



Wszyscy Wykonawcy
ubiegający się o udzielenie zamówienia

Wyjaśnienia do Specyfikacji Warunków Zamówienia

dotyczy postępowania na świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej dla potrzeb Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Łodzi

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Łodzi przesyła wyjaśnienia dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia do postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji na świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej dla potrzeb MOPS w Łodzi.

Pytanie nr 1

Wnosimy o modyfikację zapisu § 12, ust 8 Umowy /załącznik nr 6 SWZ/ – wskazującego, że „Jeżeli wysokość szkody przekracza wysokość kar umownych lub jeżeli szkoda powstała z przyczyn, dla których strony nie zastrzegły kar umownych, Zamawiający może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych Kodeksu Cywilnego” - w świetle przedstawionej regulacji Wykonawca zwraca się o uzupełnienie zapisu poprzez wskazanie, że „łączna wysokość odszkodowania z tytułu roszczeń wraz z naliczonymi karami nie przekroczy całkowitej wartości umowy”. Zwrócić należy uwagę, że wskazanie maksymalnej wysokości odszkodowania umożliwi oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z realizacją umowy. Czy Zamawiający zmodyfikuje zapis umowy?

Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną treść zmiany postanowienia Umowy (par. 12 ust 8). Określenie maksymalnego limitu wysokości kar umownych do poziomu 100 procent wartości umowy pozwala Wykonawcom szacować potencjalne ryzyko kontaktowe. Takie uregulowanie kwestii naliczania i nakładania kar umownych zgodne jest ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, który w wyroku z 22 października 2015 (IV CSK 687/14) uznał, iż „nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się”. Tym samym, w powyższym rozumieniu procentowe zastrzeżenie kary umownej bez wskazania kwoty maksymalnej lub terminu końcowego jej naliczania („zamkniętego okresu”), nie spełniałoby wymogów przewidzianych prawem, a więc byłoby nieważne i nieskuteczne. Czym innym jest natomiast naprawienie szkody w przypadku, gdy strony nie zastrzegły kary lub zastrzeżona kara nie pokrywa pełnej wysokości szkody. Nie uzasadnionym jest bowiem ograniczanie wysokości odszkodowania do wartości umowy.



Takie postanowienia naruszają bowiem zasady odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający wskazuje, że Wykonawca jest ubezpieczony OC, a tym samym działania jego i ocena ryzyka jest również kalkulowana w oparciu o posiadane ubezpieczenie.

Pytanie nr 2

Zwracamy się o modyfikację treści postanowień Umowy § 12, ust 7 o zapis, zgodnie z którym: „Całkowita suma kar umownych, bonifikat naliczonych na podstawie § 12, ust 1, pkt 1, 2 umowy nie przekroczy w całym okresie obowiązywania umowy 40 % wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego w Umowie”. Określenie wysokości kar umownych stwarza Wykonawcy możliwość oceny ryzyka kontraktowego związanego z realizacją umowy. Z uwagi na okoliczność, że funkcją kary umownej jest zabezpieczenie terminowego i należytego wykonania prac, a więc z tego względu kary umowne nie powinny być nadmiernym i nieuzasadnionym obciążeniem. Wykonawca proponuje zatem ograniczenie całkowitej wysokości kar umownych do 40 % wartości Umowy brutto. W sytuacji gdyby jednak Zamawiający nie podzielił stanowiska Wykonawcy i nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do proponowanej wysokości Wykonawca zwraca się o wskazanie i rozważenie innej wartości procentowej.

Czy Zamawiający zmodyfikuje zapis umowy?

Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający nie przychyliła się do propozycji Wykonawcy. Uregulowanie w umowie maksymalnego limitu kar umownych zgodne jest ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, który w wyroku z 22 października 2015 (IV CSK 687/14) uznał, iż „nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się”. Tym samym, w powyższym rozumieniu procentowe zastrzeżenie kary umownej bez wskazania kwoty maksymalnej lub terminu końcowego jej naliczania („zamkniętego okresu”), nie spełniałoby wymogów przewidzianych prawem, a więc byłoby nieważne i nieskuteczne. Sąd Najwyższy nie określił w/w Wyroku konkretnej wysokości maksymalnego limit kar pozostawiając to decyzji stron. Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z 17 marca 2017 r. (KIO 409/17) – aktualnym w obecnym stanie prawnym – wskazała, że „(...) powoływanie się li tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Skład orzekający w ww. wyroku wyjaśnił ponadto, że odpowiedzialnością na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie, a co za tym idzie, dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy na skalkulowanie wspomnianych ryzyk, dopóty brak jest podstaw do interwencji Izby w zakresie kształtu stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego. W wyroku z 5 marca 2014 r. (KIO 283/14)



Izba wskazała, że zamawiający jako podmiot działający w interesie publicznym jest obciążony ryzykiem nieosiągnięcia celu danego postępowania, a ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej przez przedsiębiorców. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców. Wykonawca zaś może – z uwagi na treść siwz (obecnie: swz) i projektu umowy – nie ubiegać się o zamówienie (nie musi bowiem składać oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego) lub złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. Te możliwości, zdaniem Izby, wskazują, że przeniesienie ryzyka na wykonawcę nie narusza zasady swobody umów. W tym kontekście warto również przywołać orzecznictwo sądów okręgowych, gdzie stwierdza się, że podejmując decyzję o złożeniu oferty, wykonawca powinien uwzględnić ciężar narzucanych mu zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczając swoje interesy w drodze kalkulacji ceny ofertowej. Podział ryzyk nie musi oznaczać naruszenia zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego (zob. wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Pytanie nr 3

Zgodnie z treścią § 12, ust 4 umowy „Zapłata kar umownych nastąpi w ciągu 14 dni od daty wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej. W przypadku braku zapłaty przez Wykonawcę Zamawiający zastrzega sobie możliwość potrącenia kar umownych z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy należnego za dalszy okres obowiązywania umowy, chyba że możliwość taką wyłącza powszechnie obowiązujący przepis prawa” - w celu uniknięcia w tym zakresie nieporozumień Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że ewentualne naliczenie i potrącenie kar umownych poprzedzone zostanie postępowaniem, które potwierdzi prawidłowość naliczania kar umownych. Powyższe wynika z okoliczności, 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 przedstawienia swojego stanowiska.

Czy Zamawiający zmodyfikuje zapis umowy?

Odpowiedź na pytanie nr 3

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w toku procedury reklamacyjnej o jakiej mowa w par 12 ust 9 wykonawca ma prawo zająć stanowisko, co do nienależytego wykonywania lub niewykonania swoich usług.

Pytanie nr 4

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



Odpowiedź na pytanie nr 4

Wzór umowy zawiera jedynie „przykładowe” i nie uzupełnione o wszystkie wymagane prawem cywilnym i prawem spółek handlowych określenie wykonawcy. Każdorazowo przy zawieraniu umowy, jej komparycja jest dostosowywana do formy prowadzenia działalności przez wybranego wykonawcę.

Pytanie nr 5

Wykonawca wnosi na równorzędnych zasadach o dodanie do Umowy /załącznik nr 6 SWZ/ postanowienia o udostępnieniu danych osobowych personelu Stron tj.: Wykonawca wnosi aby do umowy dodać postanowieni o tzw. udostępnieniu danych osobowych personelu/przedstawicieli Stron. Oczywiście jest bowiem, że do takiego udostępnienia dojdzie, a w wyniku tego Strony staną się niezależnymi administratorami w/w danych osobowych. Poniżej propozycja zapisów, które mogą zostać zmienione poprzez dostosowanie ich do faktycznych relacji pomiędzy Stronami:

„Wzajemne udostępnienie danych osobowych pracowników i współpracowników Stron.

- 1) W celu wykonania Umowy, Strony wzajemnie udostępniają sobie dane swoich pracowników i współpracowników zaangażowanych w wykonywanie Umowy w celu umożliwienia utrzymywania bieżącego kontaktu z Kontrahentem przy wykonywaniu Umowy, a także – w zależności od specyfiki współpracy - umożliwienia dostępu fizycznego do nieruchomości drugiej Strony lub dostępu do systemów teleinformatycznych drugiej Strony.
- 2) W celu zawarcia i wykonywania Umowy, Strony wzajemnie udostępniają sobie dane osobowe osób reprezentujących Strony, w tym pełnomocników lub członków organów w celu umożliwienia kontaktu między Stronami jak i weryfikacji umocowania przedstawicieli Stron.
- 3) Wskutek wzajemnego udostępnienia danych osobowych osób wskazanych w ppkt 1) oraz 2) powyżej, Strony stają się niezależnymi administratorami udostępnionych jej danych. Każda ze Stron jako administrator udostępnionych jej danych osobowych samodzielnie decyduje o celach i środkach przetwarzania udostępnionych jej danych osobowych, w granicach obowiązującego prawa i ponosi za to odpowiedzialność.
- 4) Strony wzajemnie prześlą swoim pracownikom i współpracownikom treść określonych przez drugą Stronę Informacji o danych osobowych dotyczącej pracowników i współpracowników drugiej Strony, przed udostępnieniem ich danych osobowych drugiej Stronie, udokumentują to przekazanie, a także będą przechowywały dokumentację przekazania w sposób zapewniający jej dostępność oraz integralność przez czas trwania Umowy, a także 5 lat dłużej.
- 5) Jeśli Koordynator Umowy Strony nie wskaże inaczej w formie pisemnej, elektronicznej lub e-mailowej, druga Strona, w wykonaniu obowiązku z ppkt 4), powinna użyć treści Informacji o danych osobowych dotyczącej pracowników i współpracowników drugiej Strony, dostępnej na stronie [www._____](#) (wersja Wykonawcy), [www._____](#) (wersja Zamawiającego).”

Czy Zamawiający doprecyzuje zapis umowy w powyższym zakresie?



Odpowiedź na pytanie nr 5

Wszelkie obowiązki związane z przedmiotem zamówienia winny być określone w dokumentach zamówienia w tym m.in. w umowie. Wszelkie zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych reguluje natomiast rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016 roku, s. 1). Oznacza to, że Zamawiający nie uchyla się od obowiązków należytego przetwarzania danych osobowych, jednakże zakres tych obowiązków i umowy są zawierane odrębnie - z wykonawcą z którym zostaje zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego. Brak załączenia na etapie postępowania takich dokumentów nie oznacza, że przetwarzanie danych będzie odbywało się bez zapewnienia wszelkich wymagań określonych w/w Rozporządzeniem.

Pytanie nr 6

Czy Zamawiający zgodzi się na wydłużenie terminu składania ofert co najmniej o 14 dni kalendarzowych, minimum do dnia 16 kwietnia 2021r.? Wniosek Wykonawcy podyktowany jest należywym przygotowaniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, Wykonawca musi przeprowadzić analizę wymagań opisanych w SWZ, sprawdzić warunki techniczne. Wymagania określone w przetargu przez Zamawiającego potrzebują dłuższego czasu na opracowanie oferty, niż został pierwotnie wyznaczony w SWZ. Zamawiający jako podmiot określony w ustawie zobowiązany jest do prowadzenia takich postępowań znacznie częściej i ma świadomość jakie działania Wykonawcy muszą podjąć na etapie składania ofert aby prawidłowo przygotować oferty i oszacować wartość zamówienia.

Odpowiedź na pytanie nr 6

Zamawiający nie wyraża zgody na przedłużenie terminu składania ofert. Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 25.03.2021 r. z terminem składania ofert do dnia 02.04.2021 r. Zgodnie z zapisami art. 283 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 7 dni. Termin na składanie ofert ustalony został z uwzględnieniem powyższych zapisów i jest wystarczający na przygotowanie oferty i przesłanie jej elektronicznie zgodnie z zapisami 14.2.SWZ.

DYREKTOR
Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej
w Łodzi


Andrzej Kaczorowski