamówienia. Niejednokrotnie, bowiem zarówno sam fakt wystąpienia zdarzenia skutkującego powstaniem roszczenia o naliczenie kar umownych jak i ustalenie wysokości tych kar może być sporne. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez Strony umowy działań zmierzających nie tylko, do ustalenia przesłanek skutkujących naliczeniem kar umownych, ale także czynników wpływających na ich wysokość. Niczym ograniczone jednostronne prawo naliczania kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należytego 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, prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów wzoru umowy poprzez dodanie w jej treści zapisu o konieczności uzgodnienia między stronami umowy potrącenia kar

umownych z należącego Wykonawcy wynagrodzenia (faktury)?.

Ad. 17

Zdaniem Zamawiającego nie ma mowy o nierównym ukształtowaniu praw Stron umowy. Sugestie Wykonawcy dotyczące nieograniczonego jednostronnego prawa Zamawiającego do naliczania kar umownych, bez potwierdzenia przez Wykonawcę wystąpienia zdarzenia (np: przerwy w dostawie usług), są bezpodstawne. W przypadku nie potwierdzenia przez Wykonawcę sugestii Zamawiającego dotyczących wystąpienia zdarzenia ma on pełne prawo do odwołania się od roszczeń Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie widzi konieczności modyfikowania zapisów treści umowy zgodnie z sugestią Wykonawcy, wspierając się dodatkowo argumentacją odpowiedzi do pytania nr 15 (§5 ust.6 Umowy)

18.

Celem doprecyzowania zapisu w § 6 ust. 1 umowy, Wykonawca zwraca się o dodanie tej klauzuli słów: „zgodnie z art. 145 ustawy prawo zamówień publicznych.”

Ad. 18

Zamawiającemu nie wydaje się konieczne doprecyzowanie zapisu §6 ust. umowy o dodanie słów: „zgodnie z art.145 ustawy prawo zamówień publicznych”, gdyż sugestia zawarta w pytaniu Wykonawcy świadczy że jest on zgodny z tym artykułem.

19.

Prosimy o informację czy Zamawiający zgadza się na modyfikację § 9 Umowy polegającą na zmianie dotychczasowego jego brzmienia na: „W sprawach nie uregulowanych Umową zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), ustawy o ochronie danych osobowych oraz Regulamin i cennik Wykonawcy ze zmianami wynikającymi z Umowy.”

Ad. 19

Zamawiającemu nie wydaje się konieczne modyfikowanie treści §9 Umowy polegającego na zmianie dotychczasowego jej brzmienia, dotyczącego Kodeksu Cywilnego, Prawa Zamówień Publicznych czy Prawa Telekomunikacyjnego gdyż zdaniem Zamawiającego wymienione w treści Umowy ustawy są tożsame z wymienionymi przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający nie dopuszcza możliwości regulowania zapisów Umowy regulaminem Wykonawcy.

20.

Załącznik nr 8, § 4, pkt. 4 i 7

Prosimy o wykreślenie wymogu dostarczenia faktury w terminie 9 dni od dnia jej wystawienia. Wyjaśniamy, iż w przypadku wysyłki faktur, Wykonawca nie może brać odpowiedzialności za wadliwe działania osób trzecich odpowiedzialnych za dystrybucję w/w dokumentów

Ad. 20

Zdaniem Zamawiającego wymóg dostarczenia faktury w ciągu 9 dni od dnia jej wystawienia jest wymogiem umownym jednakże koniecznym dla precyzyjnego określenia terminu płatności przez Zamawiającego faktury VAT, który może ulec automatycznemu przedłużeniu w przypadku dostarczenia faktury po terminie 9 dni. Konsekwencją tego zapisu jest nienaliczenie Zamawiającemu odsetek karnych za fakturę, która zostanie mu dostarczona np po terminie płatności, także nie z winy Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie dokona modyfikacji zapisów Umowy §4 pkt 4 i 7 gdyż byłyby one dla niego niekorzystne.

21.

Załącznik nr 8, & 10

Zwracamy się do Zamawiającego z zapytaniem, czy zgadza się na modyfikację treści Umowy i zmianę powyższego zapisu w następujący sposób:

Wszelkie spory wynikające z niniejszej umowy strony rozstrzygać będą polubownie. W przypadku braku porozumienia poddadzą rozstrzygnięciu sądu właściwego ze względu na siedzibą Zamawiającego.

Ad. 21

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację treści §10 Umowy.

W załączeniu Zamawiający zamieszcza aktualnie obowiązujący załącznik nr 1 do SIWZ i Umowy.

Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian

Z up. PREZYDENTA MIASTA LUBLIN

*Janusz Semeniuk*  
Z-ca DYREKTORA  
Biura Zamówień Publicznych