

Zielona Góra, dnia 05 kwietnia 2019 r.

DA.V.2630.1.2019

## **ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCY**

**dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:**

**„Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze z podziałem na cztery zadania”**

W związku z wpłynięciem w przedmiotowym postępowaniu pytań od Wykonawcy w odniesieniu do zapisów w projektach umów, Zamawiający przytacza treść pytań oraz udziela następujących odpowiedzi:

### **Pytanie 1:**

Załącznik 4.2 UMOWA § 5 ust. 4 WARUNKI PŁATNOŚCI

Załącznik 4.4 UMOWA § 5 ust. 4 WARUNKI PŁATNOŚCI

Należy zauważyć, że postanowienie w obecnym brzmieniu jest niezgodny z powszechną zasadą oraz linią orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. uchwała SN z dnia 4 stycznia 1995r. sygn. CZP 164/94) w myśl, których za dzień spełnienia świadczenia pieniężnego w postaci bezgotówkowej uważa się dzień uznania rachunku bankowego wierzyciela (to 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 zmianę zapisu.

### **Pytanie 2:**

Załącznik 4.2 UMOWA

Załącznik 4.4 UMOWA

Proszę o 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:**

Zamawiający potwierdza, że w przypadku wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna umowy poświęcona Wykonawcy będzie obejmować wszelkie dane, wymagane przez art. 374 § 1 Ksh.

**Pytanie 3:**

Załącznik 4.2 UMOWA § 6 ust. 2

Załącznik 4.4 UMOWA § 6 ust. 2

Zgodnie z treścią § 6, ust.2 Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody wyrządzone będące następstwem nienależytego wykonania umowy. Mając na uwadze postanowienie umowne Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie, poprzez wskazanie, że Wykonawca odpowiada w zakresie o którym mowa w ust. 2 chyba, że szkoda została spowodowana działaniem Siły Wyższej, wyłączną winą Zamawiającego lub osoby trzeciej, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Czy Zamawiający doprecyzuje niniejszy zapis?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na doprecyzowanie zapisu.

**Pytanie 4:**

Załącznik 4.2 UMOWA § 8 ust. 1

Załącznik 4.4 UMOWA § 8 ust. 1

Wnosimy o uzupełnienie postanowień § 8, ust. 1 umowy - Wykonawcy nie przysługuje prawo przenoszenia wierzytelności wynikających z niniejszej Umowy bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego, pod rygorem nieważności. Postanowienia umowy w świetle których przeniesienie wierzytelności wymaga zgody Zamawiającego narusza zasadę równowagi kontraktowej stron umowy i jest sprzeczne z przyjętą praktyką rynkową, stosownie do której Wykonawcy mogą przekazywać przysługujące im wierzytelności podmiotom trzecim bez zgody dłużnika. Wykonawca proponuje uzupełnienie poprzez dodanie zapisu „Powyższy zakaz nie obejmuje wymagalnych wierzytelności pieniężnych”. Czy Zamawiający doprecyzuje niniejszy zapis?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na doprecyzowanie zapisu.

**Pytanie 5:**

Załącznik 4.2 UMOWA § 6 ust. 6

Załącznik 4.4 UMOWA § 6 ust. 6

Wykonawca zwraca się z prośbą o zastąpienie w § 6. ust. 6 Umowy dot. zał. 4.2 i 4.4 terminu „opóźnienie” wyrażeniem „zwłoka”. Wykonawca wskazuje na wyrok SN z dn. 20 marca 1968r., sygn. II CR 419/67, w świetle którego *„jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie podnosi odpowiedzialności (art. 471 k. c.), kary umownej nie nalicza się”*. Uzasadnieniem dla takiej zmiany jest potrzeba wykluczenia interpretacji, iż Wykonawca będzie obciążony obowiązkiem zapłaty kar umownych nawet w sytuacji, gdyby niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od Wykonawcy (np. bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich). Czy Zamawiający doprecyzuje niniejszy zapis?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na doprecyzowanie zapisu.

**Pytanie 6:**

Załącznik 4.2 UMOWA § 6 ust. 7

Załącznik 4.4 UMOWA § 6 ust. 7

Czy Zamawiający wyraża zgodę na uzupełnienie w § 6, ust. 7 umowy dot. zał. 4.2 i 4.4 zapisu: „Strony niezależnie od kar umownych mogą dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych”, poprzez dodanie, że „łączna wysokość odszkodowania wraz z naliczonymi karami nie przekroczy całkowitej wartości umowy”. Wykonawca



zwraca uwagę, że wskazanie maksymalnej odszkodowania umożliwi Wykonawcy oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z realizacją umowy. Czy Zamawiający doprecyzuje niniejszy zapis?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na doprecyzowanie zapisu.

**Pytanie 7:**

Załącznik 4.2 UMOWA § 6

Załącznik 4.4 UMOWA § 6

Wykonawca zwraca się z pytaniem czy możliwym jest uzupełnienie treści postanowień § 6 Umowy dot. zał. 4.2 i 4.4 o zapis, zgodnie z którym: „Łączna suma kar umownych naliczonych na podstawie § 6, ust. 6 i ust. 10 umowy nie przekroczy 20 % wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego w Umowie”? Z punktu widzenia Wykonawcy wskazanie maksymalnej wysokości kar umownych umożliwia pełne rozeznanie i oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z realizacją umowy. W sytuacji, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do proponowanej wysokości 20 % wartości Umowy brutto, zasadnym będzie wskazanie i rozważenie innej wartości procentowej. 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. Czy Zamawiający doprecyzuje niniejszy zapis?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na doprecyzowanie zapisu.

**Pytanie 8:**

Załącznik 4.2 UMOWA § 6 ust. 8

Załącznik 4.4 UMOWA § 6 ust. 8

W związku z treścią § 6, ust. 8 umowy dot. zał. 4.2 i 4.4 – „Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych (...)” - Zamawiający jest uprawniony do potrącenia ewentualnych kar / Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że ewentualne naliczenie i potrącenie kar umownych poprzedzone będzie 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.

Czy Zamawiający doprecyzuje niniejszy zapis?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na doprecyzowanie zapisu.

**Pytanie 9:**

Czy Zamawiający zgodzi się żeby zapłata kar umownych nastąpiła w ciągu 14 dni od dnia wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej – potrącenie kar z wynagrodzenia Wykonawcy nie daje możliwości weryfikacji zasadności i poprawności naliczenia tych kar. Ponadto Zamawiający będzie miał także zabezpieczenie należytego wykonania Umowy, które ma służyć do pokrycia roszczeń tytułu nienależytego wykonania Umowy, dlatego Wykonawca nie widzi potrzeby wyrażania zgody na potrącenie kar umownych wynagrodzenia należnego. Ponadto 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.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.

**Pytanie 10:**

Wnosimy o doprecyzowanie iż naliczanie kar może nastąpić po zakończeniu procedury reklamacyjnej. Postępowania reklamacyjne wynikiłe w toku realizacji umowy będą prowadzone na zasadach i warunkach określonych w Rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usług telekomunikacyjnych (Dz. U. poz. 284).

Informujemy iż Wykonawca nie może stać w pozycji dyskryminowanej, co oznacza pozostawienie tego zapisu o swobodne naliczanie kar bez informowania Wykonawcy o zastrzeżeniach. Wyrażenie zgody Wykonawcy na ustosunkowanie się do reklamacji powinno być podstawą właściwej współpracy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.

z up. MARSZAŁKA WOJEWÓDZTWA

*Katarzyna Turczyniak*  
Dyrektor Departamentu  
Administracyjno-Gospodarczego

szanca Prawny  
Amil Szajek  
R-2507-C-0810