Dział Zamówień Publicznych Wrocław, 14 czerwca 2022 roku

Postępowanie numer: KA-DZP.261.1.20.2022

WYJAŚNIENIE I ZMIANA TREŚCI SWZ cz. I

Dotyczy postępowania w trybie podstawowym prowadzonego na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp na:

Świadczenie usług telefonii komórkowej i mobilnego dostępu do internetu wraz z dostawą fabrycznie nowych urządzeń mobilnych i routerów przenośnych WIFI oraz świadczenie usług dodatkowych dla Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

Zamawiający w oparciu o art. 284 ust. 2 i ust. 6 oraz w odniesieniu do art. 286 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.), przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do zamawiającego wraz z wyjaśnieniami i zmianą treści SWZ :

Pytanie nr 1
Par 11. Prosimy o takie doprecyzowanie zapisów, z których jednoznacznie wynikać będzie, ze zapłata kar umownych nastąpi w ciągu 30 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej. Dodatkowo prosimy o takie doprecyzowanie zapisów, z których jednoznacznie wynikać będzie, ze 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. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego (sygn. Akt II CR 419/67): „(…) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się." Stąd naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie powinno być poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.
Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 1:
Zamawiający uwzględnia stanowisko Wykonawcy częściowo, tj. w ten sposób, że termin, o którym mowa w § 11 ust. 7 wzoru umowy (tj. termin zapłaty kary umownej liczonej od dnia otrzymania przez Wykonawcę noty księgowej) zostanie wydłużony z 14 dni do 30 dni. W pozostałym zakresie Zamawiający nie podziela argumentacji Wykonawcy i wskazuje, że zgodnie z ogólnymi regułami odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 KC) ciężar udowodnienia okoliczności pozwalających na obciążenie Wykonawcy karą umowną (niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania) spoczywa na Zamawiającym, zaś wina podlega domniemaniu. Dłużnik zawsze i w każdym przypadku (również po wystawieniu noty księgowej) ma możliwość bronienia się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło w wyniku okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. W razie sporu między Stronami - o obowiązku zapłaty (ziszczeniu się przesłanek do naliczenia i obciążenia Wykonawcy karą umowną) będzie musiał decydować sąd powszechny. Zamawiający stoi na stanowisku, że uczynienie zadość (we wzorze umowy) ustawowym wymogom określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych (§ 11 ust. 4 wzoru umowy) oraz wiązania odpowiedzialności Wykonawcy (na zasadzie kar umownych) ze zwłoką (nie zaś – z opóźnieniem), gdy nie jest to uzasadnione okolicznościami i zakresem zamówienia - stanowią dostateczną ochronę Wykonawcy w aspekcie kar umownych.

Dział Zamówień Publicznych Wrocław, 16 marca 2022 roku

Pytanie nr 2

Par 11. Wnosimy o ograniczenie odpowiedzialności określonej w par 11 ust. 5 do wysokości rzeczywistych strat ze wskazanym limitem kwotowym z wyłączeniem odpowiedzialności za utracone korzyści. Wprowadzenie limitu pozwoli na precyzyjne określenie przez wykonawcę ryzyk i ewentualnych innych kosztów związanych z realizacją umowy, a jednocześnie w dalszym ciągu zapewnia Zamawiającemu ochronę jego uzasadnionych interesów

Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 2:

Zamawiający nie dostrzega powodów dla uwzględnienia sugestii Wykonawcy. Zamawiający zwraca uwagę, że uczelnia publiczna - jako jednostka sektora finansów publicznych odpowiedzialna za naruszenie ich dyscypliny - nie modyfikuje w relacjach z podmiotami trzecimi ogólnych zasad odpowiedzialności cywilnoprawnej (w tym zasady, że naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono, por. art. 361 § 2 KC). O ile po stronie Zamawiającego powstanie w istocie uszczerbek majątkowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – jedynie pełna rekompensata tak powstałej szkody pozwoli Zamawiającemu urzeczywistnić zasadę dysponowania środkami publicznymi w sposób efektywny i oszczędny.

Pytanie nr 3

Par 16 ust. 6 - Zwracamy uwagę, że postanowienia par 16 ust. 6 są jednostronne. Z uwagi na to, że obie strony powinny być zobowiązane do zachowania w tajemnicy informacji które dotyczą drugiej strony wszystkie te zapisy które są zapisami jednostronnymi, należy tak zmodyfikować by uwzględniały takie same prawa dla obu spółek. Kara umowna powinna być stosowana na zasadzie wzajemności, czyli wykonawca także powinien być uprawniony do kary, o ile Zamawiający naruszy tajemnicę przedsiębiorstwa naszej spółki

Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 3:

Zamawiający zwraca uwagę, że postanowienia § 16 ust. 6 wzoru umowy nie są jednostronne, albowiem w nie wyłączają stosowania przepisów ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), w tym przepisu art. 11 tejże ustawy, definiującego czyn nieuczciwej konkurencji w postaci ujawnienia, wykorzystania lub pozyskania cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Redakcja komentowanego przepisu wzoru umowy, wskazująca na obowiązek Wykonawcy wobec Zamawiającego, w żadnym wypadku nie wyłącza analogicznego (ustawowego) zobowiązania (zakazu) po stronie Zamawiającego (wobec Wykonawcy). Niezależnie od wyrażanego w doktrynie poglądu, że adresatem obowiązków z art. 11 ww. ustawy (podmiotem zobowiązanym wobec przedsiębiorcy) pozostaje każdy (a nie tylko inny przedsiębiorca w rozumieniu art. 2 tejże ustawy), Zamawiający zwraca uwagę, że istnieją podstawy prawne i uzasadnienie dla postrzegania publicznej uczelni jako przedsiębiorcy w rozumieniu art. 2 ww. ustawy (użyte na potrzeby tej ustawy pojęcie „przedsiębiorcy" różnic się bowiem od pojęcia „przedsiębiorcy" użytego w ustawie z dn. 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.). Zamawiający informuje ponadto, że we wzorze umowy nie zastrzeżono kary umownej na wypadek naruszenia komentowanego tu obowiązku przez Wykonawcę. Zamawiający nie dostrzega zatem podstaw, aby uwzględnić uwagi Wykonawcy odnoszące się do kary umownej stosowanej na zasadzie wzajemności (tj. także wówczas, gdy to Zamawiający naruszy tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Sporządził: Łukasz Lisik
Specjalista ds. Zamówień Publicznych

Zatwierdziła: Wioletta Seredyńska
Kierownik Działu Zamówień Publicznych