

Łódź, dnia 07.10.2020 r.

FZ-2380/40/20/KK

**WYKONAWCY,
KTÓRZY POBRALI SIWZ**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telefonii komórkowej dla KWP w Łodzi.

Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi, działając na podstawie art. 38 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 1843) udziela odpowiedzi na zadane pytania:

Pytanie 1

Zgodnie z treścią §11 ust. 5 wzorca umowy Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w terminie 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy (art. 395 KC). W takim przypadku Wykonawcy służy wynagrodzenie za prawidłowo wykonaną część przedmiotu umowy bez prawa żądania odszkodowania przez Zamawiającego z tytułu niewykonania wartości umowy.

Po pierwsze zwracamy uwagę na to, iż jak podkreśla prof. Ryszard Szostak w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych : „Zakaz zastrzegania prawa odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne w ujęciu art. 395 kc nie został wprowadzicie sformułowany wyraźnie w prawie polskim, jednak jest on oczywisty na tle wyjątkowych przypadków jednostronnego rozwiązania umowy przez zamawiającego przewidzianych w art. 145–145a Pzp”. W ocenie autora skoro wyraźnie zakazuje się swobodnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać. Należy zauważyć, iż podobne postanowienia są uznawane przez UZP za klauzule niedozwolone w umowach w sprawie zamówienia publicznego . Na tym tle należy podkreślić, iż w przypadku ewentualnego odstąpienia od umowy zgodnie z treścią art. 395 ust. 2 K.C. to, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu oraz za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. W przypadku umowy przewidującej dostawę telefonów oznaczać to będzie w szczególności obowiązek uiszczenia całości wynagrodzenia związanego z wykonanymi dostawami. Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający podtrzymuje powyższe postanowienie?

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśla zapis umowy w § 11 ust. 5.

Pytanie 2

Zgodnie z punktem C.11 Opisu przedmiotu zamówienia po otrzymaniu informacji od Wykonawcy o możliwości dokonania cesji osoba zainteresowana (której cesja dotyczy) udaje się do wskazanego punktu na terenie miasta Łodzi w celu dokonania wszelkich formalności związanych z cesją numeru. Wypełnienie niezbędnej dokumentacji leży po stronie Wykonawcy.

Zwracamy uwagę na to, iż tym samym mielibyśmy do czynienia ze świadczeniem objętym przedmiotem zamówienia (opłacanym ze środków publicznych) w ramach którego beneficjentem czynności wykonawcy byłaby osoba trzecia – podmiot niebędący Zamawiającym lub pracownikiem Zamawiającego. W ocenie wykonawcy takie działanie mogłaby zostać uznane za rażąco niezgodne z zasadami wydatkowania środków publicznych (celowość oraz oszczędność). Wnosimy o jednoznaczne potwierdzenie, iż wykonawca ma w cenie oferty uwzględnić koszt wykonywania usług na rzecz podmiotów trzecich wobec wykonawcy oraz zamawiającego.

Odpowiedź:

Cena oferty uwzględniać ma jedynie koszty usług świadczonych na rzecz Zamawiającego. Koszt usług wynikających z przeprowadzonej cesji pokrywała będzie osoba na którą cesja została zawarta, stąd absolutnie nieuzasadnione jest wliczanie tych kosztów w wartość oferty.

Pytanie 3

Zgodnie z punktem C.2 Opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca dostarczy drogą elektroniczną bądź na nośniku CD plik w formacie CSV, w którym do poszczególnych numerów telefonicznych przypisze numery kart SIM, PIN, PUK

Wnosimy o dopuszczenie dostarczenia pliku w formacie xls. lub xlsx. lub pdf.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza dostarczenie danych o których mowa w pkt. C.2 OPZ w pliku CSV, xls. lub xlsx., z wyłączeniem plików pdf.

Pytanie 4

Zgodnie z punktem F.3 Opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca wystawi fakturę VAT za aparaty telefoniczne po podpisaniu przez Strony protokołu odbioru.

Zgodnie z przepisami prawa podatkowego, na wykonawcy ciąży obowiązek wystawienia faktury VAT w momencie sprzedaży aparatów telefonicznych. Wnosimy zatem o dopuszczenie wystawienia faktury VAT z chwilą dostarczenia aparatów telefonicznych do siedziby Zamawiającego. Protokół odbioru, podpisany przez Strony będzie stanowił dokument potwierdzający prawidłowość dostawy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza takiej możliwości, z chwilą dostarczenia aparatów powstaje obowiązek podatkowy samo wystawienie faktury zgodnie z zapisami ustawy o vat może nastąpić do 15 dnia kolejnego miesiąca.

Pytanie 5

Zgodnie z punktem G.12 wykonawca wystawi jedną, zbiorczą kartę gwarancyjną dla telefonów komórkowych z załączonymi numerami IMEI każdego urządzenia

Wnosimy, aby wystawiona zbiorcza faktura VAT stanowiła taki dokument. Większość producentów telefonów zaniechała drukowania i dołączania kart gwarancyjnych do opakowań ze sprzętem. Podstawą do korzystania z warunków gwarancji jest dowód zakupu.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza aby podstawą do korzystania z warunków gwarancji był dowód zakupu.

Pytanie 6

Przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie usług telefonii komórkowej. W przypadku takich usług istotnym elementem składającym się na opis udzielanego zamówienia jest informacja na temat międzyoperatorskiego ruchu telekomunikacyjnego występującego u danego zamawiającego (połączenie przychodzące i wychodzące z rozbiem na poszczególnych operatorów telekomunikacyjnych). Informacja na temat tego jaki ruch jest generowany przez zamawiającego pozwala na oszacowanie podstawnych elementów kosztotwórczych dla usługi telekomunikacyjnej (jest to wiedza notoryjna dla każdego operatora telekomunikacyjnego).

Jak słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do usług telefonicznych : „Są to bowiem usługi będące szczególnym rodzajem zamówienia, w przypadku którego zauważalne jest systematyczne obniżanie wynagrodzenia operatorów, a dodatkowo przychodów wykonawcy nie stanowi jedynie jego wynagrodzenie za realizację usługi (jak to ma miejsce w przypadku robót budowlanych, dostaw czy większości usług), wykonawca uzyskuje bowiem przychody z tytułu opłat międzyoperatorskich uiszczanych za połączenia przychodzące z innych sieci. Ponadto są to usługi, których wykonanie nie wymaga ze strony wykonawcy ponoszenia żadnych szczególnych nakładów czy inwestycji, poza obowiązkiem ponoszenia kosztów opłat MTR za połączenia i wiadomości wychodzące do sieci obcych”. Podobnie KIO z dnia 11 sierpnia 2015 roku sygn. akt KIO 1651/15: „Odnosząc się do kosztu świadczenia usług telekomunikacyjnych, obejmuje on przynajmniej tzw. opłaty interkonektowe (za zakończenia połączenia w sieci innego operatora). Są to opłaty wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, których stawka jest ustalana urzędowo”. Uwzględnienie zarzutu braku informacji na temat ruchu telekomunikacyjnego miało miejsce przykładowo w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO UZP 1253/08 oraz KIO 566/19.

Podkreślić należy, iż tylko Zamawiający wraz z każdorazowym usługodawcą są w posiadaniu informacji niezbędnych dla ustalenia rzeczywistych elementów kosztotwórczych wpływających na wysokość ceny. W naszej ocenie brak tych informacji godzi w wyrażoną w zasadę sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący. Jak podkreśla Prezes UZP w podobnych okolicznościach, Zamawiający nie wskazując informacji które miały wpływ na sposób skalkulowania ceny oferty postawił w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy wykonywali wcześniej przedmiotową usługę .

Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje na temat ruchu międzyoperatorskiego.

Odpowiedź:

Średnia miesięczna ilość połączeń wychodzących w ruchu międzyoperatorskim kształtuje się na poniżej wskazanym poziomie.

- Sieć Orange – 9 788

- Sieć P4 – 4 325

- Sieć Polkomtel – 3703

- Sieć T- mobile – 2559

Średnia wyliczona została na podstawie danych z trzech jednostek generujących najwyższą liczbę połączeń.

Pytanie 7

Zwracamy uwagę Zamawiającego na to, iż zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie m.in. znaków towarowych, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zamawiający w dokumentacji przetargowej wskazał na takie znaki towarowe, jak przykładowo:

- Android znak towarowy Google Inc .
- AMOLED znak towarowy Samsung
- Gorilla Glass znak towarowy Corning Incorporated
- Clear View Cover znak towarowy Samsung

Zamawiający dodał w dokumentacji, iż wszystkie wskazane w opisie przedmiotu zamówienia znaki towarowe, nazwy handlowe produktów należy rozumieć jako określenie wymaganych norm i standardów jakościowych dla danego produktu. Oznaczenia i nazwy własne materiałów i produktów służą wyłącznie do opisanego minimalnych parametrów technicznych, standardów jakościowych, które powinny spełniać te produkty.

Zarazem brak w dokumentacji przetargowej określenia zasad równoważności dla tak opisanego przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza : „W doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż dopuszczając produkt równoważny Zamawiający powinien określić kryteria równoważności, w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ważnej oferty oraz zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, który z jednej strony dopuszcza produkt równoważny, jednak nie precyzując wymagań, które są dla niego istotne, w wyniku oceny odrzuca oferty, w których zaoferowano produkt inny niż wskazany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. W wyroku o sygn. akt KIO 256/14 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Istotne jest przy tym to, aby to rozwiązanie (produkt) równoważne było rozwiązaniem, które nie jest identyczne ani też tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale aby posiadało pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które zostały przez zamawiającego określone w treści SIWZ. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne rozwiązanie (produkt), a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to rozwiązanie (produkt), a czego niewątpliwie zamawiający nie określił. (...). Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny do produktu referencyjnego, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ”. Obecne brzmienie dokumentacji przetargowej uniemożliwia złożenie oferty z równoważnymi rozwiązaniami. Wykonawca nie zna kryteriów równoważności w powyższym rozumieniu pozwalających na zaoferowanie produktów spełniających wymagania opisane w dokumentacji przetargowej za pomocą znaków towarowych.

Zamawiający w treści punktu 3.6 s.i.w.z. dodał, iż za towar równoważny będzie uznawał asortyment o nie gorszych parametrach technicznych niż wskazane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Brak jednak w dokumentacji przetargowej informacji na czym polegać ma możliwość zaoferowania rozwiązania „nie gorszego” niż wskazane. Jak słusznie podkreśla Izba w wyroku o sygn. akt: KIO 1150/11: „analiza przywołanej odpowiedzi prowadziła do wniosku, że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktu o parametrach nie gorszych. Nie określił przy tym, co rozumie przez pojęcie „parametry nie gorsze”. W wytycznych Krajowej Izby Odwoławczej słusznie wskazuje się, iż : „wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu referencyjnego prowadziłoby do konieczności zaproponowania produktów o identycznych parametrach /według Zamawiającego nie gorszych/, a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czyniłoby to postanowienie iluzorycznym. Stąd niezwykle istotne jest podanie przez Zamawiającego, na etapie SIWZ parametrów które jego zdaniem są istotne dla oceny, czy dany produkt jest produktem równoważnym /to jest nie gorszym/”. Zamawiający winien określić dla danego przedmiotu zamówienia, jakie konkretne rozwiązania będzie uważał za nie gorsze, jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty .

Wnosimy o wyjaśnienie, wobec użycia w dokumentacji przetargowej znaków towarowych jakie kryteria równoważności ma spełnić wykonawca przy dostawie oferowanych urządzeń?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że zarzuty sformułowane przez Wykonawcę są bezzasadne i nie znajdują oparcia w faktach. Opis przedmiotu zamówienia nie narusza zasad obiektywizmu i uczciwej konkurencji, określonych w art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający każdorazowo w taki sposób opisuje przedmiot zamówienia, aby spełniał on obiektywne potrzeby Zamawiającego, związane z przeznaczeniem i sposobem użytkowania danego zamawianego sprzętu.

Amoled – Zamawiający podtrzymuje wymóg.

Ekrany typu Amoled są masowo produkowane przez firmę Samsung i AU Optronics oraz stosowane u większości producentów smartfonów dostępnych w każdej klasie cenowej. Wybór matrycy Amoled jest uzasadniony z następujących powodów:

- technologia ta pozwala na budowę cienkich wyświetlaczy
- zwiększona elastyczność paneli zmniejsza ryzyko pęknięć i uszkodzeń
- zapewnia większe kąty widzenia obrazu
- dzięki temu, że każda dioda LED w panelu ma swoje własne źródło podświetlenia matryce te mają wyższy kontrast
- ekrany z matrycą Amoled mają większą efektywność korzystania z energii.

Android - Zamawiający podtrzymuje wymóg.

Jest to mobilny system operacyjny o otwartym kodzie źródłowym wykorzystywanym głównie na urządzeniach mobilnych u większości producentów smartfonów na całym świecie z możliwością dostępu do wymaganej usługi Google Play.

Gorilla Glass – jest to cienkie, lekkie i odporne na uszkodzenia szkło firmy Corning.

Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych odpowiedników opornych szkieł np. AGC Inc – Dragontrail oraz Schott AG – Xensation.

Clear View Cover – podane jako przykład produktu. Zamawiający dopuszcza inne dedykowane przez producenta telefonu etui umożliwiające sterowanie telefonem bez otwierania etui.

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na utrwalone orzecznictwo wyrażone w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, cytując treść uzasadnienia Krajowej Izby Odwoławczej zawartego przykładowo w wyroku z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 350/13, wyroku z dnia 29 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 873/13, oraz wyroku z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 185/13:

„Izba stwierdza, że prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszenia konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję.”

„Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, warunkach udziału w postępowaniu, trybie postępowania...)”.

„Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera zakaz takiego dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten nie oznacza jednak nabycia przez zamawiającego produktu nieodpowiadającego jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania co do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do tego konkretnego zamówienia. A zatem określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno następować stosownie do uzasadnionych obiektywnych potrzeb. Tak więc nawet określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający w żaden sposób nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie powinna być bowiem stosowana i interpretowana tylko i wyłącznie przez pryzmat zasady równej konkurencji, a więc w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów, gdyż narzucenie zamawiającemu konieczności realizowania zakupów, które nie odpowiadają w pełni jego potrzebom, mogłoby prowadzić do utrudnienia prowadzenia działalności, a także realizacji wyznaczonych mu zadań”.

„(...) Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi, czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia. Tak więc konkurencyjność rozumiana jako umożliwienie jak najszerszego dostępu do zamówienia podmiotom obecnym na rynku, może zostać z różnych względów ograniczona”.

„Przy czym dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występuje wykonawca, który tak opisanego przedmiotu zamówienia nie może wykonać lub dla którego jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji”.

Pytanie 8

Zgodnie z treścią punktu 3.6 s.i.w.z. Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby czynności związane z obsługą usług wynikających z niniejszej umowy były wykonywane przez pracowników zatrudnionych w ramach umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 Kodeksu Pracy (Dz.U.2019 r. poz. 1040 z późn. zm.). Każdy z pracowników operatora telekomunikacyjnego wykonuje czynności związane z obsługą usług telekomunikacyjnych. Wnosimy zatem o wyjaśnienie, jakie konkretnie czynności związane z obsługą usług dotyczą powyższego wymagania?

Odpowiedź:

Zamawiający nie jest w stanie enumeratywnie wymienić wszystkich czynności, które wykonywać powinien dedykowany do obsługi Zamawiającego opiekun/opiekunowie (konsultant. Zamawiający przyjmuje, iż będzie się kontaktował z osobą/mi o których mowa w celu korzystania z usług objętych umową i świadczyć one powinny kompleksową obsługą Zamawiającego w zakresie zawartej umowy.

Pytanie 9

Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług w okresie:

- Dla 2200 szt. do połączeń głosowych - od 01.12.2020 do 30.11.2023 roku.
- Dla 60 szt. ze stałym adresem IP bez limitu transferu - od 01.12.2020 do 30.11.2023 roku.

Zamawiający w tym zakresie wskazał na daty kalendarzowe. Zarazem zgodnie z OPZ karty SIM muszą być dostarczone do siedziby zamawiającego maksymalnie do 14 dni kalendarzowych od podpisania umowy, zaś telefony w terminie 30 dni. Niemniej brak jest informacji, jak zostanie oznaczony czas rozpoczęcia wykonywania świadczeń w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta po 1 grudnia 2020 roku. Warto w tym miejscu przytoczyć rozważania Izby zawarte z wyroku z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. KIO 2434/13: „Izba wskazuje, że tylko wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, a które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usług i muszą być uwzględnione w wycenie oferty. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług, zakładając bezkrytycznie zakończenie postępowania przed data 1 stycznia 2014 r. i uznając że skoro zawarcie umów może nastąpić w pierwszym tygodniu grudnia to wyłoniony wykonawca będzie miał jakiś (nie wiadomo jaki), czas na przygotowanie się do świadczenia usług. (...) Choć można zakładać, że zakończenie postępowania nastąpi jeszcze przed 1 stycznia 2014 r., to nie jest to pewne ani w żaden sposób określone kiedy i nie wiadomo czy i ile dni wykonawcy zostanie na przygotowanie się do świadczenia usług. Czas na przygotowanie się do świadczenia usług uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, tj. zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Co istotne, zgodnie z treścią Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 roku przeciętny czas trwania postępowania o wartości powyżej progów UE wyniósł 96 dni (w 2017 r. - 93 dni, w 2016 r. – 81 dni). Termin ten może ulec znaczącemu wydłużeniu - przykładowo w przypadku wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (wobec ponad dwumiesięcznego zawieszenia wyznaczania przez KIO rozpraw).

Wskazać także należy, iż ustawodawca dostrzegł konieczność odstąpienia od posługiwania się terminami kalendarzowymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z brzmieniem art. 436 nowej ustawy Pzp wzorzec umowy winien zawierać planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi lub dostawy określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

Biorąc pod uwagę powyższe, zwracamy się o wyjaśnienie jak zostaną ustalone terminy świadczenia w przypadku przedłużającego się postępowania? Wnosimy o potwierdzenie, iż wykonawca będzie miał gwarantowany termin 14 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy na dostawę kart SIM oraz następnie na uruchomienie usług.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, iż Wykonawca będzie miał gwarantowany termin 14 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy na dostawę kart SIM oraz następnie na uruchomienie usług.

Tym samym Zamawiający informuje, że zmianie ulega zapis § 2 ust 1:

1. „Umowa zostaje zawarta na czas określony tj. od dnia jej podpisania do upływu 36 miesięcy od uruchomienia usługi.

Świadczenie usługi obejmuje okres

- 2200 szt. do połączeń głosowych – nie wcześniej niż od 01.12.2020
 - 60 szt. ze stałym adresem IP bez limitu transferu – nie wcześniej niż od 01.12.2020
- lub do wykorzystania kwoty umowy, o której mowa w § 9 ust. 1.”

Pytanie 10

Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej cena każdego modelu telefonu komórkowego musi być taka sama oraz równa 1 PLN netto. Mamy zatem do czynienia z ustaleniem ceny maksymalnej urządzeń. W ocenie wykonawcy mamy do czynienia z wadliwością opisu przedmiotu zamówienia z dwóch powodów. Po pierwsze w ocenie wykonawcy Zamawiający bezzasadnie wprowadza limity cenowe ograniczając prawo wykonawców do samodzielnego ustalenia ceny. Powołując się na poglądy orzecznictwa zwracamy uwagę na to, iż : „zgodnie z art. 14 p.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c. i to wprost, a nie odpowiednio (por. M. Stachowiak, uwaga 2 do art. 14 p.z.p., op.cit.; A. Rudowald, Zamówienia publiczne jako sprawy cywilne, Zamówienia Publiczne Doradca nr 11/2007, s. 61). Odesłanie to obejmuje wszystkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców, (...) zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego.” W naszej ocenie ustanowienie cen stałych stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, gdyż godzi w nasze interesy jako uczestnika publicznego postępowania o udzielenie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza dawała wyraz przekonaniu, iż ustawa Prawo zamówień publicznych sprzeciwia się ustalaniu cen stałych przez Zamawiającego : „charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala na Zamawiającemu na określenie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. (...) Fakt, iż cena jest elementem oferty wynika także z przepisów kodeksu cywilnego, który w art. 66 §1 stanowi, iż oferta jest oświadczeniem drugiej stronie woli zawarcia umowy zawierającym istotne jej postanowienia, do których niewątpliwie należy cena. Stanowisko, iż określenie ceny za realizację zamówienia jest czynnością wykonawcy można wywieść ponadto z faktu, iż cena jest obligatoryjnym kryterium oceny ofert w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 92 ust. 2 ustawy Pzp) i często jest jedynym lub głównym elementem konkurencji pomiędzy wykonawcami. Powyższe prowadzi do wniosku, iż ustalenie przez Zamawiającego górnej granicy kwoty (...) wykracza poza przyznane mu w ustawie Pzp kompetencje.” Jak podkreśla się w orzecznictwie, strony uczestniczące w obrocie gospodarczym powinny być w możliwie największym zakresie jednakowo traktowane co do praw i obowiązków przy realizacji zamówienia (sygn. akt: KIO/UZP 1221/09). Zamawiający określając stałe wynagrodzenie za dostawę telefonów wykraczał poza ramy opisu przedmiotu zamówienia określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie tyle opisał przedmiot zamówienia, co rozstrzygnął w jakiej cenie będzie nabywał dostawy wykonywane w ramach umowy. Określenie ceny za przedmiot zamówienia winno zgodnie z obowiązującymi przepisami pozostawać uprawnieniem wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający podtrzymuje postanowienia o ustanowieniu cen maksymalnych urządzeń.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia o ustanowieniu maksymalnej ceny dla urządzeń. W tym miejscu należy zauważyć, iż na wartość oferty wpływa okres gwarancji oraz cena oferty, która jest składową stałą (dla wszystkich potencjalnych Wykonawców) i zmiennej wartości. Cena telefonu została określona przez Zamawiającego i jako stała nie ma wpływu na konkurencyjność ceny oferty, gdyż kształtuje ją wartość abonamentów. Tym samym to nadal Wykonawca jest jedynym uprawnionym do określenia ceny przedmiotu umowy.

Pytanie 11

Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej cena każdego modelu telefonu komórkowego musi być taka sama oraz równa 1 PLN netto. Jeśli cena urządzenia ma być faktycznie subsydiowana w cenie usług telekomunikacyjnych (na tym polega ustanowienie ceny maksymalnej urządzenia na nierynkowym charakterze) to koniecznym jest zapewnienie jednoznacznych informacji na temat tego z jakich przychodów koszt ich nabycia będzie pokrywany. Zasady określania przychodów w tym zakresie powinny być niezmiennie, z góry określone. Przykładowo praktykowany na rynku zakup telefonu za 1 zł w przypadku abonamentu dla osób fizycznych wiąże się z zawarciem umowy na okres 24 miesięcy. Sprzedawca z góry zna cenę nabycia telefonu (koszt jaki poniesie) co pozwala mu na skalkulowanie wysokości stałego abonamentu uiszczanego przez okres 24 miesięcy, uwzględniającego zarówno koszt urządzenia, jak i wykonywanych usług telekomunikacyjnych. Innymi słowy wykonawca winien móc ustalić nie tylko wysokość miesięczną oferowanego abonamentu, ale i gwarantowaną ilość takich abonamentów. Dopiero taka wiedza pozwala na ewentualne skalkulowanie wpływów z których będzie pokrywany koszt nabycia subsydiowanych telefonów.

Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o potwierdzenie, iż wskazywane w umowie ilości abonamentów (2200 szt. do połączeń głosowych oraz 60 szt. ze stałym adresem IP bez limitu transferu) mają charakter gwarantowany przez okres 36 miesięcy od daty zawarcia umowy? Wnosimy o potwierdzenie, iż także w przypadku gdyby umowa została zawarta po dniu 1 grudnia 2020 roku?

Zwracamy uwagę na to, iż dopuszczenie możliwości zmniejszenia ilości lub czasu opłacania abonamentów (z których jest subsydiowany zakup telefonów) nie pozwoliłoby na skalkulowanie oferty. Innymi słowy ilość oraz czas trwania abonamentów nie może być zmienna.

Odpowiedź:

Zamawiający przez okres trwania umowy będzie utrzymywał stałą liczbę abonamentów (2200 szt) . Czas trwania umowy przewiduje na maksymalnie 36 miesięcy chyba, że kwota umowy o której mowa w § 9 ust. 1 wzoru umowy, zostanie wykorzystana wcześniej.

Pytanie 12

Zamawiający w dokumentacji przetargowej postanowił, iż przedmiot zamówienia obejmuje zapewnienie dostępu do sieci telefonii komórkowej na obszarach objętych deklarowanym zasięgiem (zgodnie z publikowanymi mapami zasięgów), na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosu i danych. Zarazem zgodnie z treścią punktu B.2 Opisu przedmiotu zamówienia wykonawca winien zapewnić pełną dostępność sieci użytkownikom Zamawiającego wykonującym zadania na terenie kraju, ze szczególnym uwzględnieniem obszarów gdzie znajdują się jednostki Policji woj. łódzkiego.

Należy przypomnieć, iż obecnie operatorzy gwarantują zasięg na około 95%-98% powierzchni kraju, bez zapewnienia łączności w każdym budynku. Publikowane mapy zasięgu mające jedynie szacunkowy charakter wyraźnie wskazują na istnienie różnicy w dostępności usług na terenie otwartym oraz w budynkach . Operatorzy jednoznacznie zastrzegają, iż ze względów takich jak m.in. ukształtowanie terenu, rodzaj zabudowy czy bezpośrednie otoczenie, prezentowany zasięg lub moc sygnału mogą być inne niż na publicznie dostępnej mapie . Przedsiębiorstwa telekomunikacyjne zastrzegają, iż mapy zasięgu nie są częścią umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i nie mogą być podstawą ewentualnych reklamacji . Mamy do czynienia z postanowieniem rażąco odbiegającym od praktyki rynku telekomunikacyjnego, postanowieniem nieprecyzyjnym, uniemożliwiającym skalkulowanie kosztów sporządzenia oferty. Zamawiający ustanawia także rażąco przewagę dla obecnego usługodawcy (który posiada taką wiedzę). Zamawiający nie precyzuje między innymi następujących kwestii:

- w jakich obszarach oczekuje zapewnienia zasięgu, czy wymaganie dotyczy wyłącznie obszarów otwartych czy także budynków;
- jeśli budynków – brak jest wskazania ich lokalizacji, a także brak szczegółowego opisu budynków, w tym specyfikacji technicznej (opisy techniczne), a także informacji na temat warunków dokonywania budowy infrastruktury telekomunikacyjnej;
- jakiego rodzaju niezbędne prace poprawiające zasięg wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia;
- brak jest informacji co do zasad umiejscawiania infrastruktury poprawiającej zasięg (gdzie jest możliwe jej umieszczenie, możliwości przyłączenia prądu, zasad udostępnienia pomieszczeń etc.), podmiotów z którymi należy uzgodnić zasady udostępnienia pomieszczeń;
- informacja, czy obowiązkiem zapewnienia zasięgu objęte są także pomieszczenia jak szyby windowe, czy klatki schodowe.

Jedynie posiadanie szczegółowych informacji pozwala na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia. Należy podkreślić, iż jedynie posiadanie podstawowych informacji na temat budynków, ich opisów (dokumentacja, opis techniczny etc.) pozwala na określenie kosztów zapewniania stabilnego zasięgu w sposób opisany w dokumentacji przetargowej. Konieczne jest określenie, czy umieszczenie własnej infrastruktury jest nieodpłatne czy odpłatne (dzierżawa miejsca), jakie są koszty pozyskania energii dla użytkowanych przez wykonawcę urządzeń etc. Zwracamy uwagę na to, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca najpierw dokonuje oszacowania kosztów wykonania świadczenia (na podstawie informacji zawartych w dokumentacji przetargowej) i dopiero na ich podstawie ustala wartość oferty. Za nieakceptowalne należy uznać postanowienia, które na etapie realizacji umowy precyzują jakie faktycznie koszty ma ponieść wykonawca. Koszt jednej inwestycji w poprawienie zasięgu może wynosić od kilkudziesięciu do kilkuset tysięcy złotych. Przykładowo koszt podstawowej instalacji dla niewielkiego budynku bez żadnych dodatkowych utrudnień instalacyjnych wynosi minimum 30.000 zł netto (co jest wiedzą notoryjną dla każdego dostawcy usług telefonii komórkowej). W przypadku, gdy miejsce wykonywania świadczenia objęte jest ochroną konserwatorską w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, koszt zapewnienia instalacji znacząco wzrasta.

Co istotne, mamy także do czynienia z brakiem zachowania porównywalności składanych ofert. W orzecznictwie podkreśla się, iż z jednej strony opis przedmiotu zamówienia umożliwia realizację potrzeb zamawiającego, a z drugiej - gwarantuje porównywalność ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co służy wyborowi oferty najkorzystniejszej . Wykonawcy nie mając informacji na temat istotnych elementów kosztotwórczych mogą się znacząco różnić w ocenie ryzyk i tym samym wysokości planowanego wynagrodzenia w tym zakresie.

W dokumentacji przetargowej brak jakiegokolwiek informacji na temat możliwości przeprowadzenia ewentualnej wizji lokalnej (co jest standardem w przypadku domagania się zapewnienia zasięgu we wskazanych z góry lokalizacjach). W przypadku usług telekomunikacyjnych wizja lokalna ma

kluczowe znaczenie dla możliwości złożenia oferty (np. montaż urządzeń wzmacniających sygnał). Jak podkreśla przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do podobnych zamówień:

- Udział w takiej wizji lokalnej wydaje się zasadnym z punktu widzenia prawidłowości przygotowania ofert przetargowych, a następnie realizacji zamówienia. Wymóg ten jedynie ma ułatwić wykonawcom możliwość złożenia jak najlepszej oferty w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r. sygn. akt: KIO/226/11)

- Izba ocenia, że w złożonych swym charakterem zamówieniach, jakim jest budowa sieci informatycznej przeprowadzenie wizji może mieć dla sporządzenia oferty oraz jej prawidłowej wyceny istotne znaczenie (wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 1633/09).

- Zamawiający powinien umożliwić wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnych, co może mieć znaczenie dla prawidłowego sporządzenia oferty i wyceny przedmiotu zamówienia. (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1839/09)

Niemniej odnosząc się do naszego żądania dołączenia do dokumentacji przetargowej charakterystyk budynków w których ma być wykonywana usługa warto przypomnieć, iż : „Przeprowadzenie wizji lokalnych to prawo wykonawcy, (...). To przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ stanowi podstawę do przygotowania oferty. Wizja lokalna nie może bowiem zastępować opisu przedmiotu zamówienia dokonywanego przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp”. Reasumując, w naszej ocenie sposób w jaki Zamawiający opisał wymaganie zapewnienia zasięgu uniemożliwia skalkulowanie oferty. Wnosimy o doprecyzowanie dokumentacji przetargowej o wskazywane przez nas informacje lub też o usunięcie przedmiotowego postanowienia („ze szczególnym uwzględnieniem obszarów gdzie znajdują się jednostki Policji woj. Łódzkiego”).

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje wizji lokalnych, poziom sygnału w budynkach nie będzie miał wpływu na złożoną ofertę, niemniej jednak jego poziom powinien zapewnić możliwość komunikacji.

Pytanie 13

Przedmiot zamówienia obejmuje dostarczenie Zamawiającemu fabrycznie nowych telefonów komórkowych z dedykowanymi przez producenta futerałami/etui. Zwracamy się o wyjaśnienie, co w przypadku gdy producent urządzenia nie wskazuje na dedykowane futerały lub etui? Czy dostawa takich telefonów z futerałami/etui dobranymi przez wykonawcę jest dopuszczalna?

Odpowiedź:

Tak, w przypadku gdy producent urządzenia nie wskazuje na dedykowane futerały/etui, Wykonawca może dobrać pasujące futerały/etui zgodne z danym modelem.

Pytanie 14

Zgodnie z treścią Opisu przedmiotu zamówienia połączenia oraz transmisja danych wykonywane w ramach roamingu mają być naliczane zgodnie z ceną podaną w ofercie. Zamawiający wymaga także, aby Wykonawca podał koszty połączeń międzynarodowych z podziałem na kraje, zgodnie z najtańszym obowiązującym cennikiem operatora dla klientów biznesowych dostępnym w publicznej ofercie dla klienta biznesowego.

Wnosimy o wyjaśnienie w jaki sposób ma być przedstawiona cena za połączenia oraz transmisję danych wykonywane w ramach roamingu (formularz ofertowy nie przewiduje takich pozycji). Czy mam być dołączony do oferty cennik usług roamingowych? Ponadto wnosimy o wyjaśnienie, czy także cennik połączeń międzynarodowych ma być załączony do oferty?

Odpowiedź:

Zamawiający ma na myśli aktualną na dzień podpisania umowy oraz ogólnodostępną ofertę dla klienta Biznesowego, która ma być załączona do umowy. Wykonawca nie ma obowiązku załączania cennika Klienta Biznesowego do oferty przetargowej.

Pytanie 15

Zamawiający w treści Opisu przedmiotu zamówienia przedstawił wymagania minimalne dotyczące dostarczanych telefonów. Wnosimy o potwierdzenie, iż przykładowo minimalne wymaganie w zakresie wielkości wyświetlacza (6,2”) oznacza możliwość dostarczenia telefonu z większym wyświetlaczem. Wnosimy także o wyjaśnienie na czym polega minimalne wymaganie dotyczące procesorów – przykładowo ośmiordzeniowy 1,6Hz, 1,35GHz. Czy dopuszczalne jest złożenie oferty z procesorem z większą liczbą rdzeni lub z wyższym poziomem taktowania procesora?

Odpowiedź:

Tak, jest możliwość dostarczenia telefonów z większym wyświetlaczem przy zachowaniu innych parametrów wymaganych w OPZ.

Tak, dopuszczalne jest złożenie oferty z procesorem z większą liczbą rdzeni lub z wyższym poziomem taktowania procesora.

Pytanie 16

Zgodnie z treścią §2 ust. 1 wzorca umowy, umowa zostaje zawarta na czas określony tj. od dnia jej podpisania do upływu 36 miesięcy od uruchomienia usługi lub do wykorzystania kwoty umowy, o której mowa w § 8 ust. 1 umowy. Wnosimy o wyjaśnienie, czy do kwoty netto określonej w §8 ust. 1 wlicza się także wynagrodzenie wykonawcy za dodatkowe świadczenia niewymienione w formularzu cenowym (jak przykładowo wynagrodzenie za usługi w roamingu, o którym mowa w treści §9 ust. 4 umowy)?

Odpowiedź:

Tak, zamawiający potwierdza, że z wartości umowy będą opłacane również, opłaty poza abonamentowe. Szacując wartość postępowania uwzględnił koszty dodatkowe ponoszone poza abonamentem.

Pytanie 17

Zgodnie z treścią pkt. 1 Telefon z wyposażeniem – 10 szt. – grupa A, załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający w wierszu 15 Film parametry, wymaga UHD 8K (7680x4320). Wnosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający miał na myśli UHD 8K (7680x4320)?

Zgodnie z treścią pkt. 3 Telefon z wyposażeniem – 500 szt. – grupa C, zaktualizowanego w dn. 30.09.2020r., załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający w wierszu 2 Wyświetlacz, wymaga 1520x720 (HD+). Wnosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający miał na myśli 1560x720 (HD+)

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający miał na myśli UHD 8K (7680x4320)

Tak, Zamawiający miał na myśli 1560x720 (HD+)

Pytanie 18

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że zostaną zawarte umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych (zgodnie z art. 56 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego) na wzorze zaproponowanym przez Wykonawcę, z uwzględnieniem warunków wskazanych SIWZ, w tym we wzorze umowy, który stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.

Wykonawca wskazuje, że stosownie do treści art. 56 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, umowa o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, wymaga formy pisemnej lub elektronicznej i powinna zawierać co najmniej elementy wskazane w ust. 3 ww. przepisu.

Jednocześnie Wykonawca podkreśla, iż przyjęcie przez Zamawiającego, że jedyną podstawą świadczenia usług telekomunikacyjnych będzie załączona do SIWZ umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego naraża Wykonawcę na naruszenie przepisów ustawy – Prawo telekomunikacyjne.

Odpowiedź:

Zamawiający zawrze jedynie umowę załączoną do dokumentacji przetargowej. Do umowy załączony musi zostać cennik usług dla klientów biznesowych. Zamawiający dopuszcza załączenie do umowy Regulaminu świadczenia usług, którego zapisy będą miały zastosowanie w zakresie niesprzecznym z treścią umowy.

Pytanie 19

Wykonawca wnosi o dodanie do § 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, kolejnego ustępu w brzmieniu: "Łączna wysokość wszystkich kar umownych do zapłaty których może być zobowiązany Wykonawca na podstawie zapisów niniejszej umowy, nie może przekroczyć 20% wartości maksymalnego zobowiązania Zamawiającego określonego w § 9 ust. 1."?

Takie doprecyzowanie będzie w końcowym rachunku generowało korzyść dla Zamawiającego, gdyż dla Wykonawcy oznacza ograniczenie ryzyka, że Zamawiający może obciążać go nadmiernymi w odniesieniu do wartości kontraktu karami umownymi, a więc dla Wykonawcy umożliwi najniższą możliwą kalkulację cenową oferty przetargowej.

Wykonawca uważa, że skoro Zamawiającego obliguje dyscyplina finansów publicznych, powinien on dążyć do minimalizacji kosztów realizacji wymaganego zamówienia, przy zachowaniu racjonalnych warunków tej realizacji.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian treści umowy.

Pytanie 20

Wykonawca wnosi o uzależnienie poszczególnych przypadków wskazanych w § 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, w których Wykonawca ponosi odpowiedzialność w za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy od wystąpienia „zwłoki” po jego stronie. Opóźnienia są bowiem następstwem także takich okoliczności, na które Wykonawca nie ma wpływu (np. zależnych nie tylko wyłącznie od Zamawiającego, ale również od podmiotu trzeciego), w konsekwencji czego nie powinny one stanowić podstawy odpowiedzialności Wykonawcy. W przypadku podtrzymania obecnego rozwiązania przez Zamawiającego konieczne będzie uwzględnienie

powyższego ryzyka w ofercie cenowej przez Wykonawców ubiegających się o zamówienie, co prowadzić będzie do zwiększenia ceny ofertowej.

Odpowiedź:

Zmawiający nie dopuszcza zmian w treści umowy.

Pytanie 21

Wykonawca zwraca się z zapytaniem, czy Zamawiający zgodzi się na doprecyzowanie zapisu § 10 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ tak, aby naliczanie kar umownych następowało po zakończeniu procedury reklamacyjnej, przy czym postępowania reklamacyjne wynikiem w toku realizacji umowy będą prowadzone na zasadach i warunkach określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. Nr 226, poz. 2291)?

Wykonawca proponuje np. następujący zapis:

"Wszelkie przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania usług telekomunikacyjnych rozstrzygane będą zgodnie z art. 105 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. 2004 r., Nr 226, poz. 2291), a ewentualne kary umowne naliczane będą po zakończeniu procedury reklamacyjnej."

Wykonawca składa powyższy wniosek, ponieważ wyrażenie zgody, aby Wykonawca ustosunkował się do reklamacji powinno być podstawą właściwej współpracy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Ponadto zobowiązanie do stosowania procedury reklamacyjnej nakłada na Wykonawcę Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 1 października 2004 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 2291), które jest aktem wykonawczym do ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo Telekomunikacyjne, która to ustawa ma przecież niezaprzeczone zastosowanie do przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego, a więc jest to zobowiązanie wynikające bezpośrednio z wyżej wymienionej ustawy.

Wykonawca, jest poddawany częstym kontrolom i audytom, w tym ze strony Urzędu Komunikacji Elektronicznej i nie może sobie pozwolić na zawieranie umów niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa i rozporządzeniami.

Ponadto Wykonawca uważa, że odwołanie się do powszechnie stosowanych przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków, jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. Nr 226, poz. 2291), jest z korzyścią dla Zamawiającego, gdyż w konkretny sposób określa procedurę postępowania Stron umowy przetargowej.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy, niemniej jednak samo naliczenie kar umownych następuje po uprzednim wezwaniu do usunięcia nieprawidłowości, czy zgłoszeniu reklamacji. Tym samym należy uznać, iż przesłanki Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej zostaną spełnione.

Pytanie 22

Wykonawca zwraca się zapytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę, aby regulowanie należności następowało na konto bankowe Wykonawcy w terminie 21 dni od daty wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT, przy czym Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia faktury w ciągu 7 dni od daty jej wystawienia?

Mając na uwadze wyrok Sądu Najwyższego z 12 lipca 1996 r. (sygn. akt II CRN 79/96), zgodnie z którym: "(...) w rozliczeniach bezgotówkowych za chwilę otrzymania zapłaty przez wierzyciela uważać trzeba chwilę uznania jego rachunku bankowego", Wykonawca wnosi o przyjęcie, że dniem zapłaty będzie dzień wpływu należności na konto Wykonawcy. Jak potwierdza bowiem powyższe orzeczenie Sądu Najwyższego, za spełnienie świadczenia pieniężnego uważa się postawienie środków pieniężnych do dyspozycji wierzyciela, co w przypadku płatności bezgotówkowej oznacza, że datą spełnienia świadczenia jest dzień, w którym świadczenie zasililo jego rachunek bankowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian we wskazanym zakresie.

Pytanie 23

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, z jakiego powodu Zamawiający przyjął za termin zapłaty dzień obciążenia rachunku Zamawiającego, skoro w tym terminie nie następuje faktycznie spełnienie świadczenia pieniężnego? Wykonawca zwraca przy tym uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 12 lipca 1996 r. (sygn. akt II CRN 79/96), zgodnie z którym: "(...) w rozliczeniach bezgotówkowych za chwilę otrzymania zapłaty przez wierzyciela uważać trzeba chwilę uznania jego rachunku bankowego". W związku z powyższym, Wykonawca wnosi o zmianę przedmiotowego postanowienia umownego poprzez przyjęcie, że terminem zapłaty będzie dzień wpływu środków na konto Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu, zgodnie z art. 353¹ Kc strony zawierające umowę mogą w sposób odmienny ustalić w umowie z jaką chwilą nastąpi spełnienie świadczenia bezgotówkowego.

Pytanie 24

Wykonawca wnosi o potwierdzenie w zakresie ppkt 11 pkt C. Załącznika nr 2 do SIWZ, że przedmiotowe postanowienie nie stanowi wyrażenia przez Wykonawcę zgody ad hoc na dokonanie przeniesienia praw i obowiązków.

Odpowiedź:

Samo zgłoszenie cesji nie stanowi wyrażenia zgody na dokonanie przeniesienia praw i obowiązków na osobę cesjonariusza, ma to miejsce dopiero po podpisaniu cesji przez strony zainteresowane.

Pytanie 25

Wykonawca wnosi o doszczegółowienie ppkt 4 pkt A. Załącznika nr 2 do SIWZ, dotyczącego procesu przeniesienia numeracji, zgodnie z obowiązującymi w tym względzie przepisami prawa (czyli w trybie przewidzianym przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych), a więc w następujący sposób:

„Wykonawca dokona przeniesienia i aktywacji numerów telefonicznych przydzielonych przez dotychczasowego operatora zgodnie z art. 71 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr. 171, poz. 1800 z późniejszymi zmianami). Przeniesienie przydzielonego numeru telefonicznego nie może powodować przerwy w świadczeniu usług telekomunikacyjnych dłuższej niż 3 godziny, pomiędzy godziną 0:00 a godziną 3:00, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r.”

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje przedmiotowe zapisy. Ponadto informuje, że przeniesienie numerów musi odbyć się zgodnie aktualnie obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Cyfryzacji z dn. 11 grudnia 2018 r.

Pytanie 26

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie ppkt 4 pkt A. Załącznika nr 2 do SIWZ, czy Wykonawca będzie zobowiązany do pokrycia ewentualnych kosztów wynikających z art. 71a ustawy prawo telekomunikacyjne, w związku z rozwiązaniem przez Zamawiającego umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych bez zachowania okresu wypowiedzenia? Czy też Zamawiający pod pojęciem „bez poniesienia dodatkowych kosztów” rozumie tylko i wyłącznie koszty związane z fizycznym przyłączeniem do sieci Wykonawcy? Powyższe pytania uzasadnione są tym, iż do dokonania właściwej kalkulacji oferty, Wykonawca musi znać wszelkie koszty jakie mogą pojawić się na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo, Wykonawca wskazuje, że obowiązek poniesienia wszystkich kosztów związanych z przeniesieniem numerów od dotychczasowego operatora GSM spoczywa na Wykonawca, może zostać uznany za naruszenie konkurencyjności postępowania, w przypadku gdy jednym z uczestników postępowania będzie dotychczasowy operator GSM.

Odpowiedź:

Wykonawca nie będzie narażony na koszty związane z rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego. Umowa pomiędzy dotychczasowym Wykonawcą a Zamawiającym zawarta jest na czas określony, a termin rozpoczęcia świadczenia nowej umowy przez nowego Wykonawcę przewidywany jest po wygaśnięciu aktualnej umowy.

Pytanie 27

Wykonawca zwraca się zapytaniem, czy Zamawiający zgodzi się na zmianę zapisu § 10 ust.2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, poprzez określenie, że naliczanie ewentualnych kar umownych będzie odbywało się wyłącznie w formie not obciążeniowych?

W załączeniu Wykonawca przedstawia propozycję odpowiedniego zapisu umowy:

"Zamawiający poinformuje Wykonawcę o naliczeniu ewentualnych kar umownych na piśmie poprzez wystawienie noty obciążeniowej. Zapłata kary umownej nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku realizacji umowy."

Wykonawcy zależy, aby był przez Zamawiającego informowany o fakcie niespełnienia wymagań i miał możliwość ustosunkowania się do wszelkich zastrzeżeń, oraz aby został poinformowany o fakcie naliczania kary poprzez wystawienie przez Zamawiającego noty obciążeniowej.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w powyższym zakresie.

Pytanie 28

Wykonawca zwraca się zapytaniem, czy Zamawiający zgodzi się na doprecyzowanie zapisu § 8 ust. 6 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz ppkt 11 pkt C. Załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez określenie, że w przypadku, gdy wada nie zostanie usunięta w ciągu 48 godzin przez autoryzowany serwis, to termin wykonania naprawy ulega przedłużeniu o czas niezbędny do wykonania naprawy, lecz nie dłużej niż do 30 dni?

Wykonawca informuje, iż procedury gwarancyjne większości producentów, a więc i autoryzowanych serwisów przewidują termin do 30 dni na naprawę sprzętu telekomunikacyjnego. Wykonawca musi mieć również czas na dostarczenie sprzętu do serwisu i na jego odbiór.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w powyższym zakresie.

Pytanie 29

Wykonawca wnosi o doszczegółowienie § 11 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, poprzez wskazanie, że zajęcie dotyczy „całego” majątku Wykonawcy. Zajęcie jedynie części nie powinno w ocenie Wykonawcy stanowić przesłanki Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Wykonawca wnosi też o wskazanie terminu do odstąpienia np. 30 dni od dnia powzięcia informacji o takiej okoliczności. Wykonawca wnosi również o dodanie w tym ustępie na końcu zdania: „W takim przypadku Wykonawca może żądać wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy”.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza zmianę zapisu, tym samym § 11 ust. 2 nabiera brzmienia:

„W przypadku postawienia Wykonawcy w stan likwidacji lub zajęcia składnika majątku mającego wpływ na realizację przedmiotu umowy, Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy. Stanowi to podstawę do naliczenia kary umownej określonej w § 10 ust. 1 lit.f.

Pytanie 30

Wykonawca wnosi o doszczegółowienie § 11 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, poprzez wskazanie, że terminu do odstąpienia np. „do dnia uruchomienia usług będących przedmiotem umowy”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w powyższym zakresie.

Pytanie 31

Wykonawca wnosi o doszczegółowienie § 11 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, poprzez wskazanie, że dwukrotne naruszenie dotyczyć ma „tego samego obowiązku w okresie 14 dni”. Dopiero przy spełnieniu tego warunku Zamawiający będzie miał prawo do odstąpienia od umowy. Wykonawca wnosi też o wskazanie terminu do odstąpienia np. 30 dni od dnia powzięcia informacji o takiej okoliczności. Wykonawca wnosi również o dodanie w tym ustępie na końcu zdania: „W takim przypadku Wykonawca może żądać wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w powyższym zakresie.

Pytanie 32

Wykonawca wnosi o usunięcie § 11 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ lub wyjaśnienie dlaczego Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy w pierwszych 8 miesiącach trwania współpracy, bez żadnego ważnego powodu.

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśla zapis umowy w § 11 ust. 5.

Pytanie 33

Stosownie do treści ppkt 1 pkt B. Załącznika nr 2 do SIWZ, Wykonawca ma zagwarantować dostęp do sieci telefonii komórkowej na poziomie nie mniejszym niż 91%, zaś zgodnie z ppkt 2 pkr B Załącznika nr 2 do SIWZ pełną dostępność sieci użytkownikom. W celu stworzenia warunków dla rzeczywistej realizacji powyższego wymogu, a także możliwości dokonania autoweryfikacji zdolności wykonawców do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca wnosi o doprecyzowanie ppkt 1 i 2 pkt B. Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez przyjęcie, że dostępność sieci i usług dla użytkowników będzie zgodna z mapami zasięgu dostępnymi na stronach WWW Wykonawcy?

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga zapewnienia dostępu do sieci telefonii komórkowej na poziomie minimum 91% na obszarach objętych deklarowanym zasięgiem (zgodnie z publikowanymi mapami zasięgów) na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosu i danych.

Pytanie 34

Wykonawca wnosi o potwierdzenie w zakresie ppkt 7 pkt G. Załącznika nr 2 do SIWZ, czy to Wykonawca ma zapewnić gwarancję? Co do zasady, gwarancję udziela producent terminali komórkowych i proces realizacji uprawnień gwarancyjnych powinien przebiegać na zasadach i w terminach określonych przez producenta danego terminala w jego karcie gwarancyjnej.

Wykonawca informuje, że to nie Wykonawca udziela gwarancji, lecz jedynie przekazuje dokumenty gwarancyjne producenta danego terminala komórkowego.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapis. Należy zwrócić uwagę, iż producent sprzętu nie jest stroną w postępowaniu.

Pytanie 35

W związku z treścią § 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, że osoby wykonujące wskazane przez Zamawiającego czynności na etapie realizacji zamówienia powinny być zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że celu weryfikacji spełnienia ww. warunku, Zamawiający zaakceptuje zanonimizowane dokumenty potwierdzające posługiwanie się przy realizacji przedmiotu zamówienia osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, takimi jak np.:

kopia umowy o pracę (pozbawiona danych osobowych pracownika),

oświadczenie własne Wykonawcy zawierające: numer osobowy pracownika nadany przez pracodawcę, datę zatrudnienia wraz z podstawą prawną oraz stanowisko służbowe,

oświadczenie własne Wykonawcy zawierające: liczbę pracowników, ich stopień służbowy, którzy będą brali udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu, Wykonawca wskazuje, że sugerowane formy potwierdzania zatrudnienia osób wykonujących czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia na podstawie umowy powinny uwzględniać stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące art. 29 ust. 3a ustawy PZP (dostępne na stronie internetowej www.uzp.gov.pl), uwzględniające opinię Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 23 września 2016 r. (dostępna również na stronie www.uzp.gov.pl). W szczególności Wykonawca zwraca uwagę na treść ww. opinii Generalnego Inspektora Danych Osobowych, zgodnie z którą „z regulacji zawartych w art. 29 ust. 3 a oraz 36 ust. 2 pkt 8a PZP nie można wywodzić podstawy prawnej do przekazywania zamawiającemu przez wykonawcę danych osobowych pracowników, a zarówno dokumentowanie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, jak i kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w tym artykule może odbywać się w sposób, których nie będzie wiązał się z przetwarzaniem danych indywidualnych osób”. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o dopuszczenie jako formy potwierdzania zatrudniania pracowników dokumentów zanonimizowanych.

Odpowiedź:

Zamawiający szczegółowo opisał warunki anonimizacji danych, oraz rodzajów dokumentów w zapisach §4 wzoru umowy. Tym samym informuję, iż Zamawiający zaakceptuje zanonimizowane dokumenty.

Pytanie 36

Zamawiający przewiduje w części C ostatni akapit, możliwość dokonania cesji. Prosimy o potwierdzenie że:

- a. Wykonawca będzie mógł uzależnić wyrażenie zgody na dokonanie cesji na rzecz nowego abonenta od pozytywnej weryfikacji kredytowej nowego abonenta,
- b. w przypadku abonenta będącego konsumentem – cesja będzie polegała wyłącznie na przekazaniu numeru zaś nowy abonent będzie zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach ogólnodostępnych ofert dla konsumentów,
- c. w przypadku abonenta innego niż konsument – cesja będzie polegała wyłącznie na przekazaniu numeru zaś nowy abonent będzie zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach ogólnodostępnych ofert dla klientów biznesowych.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza że:

- w przypadku abonenta będącego konsumentem – cesja będzie polegała wyłącznie na przekazaniu numeru zaś nowy abonent będzie zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach ogólnodostępnych ofert dla konsumentów

- w przypadku abonenta innego niż konsument – cesja będzie polegała wyłącznie na przekazaniu numeru zaś nowy abonent będzie zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach ogólnodostępnych ofert dla klientów biznesowych.

- Wykonawca będzie mógł uzależnić wyrażenie zgody na dokonanie cesji na rzecz nowego abonenta od pozytywnej weryfikacji kredytowej, przeprowadzonej tylko i wyłącznie po wyrażeniu na nią zgody przez nowego abonenta.

Pytanie 37

W § 6 ust. 1 projektu Umowy „Zamawiający przewidział że „Zgodnie Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3 a uPzp wymaga od Wykonawcy, aby czynności związane z obsługą usług wynikających z niniejszej umowy były wykonywane przez pracowników zatrudnionych w ramach umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 Kodeksu Pracy (Dz.U.2019 r. poz. 1040 z późn. zm.).” W celu uniknięcia wątpliwości prosimy o potwierdzenie, że ten obowiązek dotyczy wyłącznie osób bezpośrednio zaangażowanych w obsługę Zamawiającego (dedykowani konsultanci do obsługi Zamawiającego). W związku z powyższym prosimy o nadaniu temu ustępowi następującego brzmienia: „Zamawiający przewidział że „Zgodnie Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3 a uPzp wymaga od Wykonawcy, aby czynności związane z **bezpośrednią obsługą usług** wynikających z niniejszej umowy były wykonywane przez pracowników (**dedykowanych konsultantów do obsługi Zamawiającego**) zatrudnionych w ramach umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 Kodeksu Pracy (Dz.U.2019 r. poz. 1040 z późn. zm.).”

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy umowy bez zmian. Jednocześnie potwierdza, iż obowiązek ten dotyczy jedynie osób bezpośrednio zaangażowanych w obsługę zamawiającego (konsultanci).

Pytanie 38

W § 8 ust. 7 projektu Umowy „W przypadku braku możliwości dokonania naprawy uszkodzonego sprzętu Wykonawca na własny koszt dostarczy Zamawiającemu inny sprzęt o identycznych parametrach - ten sam model lub równoważny o nie gorszych parametrach.” W celu uniknięcia wątpliwości prosimy o potwierdzenie, że ten obowiązek dotyczy wyłącznie sprzętu który nie został uszkodzony przez użytkownika w związku nieprawidłową eksploatacją. W związku z powyższym prosimy o nadaniu temu ustępowi następującego brzmienia: „W przypadku braku możliwości dokonania naprawy uszkodzonego sprzętu Wykonawca na własny koszt dostarczy Zamawiającemu inny sprzęt o identycznych parametrach - ten sam model lub równoważny o nie gorszych parametrach. **Powyższe postanowienie dotyczy sytuacji w której do uszkodzenie sprzętu nastąpiło z przyczyn z które odpowiada użytkownik lub Zmawiający.**”

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy umowy bez zmian uznając za wystarczające zapisy § 8 pkt. 6.

Pytanie 39

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy dopuszcza zmianę postanowienia zawartego w § 9 ust. 5 projektu umowy w taki sposób, aby termin płatności liczony był od daty wystawienia faktury a nie od jej otrzymania przez Zamawiającego, przy założeniu, że Wykonawca zobowiąże się doręczyć Zamawiającemu fakturę nie później niż w terminie 7 dni o jej wystawienia a uchybienie temu terminowi spowoduje odpowiednie wydłużenie tego terminu o każdy dzień uchybienia.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w tym zakresie.

Pytanie 40

Zgodnie z § 9 ust. 10 projektu 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., sygnatura III 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). W związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o zmianę przedmiotowego postanowienia w taki sposób, aby za termin płatności wynagrodzenia dla Wykonawcy uznać dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy np. poprzez nadanie § 9 ust. 10 projektu Umowy następującego brzmienia: „**Za dzień dokonania zapłaty faktury VAT przez Zamawiającego uznaje się dzień skutecznego uznania należności na rachunku bankowym Wykonawcy.**”

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w tym zakresie.

Pytanie 41

Czy Zamawiający dopuszcza:

- 1) zmianę § 10 ust. 1 lit. c poprzez dodanie następującego zastrzeżenia „z zastrzeżeniem że w przypadku opóźnienia w dostawie urządzeń, kara umowna nie może przekroczyć wartości niedostarczonych urządzeń obliczonej według ogólnodostępnego cennika niepromocyjnego takich urządzeń w ofercie Wykonawcy.”

- 2) dodanie w § 10 projektu Umowy nowego ustępu o treści: „Całkowita suma kar umownych i bonifikat naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 20% wartości maksymalnego łącznego wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1 Umowy”.
- 3) uzupełnienie § 10 umowy o następujące postanowienie: „Odpowiedzialność Wykonawcy jest ograniczona do wartości maksymalnego łącznego wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1 Umowy. Odpowiedzialność Stron z tytułu utraconych korzyści jest wyłączona.”
- 4) uzupełnienie § 10 umowy o następujące postanowienie: „W celu uniknięcia wątpliwości Wykonawca nie ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w przypadkach określonych w Umowie, jeżeli jest ono spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca nie ponosi winy lub za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający oraz okoliczności które są wynikiem działania siły wyższej.”

Projekt Umowy nie zawiera żadnego limitu w zakresie kar umownych, co w świetle ostatniego orzecznictwa nie jest prawidłowe, ponieważ prowadzi do nadmiernego obciążenia zobowiązanego. Tak wynika z wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14) w którym Sąd Najwyższy przyjął że: „Nie określenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”.

Poza tym obniżenie wysokości kar umownych oraz wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie (przy czym zachodzi prawidłowość, że im wyższe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko).

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w tym zakresie.

Pytanie 42

Zamawiający w § 10 ust. 2 projektu Umowy przewidział dla siebie możliwość potrącania kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy. Wykonawca nie kwestionuje tutaj samej możliwości potrącania kar umownych. Zaznaczyć jednak należy, iż działanie to może być przyczyną poważnych nieporozumień pomiędzy stronami umowy. Niejednokrotnie zarówno sam fakt wystąpienia zdarzenia skutkującego powstaniem roszczenia o naliczenie kar umownych, jak również wysokość tej kary mogą być pomiędzy stronami sporne. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez strony umowy działań zmierzających do ustalenia istnienia oraz czynników wpływających na wysokość kary umownej. Prawo jednostronnego naliczenia kary umownej i potrącenia jej z wniesionego zabezpieczenia czy wynagrodzenia Wykonawcy, uniemożliwia Wykonawcy podjęcie próby wykazania, iż naliczona kara umowna potrącona została bezprawnie, albo też jej wysokość nie odzwierciedla faktycznego stanu rzeczy. Czy w związku z powyższymi wątpliwościami, Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści § 10 ust. 2 projektu Umowy poprzez zastrzeżenie możliwości potrącenia kary umownej dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do kary umownej, która ma zostać potrącona? W przypadku przychylenia się przez Zamawiającego do prośby Wykonawcy § 10 ust. 2 projektu Umowy rozwiązaniem byłoby dodanie do niego następującego zdania: „***W celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający oświadcza, że potrącenie kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi po wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego (wyjaśniającego).***”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy, niemniej jednak samo naliczenie kar umownych następuje po uprzednim wezwaniu do usunięcia nieprawidłowości, czy zgłoszeniu reklamacji. Tym samym należy uznać, iż przesłanki Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej zostaną spełnione.

Pytanie 43

Czy Zamawiający dopuszcza zmianę § 13 ust. 1 pkt 1 projektu umowy i dodanie na jego końcu następującego zdania: „*lub zmiany opłat za połączenia na skutek decyzji właściwych organów*”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian umowy w tym zakresie.

W związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający zaktualizował niżej wymienione załączniki:

- Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2 do SIWZ
- Wzór umowy – załącznik nr 5 do SIWZ

Zamawiający przesuwa **termin składania ofert na 28.10.2020 r. do godz. 10:00, termin otwarcia ofert na 28.10.2020 r. na godz. 10:30.** Odpowiednio do powyższego zmianie ulegają zapisy pkt. 14.2. i 14.5 SIWZ w zakresie terminu składania i otwarcia ofert.
Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Zastępca
Komendanta Wojewódzkiego Policji w Łodzi

/-/ insp. Dariusz Matusiak