

Rudna, 2015.02.09

SI 272. B593. HURT . 3 .2015

## WYJAŚNIENIA TREŚCI SIWZ

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „ *Dostarczenie hurtowej usługi dostępu do Internetu do projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna”*”

Zamawiający – Gmina Rudna – działając na podstawie art.38 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. Nr 907 ze zm.), przekazuje treść pytań i wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia :

### **PYTANIE 1 :**

Zamawiający w treści SIWZ zastrzega, iż dostępność usługi telefonii stacjonarnej powinna być na poziomie 99,95% nie precyzując czy dostępność ta będzie liczona w skali miesiąca czy roku? Wykonawca informuje, że zasadniczo przyjmuje się niedostępności usług liczone w skali roku. Daje to możliwość Wykonawcy na zagwarantowanie dostępności usługi w wielkości 99,9% w skali roku. Czy Zamawiający potwierdza, że poziom dostępności 99,95% będzie liczony w skali roku?

### **PYTANIE 2 :**

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 10.02.2015r. Wykonawca informuje, iż wyznaczony termin na przygotowanie oferty jest zbyt krótki w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie jest to termin, który umożliwi weryfikację możliwości technicznych oraz podjęcie innych czynności niezbędnych do przedłożenia oferty w sposób rzetelny. Natomiast zgodnie z art. 43 ust 1 Ustawy PZP "Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty". Czy wobec powyższego Zamawiający dopuszcza przesunięcie terminu składania ofert na dzień 18.02.2015r.?

### **PYTANIE 3 :**

Zamawiający w § 8 ust. 3 wzoru umowy określił termin płatności na 30 dni od otrzymania faktury VAT przez Zamawiającego. Określenie takiego terminu przez Zamawiającego powoduje, iż Wykonawca będzie zmuszony odprowadzić należny podatek zgodnie z art. 19a ust. 5 pkt. 4) lit. b ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54 poz.535 z późn.zm.) od dnia wystawienia faktury VAT. Wobec czego dłuższy termin płatności powoduje, że Wykonawca będzie zmuszony odprowadzić należny podatek jeszcze przed faktycznym uregulowaniem zobowiązania wynikającego z faktury przez Zamawiającego. Dodatkowo Wykonawca informuje, że taki sposób fakturowania wymusza na Wykonawcy wliczenie do projektu dodatkowych kosztów odmiennego fakturowania, co może podrożyć koszt całościowy projektu. Dla Wykonawcy standardowy sposób wystawiania faktur generuje termin płatności liczony od dnia wystawienia faktury VAT. Czy w związku z powyższym Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę terminu płatności faktur liczonego od dnia wystawienia faktury w terminie 30 dni, z zastrzeżeniem, że faktura nie może wpłynąć do Zamawiającego później niż w przeciągu 14 dni od daty jej wystawienia?

#### **PYTANIE 4.**

Zgodnie z § 8 ust. 4 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. 4 stycznia 1995 r. 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?

#### **PYTANIE 5**

Zamawiający w § 5 ust. 4 oraz § 8 ust. 5 lit. a) wzoru umowy wymaga od Wykonawcy stosowania się do wszystkich poleceń Zamawiającego. Wykonawca zwraca uwagę, że zapisy te są nieprecyzyjne. W trakcie realizacji umowy może okazać się, że Zamawiający żąda od Wykonawcy stosowania się do poleceń niezwiązanych z wykonywaniem usługi objętej przedmiotem zamówienia bądź też takich, których wykonanie nie będzie możliwe z różnych przyczyn. Prosimy zatem o wyjaśnienie jakiego typu polecenia czy też wskazówki Zamawiający ma na myśli. Prosimy również o potwierdzenie, że owe polecenia czy też wskazówki będą ściśle związane z realizacją usługą, której przedmiot zamówienia dotyczy oraz że w przypadku obiektywnej niemożliwości wykonania owego polecenia Wykonawca nie będzie za to ponosił odpowiedzialności. Należy zwrócić uwagę, że par. 9 ust. 2 lit. d) nakłada na Wykonawcę obowiązek uiszczenia kary umownej w wysokości 5% całkowitej wartości umowy za każdy przypadek nienależytego wykonania umowy. Czy wobec powyższego niewykonanie polecenia Zamawiającego również będzie skutkowało naliczeniem ww. kary umownej?

#### **PYTANIE 6**

Zamawiający w par. 9 ust. 2 lit. d) wzoru umowy w nawiązaniu do powyższego pytania nakłada na Wykonawcę obowiązek uiszczenia kary umownej w wysokości 5% całkowitej wartości umowy za każdy przypadek nienależytego wykonania umowy. Prosimy o doprecyzowanie jakie sytuacje Zamawiający uzna za nienależyte wykonanie umowy. Nadmieniamy, że za nieterminowe uruchomienie usług oraz za niedostępność usługi Zamawiający już wyznaczył kary umowne. Natomiast kary umowne nie powinny podlegać kumulacji, gdyż może to spowodować nierentowność projektu. Prosimy o doprecyzowanie pojęcia "inne nienależyte wykonanie umowy". Prosimy również o

zastrzeżenie w powyższym paragrafie, że "inne nienależyte wykonanie umowy w wysokości 5 % kwoty o której mowa w § 8 ust.1, za każdy przypadek, z wyłączeniem sytuacji wskazanych w lit. a), b) i c)."

#### **PYTANIE 7**

Zamawiający par. 9 ust. 2 lit. a) wzoru umowy wyznacza karę umowną w wysokości 10% wartości zamówienia za każdy dzień opóźnienia w uruchomieniu usług. Wykonawca zwraca uwagę, że kara w takiej wysokości jest rażąco wygórowana. Tak rażąco wygórowane kary można podważyć na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2K.C. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest wygórowana”. Taka możliwość podważenia wysokości kary umownej nie tylko narazi strony umowy na koszty postępowania sądowego, ale wiąże się z niepewnością, co do praw i obowiązków stron. Dodatkowo Zamawiający w treści paragrafu użył sformułowania "opóźnienie". Natomiast 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. Zastosowanie wyrażenia "zwłoka" pozwoli na wykluczenie 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. W związku z powyższym wnosimy o:

- zmianę wysokości kary umownej do 1% wartości zamówienia,
- zastąpienie wyrażenia „opóźnienie” wyrażeniem „zwłoka”.

#### **PYTANIE 8**

Zamawiający par. 9 ust. 2 lit. b) wzoru umowy wyznacza karę w wysokości 500 zł za każdy dzień zaprzestania świadczenia usługi lub wykonywanie jej niezgodnie z opisem zawartym w par. 2. Wykonawca zwraca uwagę, że zapis ten jest nieprecyzyjny i nie można jednoznacznie stwierdzić w jakiej sytuacji kara taka będzie naliczana. Nadmieniamy, że w par. 9 ust. 2 lit. d) wzoru umowy Zamawiający już wyznaczył karę umowną za każdy przypadek nienależytego wykonania umowy. Z obu zapisów wynika, że skoro usługa jest wykonywana niezgodnie z opisem to jest to nienależyte wykonywanie umowy, a co za tym idzie kary z obu paragrafów kumulują się. Zamawiający nie powinien nakładać na Wykonawcę zbyt wygórowanych kar umownych, gdyż projekt może okazać się nieopłacalny, co będzie skutkowało brakiem zainteresowania ze strony Wykonawców. Kary umowne powinny być dostosowane do przewinienia i nałożone proporcjonalnie do opłat jakie Zamawiający będzie ponosił za korzystanie z usług. Wobec powyższego proponujemy zmianę powyższego paragrafu w taki sposób, aby kary umowne były naliczane w przypadku wystąpienia awarii powodującej zaprzestanie świadczenia usług, za każdą godzinę ponad wyznaczony czas na usunięcie awarii i w wysokości wskazanej w Ustawie Prawo Telekomunikacyjne. Ustawodawca w art. 105 ust. 3 wyraźnie wskazuje sposób w jaki powinny być naliczane kary umowne tzn. o wartości 1/30 miesięcznej opłaty abonamentowej, co przekładając na godziny powinno wynosić 1/720 opłaty abonamentowej. Zwracamy uwagę, że naliczanie zbyt wygórowanych kar może spowodować bezpodstawne wzbogacania się Zamawiającego. Tak rażąco wygórowane kary można podważyć na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2K.C. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest wygórowana”. Taka możliwość podważenia wysokości kary umownej nie tylko narazi strony umowy na koszty postępowania sądowego, ale wiąże się z niepewnością, co do praw i obowiązków stron. Wnosimy zatem o zmianę treści powyższego paragrafu zgodnie z sugestią Wykonawcy.

#### **PYTANIE 9**

Zamawiający w par. 9 ust. 2 lit. c) wyznacza karę umową za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy w wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1 tj. w wysokości całkowitej wartości zamówienia. Wyznaczenie tak wygórowanej kary umownej za odstąpienie od umowy jest podstawą do dochodzenia roszczeń na drodze sądowej. Wykonawca jest narażony na zapłatę kary w wysokości całkowitej wartości zamówienia. Zamawiający nie powinien wykorzystywać swojej dominującej pozycji ustalając tak wygórowaną wysokość kar umownych. Kary umowne powinny mieć charakter dyscyplinujący w stosunku do Wykonawcy, a nie prowadzić do wzbogacenia się Zamawiającego, a taką funkcję zaczynają pełnić w momencie, gdy okazuje się, iż wartość kary umownej jest równa całkowitej

wartości zamówienia. Zgodnie z praktyką jaką obserwuje Wykonawca w postępowaniach przetargowych na rynku telekomunikacyjnym, kara za odstąpienie od umowy szacuje się w wysokości 10% całkowitej wartości zamówienia. Wnosimy zatem o zmianę wysokości kary na 10% wartości wskazanej w § 8 ust. 1 wzoru umowy.

#### **PYTANIE 10**

Zamawiający w par. 9 ust. 6 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 obciążające 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 wynikiem 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)?

#### **PYTANIE 11**

Zamawiający w par. 6 ust. 1 zdanie trzecie i czwarte oraz w ust. 2 i 3 wzoru umowy zamieszcza zapisy dotyczące podwykonawców, sposobu rozliczania, dostarczania umów, potrącania należności. Dodatkowo w par. 9 ust. 2 lit. d) wzoru umowy nakłada na Wykonawcę karę umowną w przypadkach nieprzestrzegania zapisów par. 6. Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający zamieścił we wzorze umowy wymogi dotyczące podwykonawców w zamówieniach na roboty budowlane. Przywołany art. 143b ustawy PZP wyraźnie wskazuje, że "wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca **zamówienia na roboty budowlane** (...)" jest obowiązanych do pewnych określonych działań. Natomiast zamówienie, które ogłosił Zamawiający to zamówienie na dostarczenie usług zgodnie z zastosowanym kodem CPV 72400000-4 - Usługi internetowe. Wykonawca zwraca uwagę, że zamówienia publiczne zgodnie z art. 2 pkt. 13) ustawy PZP to umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są **usługi, dostawy lub roboty budowlane**, a art. 6 ust. 4 cyt. ustawy precyzuje, że jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług. Zatem wymóg stosowania przepisów dotyczących stricte robót budowlanych w zamówieniu na usługi jest niezgodne z przepisami Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. To natomiast może skutkować przeprowadzeniem kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w celu ustalenia czy postępowanie nie zostało przeprowadzone z naruszeniem przepisów ustawy, a w konsekwencji nałożeniem kary pieniężnej lub unieważnieniem zawartej umowy. W związku z powyższym wnosimy o usunięcie par. 6 ust. 1 zdanie trzecie i czwarte oraz w ust. 2 i 3 wzoru umowy a także w konsekwencji par. 9 ust. 2 lit. d) wzoru umowy jako niezgodnych z kwalifikacją postępowania.

## **Wyjaśniam**

### **dot. pytania nr 1**

Tak, Zamawiający potwierdza, że poziom dostępności 99,95% będzie liczony w skali roku.

### **dot. pytania nr 2**

Informuję, że Zamawiający wyznaczył termin składania ofert nie na dzień 10.02.2015 r lecz na 11.02.2015r . Zamawiający nie wyraża zgody na przesunięcie terminu składania ofert.

### **dot. pytania nr 3, nr 4, nr 5, nr 6, nr 7, nr 8, nr 9, nr 10**

Zamawiający informuje, że ogłoszone przedmiotowe postępowanie jest częścią Projektu pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna” , które dofinansowane jest z funduszy Unii Europejskiej. W związku z powyższym aby w pełni zabezpieczyć interesy Gminy Rudna, a tym samym wydatkowanie środków publicznych, Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do projektu umowy.

### **Dot. pytnia nr 11**

Zamawiający dokonuje zmiany zapisów § 6 ust. 1 i 3 projektu umowy na :

- „ 1. Przedmiot umowy zostanie wykonany przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem tych elementów wchodzących w zakres przedmiotu umowy, co do którego Wykonawca w ofercie powołał się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz.907 ze zam.) Do zawarcia przez Wykonawcę umowy z podwykonawcą w zakresie nie określonym w zdaniu poprzedzającym wymagana jest zgoda Zamawiającego, wyrażona na piśmie pod rygorem nieważności. Wykonawca zobowiązany jest do przedkładania Zamawiającemu kopii umowy o podwykonawstwo bez względu na jej wartość.
  
3. W przypadku powierzenia przez Wykonawcę części lub całości wykonania przedmiotu umowy podwykonawcom z pominięciem trybu o którym mowa w ust. 1 i 2, Zamawiający pomniejszy należne Wykonawcy wynagrodzenie o wartość prac lub usług wykonanych przez podwykonawców a także będzie uprawniony odstąpić od umowy w terminie 60 dni od dnia powzięcia wiadomości o naruszeniu przez Wykonawcę postanowień ust. 1 i 2, zachowując prawo do naliczenia kary umownej o której mowa w § 9 ust. 2 litera e)”

*Z up. Wójta Gminy  
Zdzisława Jemiolo  
Kierownik Referatu Inwestycji*