

znak: AZP-2611-40/14

Warszawa, 11 grudnia 2014 r.

Do wszystkich zainteresowanych

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:
Połączenie Centrali NFZ z Oddziałami Wojewódzkimi NFZ i kolokacją siecią rozległą WAN oraz zapewnienie dostępu do Internetu.

W dniu 10.12.2014 r., 11.12.2014 r. do Centrali Narodowego Funduszu Zdrowia wpłynęły zapytania o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

Pytanie 1

W § 12 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 szczególnie 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 nienarażanie Wykonawców na taką karę. Regulaminy świadczenia usług zabezpieczają ponadto interesy abonentów i stanowią dodatkową ochronę dla Zamawiającego, określają wiele

dotychczasowych 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 na pytanie 1

Zamawiający wyjaśnia, że zapisy umowy nie stoją w sprzeczności z zapisami ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 243 ze zm.).

Zamawiający nie wyraża zgody na dołączenie regulaminu do umowy.

Pytanie 2

W § 6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający określił kary umowne, jakie Wykonawca poniesie 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 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 na pytanie 2

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę powyższego zapisu i pozostawia § 6 ust. 1 bez zmian.

Pytanie 3

W § 6 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 na pytanie 3

Zamawiający zastrzegł sobie prawo naliczenia kar umownych w sytuacji kiedy taka okoliczność zaistnieje i sytuacja taka będzie rozpatrywana każdorazowo.

Pytanie 4

W § 6 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo potrącania naliczonych kar umownych z przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia wynikającego z wystawionej faktury VAT. Zgodnie z art. 56 ust. 3 pkt 16 Prawa telekomunikacyjnego w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych powinny być określone zasady, tryb i terminy składania oraz rozpatrywania reklamacji. Wykonawca wskazuje, że do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zastosowanie ma rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284). Zgodnie z w/w rozporządzeniem w przypadku niedotrzymania z winy dostawcy usług określonego w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych terminu rozpoczęcia świadczenia tych usług bądź niewykonania lub nienależytego wykonania usługi telekomunikacyjnej abonentowi przysługuje prawo złożenia reklamacji. W związku z tym w przypadku wystąpienia przejawów niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, Zamawiający zobowiązany jest najpierw złożyć reklamację zgodnie z w/w rozporządzeniem, a dopiero po przeprowadzeniu przez Wykonawcę postępowania reklamacyjnego możliwe jest naliczenie przez Zamawiającego kar umownych, co następuje w drodze zaliczenia tych należności na poczet przyszłych płatności albo w formie zwrotu uznanej w reklamacji kwoty kary umownej. Zapis ten jako akt powszechnie obowiązującego prawa ma zastosowanie do umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych i ma pierwszeństwo przez zapisami umowy, które nie mogą być sprzeczne z w/w rozporządzeniem.

Celem dostosowania wzoru umowy do obowiązujących przepisów prawa, Wykonawca wnosi o uwzględnienie w § 6 wzoru umowy powyższego aspektu poprzez dodanie do umowy następującego zapisu:

"Wszelkie przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania usług określonych niniejszą umową rozstrzygane będą w trybie określonym w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284), a ewentualne kary umowne, bonifikaty lub odszkodowania naliczane będą po zakończeniu procedury reklamacyjnej w przypadku potwierdzenia, że do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło z winy Wykonawcy."

Odpowiedź na pytanie 4

Zasady postępowania reklamacyjnego są wystarczająco opisane w zapisach umowy i nie są sprzeczne z przywołanym rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 284). Wobec powyższego Zamawiający pozostawia § 6 ust. 4 bez zmian i nie wyraża zgody na jego modyfikację.

Pytanie 5

W § 8 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy Wykonawca, który nie wykonuje umowy lub wykonuje umowę w sposób nienależyty, nie naprawi naruszenia w terminie 10 dni od daty otrzymania pisemnego zawiadomienia o dokonaniu ww. naruszenia, wówczas Wykonawca uznawany jest za winnego naruszenia i Zamawiający może wypowiedzieć umowę. Zamawiający wskazał, że w szczególności za nienależyte wykonanie umowy rozumie się wadliwe świadczenia usług opisanych w § 4 ust. 1-3 i § 5 ust. 3-6 umowy oraz w przypadku, gdy Wykonawca zleci wykonanie usługi będącej przedmiotem umowy osobie trzeciej bez pisemnej zgody Zamawiającego, co oznacza, że Zamawiający wskazał jedynie przykładowe zachowania Wykonawcy, które będą uprawniać Zamawiającego do rozwiązania umowy przed okresem, na jaki została zawarta. Katalog tych przypadków jest zatem otwarty, a w dodatku Zamawiający nie wskazał, że z uprawnienia tego skorzysta jedynie w sytuacji, gdy do niewykonania lub

nienależytego wykonania umowy dojdzie z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

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 w wypadkach wskazanych w § 8 ust. 1 wzoru umowy. Prawo zamówień publicznych przewiduje odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w przypadku, gdy sytuacje te są zawinione przez Wykonawcę, czego potwierdzeniem jest art. 24 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, który przewiduje wykluczenie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie w każdym przypadku niezależnie od tego, czy Wykonawca zawinił czy nie zawinił, ale jedynie w sytuacji, jeśli dany Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z „powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”.

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. Opisuując 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 § 8 ust. 1 umowy z zastrzeżeniem, że Zamawiający będzie mógł rozwiązać umowę w przypadku, gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy dojdzie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wykonawcy nie odpowiadają za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, jeśli przyczyną tego jest działanie siły wyższej bądź zachowanie Zamawiającego. 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 modyfikację postanowienia § 8 ust. 1 wzoru umowy poprzez dodanie po wyrazach „Jeżeli Wykonawca” sformułowania „z przyczyn leżących po jego stronie”, w celu dostosowania postanowienia § 8 ust. 1 wzoru umowy do obowiązujących w tym zakresie przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Odpowiedź na pytanie 5

Zamawiający w § 8 ust. 1 wzoru umowy odnosi się do sytuacji niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy i związanej z tym możliwości wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego, a nie do odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawcy.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę powyższego zapisu i pozostawia § 8 ust. 1 bez zmian.

Pytanie 6

W § 4 wzoru umowy Zamawiający określi! parametry gwarancji jakości świadczonych usług, zgodnie z którymi Wykonawca ponosi odpowiedzialność za niedostępność usługi zarówno w okresie miesięcznym, jak i w okresie rocznym, co oznacza, że Zamawiający będzie dwukrotnie obciążać dostawcę usług za to samo przewinienie karami umownymi - po raz pierwszy za każdy miesiąc świadczenia usługi, a po raz drugi - po każdym roku świadczenia usługi. Wykonawca wskazuje, że kary umowne w ramach SLA stosowane są albo w stosunku miesięcznym albo w stosunku rocznym, nie zdarza się, aby były naliczane jednocześnie miesięcznie i rocznie. Wykonawca prosi Zamawiającego o ograniczenie możliwości stosowania kar umownych z powodu niedotrzymania parametrów SLA do niedostępności miesięcznej albo niedostępności rocznej. Wymóg ten ma bowiem wpływ na cenę całkowitą zamówienia, ponieważ podnosi ryzyko związane z wykonaniem umowy i na podstawie art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowi jeden z elementów branych pod uwagę przez Wykonawców do sporządzenia oferty i obliczenia ceny zamówienia. Wykonawcy zwiększają cenę oferty wraz ze wzrostem ryzyka związanego z karami umownymi. Możliwość podwójnego karania Wykonawców za to samo przewinienie przez Zamawiającego zwiększa więc ryzyko finansowe, co przekłada się na cenę oferty. W ten sposób Zamawiający sam zwiększa cenę oferty za wykonanie umowy przez dostawcę usług.

Odpowiedź na pytanie 6

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę powyższego zapisu i pozostawia § 4 bez zmian.

Pytanie 7

Czy Zamawiający zapewni Wykonawcy prawo bezpłatnego dostępu i korzystania z powierzchni oraz zasilania niezbędnych w celu realizacji przedmiotu Zamówienia w lokalizacjach wskazanych w SIWZ (w tym dachu, szachtów itp.)?

Odpowiedź na pytanie 7

Zamawiający zapewnia zasilanie potrzebne dla urządzeń instalowanych w szafach rack Zamawiającego. Zamawiający zagwarantuje dostęp do pomieszczeń, do których przysługuje Zamawiającemu tytuł własności. W pozostałych przypadkach Wykonawca powinien samodzielnie uzyskać dostęp w niezbędnym zakresie. Ponadto wszelkiego rodzaju pozwolenia, na dostęp do pomieszczeń technicznych, dróg kablowych oraz dachu w budynkach, gdzie realizowana będzie usługa, Wykonawca zobowiązany jest uzyskać od administratorów budynków we własnym zakresie.

Zamawiający nie zmienia wyznaczonego na dzień 15.12.2014 r. terminu składania ofert.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

Waldemar Rybak