



Zastępca kanclerza ds. zasobów technicznych

Gdańsk, 18.09.2015 r.

l.dz. 468/D27/2015

dotyczy: postępowania na świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci stacjonarnej na rzecz Politechniki Gdańskiej - ZP/287/055/U/15.

ZAPYTANIA I WYJAŚNIENIA

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w imieniu Zamawiającego Politechniki Gdańskiej, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk, informuję, że w postępowaniu wpłynęły od Wykonawców zapytania dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), na które poniżej udzielam wyjaśnień:

Zapytanie 1:

Załącznik nr 8 par. 6 - 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.

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody na postulowaną zmianę § 6 Wzoru umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ).

Zapytanie 2:

Załącznik nr 8 par 6 - Dodatkowo czy Zamawiający wyraża zgodę na modyfikacje zapisów par. 6 ust. 4 Wzoru Umowy w taki sposób, że zapłata kar umownych będzie dokonywana na podstawie wystawionych przez Zamawiającego not obciążeniowych i będzie płatna w ciągu (30 ?) dni od dnia wystawienia takiej noty?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów § 6 ust. 4 Wzoru umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ). Naliczając karę umowną Zamawiający wystawia Wykonawcy notę obciążeniową.

Zapytanie 3:

Załącznik nr 8 par 6 - Czy Zamawiający wyraża zgodę na doprecyzowanie par 6 ust. 7 Wzoru Umowy w taki sposób, żeby nie było wątpliwości, że Strony zastrzegają sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przekraczającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody z wyłączeniem utraconych korzyści?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgodny na zmianę treści § 6 ust. 7 Wzoru umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ).

Zapytanie 4:

Załącznik nr 8 par 6 - Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający przed odstąpieniem od Umowy przeprowadzi procedurę wyjaśniającą, tzn. wezwie Wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości, wskaże termin dodatkowy do usunięcia nieprawidłowości oraz wskaże te nieprawidłowości, a dopiero po bezskutecznym upływie ww. terminu dodatkowego Zamawiający Umowę rozwiąże. Przesłanki odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego powinny być ograniczone do przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z winy Wykonawcy. W przeciwnym razie tak jak określone w par 6 ust. 1 postanowienie prowadzić może do nadużyć po stronie Zamawiającego - w myśl tego

postanowienia będzie on mógł odstąpić od umowy również w przypadkach niezawinionych przez Wykonawcę.

Ponadto, czy Zamawiający potwierdzi, iż jest uprawniony do rozwiązania Umowy wyłącznie w przypadkach, gdy naruszenia postanowień Umowy przez Wykonawcę będą mieć charakter rażących naruszeń?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie potwierdza, zapisy te znajdują swoją podstawę w art. 473 §1 Kodeksu Cywilnego.

Zapytanie 5:

Załącznik nr 8 par 6 - Dodatkowo zgodnie z kodeksem cywilnym odstąpienie wywołuje skutek „wstecz” czyli umowę traktuje się za niezawartą a strony są zobowiązane do zwrotu tego co sobie nawzajem świadczyły. W przypadku świadczenia usług telekomunikacyjnych będzie to niemożliwe do zrealizowania: w jaki sposób Kupujący „zwróci” wyświadczone usługi telekomunikacyjne? Stąd też propozycja, aby odstąpienie od umowy zostało zastąpione konstrukcją wypowiedzenia umowy. Wypowiedzenie umowy wywołuje skutek „na przyszłość”. Czy w związku z powyższym Klient dokona modyfikacji postanowień określonych w istotnych postanowieniach umowy?

Wyjaśnienie:

Zamawiający dokona doprecyzowania tego zapisu w ten sposób, że odstąpienie od umowy wywoła skutek na przyszłość.

Zapytanie 6:

Zamawiający w par. 6 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy przewidział obciążenie Wykonawcy karą umową za "opóźnienie" w oddaniu przedmiotu umowy, za każdy dzień opóźnienia. Wykonawca zwraca się z prośbą o zastąpienie wyrażenia „opóźnienie” wyrażeniem „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 dotkliwymi sankcjami w postaci kar umownych i odstąpienia od umowy nawet w sytuacji, gdyby wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło 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 1968 roku (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.

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie zastąpi wyrażenia „opóźnienie” wyrażeniem „zwłoka”.

Zapytanie 7:

Zamawiający w par. 6 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy przewiduje obciążenie wykonawcy karą umowną za naruszenie postanowień umowy przez Wykonawcę lub za niewykonanie umowy z należytą starannością. Zwracamy uwagę, że zapis ten jest nieprecyzyjny i nie pozwala w sposób pewny zabezpieczyć zysk z niniejszego zamówienia. Wykonawca wobec tego wnosi o doprecyzowanie jakie sytuacje Zamawiający ma na myśli?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nabywa świadczenie usług, które mają działać w sposób ciągły, nieprzerwany. Gdy one nie działają w ten sposób, to umowa nie jest wykonywana należycie.

Zapytanie 8:

Zamawiający w par. 6 ust. 4 wzoru umowy wymaga zgody na potrącanie 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. Zamawiający nie ma podstawy prawnej do samodzielnego potrącania należności z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. W wyniku zawartej przez Strony umowy powstaje stosunek zobowiązaniowy, na podstawie którego wierzyciel (operator) ma prawo oczekiwać, że dłużnik spełni obowiązujące go świadczenie, to znaczy, że zachowa się zgodnie z treścią zobowiązania (umowy), zaspokajając jednocześnie określony w jego treści interes wierzyciela. Zatem czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę umowy poprzez dodanie zapisu o tym, że kary umowne będą naliczane po zakończeniu procedury reklamacyjnej, poprzez wystawianie 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)?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody za zmianę treści § 6 ust. 4 Wzoru umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ). Rozliczenia będą dokonywane w oparciu o faktury lub noty księgowo.

Zapytanie 9:

Zamawiający w par. 6 ust. 5 wzoru umowy zastrzega, iż dochodzenie kar umownych za odstąpienie od umowy nie wyklucza dochodzenia kar umownych za opóźnienie lub za naruszenie postanowień umowy lub za niewykonanie umowy z należytą starannością. Wykonawca zwraca uwagę, że nie można dochodzić kumulacji kar umownych tj. kary umownej za opóźnienie w uruchomieniu łącza i dodatkowej kary w przypadku odstąpienia od umowy z powodu opóźnienia realizacji usług. Wskutek odstąpienia dochodzi do rozwiązania umowy ze skutkiem wstecznym, co oznacza, że w takiej sytuacji żadna ze stron nie może dochodzić kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Innymi słowy, po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy. Uchwała SN z 18.07.2012 r. (III CZP 39/12) przesądziła, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. W związku z powyższym prosimy o usunięcie z zapisów umowy możliwości kumulacji kar umownych.

Wyjaśnienie:

W przypadku umowy, której przedmiotem są usługi, wskutek odstąpienia dochodzi do rozwiązania umowy ze skutkiem na przyszłość i z tej przyczyny istnieje możliwość naliczania różnych kar umownych.

Zapytanie 10:

Zamawiający w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości realizacji zamówienia poprzez technologie VoIP, wykluczył możliwość wykonania zamówienia za pomocą tej technologii. Pragniemy zauważyć, że ograniczenie możliwości świadczenia usługi poprzez technologię VoIP jest arbitralnym narzuconym przez Zamawiającego sposobu realizacji zamówienia, co w przypadku usług telekomunikacyjnych powinno sprowadzać się do oczekiwań co do poziomu jakości świadczenia usług, a nie sposobu ich realizacji. VoIP (Voice over Internet Protocol) jest technologią umożliwiającą przesyłanie dźwięków mowy za pomocą łączy internetowych lub dedykowanych sieci wykorzystujących protokół IP. Dane przesyłane są przy użyciu protokołu IP. W przypadku założenia przez Zamawiającego wykluczenia możliwości realizacji usługi poprzez technologię VoIP powstaje naruszenie:

- zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1
- zasady opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - art. 29 ust. 1.

W tym miejscu należy wskazać, iż wykluczenie możliwości zastosowania technologii VoIP nie zostało w żaden sposób uzasadnione przez Zamawiającego. Pragniemy przypomnieć ugruntowaną tezę na bazie orzecznictwa KIO, iż „Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest, na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi.”

Nadmienić należy również, że Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości natomiast nie odwołuje się co do sposobu świadczenia tych usług. Pragniemy dodatkowo zauważyć, iż zastosowanie technologii VoIP nie pociąga za sobą konieczności rozbudowy istniejącej centrali telefonicznej posiadanej przez Zamawiającego czy też zmian w istniejącej sieci budynkowej Zamawiającego. Podkreślić również należy, że powstałe ewentualnie dodatkowe koszty związane z zastosowaniem technologii VoIP ponosi wyłącznie Wykonawca. Stosowanie technologii VoIP zapewnia bezpieczną i niezawodną łączność telekomunikacyjną, przy jednoczesnym zachowaniu wysokiej jakości świadczonych usług oraz wysokiego poziomu stabilności i ciągłości połączeń. Dodatkowo niższy koszt korzystania z usługi (niższe ceny abonamentów i połączeń telefonicznych) oraz większa funkcjonalność niż w telefonii tradycyjnej (np. numeracja skrócona, elastyczne przekierowania, usługi typu DISA/IVR, zapowiedzi

słowne, korzystanie z telefonu z każdego miejsca na świecie z dostępem do Internetu oraz wiele, wiele innych).

W związku z powyższym zwracamy się o merytoryczne uzasadnienie odrzucenia możliwości realizacji zamówienia w ramach technologii VoIP lub w przypadku jego braku dopuszczenie realizację przedmiotowego zamówienia w ramach tej technologii zgodnie ze wszystkimi wymogami SIWZ.

Wyjaśnienie:

Jak zauważył Wykonawca, „VoIP (Voice over Internet Protocol) jest technologią umożliwiającą przesyłanie dźwięków mowy za pomocą łączy internetowych...”. Z doświadczeń Zamawiającego oraz opinii innych użytkowników wynika, iż technologia VoIP nie zawsze zapewnia właściwą jakość innych, poza transmisją mowy, usług dostępnych w technologiach tradycyjnych. Problemem jest np. transmisja faksów czy też transmisja modemowa. Stąd też Zamawiający wykluczył możliwość stosowania tej technologii.

Zapytanie 11:

Wykonawca zwraca z pytaniem czy Zamawiający wyraża zgodę na umieszczenie w par. 6 umowy zapisu, zgodnie z którym:

„Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie postanowień par. 6 ust. 3 Umowy nie przekroczy 15% wartości łącznego wynagrodzenia brutto wskazanego w Umowie”?

„Łączna suma kar umownych, bonifikat, odszkodowań naliczonych w danym miesiącu na podstawie postanowień par. 6 ust.3 umowy nie przekroczy sumy opłat należnych Wykonawcy za świadczenie usług w danym miesiącu”?

Wykonawca zwraca się, na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar¹ umownych do 15% 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,

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgodny na uzupełnienie treści § 6 Wzoru umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ).

Zapytanie 12:

W treści postanowień par, 6 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 nieważność 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 modyfikowania zapisów poprzez dodanie treści „po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego”?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgodny na modyfikację treści § 6 ust. 4 Wzoru umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ).

Zastępca Kanclerza
ds. Zasobów Technicznych
Politechniki Gdańskiej

mgr inż. Piotr Iwańczak

(podpis kierownika zamawiającego
lub osoby uprawnionej)