

znak: WAG-Z.261.1.2015

Gdańsk, dnia 2 marca 2015 r.

Odpowiedzi na pytania**Zmiana treści SIWZ****Wszyscy zainteresowani**

Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Transmisję danych WAN”.

Do Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Gdańsku przy ul. Marynarki Polskiej 148 w dniu 26.02.2015r. i 27.02.2015r. wpłynęły zapytania dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami), **Zamawiający udziela odpowiedzi oraz dokonuje zmiany zapisów treści SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 4 cyt. ustawy.**

Pytanie 1

W § 13 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że w sprawach nieuregulowanych w umowie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego. Wykonawca wskazuje, że z uwagi na przedmiot umowy, zastosowanie do umowy będzie mieć przede wszystkim ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 243 ze zm.), która stanowi przepis szczególny w stosunku do postanowień Kodeksu cywilnego i ma pierwszeństwo w stosowaniu przed postanowieniami Kodeksu cywilnego jako przepisami ogólnymi. Przedłożony przez Zamawiającego wzór umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych nie zawiera wszystkich elementów określonych w art. 56 ust. 3 i nast. Prawa telekomunikacyjnego, jakie powinny znaleźć się w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Na podstawie art. 56 ust. 5 Prawa telekomunikacyjnego część tych elementów może zostać ujęta w regulaminie świadczenia usług telekomunikacyjnych, którym posługuje się każdy z przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Wykonawca

wskazuje, że zastosowanie do umowy powinien mieć regulamin stosowany przez każdego z Wykonawców z zastrzeżeniem tym, że regulamin ten ma zastosowanie w kwestiach nieuregulowanych w umowie, a w przypadku sprzeczności pomiędzy postanowieniami umowy i regulaminu, pierwszeństwo w stosowaniu będą miały postanowienia umowy. Za zawieranie przez dostawców umów, które nie zawierają wszystkich elementów określonych w art. 56 ust. 3 i nast. Prawa telekomunikacyjnego, może zostać nałożona na dostawców usług kara pieniężna przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Wykonawca prosi o uwzględnienie tego i nienarazanie Wykonawców na taką karę. Regulaminy świadczenia usług zabezpieczają ponadto interesy abonentów i stanowią dodatkową ochronę dla Zamawiającego, określają wiele dodatkowych obowiązków dostawców usług, jakie wynikają z przepisów prawa, np. w zakresie ochrony danych oraz zabezpieczeń przed dostępem do sieci przez osoby trzecie. Ponadto regulaminy określają sposób składania reklamacji przez abonentów i tryb postępowania reklamacyjnego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284), które zawarte obecnie przez Zamawiającego w umowie nie jest do końca zgodne z obowiązującym od czerwca w/w rozporządzeniem. Wykonawca prosi, aby Zamawiający uwzględnił we wzorze umowy wymóg dołączenia regulaminu do umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany treści SIWZ w tym zakresie.

Pytanie 2

W § 9 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający określił, że SLA nie obejmuje awarii, których przyczyna leży po stronie Zamawiającego, w szczególności niedostępności usługi wynikającej z braku zasilania u Zamawiającego i awarii urządzeń należących do Zamawiającego. Wykonawca, a w § 9 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł kary umowne, jakie Wykonawca poniesienie w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wykonawca wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa telekomunikacyjnego oraz rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284) w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorców telekomunikacyjnych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy Wykonawcy odpowiadają, jeśli doszło do tych okoliczności z winy Wykonawcy. Wykonawca prosi o doprecyzowanie, że SLA oraz kary umowne będą naliczane, jeśli do niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy dojdzie z winy Wykonawcy. Wykonawcy nie ponoszą odpowiedzialności za skutki wystąpienia siły wyższej, jak również zachowania samego Zamawiającego, które doprowadzą do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę. Postanowienia ww. przepisów prawa jako przepisy szczególne mają pierwszeństwo przed zasadami ogólnymi kodeksu cywilnego i stanowią przepisy bezwzględnie obowiązującego niepodlegające dowolnym ustaleniom pomiędzy stronami umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu projektu umowy w tym zakresie. Zamawiający oczekuje realizacji usług w trakcie trwania całej umowy na poziomie SLA. Zwolnienie z tej odpowiedzialności dotyczy tylko sytuacji, kiedy niemożliwość wykonywania przedmiotu umowy spowodowana jest wyłącznie czynnikami leżącymi po stronie Zamawiającego. Stąd w umowie wskazano w szczególności o jakie przyczyny chodzi.

Pytanie 3

W § 9 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych. Wykonawca prosi Zamawiającego o wyjaśnienie i potwierdzenie, że postanowienie to odnosi się do sytuacji, w których kary umowne nie pokryją wartości rzeczywiście poniesionej szkody, a odszkodowanie będzie dochodzone do wartości rzeczywiście poniesionej szkody. Jest to element, który ma wpływ na sporządzenie przez Wykonawców ofert zgodnie z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ ma wpływ na ryzyko biznesowe Wykonawców i powinien zostać określony w sposób jednoznaczny w dokumentacji przetargowej.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że postanowienie to odnosi się do sytuacji, w których kary umowne nie pokryją wartości rzeczywiście poniesionej szkody, a odszkodowanie będzie dochodzone do wartości rzeczywiście poniesionej szkody.

Pytanie 4

W § 11 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca poinformował Zamawiającego o zamiarze przekształcenia Wykonawcy lub innych zmianach organizacyjnych i własnościowych, które mogą mieć wpływ na realizację niniejszej umowy na co najmniej 30 dni przed planowaną zmianą. Wykonawca prosi o informację, co Zamawiający rozumie przez „przekształcenie Wykonawcy lub inne zmiany organizacyjne lub własnościowe, które mogą mieć wpływ na realizację niniejszej umowy”. Czy za taką zmianę Zamawiający uważa np. połączenie spółek czy zmianę prezesa Zarządu spółki? Wykonawca wskazuje, że często zmiany te dokonywane są z dnia na dzień, jak np. zmiana prezesa Zarządu spółki w związku z rezygnacją z funkcji prezesa przez obecnego prezesa. W związku z tym nie jest możliwe poinformowanie Zamawiającego o takiej zmianie z wyprzedzeniem 30 dni, istnieje jedynie możliwość powiadomienia Zamawiającego po fakcie o takim zdarzeniu. Również zmiany organizacyjne i własnościowe mogą być dokonywane w terminie krótszym niż 30 dni, więc nie będzie możliwe dotrzymanie przez Wykonawcę terminu na powiadomienie Zamawiającego o zmianie z wyprzedzeniem 30 dni. Jednocześnie w § 11 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość rozwiązania umowy z powodu zmian określonych w § 11 ust. 3 wzoru umowy.

Ponadto uprawnienie Zamawiającego do rozwiązania umowy z powodu przekształceń lub zmian po stronie Wykonawcy wskazanych przez Zamawiającego w § 11 ust. 3 wzoru umowy nie powinno skutkować możliwością rozwiązania umowy, ponieważ sam fakt dokonania zmiany po stronie Wykonawcy nie oznacza, że Wykonawca po dokonaniu takiej zmiany nie będzie wykonywał należycie umowy z Zamawiającym. Takie uprawnienie po stronie Zamawiającego jest zbyt daleko idące, tym bardziej że

oferenci nie są w stanie przewidzieć, jakie zmiany mogą zajść po ich stronie w ciągu 36 miesięcy świadczenia usług, a tym bardziej nie mogą brać na siebie odpowiedzialności za przyszłe decyzje spółki, które nie będą mieć żadnego wpływu na wykonywanie przez Wykonawcę umowy zawartej z Zamawiającym. Oczywistym jest uprawnienie Zamawiającego do rozwiązania umowy w przypadku awarii zawnionej przez Wykonawcę, wskutek której Zamawiający poniósł szkody. Dlaczego więc dokonywanie standardowych czynności przez Wykonawcę związanych z jego strukturą organizacyjną oraz własnościową miałyby mieć wpływ na realizację umowy?

Zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie do rozwiązania umowy przez Zamawiającego przed upływem okresu, na jaki umowa została zawarta, powinno przysługiwać Zamawiającemu jedynie w sytuacji, gdy Wykonawca ze swojej winy nie wykonuje lub wykonuje nienależycie umowę. Prawo zamówień publicznych przewiduje odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w przypadku, gdy sytuacje te są zawnione przez Wykonawcę, czego potwierdzeniem jest art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, który przewiduje wykluczenie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w przypadku, gdy Wykonawca w sposób zawniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Trudno mówić o zawnionym naruszeniu obowiązków zawodowych przez Wykonawcę w przypadku dokonywania zmian przekształceniowych po stronie Wykonawcy lub innych zmian organizacyjnych i własnościowych. Tym samym trudno mówić o zasadności uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z Wykonawcą ze względu na zmiany organizacyjne i własnościowe po stronie Wykonawcy.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości rozwiązania w dowolnym momencie obowiązywania umowy, nawet w sytuacji gdy Wykonawca wykonuje należycie umowę, jest sprzeczne z Prawem zamówień publicznych i narusza elementarne zasady udzielania zamówień publicznych, gdzie umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana jest na czas określony zgodnie z art. 142 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Natomiast zgodnie z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Odnosząc się zatem do przepisów Kodeksu cywilnego, umowy zawierane na czas określony nie mogą być bez uzasadnionej przyczyny wypowiedziane przez stronę z zachowaniem okresu wypowiedzenia w dowolnym momencie obowiązywania, rozwiązanie takiej umowy bądź odstąpienie od niej możliwe jest jedynie w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Trwałość należycie wykonywanej przez Wykonawcę umowy zawartej na czas oznaczony jest istotna z uwagi na fakt, że Wykonawcy szacują wartość zamówienia w oparciu o ściśle określone elementy wykonywania zamówienia, jak m.in. okres świadczenia usług. Opisując przedmiot zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający powinien uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Trwałość umowy jest właśnie jednym z takich elementów. Tym samym możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy zawartej na czas określony powinna mieć miejsce jedynie w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, a okoliczności te

Zamawiający powinien wyraźnie wskazać w umowie z zastrzeżeniem wynikającym z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, że Zamawiający będzie mógł rozwiązać umowę w przypadku, gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy dojdzie z winy Wykonawcy. Potwierdzeniem tego jest wyrok KIO z dnia 28 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP/222/08), gdzie KIO orzekła, że:

„1. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której na wykonawcę przerzucony jest cały ciężar i ryzyko niezrealizowania umowy oraz wyłączona jest możliwość dochodzenia przez wykonawcę roszczeń z tego tytułu.”

Wykonawca prosi o usunięcie postanowienia § 11 ust. 3 i 4 wzoru umowy bądź stosowną ich modyfikację ze wskazaniem zamkniętego katalogu sytuacji po stronie Wykonawcy, co do których Zamawiający ma pewność, że spowodują niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę. Podkreślić przy tym należy jednak, że nawet wskazanie katalogu zmian organizacyjnych i własnościowych, które mogą mieć wpływ na realizację umowy, nie oznacza jeszcze, że umowa rzeczywiście nie zostanie wykonana przez Wykonawcę lub zostanie wykonana nienależycie. Zamawiający próbuje przerzucić na Wykonawców odpowiedzialność za normalne zmiany, które odbywają się bardzo często po stronie Wykonawców i są zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a poza tym nie oznaczają automatycznie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany treści SIWZ (projektu umowy) w tym zakresie.

Pytanie 5:

Zwracamy się o potwierdzenie, że w przypadku wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna umów poświęcona Wykonawcy, będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 KSH.

Odpowiedź:

Umowa zostanie podpisana zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający nie może w SIWZ sugerować formy prawnej Wykonawcy.

Pytanie 6:

Wykonawca zwraca się z pytaniem czy Zamawiający wyraża zgodę na umieszczenie w §9 Umowy zapisu zgodnie z którym:

a) „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie § 9 ust. 1, ust. 2 pkt 2 Umowy nie przekroczy 15% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego w umowie”?

b) „ Łączna suma kar umownych, bonifikat, odszkodowań naliczonych w danym miesiącu na podstawie §9 ust. 1, ust. 2 pkt 2 Umowy nie przekroczy sumy opłat należnych Wykonawcy za świadczenie usług w danym miesiącu”?

Wykonawca zwraca się, na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 15% kwoty wartości umowy o rozważenie innej wartości procentowej, gdyż wskazanie maksymalnej wysokości kar umownych umożliwi oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w treści oferty.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w treści umowy zmian proponowanych przez Wykonawcę.

Zmiana zapisów treści SIWZ :

§ 1 pkt 3 Projektu umowy, który brzmi:

Oferta Wykonawcy stanowi załącznik nr 2 do umowy.

Otrzymuje brzmienie:

Oferta Wykonawcy stanowi załącznik nr 2 do umowy, regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych załącznik nr 3 do niniejszej Umowy.

W § 2 projektu umowy, który brzmi:

1. Wykonawca uruchomi usługi w terminie uzgodnionym z Zamawiającym nie później niż 01.04.2015r. godz. 00:00.
2. Jako termin rozpoczęcia świadczenia usługi, o której mowa w § 1 ust.1, przyjmuje się dzień potwierdzenia protokolarnie gotowości do rozpoczęcia jej świadczenia , o którym mowa w § 3 ust.1.
3. Wykonawca zobowiązuje się do serwisowania usług transmisji danych w okresie obowiązywania niniejszej umowy począwszy od daty uruchomienia sieci.
4. Umowa niniejsza została zawarta na czas określony od dnia 01.04.2015r do dnia 31.03.2018r. z zastrzeżeniem pkt. 2 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

Dodaje się jeden punkt i w konsekwencji § 2 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

1. Wykonawca uruchomi usługi w terminie uzgodnionym z Zamawiającym nie później niż 01.04.2015r. godz. 00:00.
2. Wykonawca zobowiązuje się, że usługa zostanie uruchomiona oraz będzie świadczona na warunkach oraz zasadach określonych w załączniku nr 1 do Umowy oraz regulaminie świadczenia usług telekomunikacyjnych stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy. Postanowienia regulaminu niezgodne z niniejszą Umową nie wiążą Stron Umowy i tym samym nie będą miały zastosowania.
3. Jako termin rozpoczęcia świadczenia usługi, o której mowa w § 1 ust.1, przyjmuje się dzień potwierdzenia protokolarnie gotowości do rozpoczęcia jej świadczenia , o którym mowa w § 3 ust.1.
4. Wykonawca zobowiązuje się do serwisowania usług transmisji danych w okresie obowiązywania niniejszej umowy począwszy od daty uruchomienia sieci.
5. Umowa niniejsza została zawarta na czas określony od dnia 01.04.2015r do dnia 31.03.2018r. z zastrzeżeniem pkt. 2 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

§ 13 pkt 2 Projektu umowy, który brzmi

2. W sprawach nie uregulowanych w umowie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Otrzymuje brzmienie:

2. W sprawach nie uregulowanych w umowie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy Kodeksu cywilnego oraz Prawa telekomunikacyjnego.

§ 11 projektu umowy, który brzmi:

1. Zmiany niniejszej umowy wymagają dla swej ważności formy pisemnej.
2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w przypadku zmiany struktury organizacyjnej POW NFZ. Możliwe będzie wówczas zmniejszenie ilości węzłów sieci WAN, przy czym do 1 włącznie ze zmniejszeniem wartości umowy, o kwotę przypadającą na odpowiednie węzły.
3. O zamiarze dokonania przekształcenia Wykonawcy lub innych zmianach organizacyjnych i własnościowych, które mogą mieć wpływ na realizację niniejszej umowy Wykonawca poinformuje Zamawiającego co najmniej na 30 dni przed planowaną zmianą.
4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3 Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do rozwiązania niniejszej umowy za 30 dniowym wypowiedzeniem.
5. Wierzytelności przysługujące z tytułu realizacji niniejszej umowy nie podlegają przenoszeniu na osoby trzecie bez zgody Zamawiającego.

Otrzymuje brzmienie:

1. Zmiany niniejszej umowy wymagają dla swej ważności formy pisemnej.
2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w przypadku zmiany struktury organizacyjnej POW NFZ. Możliwe będzie wówczas zmniejszenie ilości węzłów sieci WAN, przy czym do 1 włącznie ze zmniejszeniem wartości umowy, o kwotę przypadającą na odpowiednie węzły.
3. Wykonawca jest zobowiązany do informowania Zamawiającego o zmianie formy prawnej prowadzonej działalności gospodarczej, o wszczęciu postępowania upadłościowego i ugodowego lub likwidacyjnego oraz o zmianie adresu siedziby Wykonawcy, a także adresów zamieszkania osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą lub wspólników spółek osobowych w okresach: obowiązywania umowy, gwarancji i rękojmi oraz nie zakończonych rozliczeń umownych, pod rygorem uznania za doręczoną, korespondencję kierowaną na ostatni adres podany przez Wykonawcę, w terminie 7 dni od zaistnienia powyższych okoliczności.
4. Wierzytelności przysługujące z tytułu realizacji niniejszej umowy nie podlegają przenoszeniu na osoby trzecie bez zgody Zamawiającego.

Udzielone odpowiedzi należy uwzględnić przygotowując ofertę.

Biorąc pod uwagę treść udzielonych wyjaśnień należy stwierdzić, iż nie jest wymagane przedłużenie terminu składania ofert.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

Aleksandra Łomowska