

CIRF.BZ.272.45.2018.GKYR.2
PN/39/18/GKYR

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi dostępu do Internetu na lata 2019-2021 wraz z ochroną antyDDoS”

Centrum Informatyki Resortu Finansów (zwane dalej „Zamawiającym”) działając na podstawie art. 38 ust. 1 oraz 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami oraz dokonuje modyfikacji SIWZ:

Pytanie nr 1. Pkt 3.2 załącznika nr 8 do umowy nr PN/39/18/GKYR – Opis wymagań ochrony antyDDoS

Zamawiający sformułował następujące wymaganie w zakresie oczyszczania ruchu: „*W trakcie oczyszczania pakiety nie są przekierowane poza teren Polski*”. Wnosimy o zmodyfikowanie przedmiotowego postanowienia poprzez wskazanie, że ruch nie może być przekierowywany poza teren Unii Europejskiej lub poza sieć wykonawcy.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) stwierdził, iż „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej – zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu”

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „*Prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i prawem zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów*”

zdolnych do wykonania zamówienia.” - wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014r., sygn. akt KIO 2562/14).

W ocenie wykonawcy, treść SIWZ w zakresie pkt 3.2 załącznika nr 8 do umowy nr PN/39/18/GKYR – Opis wymagań ochrony antyDDOS wskazuje, że Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Postawione przez Zamawiającego wymaganie, utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, jak również są nadmiernie rygorystyczne i nieuzasadnione w potrzebach Zamawiającego.

Ze przytoczonego powyżej wymagania SIWZ wynika, że Zamawiający wymaga, aby ochrona przed atakami DDoS realizowana była w sposób proaktywny na urządzeniach w sieci Wykonawcy bez przekierowywania ruchu poza teren Rzeczypospolitej Polskiej.

Brak jest uzasadnienia merytorycznego dla wprowadzenia zakazu przekierowania ruchu poza teren RP, w tym na teren Unii Europejskiej. Wprowadzenie przedmiotowego prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż *de facto* uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom mającym siedzibę na obszarze UE. Ograniczenie to prowadzi zatem do naruszenia nie tylko szeregu przepisów Pzp, ale również regulacji unijnych gwarantujących swobodny przepływ towarów i usług podmiotom w ramach UE. Jest to tym bardziej istotne, że obecnie, z uwagi na ciągły rozwój, nawet polskie przedsiębiorstwa telekomunikacyjne montują swoje urządzenia również na terenie innych krajów, np. aby zwiększyć zasięg swojej działalności i dotrzeć do większego grona odbiorców i klientów. Obecnie w wyniku procesów globalizacyjnych i restrukturyzacyjnych przedsiębiorstwa prowadzą różne części swojej działalności (produkcja, księgowość) na terenie różnych krajów UE, czemu sprzyja między innymi unifikacja regulacji chociażby w zakresie ochrony danych osobowych.

Wobec tego sformułowany przez Zamawiającego wymóg należy uznać za nadmierny, nieadekwatny i nieproporcjonalny do celu i przedmiotu zamówienia, ograniczający krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą mogli złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz z powodzeniem należycie realizować przedmiot zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, wniosek o zmianę przedmiotowego postanowienia poprzez wskazanie, że ruch nie może być przekierowywany poza teren Unii Europejskiej lub poza sieć wykonawcy jest w pełni uzasadniony.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 2. Rozdział XXVI ust. 1 SIWZ oraz §3 ust. 2 wzoru umowy - zasadne jest zmodyfikowanie przedmiotowych postanowień w ten sposób, że czas na usunięcie Awarii jest liczony od momentu przyjęcia zgłoszenia. Dopiero od chwili potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia, wykonawca ma faktycznie możliwość przystąpienia do usunięcia awarii, a zamawiający ma pewność, że wykonawca faktycznie otrzymał zgłoszenie zamawiającego.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 3. §3 ust. 3 wzoru umowy - co Zamawiający rozumie przez brak dostępu i niesprawność usługi? Są to przypadki wymienione obok Awarii zdefiniowanej w ust. 4 §3 wzoru umowy.

Odpowiedź: Propozycja zmiany

Zamawiający dokonał modyfikacji § 3 ust. 5 Wzoru umowy.

Pytanie nr 4. §3 ust. 1 pkt 4 oraz ust. 4 wzoru umowy - zwracamy się o doprecyzowanie, że do czasu niedostępności Usługi oraz do pojęcia Awarii nie będą wliczane ew. przerwy konserwacyjne (pod warunkiem wcześniejszego powiadomienia o takiej przerwie przez wykonawcę), jak również przerwy wynikające z przyczyn niezależnych od wykonawcy (np. awarie/ błędy po stronie Zamawiającego).

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 3 Wzoru umowy, polegającej na dodaniu ust. 4 z konsekwencją zmian numeracji ustępów w § 3.

Pytanie nr 5. §4 ust. 3 wzoru umowy - zwracamy się o modyfikację postanowień umowy w ten sposób, że rozliczenie nastąpi na podstawie faktur comiesięcznych a nie kwartalnie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 6. §4 ust. 3 wzoru umowy - zwracamy się o zmianę postanowień umowy w ten sposób, że abonament za świadczone usługi będzie płatny z góry a nie z dołu. Do umów w sprawach zamówień stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Przepisy te w przypadku umów wzajemnych przewidują obowiązek jednoczesnego spełnienia 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. 488 § 1 kc). Dodatkowo również i ustawa Prawo telekomunikacyjne rozróżnia dwa sposoby opłacania świadczonych usług: z góry – w przypadku opłat abonamentowych, które to opłaty są ponoszone przez Klienta z tytułu zapewnienia gotowości Operatora do świadczenia Usług Telekomunikacyjnych i z dołu - za faktycznie wykonane usługi telekomunikacyjne w danym okresie rozliczeniowym. Wyłączenie obsługi przedmiotowej umowy z ogólnie stosowanego systemu rozliczeniowego może generować po stronie Wykonawcy wysokie koszty i utrudniać obsługę umowy. Biorąc pod uwagę powyższe prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający przyjmie taki system rozliczania?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 7. §4 ust. 2 i 3 Wzoru umowy:

1. Zwracamy się o dokonanie zmiany przedmiotowego postanowienia SIWZ w ten sposób, że termin płatności faktury wykonawcy będzie biegł od dnia jej wystawienia, a nie od dnia jej dostarczenia. Prosimy o zmianę postanowienia uwzględniając powyższe.
1. Prosimy o wyjaśnianie co Zamawiający rozumie przez sformułowanie "prawidłowo" wystawionych faktur VAT"? Czy poza wymaganiami wynikającymi z powszechnie obowiązujących przepisów faktura powinna uwzględniać dodatkowe treści?

Odpowiedź:

ad a. Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

ad b. Przez prawidłowo wystawioną fakturę Zamawiający rozumie dokument wystawiony zgodnie z regulacjami zawartymi w ustawie o podatku od towarów i usług oraz postanowieniami zawartymi w umowie, tj. co najmniej przedmiot umowy, okres rozliczeniowy, termin płatności.

Pytanie nr 8. §4 ust. 6 Wzoru umowy - zasadna jest zmiana przedmiotowego postanowienia w ten sposób, że za dzień zapłaty uważa się dzień uznania rachunku bankowego wykonawcy. Postanowienie w obecnym kształcie jest niezgodne z poglądem Sądu Najwyższego - por. uchwała SN z dnia 4 stycznia 1995 r. sygn. akt CZP 164/94, w myśl której 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).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 9. §5 Wzoru umowy - wnosimy o zmodyfikowanie przedmiotowego postanowienia umownego w ten sposób, że kary umowne będą naliczane za okoliczności zawinione przez wykonawcę - w tym za zwłokę zamiast za opóźnienie, jak również obciążenie nimi wykonawcy nastąpi po przeprowadzeniu procedury reklamacyjnej (wyjaśniającej). W tym miejscu należy wskazać, że kara umowna powinna przysługiwać Zamawiającemu tylko

i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. 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. W przypadku zwłoki i opóźnienia mamy do czynienia z nieterminowością wykonania przyjętych na siebie zobowiązań. Jednak zwłoki dopuszcza się tylko ten dłużnik, który nie wywiązał się z zobowiązania z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, czyli od niego zależnych, w przeciwieństwie do tzw. opóźnienia, które następuje wówczas, gdy termin nie zostanie dotrzymany z przyczyn niezależnych od opóźniającego się. W związku z powyższym prosimy o taką modyfikację zapisów Umowy, z których jednoznacznie wynikać będzie, że prawo rozwiązania umowy i naliczenia kar nastąpi w sytuacji nie wywiązania się z zobowiązania z przyczyn zależnych od Wykonawcy. Ponadto, prosimy o takie doprecyzowanie postanowień, z których jednoznacznie wynikać będzie, że zapłata kar umownych nastąpi w ciągu 30 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej. Utrzymanie postanowień umownych umożliwiających potrącenie kar z wynagrodzenia Wykonawcy (§5 ust. 9 wzoru umowy) nie daje bowiem możliwości weryfikacji zasadności i poprawności naliczenia tych kar.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 10. §5 ust. 2, 3 i 4 wzoru umowy - wykonawca wskazuje, że zastrzeżone kary nie dość, że zostały sformułowane jako kary za opóźnienie (okoliczności niezależne od wykonawcy) to ich wysokość jest jednocześnie rażąco wygórowana. Kary umowne powinny stanowić elementy dyscyplinujące wykonawcę do należytej realizacji umowy, jednak nie mogą stanowić źródła dochodu dla Zamawiającego. W związku z powyższym, zwracamy się z prośbą o obniżenie kar wskazanych w wymienionych postanowieniach wzoru umowy do połowy ich obecnej wysokości, tj.:

§5 ust. 2 - w wysokości 1000,00 złotych (słownie: tysiąc złotych)

§5 ust. 3 - w wysokości 150 złotych (słownie: sto pięćdziesiąt złotych)

§5 ust. 4 - w wysokości 100 zł (słownie: sto złotych)

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 11. §5 ust. 6 wzoru umowy - zwracamy się o dokonanie modyfikacji przedmiotowego postanowienia umowy w ten sposób, że wskazana kara umowna będzie liczona za każde 30 minut niedotrzymania terminu.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 12. §5 ust. 7 Wzoru umowy - Wykonawca zwraca się o ograniczenie odpowiedzialności do wysokości szkody rzeczywistej. Szkody z tytułu utraconych korzyści (lucrum cessans) są i tak rzadko dochodzone w praktyce sądowej jako niezwykle trudne do określenia i udowodnienia. Jednocześnie fakt, że Wykonawcy muszą wziąć ich ryzyko pod uwagę, naraża Zamawiającego na podwyższenie kosztów oferty.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 13. §7 ust. 1 Wzoru umowy - wnosimy o doprecyzowanie, że w każdym z wymienionych przypadków ewentualne wypowiedzenie umowy nastąpi po uprzednim

wezwanu wykonawcy do wskazania przyczyn uchybień, usunięcia naruszeń z wyznaczeniem odpowiedniego terminu na przywrócenie stanu zgodności z umową.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 14. §7 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. a wzoru umowy - zwracamy się o zmianę wyrażen odnoszących się do opóźnienia na zwłokę - wykonawca nie może ponosić tak negatywnych skutków jak ryzyko wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy w sytuacji, gdy wynikają one z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez Wykonawcę.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 15. Ust. 4 (lit. a ppkt vii. oraz lit. b ppkt ii.) oraz ust. 9 Załącznika nr 8 do wzoru umowy - Zamawiający wskazał, że wartości parametru CRA i CRZ dla określonych Poziomów SLA, jak również zlecenie przerwania procedury oczyszczania wynoszą 15 minut. Zwracamy się do Zamawiającego o wydłużenie przedmiotowego czasu do 30 minut.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 16. Ust. 4 lit. b ppkt ii Załącznika nr 8 do wzoru umowy - zwracamy się o doprecyzowanie przedmiotowego postanowienia. W obecnym kształcie przez CRZ rozumie się czas, jaki upłynie od przyjęcia Zlecenia od Zamawiającego. Co jest momentem kończącym wskazany czas (zamawiający wskazał moment początkowy)?

Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 8 do Wzoru umowy w powyższym zakresie.

Pytanie nr 17. Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie co oznacza czas zamknięcia zgłoszenia wymagany w kwartalnych raportach. Czy chodzi o czas przywrócenia usługi do pełnej funkcjonalności, czy czas trwania zgłoszenia?

Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 5 do Wzoru umowy w powyższym zakresie.

Pytanie nr 18. Czy wysyłka raportów jest obligatoryjna nawet w przypadku, gdy wykonawca zapewnia Zamawiającemu ciągły dostęp do raportów online? Czy Zamawiający wyrazi zgodę na odstępianie od wymagania wysyłania raportów w przypadku, gdy dostęp do raportów jest zapewniony w trybie online? Takie rozwiązanie usprawnia realizację umowy i przyznaje Zamawiającemu większą kontrolę nad jej wykonaniem.

Odpowiedź: Tak, wysyłka raportów jest obligatoryjna nawet w przypadku, gdy wykonawca zapewnia Zamawiającemu ciągły dostęp do raportów online.

Pytanie nr 19. Potwierdzenie przez Zamawiającego, że w przypadku wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umów poświęcona Wykonawcy, będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 Ksh.

Odpowiedź: Tak.

Pytanie nr 20. Zgodnie z treścią § 3 ust.12 Umowy – „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zachowanie poufności przez swoich pracowników, podwykonawców i wszelkie inne osoby, którymi będzie się posługiwać przy wykonywaniu Umowy. Wykonawca zobowiązuje się do podjęcia wszelkich niezbędnych działań dla zapewnienia, że żaden pracownik Wykonawcy i inna osoba, którą będzie się posługiwać przy wykonywaniu Umowy otrzymująca informacje, o których mowa w ust. 6 nie ujawni tych informacji, ani ich źródła, zarówno w całości, jak i w części bez uzyskania uprzednio wyraźnego upoważnienia na piśmie od Zamawiającego”.

Mając na uwadze postanowienie umowne Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie i określenie, że Wykonawca odpowiada za działania, pracowników w tym również za działania

podwykonawców i ich pracowników, chyba, że niewykonanie przedmiotu umowy zostało spowodowane działaniem Siły Wyższej, wyłączną winą Zamawiającego lub osoby trzeciej, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 21. Zamawiający w § 5 ust. 1, ust.2 Umowy przewidział obciążenie Wykonawcy karami umownymi za „opóźnienia” w realizacji poszczególnych postanowień umownych. 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).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 22. Zgodnie z treści § ust. 2 i 3 Umowy „Wynagrodzenie za uruchomienie połączeń (jednorazowe opłaty instalacyjne), o którym mowa powyżej zostanie zapłacone przez Zamawiającego przelewem bankowym na konto Wykonawcy wskazane w fakturze w ciągu 30 dni od dostarczenia”.

Odpowiedź: Patrz odpowiedź na Pytanie nr 23.

Pytanie nr 23. Z punktu widzenia Wykonawcy, zasadnym jest zastąpienie wyrazu „dostarczenia” wyrazem „wystawienia,„. Proponowane przez Zamawiającego ustalenie terminu płatności, może wyeliminować ew. nieporozumienia poprzez wskazanie, że datą początkową jest data wystawienia faktury. W systemach informatycznych Wykonawcy istnieje możliwość ustawienia wydłużonego terminu płatności ,ale datą początkową jest data -wystawienia faktury Czy w związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści zapisu w ww. sposób?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 24. Wykonawca zwraca się z pytaniem czy wyrazi zgodę na modyfikację treści postanowień § 5 ust. 8 Umowy o treści: Łączny limit kar umownych nie może przekroczyć maksymalnej wartości Umowy, określonej w § 4 ust. 1” poprzez zmniejszenie łącznego limitu wysokości kar do 30% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego w Umowie.

Wykonawca wskazuje, że proponowana przez Zamawiającego wysokość jest wygórowana, co utrudnia pełne rozeznanie i oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z realizacją umowy. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający zastrzega również w umowie mimo naliczenia kar, jednocześnie prawo odstąpienia od umowy. Kary powinny bowiem służyć zabezpieczeniu terminowego i należytego wykonania prac, a nie być nadmiernym i nieuzasadnionym obciążeniem dla wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 25. Czy Zamawiający wyraża zgodę na uzupełnienie zapisu w § 5 ust. 7 umowy o treści, „Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, na zasadach ogólnych”. Poprzez dodanie zapisu, że łączna wysokość odszkodowania wraz z naliczonymi karami nie przekroczy całkowitej wartości umowy. Wykonawca zwraca uwagę, że wskazanie maksymalnej odszkodowania umożliwia Wykonawcy oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z realizacją umowy.

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 5 Wzoru umowy, polegającej na zmianie treści ust. 7.

Pytanie nr 26. W związku z treścią § 5 ust. 9 umowy Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że ewentualne /naliczenie kar umownych poprzedzone /postępowaniem, które potwierdzi odpowiedzialność wykonawcy. Jednocześnie, Wykonawca podnosi, że utrzymanie postanowień umownych umożliwiających potrącenie kar z wynagrodzenia Wykonawcy nie daje możliwości weryfikacji zasadności i poprawności naliczenia tych kar. Jednocześnie wskazać należy, że kara umowna powinna przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. 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? W związku z powyższym, Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że nałożenie kar umownych będzie poprzedzone stosownym postępowaniem reklamacyjnym?

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje procedury wcześniejszego informowania o zamiarze naliczenia kar umownych.

Pytanie nr 27. Czy odnośnie postanowień § 4 ust. 7 umowy „Wierzytelności wynikające z niniejszej Umowy nie mogą być przenoszone na osobę trzecią bez pisemnej zgody Zamawiającego?”. Czy Zamawiający wyrażą zgodę, aby powyższy zakaz nie obejmował wymagalnych należności pieniężnych?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 28. W §4 ust.3 Umowy Zamawiający wymaga rozliczania kwartalnego. Jest to rozwiązanie niestandardowe wymagające ręcznego sterowania. W związku powyższym zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisu na miesięczny okres rozliczeniowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 29. Zamawiający w § 4 ust. 2 wzoru umowy określił termin płatności na 30 dni od otrzymania faktury VAT przez Zamawiającego. Określenie takiego terminu przez Zamawiającego powoduje, iż Wykonawca będzie zmuszony odprowadzić należny podatek zgodnie z art. 19a ust. 5 pkt. 4) lit. b ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54 poz.535 z późn.zm.) od dnia wystawienia faktury VAT. Wobec czego dłuższy termin płatności powoduje, że Wykonawca będzie zmuszony odprowadzić należny podatek jeszcze przed faktycznym uregulowaniem zobowiązania wynikającego z faktury przez Zamawiającego. Dodatkowo Wykonawca informuje, że taki sposób fakturowania wymusza na Wykonawcy wliczenie do projektu dodatkowych kosztów odmiennego fakturowania, co może podrożyć koszt całościowy projektu. Dla Wykonawcy standardowy sposób wystawiania faktur generuje termin płatności liczony od dnia wystawienia faktury VAT. Czy w związku z powyższym Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę terminu płatności faktur liczonego od dnia wystawienia faktury w terminie 30 dni, z zastrzeżeniem, że faktura nie może wpłynąć do Zamawiającego później niż w przeciągu 14 dni od daty jej wystawienia?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 30. Zgodnie z § 4 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?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 31. Zamawiający w par. 5 ust. 1-6 wzoru umowy przewidział obciążenie Wykonawcy karami umownymi za "opóźnienia" w wykonaniu wskazanych tam zobowiązań. 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.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 32. Zamawiający w § 5 ust. 1, 2, 3 i 6 projektu umowy zastrzegł sobie prawo naliczania kar umownych we wskazanych tam wysokościach. W naszej ocenie kary te są zbyt wygórowane i niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia. 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 zmniejszenie wysokości kar umownych o połowę?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 33. Zamawiający w par. 5 ust. 7 wzoru umowy zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych. Wykonawca zwraca uwagę, że jest w stanie ponieść koszty rzeczywistych strat jakie poniósł Zamawiający, czyli faktycznych wydatków poniesionych przez Zamawiającego, nie może natomiast ponosić odpowiedzialności za wszystkie korzyści jakie mógł utracić Zamawiający. Ponoszenie przez Wykonawcę takich kosztów może spowodować nierentowność projektu, a dla Wykonawcy może stać się bezpodstawnym wzbogaceniem. Czy wobec powyższego Zamawiający uzupełni zapis powyższego paragrafu poprzez dodanie zdania: "(...) do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody"?

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 5 ust. 7 Wzoru umowy.

Pytanie nr 34. Zamawiający w par. 5 ust. 8 wzoru umowy ogranicza limit kar umownych do maksymalnej wartości umowy. 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, jednak nie do całkowitej wartości zamówienia. Czy w związku z powyższym Zamawiający dopuści, aby wysokość naliczonych kar umownych w trakcie realizacji zamówienia nie przekroczyła wysokości 30% całkowitej wartości zamówienia?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 35. Zamawiający w par. 5 ust. 9 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. Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę umowy poprzez dodanie zapisu o tym, że kary umowne będą naliczane po zakończeniu procedury reklamacyjnej?

Odpowiedź: Patrz odpowiedź na Pytanie nr 26.

Pytanie nr 36. Zamawiający w par 7 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy zastrzega możliwość natychmiastowego wypowiedzenia umowy w przypadku opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy i przekroczenia terminów. Wykonawca wnosi o dopuszczenie wprowadzenia w zapisach umowy terminu, w jakim Wykonawca będzie mógł się ustosunkować do zarzutów i odpowiedzieć na nie dokonaniem niezbędnych czynności czy też potwierdzeniem niewłaściwego czy też nieterminowego ich wykonania. Prosimy o dopisanie zdania: "Wypowiedzenie Umowy może nastąpić po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu (nie krótszego niż 7 dni) wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego w pisemnym wezwaniu do wykonania lub należytego wykonania Umowy". Prosimy również o zastąpienie wyrażenia „opóźnienie” wyrażeniem „zwłoka”.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 37. Czy w par. 3 ust 12 odwołanie nie powinno być do pkt 9?

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 3 Wzoru umowy.

Pytanie nr 38. Par. 7 ust. 4 IPU - czy Zamawiający dopuści możliwość zmiany umowy w pozostałych przypadkach przewidzianych w art. 142 ust. 5 Pzp, tj. zmiany minimalnego wynagrodzenia o pracę i zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym?

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 7 Wzoru umowy.

W związku z wprowadzonymi zmianami Zamawiający zmienia termin składania ofert:

1. Rozdział XXIII ust. 3 otrzymuje następujące brzmienie:

„Termin składania ofert upływa dnia 26 listopada 2018 r. o godzinie 10:00”

2. Rozdział XXIV ust. 1 otrzymuje następujące brzmienie:

„Oferty zostaną otwarte w dniu 26 listopada 2018 r. o godzinie 10:15 w Centrum Informatyki Resortu Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12, pokój 153 (wejście przez biuro przepustek)”

Zamawiający przekazuje w załączeniu ujednolicony Załącznik C do SIWZ, w którym wprowadzone zmiany zaznaczono kolorem **czzerwonym**.

Działając na podstawie art. 38 ust. 4a pkt 2 Ustawy Zamawiający informuje, że przekazał powyższą zmianę Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jako sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu.

Niniejsze wyjaśnienia i modyfikacje stanowią integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia i są wiążące dla Wykonawców i Zamawiającego.

DYREKTOR
Centrum Informatyki
Resortu Finansów

Piotr Gnich
/podpis na oryginale/