

odpowiedzi na pytania :

Ad.1.

Wykonawca zwraca się, zatem z pytaniem, czy w razie wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umowy będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 ksh (a zatem także informacje o wysokości kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego)?

Odp:

Część komparacyjna umowy będzie obejmować wyłącznie dane niezbędne do identyfikacji Wykonawcy oraz do ustalenia jego właściwej reprezentacji. Wymagane dokumenty, określające, m.in. szczegółowe dane Wykonawcy muszą zostać dołączone do oferty, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Ad.2.

Czy Zamawiający dopuszcza, by w odniesieniu do § 1 ust. 3 pkt. 1 Umowy odpowiedzialność Wykonawcy dotyczyła jedynie szkód powstałych z jego winy, a tym samym by nie odpowiadał za wystąpienie siły wyższej, czy za działania osób trzecich, na które nie miał on wpływu?

Odp:

Zamawiający potwierdza, że odpowiedzialność Wykonawcy, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na skutek wystąpienia siły wyższej lub okoliczności niezależnych od Wykonawcy (np. bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich), będzie wyłączona.

Ad.3.

Czy mając na uwadze powszechnie akceptowaną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadą neutralności VAT dla podatnika, że w ostatecznym rozrachunku podatek ten powinien obciążać odbiorcę towarów i usług, a nie Wykonawcę i w celu uniknięcia konieczności wprowadzania zmian do treści umowy w przypadku zmiany stawki VAT – Zamawiający potwierdza uzupełnienie § 3 Umowy poprzez dodanie nowego ustępu o treści: „W razie zmiany wysokości obowiązujących stawek VAT dotyczących przedmiotu umowy w okresie obowiązywania niniejszej umowy Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia uwzględniającego nową, aktualną wysokość stawek podatku VAT?.

Odp:

Zamawiający realizuje projekt współfinansowany ze środków POIG, którego nakłady finansowe, w tym udział własny oraz poziom / wartość dofinansowania, zostały określone z umowie w sprawie realizacji projektu zawartej pomiędzy Zamawiającym a WWPE. Umowa dotycząca finansowania projektu, określona jest w cenach brutto z VAT i nie podlega zmianie. W związku z tym Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia nakładów na projekt ponad poziom określony w umowie w cenach brutto z VAT i tym samym nie potwierdza zmian w § 3 wzoru Umowy.

Ad.4.

Zgodnie z § 3 ust. 3 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., sygnatura III 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). W związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o zmianę przedmiotowego postanowienia w taki sposób, aby za termin płatności wynagrodzenia dla Wykonawcy uznać dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy.

Odp:

Zamawiający nie dopuszcza możliwości modyfikacji treści § 3 ust. 3 umowy. Zamawiający przestrzega zapisów dotyczących dyscypliny finansów publicznych zawartych w Ustawie o finansach publicznych, w tym wszelkich rozliczeń z Wykonawcami.

Ad.5.

Czy Zamawiający dopuszcza skreślenie § 3 ust. 5 Umowy?

Odp:

Zamawiający nie dopuszcza skreślenia § 3 ust. 5 Umowy. Inwestycja Zamawiającego jest realizowana jako współfinansowana w 85% ze środków POIG. Zamawiającego wiąże umowa w sprawie realizacji projektu zawarta z WWPE, zawierająca analogiczny zapis.

Ad.6.

Czy Zamawiający dopuszcza wydłużenie terminów zawartych w § 4 pkt.1 Umowy- w zakresie czasu reakcji, a zwłaszcza w zakresie usunięcia awarii?

Odp:

Zamawiający nie dopuszcza wydłużenia terminów zawartych w § 4 pkt.1 Umowy.

Ad.7.

Odnosnie postanowień zawartych w § 5 ust. 2 – 7 Umowy, czy Zamawiający dopuszcza zmniejszenie wysokości kar umownych, co najmniej o 1/2?

Kary umowne określone w wysokości wskazanej w § 5 ust. 2 – 7 Umowy będą – zdaniem Wykonawcy – uznane w każdym wypadku za kary rażąco wygórowane, co umożliwi ich podważenie 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 rażąco wygórowana.” Taka możliwość podważania wysokości kary umownej nie tylko narazi strony umowy na koszty postępowania sądowego, ale wiąże się z niepewnością, co do praw i obowiązków stron. Jednocześnie tak wysoki, drakoński wręcz poziom kary umownej za odstąpienie od umowy zmusi Wykonawców do uwzględnienia tego elementu ryzyka przy wycenie usług dla Zamawiającego, co znajdzie wyraz w podwyższeniu ceny. Z tych względów zwracamy się o rozważenie, czy kary umowne w wysokości zaproponowanej w ww. pytaniu Wykonawcy, nie będą chronić Zamawiającego w dostatecznym stopniu.

Odp:

Aspekt wyłonienia doskonałego Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma krytyczne znaczenie dla Zamawiającego, jak również kwestia efektywnej i terminowej realizacji projektu. Zamawiający nie dopuszcza zmniejszenia kar umownych.

Ad.8.

Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień § 5 ust. 2 – 7 Umowy o zapis, zgodnie, z którym „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 10% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonej w § 3 ust.1 Umowy”? Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 10% kwoty wartości umowy, zwracamy się o rozważenie innej wartości procentowej. Dopiero, bowiem wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie, (przy czym zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko (ang. „contingency”).

Odp:

Zamawiający nie dopuszcza uzupełnienia postanowień § 5 ust. 2 – 7 Umowy o nowy zapis.

Ad.9.

Prosimy o potwierdzenie, że stosowanie przewidzianych przez Zamawiającego sankcji w postaci odstąpienia od umowy oraz kar umownych nie dotyczy sytuacji, w których ewentualne niedotrzymanie terminów lub kryteriów świadczenia usług wynika z okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę (jak przykładowo: siła wyższa, przypadek, czy bezprawne działania osób trzecich). Pytanie to ma w swojej podstawie ugruntowaną linię orzecniczą Sądu Najwyższego, w szczególności wyrażoną w wyroku SN z dnia 20 marca, 1968 r. (sygn. akt II CR 419/67) zgodnie, z którym, 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.

Odp:

Zamawiający potwierdza, że stosowanie przewidzianych przez Zamawiającego sankcji w postaci odstąpienia od umowy oraz kar umownych nie dotyczy sytuacji, w których ewentualne niedotrzymanie terminów lub kryteriów świadczenia usług wynika z okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę (jak siła wyższa lub będące skutkiem działania osób trzecich, na które Wykonawca nie miał wpływu)

Ad.10.

Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowień § 5 Umowy poprzez dodanie ustępu o następującej treści: „Odstąpienie od umowy, bądź naliczenie przez Zamawiającego kar umownych zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu Umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kary umownej?. Zapis taki jest w naszym przekonaniu konieczny biorąc pod uwagę przytoczone powyżej stanowisko Sądu Najwyższego, że kara umowna powinna przysługiwać tylko i wyłącznie w przypadku, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpi z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury w toku, której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.

Odp:

Zamawiający nie dopuszcza zmian w zapisach § 5 Umowy.

Ad.11.

W treści § 5 ust. 10 Umowy Zamawiający przewidział dla siebie prawo potrącenia kar umownych z należnego Wykonawcy wynagrodzenia (faktury). W związku z powyższym zauważyć należy, iż działanie Zamawiającego oparte na w/w prawie doprowadzić może nie tylko do poważnych nieporozumień pomiędzy stronami umowy, a także może wyrzucić negatywny skutek na przebieg realizacji zamówienia. Niejednokrotnie, bowiem zarówno sam fakt wystąpienia zdarzenia skutkującego powstaniem roszczenia o naliczenie kar umownych, jak i ustalenie wysokości tych kar może być sporne. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez Strony umowy działań zmierzających nie tylko, do ustalenia przesłanek skutkujących naliczeniem kar umownych, ale także czynników wpływających na ich wysokość. Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto, stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli czy to Wykonawcy czy sądu, może ono być uznane za nadużycie prawa skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 k. c. w zw. z art. 139 ust. 1 p. z. p.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów projektu umowy poprzez dodanie w jej treści zapisu o konieczności uzyskania akceptacji Wykonawcy na potrącenie kar umownych z należnego Wykonawcy wynagrodzenia (faktury) – przykładowo poprzez dodanie do treści § 5 ust. 10 Umowy słów „, po uzyskaniu pisemnej zgody Wykonawcy”?

Odp:

Zamawiający nie dopuszcza zmian w treści § 5 ust. 10 Umowy. Zamawiający podkreśla, iż jego celem jest wyłącznie wyłonienie Wykonawcy gwarantującego doskonałe jakościowo oraz terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Ad.12.

Celem doprecyzowania zapisu w § 6 ust. 1 Umowy, Wykonawca zwraca się o dodanie na końcu tej klauzuli słów: „zgodnie z art. 145 ustawy prawo zamówień publicznych”.

Odp:

§ 6 ust. 1 Umowy jest zgodny z art. 145 ustawy prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie widzi potrzeby dodania tych słów.

Ad.13.

Czy Zamawiający dopuszcza, by sformułowanie „Zamawiający może bez wyznaczania terminu dodatkowego od niniejszej umowy odstąpić przed upływem terminu wskazanego wcześniej w tym zdaniu” zawarte w § 6 ust. 1 Umowy zastąpić sformułowaniem „Zamawiający może rozwiązać umowę przed upływem terminu wskazanego wcześniej w tym zdaniu”

Odp:

Pytanie prawdopodobnie dotyczy § 6 ust. 3 Umowy. Zamawiający podtrzymuje zapisy w Umowie

Ad.14.

Zwracamy się do Zamawiającego z zapytaniem, czy zgadza się na modyfikację SIWZ i zmianę terminu składania ofert przez wydłużenie go o 7 dni, tj. do dnia 21 listopada 2011r.?

W uzasadnieniu informujemy, że Wykonawca pragnie dołożyć starań by oferta przetargowa, którą przygotowuje w niniejszym postępowaniu spełniła wszystkie wymagania Zamawiającego. Informuję

także, że oferta przygotowywana przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu, jest ofertą specjalnie kalkulowaną, tzw. ofertą „szytą na miarę” (tzn. wycenia się instalację usług telekomunikacyjnych i świadczenie jej przez okres 12 miesięcy). Wykonawca na podstawie rachunku ekonomicznego kalkuluje tą ofertę tak, aby była ona dla Zamawiającego maksymalnie korzystna, a jednocześnie była na tyle opłacalna dla Wykonawcy, by nie spowodowała strat po jego stronie.

Wykonawca w celu należytego przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu przeprowadzić musi analizę techniczną dotyczącą realizacji wymogów Zamawiającego, w tym wywiad techniczny dotyczący możliwości świadczenia wymaganej usługi według podanej w SIWZ metody realizacji oraz w odpowiedniej lokalizacji.

Wykonawca, jako operator telekomunikacyjny dominujący na rynku musi wypełniać wymagania Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dotyczące równego traktowania alternatywnych operatorów telekomunikacyjnych, a w związku z tym wywiad techniczny w lokalizacji Zamawiającego realizowany musi być zwykłą standardową procedurą, zgodnie z kolejnością skierowania do realizacji. Krótki termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu jest powodem, że wynik wywiadu technicznego Wykonawca pozna po aktualnie ustalonym terminie składania ofert.

Oczywistym jest również, że Wykonawca będzie mógł rzetelnie wycenić ofertę przetargową, dopiero po ustaleniu wszystkich kosztów związanych z uruchomieniem usługi telekomunikacyjnej o parametrach wymaganych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze dobro prowadzonego postępowania liczymy na udzielenie szybkiej odpowiedzi, co umożliwi nam poprawne przygotowanie oferty.

Odp:

Zamawiający zgodnie z ogłoszeniem zamieszczonym w dniu 09.11.2011r. przesuwa termin otwarcia ofert na dzień 2011-11-28

**Wójt Gminy Besko
Mariusz Bałaban**