

Kraków, dnia 08.10.2018 r.

PYTANIA - ODPOWIEDZI nr 1
ZMIANA SIWZ nr 1

Dotyczy: *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę telefonów komórkowych na rzecz sądów powszechnych obszaru apelacji krakowskiej”*

Na podstawie art. 38 ustawy „Prawo zamówień publicznych” z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie udziela wyjaśnień do złożonych w niniejszym postępowaniu pytań:

Pytanie 1. Wykonawca wskazuje, iż umowa która zostanie zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą nie ma charakteru umowy dotyczącej powierzenia przetwarzania danych osobowych i nie zawiera również obligatoryjnych elementów dla takiej umowy (które określone są w artykule 28 ust. 3 RODO). W związku z realizacją umowy nie dojdzie do powierzenia danych osobowych przez Zamawiającego Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe czy Zamawiający wyjaśni:

- a) realizację jakich obowiązków i realizowanych wobec kogo miałyby potwierdzać Zamawiającemu Wykonawca (§ 6 ust. 4 projektu umowy)?
- b) jakie przypadki naruszenia ochrony danych osobowych (co wskazuje § 6 ust. 5 projektu umowy) ma mu zgłaszać Wykonawca?

Wobec charakteru umowy Wykonawca nie będzie podmiotem przetwarzającym, który zgodnie z obowiązującymi przepisami byłby zobowiązany do zgłaszania naruszeń administratorowi, w związku z czym Wykonawca wnosi o wykreślenie powyżej wskazanego zakresu z projektu umowy.

Odpowiedź:

Odp. a) § 6 ust. 4 Umowy odnosi się do obowiązków wskazanych w § 6 ust. 1 i 2 Umowy na wypadek pojawienia się w trakcie realizacji zamówienia takich danych osobowych. W przypadku, gdy sytuacje takie nie zaistnieją, zapisy te nie będą miały zastosowania.

Odp. b) zgodnie z § 6 ust 5 Umowy Wykonawca zobowiązany jest zgłaszać każdy przypadek związany z naruszeniem ochrony danych osobowych polegający np. na udostępnieniu danych osobie nieuprawnionej, wpływie danych, itd.

Pytanie 2. Wykonawca wnosi o uzależnienie poszczególnych przypadków odpowiedzialności Wykonawcy określonych w § 7 projektu umowy za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy od wystąpienia „zwłoki” po jego stronie, nie zaś „opóźnienia”. Opóźnienia są bowiem następstwem okoliczności, na które Wykonawca nie ma wpływu (np. zależnych wyłącznie od Zamawiającego), w konsekwencji czego nie powinny one stanowić podstawy odpowiedzialności Wykonawcy. W przypadku podtrzymania obecnego rozwiązania przez Zamawiającego konieczne będzie uwzględnienie powyższego ryzyka w ofercie cenowej przez Wykonawców ubiegających się o zamówienie, co będzie prowadzić do zwiększenia ceny ofertowej.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie 3. Czy Zamawiający potwierdzi, że kara umowna, o której mowa w § 7 ust. 5 projektu umowy będzie przysługiwała Zamawiającemu jedynie, gdy naruszenie obowiązku poufności będzie miało charakter istotny i w sposób prawdopodobny narazi Zamawiającego na odpowiedzialność z tym związaną?

Odpowiedź: Kara umowna będzie naliczana zgodnie z zapisami § 7 ust. 5 Umowy za każdy stwierdzony przypadek niezależnie od jego istotności.

Pytanie 4. Czy jest możliwym uzupełnienie treści postanowień § 7 projektu umowy o postanowienie zgodnie z którym: „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie Umowy nie przekroczy 20% wartości łącznego

wynagrodzenia brutto określonego w Umowie, a łączna suma kar umownych naliczonych w danym miesiący nie przekroczy sumy opłat należnych Wykonawcy za świadczenie usług w danym miesiącu.”?

Z punktu widzenia Wykonawcy wskazania maksymalnej wysokości kar umownych umożliwi pełne rozeznania i oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z realizacją umowy. W sytuacji gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do proponowanej przez Wykonawcę wnosimy o rozważenie i propozycję innej wartości. Zwracamy ponadto uwagę, iż kary umowne powinny służyć zabezpieczeniu terminowego i należytego wykonania prac, a nie być nadmiernym i nieuzasadnionym obciążeniem dla Wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje wprowadzenia ust. 11 do § 7 Umowy:

„Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie Umowy nie przekroczy 30% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy.”

Pytanie 5. Zamawiający przewidział dla siebie prawo do potrącania kwoty kar umownych z należnego wynagrodzenia Wykonawcy. W związku z powyższym zauważyć należy, iż działanie Zamawiającego oparte na ww. 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 naliczeniem kar umownych, jak i ustalenie wysokości kary umownej, może być sporny. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez Strony Umowy działań zmierzających nie tylko, do ustalenia przesłanek skutkujących powstaniem roszczenia, ale także czynników wpływających na ich wysokość. Niczym nieograniczone jednostronne prawo do naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego wynagrodzenia, godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy potrącone kary umowne zostały naliczone prawidłowo i w odpowiedniej wysokości.

Czy Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację przedmiotowego postanowienia, tak, aby możliwość potrącania kar umownych przez Zamawiającego, nie była jednostronną czynnością Zamawiającego, a wymagała zgody obu Stron, w tym Wykonawcy?

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie 6. Czy Zamawiający potwierdzi, że w przypadku odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy i naliczenia kary umownej z tego tytułu – Zamawiający nie będzie uprawniony do naliczania kar umownych z tytułu nienależytego wykonywania Umowy? Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego (SN w wyroku z 24 maja 2012 r, V CSK 260/11): „Szkoła doznana na skutek niewykonania zobowiązania pochłania szkodę powstałą wskutek nienależytego wykonania zobowiązania, w tym więc szkodę doznana przez stronę do czasu odstąpienia od umowy. Zatem, jeżeli umowa przewiduje odrębną karę umowną „na wypadek odstąpienia od umowy” („w związku z odstąpieniem od umowy”), to jest to kara umowna za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, której częścią jest szkoda, wcześniej doznana, na skutek nienależytego wykonania zobowiązania. Wobec tego nie można przyjąć, aby w takim przypadku strona mogła żądać kary umownej przewidzianej za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz kary umownej za szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązania.”

Odpowiedź: Zamawiający nie potwierdza stanowiska prezentowanego w pytaniu. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu nienależytego wykonywania umowy niezależnie od naliczenia kary umownej została wskazana w § 7 ust. 7 Umowy oraz § 8 ust. 4 Umowy.

Pytanie 7. Czy Zamawiający potwierdzi, iż jest uprawniony do odstąpienia od Umowy wyłącznie w przypadkach, gdy Wykonawca narusza jej postanowienia w sposób rażący, oraz po wcześniejszym przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej polegającej na tym, że Zamawiający wezwie Wykonawcę do świadczenia zgodnego z przedmiotem umowy (wskazując uchybienia, których dopuścił się Wykonawca), wyznaczy Wykonawcy termin dodatkowy na usunięcie uchybień, a po bezskutecznym upływie ww. terminu dodatkowego, Zamawiający od Umowy odstąpi?

Odpowiedź: Zasady i przypadki odstąpienia od umowy reguluje § 8 ust. 1 i 2 Umowy.

Pytanie 8. Czy Zamawiający potwierdzi, iż jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania wyłącznie do wysokości poniesionej szkody, a z wyłączeniem utraconych korzyści?

Odpowiedź: Zamawiający nie potwierdza stanowiska prezentowanego w pytaniu.

Pytanie 9. Załącznik Nr 5 SIWZ § 5, ust. 17 IPU - Zamawiający wymaga sporządzenia Zestawienia Roszczeń Gwarancyjnych (ZRG) - czy Wykonawca ma przekazywać periodycznie, jeśli tak, to w jakich okresach czasu przekazywać ZRG, na co wskazuje § 5, ust. 17, pkt 3) IPU, czy też jednokrotnie, jak wynika z § 5, ust. 17, pkt 1) IPU? Wnosimy o wyjaśnienie zapisu.

Odpowiedź: Wykonawca ma przekazać ZRG jednokrotnie - zgodnie z zapisami § 5 ust. 17 pkt 1) Umowy.

Pytanie 10. Załącznik Nr 5 SIWZ § 3, ust. 1 IPU - Zamawiający zapisał, że Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć sprzęt nie dłużej niż do dnia 21.12.2018r., dodatkowo w § 4, ust. 5 Zamawiający zapisał:

„Podstawą wystawienia faktury dla danej dostawy częściowej jest dokonanie odbioru ilościowo-jakościowego dostawy częściowej, na podstawie protokołu o którym mowa w § 3 ust. 12 Umowy, bez zastrzeżeń.”

Z powyższymi zapisami kłóci się wymaganie z § 4, ust. 7 zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązuje się doręczyć jednostkom sądownictwa faktury, o których mowa w ust. 4 powyżej nie później niż 21.12.2018r., wskazując jako termin zapłaty nie później niż dzień 31.12.2018 r.”

Zwracamy się z prośbą o skorygowanie wymagań/zapisów umowy tak by wzajemnie się nie wykluczały.

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji § 4 ust. 7 Umowy oraz § 3 ust. 1 Umowy:

§ 4 ust. 7 Umowy po zmianie: „Wykonawca zobowiązuje się doręczyć jednostkom sądownictwa faktury, o których mowa w ust. 4 powyżej nie później niż 23.12.2018 r., wskazując jako termin zapłaty nie później niż dzień 31.12.2018 r.”

§ 3 ust. 1 Umowy po zmianie: „Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć sprzęt w dostawach częściowych, w ilościach i do lokalizacji dostaw określonych w Załączniku nr 3 do Umowy – w terminie maksymalnym do *, z zastrzeżeniem ust. 2.”

Pytanie 11. Czy Zamawiający zgodzi się na wydłużenie terminu składania ofert co najmniej o dwa dni kalendarzowe, minimum do dnia 11 października 2018 r.? Wniosek Wykonawcy podyktowany jest należywym przygotowaniem oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wymagania określone w przetargu przez Zamawiającego wymagają dłuższego czasu na opracowanie oferty, niż został pierwotnie wyznaczony w SIWZ. 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. Tym bardziej że Wykonawca musi jeszcze uwzględnić w ofercie ewentualne zmiany treści SIWZ uwzględniające odpowiedzi na pytania.

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert – zgodnie z informacją poniżej.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż zmianie uległ termin składania i otwarcia ofert:

- Nowy termin składania ofert: 11.10.2018 r. do godziny 10:00.
- Nowy termin otwarcia ofert: 11.10.2018 r. o godzinie 10:30.

Załącznik do niniejszych odpowiedzi na Pytania:

- Zmodyfikowany Załącznik nr 5 do SIWZ – Wzór umowy

Dyrektor Centrum Zakupów dla Sądownictwa
Instytucji Gospodarki Budżetowej
w Krakowie

Andrzej Lech

Andrzej Lech