

Toruń, 14.04.2016r.

### **ODPOWIEDZI NA PYTANIA I MODYFIKACJA ZAPYTANIA O CENĘ**

1. Zamawiający w zapytaniu ofertowym określił termin realizacji zamówienia na 30 dni od dnia podpisania umowy. Wykonawca zwraca uwagę, iż termin ten jest stanowczo zbyt krótki. Czas na realizację zamówienia powinien być oszacowany w taki sposób, aby umożliwić wszystkim potencjalnym Wykonawcom złożenie rzetelnej oferty na przedmiot zamówienia. Zamawiający winien wziąć pod uwagę, iż usługi stanowiące przedmiot zamówienia są usługami dedykowanymi tylko dla Zamawiającego i powinien liczyć się z tym, że dostęp z sieci wykonawcy do konkretnej lokalizacji może wymagać inwestycji. Biorąc pod uwagę powyższe przedstawienie przez Zamawiającego warunku rozpoczęcia świadczenia usług w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy powoduje, iż większość wykonawców nie będzie mogło złożyć swojej oferty, a zawężenie grona potencjalnych wykonawców odbędzie się ze szkodą dla Zamawiającego, który ograniczając konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia. Czy w związku z powyższym Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów treści SIWZ w taki sposób, aby termin realizacji usługi ustalić na 60 dni od daty podpisania umowy?

**Tak, Zamawiający wyraża zgodę i ustala termin realizacji usługi na 60 dni od daty podpisania umowy**

2. Zamawiający w par. 5 ust. 2 wzoru umowy wymaga wystawiania faktur na koniec każdego miesiąca. Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z pytaniem czy Zamawiający dopuszcza, by płatności abonamentowe były realizowane z góry w każdym miesiącu?

Przyczyną złożenia powyższego zapytania jest okoliczność, iż w sytuacji w której wysokość opłaty nie jest ustalona jako pochodna wygenerowanego na danym łączu ruchu i jest znana z góry, systemy stosowane przez operatorów telekomunikacyjnych są przystosowane do wystawiania faktur z góry. Wyłączenie obsługi przedmiotowej umowy z ogólnie stosowanego systemu rozliczeniowego może generować po stronie Wykonawcy wysokie koszty i utrudniać obsługę umowy. Ponadto, za przyjęciem systemu rozliczania postulowanego przez Wykonawcę przemawiają również względy prawne. Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Przepisy te w przypadku umów wzajemnych przewidują obowiązek jednoczesnego spełniania świadczeń. Skoro zatem Zamawiający ma dostęp do

świadczenia Wykonawcy z góry, ponieważ może korzystać z usługi od pierwszego dnia jej świadczenia, to świadczenie wzajemne w postaci zapłaty abonamentu także powinno być realizowane z góry (art.188 § 1 kc).

**Zamawiający nie wprowadza zmian w zakresie objętym zapytaniem.**

3. Zamawiający w § 5 ust. 4 wzoru umowy określił termin płatności na 21 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?

**Zamawiający nie wprowadza zmian w zakresie objętym zapytaniem.**

4. Zgodnie z § 5 ust. 6 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?

**Zamawiający nie wprowadza zmian w zakresie objętym zapytaniem.**

5. Zamawiający w par. 2 ust. 1 wzoru umowy zastrzega, że umowa ma być zawarta na okres 12 miesięcy z 1-miesięcznym okresem wypowiedzenia. Wykonawca zwraca uwagę, że z zasady umowy w zamówieniach publicznych są zawierane na czas oznaczony, a świadczenie wykonawcy winno być tożsame ze świadczeniem określonym w składanej przez niego ofercie. Wszelkie zapisy zezwalające na rozwiązanie umowy mogą spowodować, że projekt dla Wykonawcy stanie się nierentowny. Wykonawca chcąc zrealizować zamówienie musi ponieść koszty

instalacyjne, które są zazwyczaj w kalkulowane w miesięczne opłaty abonamentowe i rozłożone na wszystkie miesiące trwania umowy (co sam Zamawiający postawił jako wymóg w formularzu ofertowym), zatem każda możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy rodzi ryzyko nierentowności projektu. Czy wobec powyższego Zamawiający wykreśli powyższy zapis z treści wzoru umowy?

**Zamawiający nie wprowadza zmian w zakresie objętym zapytaniem.**

6. Zamawiający w par. 8 ust. 1 pkt 4 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.

**Zamawiający wprowadza zmianę we wzorze umowy w par. 8 ust. 1 pkt 4.**

7. Zamawiający w par. 8 ust. 1 wzoru umowy nakłada na Wykonawcę kary umowne za sytuacje wskazane w pkt. 1)-4) w wysokości 10% miesięcznej opłaty za każdą godzinę. W naszej ocenie kary w zaproponowanej wysokości są zbyt wygórowane i niewspółmierne zarówno do „winy” wykonawcy, jak i do wartości zamówienia. W skrajnym przypadku może doprowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia się zamawiającego. Już kilka godzin przerwy na przykład w działaniu usługi może doprowadzić do wyrównania opłaty abonamentowej do zera lub też ją przewyższyć. Tak rażąco wygórowane kary można podważyć na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2 K.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. Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę powyższego zapisu w taki sposób, aby kara umowna była w wysokości 0,4% wartości miesięcznej opłaty abonamentowej za łączne, na którym sytuacja nastąpiła, za każdą godzinę.

**Zamawiający podtrzymuje wysokość kar określonych w par. 9 wzoru umowy. Zamawiający podkreśla, iż kara umowna w wysokości 10% miesięcznej opłaty liczona będzie opłaty abonamentowej danego przyłącza. Zaproponowana w zapytaniu wysokość kary umownej na poziomie 0,4% jest nieadekwatna do oczekiwanego poziomu świadczenia usługi i określenie jej na tak niskim poziomie może stanowić czynnik wpływający na opóźnienia po stronie Wykonawcy w przywróceniu wymaganych parametrów usługi.**

**W wymaganiach technicznych ponadto określony został czas przeznaczony na usuwanie awarii przez serwis Wykonawcy: w ciągu 8 godzin od momentu zgłoszenia oraz miesięczna dostępność usługi na poziomie 99,8%.**

**Ponadto Zamawiający wyraża zgodę na zaproponowane w pytaniu nr 10 oraz 11 niniejszego dokumentu wprowadzając stosowne zapisy do wzoru umowy, wskazując okoliczności po zaistnieniu których kary umowne nie będą naliczane.**

8. Zamawiający w par. 8 ust. 2 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 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)?

**Zamawiający wprowadza odpowiednie zapisy we wzorze umowy.**

9. Zamawiający w par. 8 ust. 4 wzoru umowy zastrzega, że w przypadku, gdy kary umowne nie będą pokrywały poniesionych szkód, Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych. Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie, że wysokość odszkodowania nie może przekroczyć wartości rzeczywiście poniesionej szkody przez Zamawiającego. Celem takiego doprecyzowania jest wyłączenie z interpretacji sytuacji dochodzenia odszkodowania za utracone korzyści Zamawiającego.

**Zamawiający zmienia brzmienie par. 8 ust. 4 wzoru umowy na:**

**4. Kary umowne nie wyłączają możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. Wysokość odszkodowania nie może przekroczyć wartości rzeczywiście poniesionej szkody przez Zamawiającego.**

- 10.** Zamawiający w postanowieniach zapytania ofertowe oraz wzorze umowy nie przewidział przeprowadzania prac planowych przez Wykonawcę. Wykonawca informuje, że w celu prawidłowego świadczenia usług infrastruktura wymaga przeprowadzenia przez Operatora prac planowych. Czy wobec powyższego Zamawiający zmodyfikuje zapisy umowy poprzez dodanie paragrafu dotyczącego przeprowadzania takowych prac zgodnie z poniższą propozycją? 1. Wykonawca może w razie potrzeby przeprowadzać Planowane prace związane z konserwacją i utrzymaniem Usługi, mogące mieć wpływ na dostępność Usługi u Zamawiającego. 2. Wykonawca dołoży wszelkich starań, aby Planowane prace wykonywane były poza normalnymi godzinami pracy Zamawiającego, w czasie najniższej eksploatacji Usługi. 3. W przypadku wykonywania Planowanych prac w godz. od 00:00 do 04:00, nie częściej niż 2 razy w miesiącu, Wykonawca przekaże odpowiednią informację telefonicznie na numer ..... lub drogą elektroniczną na adres ..... z wyprzedzeniem co najmniej pięciu (5) dni roboczych. 4. W przypadku chęci wykonywania Planowanych prac w innych niż wskazane terminy w punkcie 2. Wykonawca dokona indywidualnych uzgodnień z Zamawiającym.

**Zamawiający wprowadza odpowiednie zapisy we wzorze umowy.**

- 11.** Zamawiający w treści zapytania ofertowego określił sposób naliczania kar umownych nie precyzując sytuacji, w których kary umowne nie powinny być naliczane z uwagi na niezawinione przez Wykonawcę sytuacje. Wnosimy wobec tego o modyfikację wzoru umowy poprzez doprecyzowanie, że kary umowne nie będą naliczane z niżej wskazanych powodów:
1. Z winy abonentów lub jego kontrahentów
  2. Planowanej konserwacji sieci, prac planowych
  3. Siły wyższej
  4. Opóźnień w usunięciu awarii wynikłych z faktu, że Abonent nie udostępnił wykonawcy lub jego podwykonawcom pomieszczeń własnych lub należących do osób trzecich
  5. Braku zasilania urządzeń, za które winy nie ponosi Wykonawca
  6. Przyczynami leżącymi po stronie sprzętu, okablowania lub sieci Abonenta, nie objętych usługą, a także warunkami środowiskowymi w siedzibie abonenta tj. zasilanie elektryczne, klimat lub właściwości budynków lub pomieszczeń

**Zamawiający wprowadza odpowiednie zapisy we wzorze umowy.**

- 12.** Zamawiający w par. 8 wzoru umowy nakłada na Wykonawcę kary umowne. Wykonawca przystępując do realizacji zamówienia musi ponieść pewne koszty a

projekt powinien być także rentowny. Wykonawca chcąc zabezpieczyć swój zysk na realizacji projektu musi mieć możliwość ograniczenia kar umownych do pewnej wysokości. Czy w związku z powyższym Zamawiający dopuści, aby wysokość naliczonych kar umownych w trakcie realizacji zamówienia nie przekroczyła wysokości 30% całkowitej wartości zamówienia.

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

- 13.** Zamawiający w par. 6 pkt 5) wymaga rocznej dostępności usługi na poziomie 99,8%, natomiast w par. 8 ust. 1 pkt 3) nakłada na Wykonawcę karę umowną za niedotrzymanie miesięcznej dostępności usługi. Zwracamy uwagę, że zapisy te są niespójne. Prosimy o zmianę wymogu rocznej dostępności usługi i zmianę zapisu par. 6 pkt 5) na miesięczną dostępność usługi.

**Zamawiający zmienia brzmienie w par. 6 pkt 5) na:**

**5) *gwarancja miesięcznej dostępności usługi na poziomie 99,8% (tj. 1 godzina 30 minut w ciągu miesiąca);***

- 14.** 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. Ponadto tak krótki termin powoduje ograniczenie ilości Wykonawców, którzy będą mogli złożyć oferty, a to stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych tj. zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji. Ponadto ograniczenie konkurencji działa na niekorzyść Zamawiającego, gdyż ogranicza to możliwość wyboru najkorzystniejszej dla Zamawiającego oferty. Czy wobec powyższego Zamawiający dopuszcza przesunięcie terminu składania ofert na dzień 20.04.2016r.?

**Zamawiający wyraża zgodę na zmianę terminu oraz określa termin składania ofert na dzień 21.04.2016r.**