

Warszawa dnia 14.08.2020 r.

Strona WWW

Dotyczy postępowania: COI-ZAK.262.21.2020

WYJAŚNIENIA I ZMIANY SIWZ NR 1

Centralny Ośrodek Informatyki, działając jako Zamawiający, w postępowaniu na **świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) przez dwóch niezależnych operatorów w okresie 24 miesięcy (2 części)**, na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), przedstawia poniżej treść pytań Wykonawców wraz z udzielonymi odpowiedziami i zmianę treści SIWZ:

PYTANIE NR 1:

W związku z brzemieniem § 1 ust. 3 oraz § 6 ust. 7 projektu Umowy, Wykonawca zwraca się z prośbą o potwierdzenie, że zobowiązany do kontrolowania wartości umowy określonej w § 6 ust. 1 projektu Umowy, będzie Zamawiający.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza powyższe.

PYTANIE NR 2:

Czy w związku z toczącym się procesem legislacyjnym w wyniku którego ustawa z dnia 16 lipca 2004 roku prawo telekomunikacyjne z dniem 21 grudnia 2020 r. zostanie zastąpiona ustawą Prawo komunikacji elektronicznej, Wykonawca dopuszcza dodanie w § 1 ust. 5 projektu Umowy dodatkowego następującego zdania: „*W każdym przypadku w którym Umowa odsyła do ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku prawo telekomunikacyjne, Strony będą rozumieć przez to ustawę z dnia 16 lipca 2004 roku prawo telekomunikacyjne lub każdą inną zastępującą ją ustawę.*”

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ. Wspomniana ustawa jest na razie na etapie konsultacji. Zgodnie z §10 ust. 1 pkt 3) ppkt a) IPU, Umowa może zostać zmieniona w zakresie sposobu realizacji lub zmiany zakresu świadczeń, w przypadku zmiany przepisów prawa, opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Dzienniku Ustaw, Monitorze Polskim lub Dzienniku Urzędowym odpowiedniego ministra.

PYTANIE NR 3:

Mając na uwadze potrzebę uniknięcia wątpliwości oraz jak również zwyczaje wykształcone w obrocie profesjonalnym dla usług będących przedmiotem Umowy, Wykonawca zwraca się z prośbą o uzupełnienie § 2 projektu Umowy o następujące postanowienia:

„Strony postanawiają, że:

- 1) *Zamawiający zobowiązuje się do wysyłania SMS-ów do użytkowników końcowych w taki sposób lub o takiej treści, aby nie naruszało to postanowień Umowy lub obowiązującego prawa, w szczególności przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. 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) i/lub ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (w szczególności, niewysyłania SMS-ów do Użytkowników końcowych, którzy nie wyrazili na to zgody). Dotyczy to także sytuacji, gdy Zamawiający udostępnia możliwość wysyłania SMS-ów do użytkowników końcowych innym podmiotom. W takim przypadku Zamawiający zobowiązuje się do uwzględnienia w umowach z takimi podmiotami analogicznych zobowiązań. W przypadku, gdy użytkownik końcowy wystąpi w stosunku do Wykonawcy z roszczeniami z tytułu naruszenia dóbr osobistych lub praw majątkowych, wynikających z niniejszej Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający zobowiązuje się do ich zaspokojenia, poniesienia kosztów*

pomocy prawnej oraz innych prawomocnie zasądzonych kosztów. Zamawiający zobowiązuje się również przystąpić do postępowań sądowych i pozasądowych na wezwanie Wykonawcy.”

- 2) *Zamawiający może wykorzystywać Nadpisy SMS w komunikacji SMS-owej z użytkownikiem końcowym. W takim przypadku Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność za wszelkie przypadki wykorzystania Nadpisów SMS i zobowiązuje się do uwolnienia Wykonawcy od wszelkich roszczeń osób trzecich, które mogą powstać w związku z wykorzystaniem Nadpisów SMS.*
- 3) *Zamawiający zobowiązuje się, że SMS-y nie będą stanowiły SPAM-u.*
- 4) *Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za treść SMS-ów wysyłanych przez Zamawiającego do użytkowników końcowych oraz ewentualne związane z tym szkody i naruszenia dóbr osobistych lub praw majątkowych użytkowników końcowych,*
- 5) *Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za niedostarczenie jakichkolwiek SMS, jeżeli użytkownik końcowy nie odbiera SMS wskutek jego działań lub zaniechań, jeżeli jego urządzenie telekomunikacyjne nie odbiera SMS, numer użytkownika końcowego jest nieprawidłowy, zawieszony, nieaktywny lub ma ustawioną blokadę odbioru SMS, bądź w docelowej sieci telekomunikacyjnej jego operatora krajowego lub zagranicznego występują problemy techniczne.*
- 6) *że „SPAM” oznacza wszelkie niechciane lub niepożądane SMS-y, które w szczególności:*
 - *są wysyłane do użytkownika końcowego bez jego uprzedniej zgody,*
 - *są wysyłane do użytkownika końcowego w celu zachęcenia go do wykonania połączenia z numerem o podwyższonej opłacie lub wysłania SMS lub MMS na numer o podwyższonej opłacie,*
 - *prowadzą do sytuacji, w której Zamawiający lub jakikolwiek dostawca usług nalicza użytkownikowi końcowemu opłatę za otrzymanie SMS mimo, że użytkownik końcowy nie zażądał otrzymania takiego SMS,*
 - *zawierają celowo zmieniony identyfikator nadawcy w celu obejścia ciążących na nadawcy obowiązków lub zmiany komercyjnych warunków doręczenia SMS,*
 - *prowadzą do sytuacji, w której użytkownik końcowy nie jest w stanie doprowadzić do zaprzestania doręczania mu takich SMS, chyba że obowiązek doręczenia takich SMS wynika z przepisów prawa,*
 - *celowo wprowadzają użytkownika końcowego w błąd lub mają charakter oszukańczy;*
- 7) *że „Nadpis SMS” oznacza niezależne od Numeru LA bądź zastępujące Numer LA unikalną kombinację liter łacińskich lub liter łacińskich i cyfr arabskich (nie więcej niż 11 znaków), wybranych przez Zamawiającego; kombinacja ta będzie wyświetlana w SMS-ach wysyłanych do Użytkowników końcowych;”*
- 8) *że „Numer LA” oznacza czterocyfrowy lub pięciocyfrowy numer przeznaczony do identyfikacji Zamawiającego.”*

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

PYTANIE NR 4:

Mając na uwadze wymaganie z § 5 ust. 9 projektu Umowy zgodnie z którym „Zamawiający będzie miał dostęp do bilingów w okresie obowiązywania Umowy oraz przez okres kolejnych 90 dni kalendarzowych od dnia zakończenia trwania Umowy.” Wykonawca zwraca uwagę, że ten przepis pozostaje w sprzeczności z ustawą prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z art. 80 ust. 6 pkt 1 ustawy prawo telekomunikacyjne:

Dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych dostarcza, na żądanie abonenta, szczegółowy wykaz wykonanych usług telekomunikacyjnych obejmujący

- 1) *w przypadku abonenta będącego stroną umowy zawartej w formie pisemnej, elektronicznej lub dokumentowej z dostawcą - **okresy rozliczeniowe poprzedzające nie więcej niż 12 miesięcy okres rozliczeniowy, w którym abonent złożył żądanie;***

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z prośbą o dostosowanie § 5 ust. 9 projektu Umowy do treści art. 80 ust. 6 pkt 1 ustawy prawo telekomunikacyjne.

Jednocześnie Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o potwierdzenie, że zgadza się aby billingi zawierały zbiorcze informacje o liczbie SMS-ów wysyłanych o tej samej godzinie w danej dacie bez podawania numeru odbiorcy na który został wysłany dany SMS.

Odpowiedź:**Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.****PYTANIE NR 5:**

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy dopuszcza zmianę § 6 ust. 4 projektu Umowy w taki sposób, aby termin płatności liczony był od daty wystawienia faktury a nie od jej otrzymania przez Zamawiającego, przy założeniu, że Wykonawca zobowiąże się doręczyć Zamawiającemu fakturę nie później niż w terminie 7 dni od jej wystawienia a uchybienie temu terminowi spowoduje odpowiednie wydłużenie tego terminu o każdy dzień uchybienia. W przypadku przychylenia się przez Zamawiającego do prośby Wykonawcy § 6 ust. 4 projektu Umowy mógłby otrzymać brzmienie:

„Miesięczne wynagrodzenie płatne będzie każdorazowo na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT, na rachunek bankowy wskazany na fakturze i zgłoszony do wykazu czynnych podatników VAT (biała lista podatników), w terminie 21 dni od daty jej wystawienia przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo doręczyć Zamawiającemu fakturę VAT do siedziby Zamawiającego w terminie 7 dni od jej wystawienia a uchybienie temu terminowi spowoduje odpowiednie wydłużenie tego terminu o każdy dzień uchybienia. Opłata abonamentowa za usługę będzie płatna z góry. Wykonawca gwarantuje, że wysokość opłat jednostkowych nie będzie wyższa niż zawarta w Ofercie przez okres obowiązywania Umowy.”

Odpowiedź:**Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.****PYTANIE NR 6:**

Zgodnie z § 6 ust. 11 projektu 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 np. poprzez nadanie § 6 ust. 11 projektu Umowy następującego brzmienia: *„Za dzień dokonania zapłaty faktury VAT przez Zamawiającego uznaje się dzień skutecznego uznania należności na rachunku bankowym Wykonawcy.”*

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ. Jednocześnie Zamawiający informuje, że SN w powołanej uchwale podkreśla, że art. 454 kc. jest przepisem iuris dispositivi, a zatem strony stosunku zobowiązaniowego – korzystając z wolności kontraktowania – mogą w sposób odmienny ustalić w umowie, z jaką chwilą nastąpi spełnienie świadczenia bezgotówkowego.

PYTANIE NR 7:

Czy Zamawiający dopuszcza:

- 1) Zmianę § 8 ust. 1 projektu Umowy i nadanie mu następującego brzmienia *„W celu uniknięcia wątpliwości Wykonawca nie ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w przypadkach określonych w Umowie, jeżeli jest ono spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca nie ponosi winy lub za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający oraz okoliczności które są wynikiem działania siły wyższej.”*
- 2) uzupełnienie § 8 umowy o zapis, zgodnie z którym *„Całkowita suma kar umownych i bonifikat naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 20% wartości maksymalnego łącznego wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 Umowy”.*
- 3) uzupełnienie § 8 umowy o zapis, zgodnie z którym *„Odpowiedzialność Wykonawcy jest ograniczona do wartości maksymalnego łącznego wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 Umowy. Odpowiedzialność Stron z tytułu utraconych korzyści jest wyłączona.”*

Projekt Umowy nie zawiera żadnego limitu w zakresie kar umownych, co w świetle ostatniego orzecznictwa nie jest prawidłowe, ponieważ prowadzi do nadmiernego obciążenia zobowiązanego. Tak wynika z wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14) w którym Sąd Najwyższy przyjął że: „Nie określenie 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. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”.

Poza tym obniżenie wysokości kar umownych oraz wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie (przy czym zachodzi prawidłowość, że im wyższe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko).

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany §8 ust. 6 IPU, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Kara umowna będzie płatna na podstawie stosownej noty obciążeniowej wystawionej przez Zamawiającego w terminie wskazanym w nocie”.

Zamawiający dokonuje zmiany §8 ust. 7 IPU, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Wysokość kar umownych naliczanych Wykonawcy w toku realizacji Umowy nie przekroczy 100% całkowitej kwoty za realizację przedmiotu Umowy, określonej w stawce netto w § 6 ust. 1 Umowy”.

PYTANIE NR 8:

Zamawiający w § 8 ust. 5 projektu Umowy przewidział dla siebie możliwość potrącania kar umownych. Wykonawca nie kwestionuje tutaj samej możliwości potrącania kar umownych. Zaznaczyć jednak należy, iż działanie to może być przyczyną poważnych nieporozumień pomiędzy stronami umowy. Niejednokrotnie zarówno sam fakt wystąpienia zdarzenia skutkującego powstaniem roszczenia o naliczenie kar umownych, jak również wysokość tej kary mogą być pomiędzy stronami sporne. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez strony umowy działań zmierzających do ustalenia istnienia oraz czynników wpływających na wysokość kary umownej. Prawo jednostronnego naliczenia kary umownej i potrącenia jej z wniesionego zabezpieczenia czy wynagrodzenia Wykonawcy, uniemożliwia Wykonawcy podjęcie próby wykazania, iż naliczona kara umowna potrącona została bezprawnie, albo też jej wysokość nie odzwierciedla faktycznego stanu rzeczy. Czy w związku z powyższymi wątpliwościami, Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści § 8 ust. 5 projektu Umowy poprzez zastrzeżenie możliwości potrącenia kary umownej dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do kary umownej, która ma zostać potrącona? W przypadku przychylenia się przez Zamawiającego do prośby Wykonawcy § 8 ust. 5 projektu Umowy mógłby otrzymać następujące brzmienie: ***„Zamawiający, po wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego (wyjaśniającego), ma prawo do potrącania kar umownych z należnego Wykonawcy wynagrodzenia, bez potrzeby uzyskania zgody Wykonawcy. Zamawiający prześle Wykonawcy wyliczenie kar umownych wraz z notą obciążeniową.”***

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 9:

15.4 SIWZ – czy ze względu na elektroniczne składanie ofert aktualne pozostaje zalecenie co do złożenia w ofercie spisu treści?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 10:

§ 2 ust. 4 pkt 7 rozdziału II – Istotne postanowienia umowy dla części I i II (dalej jako: „IPU”) – wnoszę o wyjaśnienie co Zamawiający rozumie przez „dokumenty związane z realizacją przedmiotu Umowy”. Wnoszę o enumeratywne wymienienie tych dokumentów celem uniknięcia wątpliwości na etapie realizacji umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że przez dokumenty związane z realizacją przedmiotu Umowy rozumie się wszystkie dokumenty, które mają związek z realizacją Umowy, w tym dokumenty wytworzone lub dostarczone w ramach Umowy jak również inne dokumenty, które służą do realizacji przedmiotu Umowy.

PYTANIE NR 11:

§ 2 ust. 5 IPU – wnoszę o wyjaśnienie na jakiej podstawie wykonawca podejmować środki ochrony Ministra Cyfryzacji i/lub Ministerstwa Cyfryzacji – podmioty te nie są bowiem stroną przedmiotowej umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający na podstawie umowy zawartej z Ministrem Cyfryzacji świadczy na rzecz Ministra Cyfryzacji usługi utrzymania i rozwoju systemów państwowych. W związku z realizacją umowy z Ministrem Cyfryzacji, Zamawiający jest zobowiązany zapewnić świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych SMS w zakresie określonym w niniejszym postępowaniu.

PYTANIE NR 12:

§ 4 IPU – wnoszę o modyfikację § 4 IPU poprzez wskazanie, że obowiązek zachowania poufności dotyczy również Zamawiającego w stosunku do informacji i danych dotyczących wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 13:

§ 4 ust. 1 IPU - wnoszę o doprecyzowanie, że zobowiązania w zakresie poufności wiążą wykonawcę w terminie 5 lat po wygaśnięciu lub rozwiązaniu umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia § 4 ust. 1 IPU w ten sposób, że otrzymuje następujące brzmienie:

„Wykonawca zobowiązuje się w trakcie obowiązywania Umowy jak i 5 lat po jej wygaśnięciu lub rozwiązaniu do zachowania w poufności wszelkich informacji i danych, jakie uzyskał w związku z wykonywaniem zobowiązań wynikających z Umowy, oraz informacji, co do których może powziąć podejrzenie, iż są poufnymi informacjami albo danymi lub są jako takie traktowane przez Zamawiającego”.

PYTANIE NR 14:

§ 6 ust. 4 IPU - Wnosimy o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie przez „prawidłowo” wystawioną fakturę VAT, tzn. czy aby faktura VAT została uznana za prawidłowo wystawioną wystarczające jest aby zawierała wszystkie elementy wymagane przez obowiązujące przepisy w tym zakresie, czy Zamawiający wymaga wskazania w niej również dodatkowych elementów? Jeżeli Zamawiający wymaga wskazania w niej również dodatkowych elementów, to wnosimy o ich precyzyjne oznaczenie. Ewentualnie wnosimy o wykreślenie słowa „prawidłowo wystawionej”.

Zwracamy uwagę na fakt, że obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury i od tego momentu powinien być liczony termin płatności faktury przez Zamawiającego. Data widniejąca na fakturze doręczonej Zamawiającemu przez wykonawcę zawsze będzie datą wystawienia faktury, a nie datą dostarczenia jej Zamawiającemu. Obliczanie terminu płatności od daty dostarczenia faktury Zamawiającemu może również rodzić pewne trudności z ustaleniem czy Zamawiający terminowo opłacił dostarczoną fakturę, gdyż każdorazowo będzie to wymagało ustalenia i weryfikacji momentu dostarczenia faktury Zamawiającemu. W związku z tym, wnosimy o modyfikację przedmiotowego postanowienia poprzez wskazanie, że termin płatności faktury będzie liczony od dnia jej wystawienia przez wykonawcę.

Odpowiedź:

Zamawiający poprzez „prawidłowo wystawioną fakturę” rozumie zawarcie w fakturze w szczególności wszystkich elementów wymaganych przez przepisy prawa obowiązujące w tym zakresie oraz postanowienia wynikające z Umowy, jak również spełnienie przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z Umowy uprawniających go do wystawienia faktury. Faktura powinna zawierać oprócz wymaganych danych także nr Umowy, z której realizację wiąże się wypłata wynagrodzenia.

PYTANIE NR 15:

§ 6 ust. 11 IPU - zasadna jest zmiana przedmiotowego postanowienia w ten sposób, że za dzień zapłaty uważa się dzień uznania rachunku bankowego wykonawcy. Postanowienie w obecnym kształcie jest niezgodne z poglądem Sądu Najwyższego – por. uchwała SN z dnia 4 stycznia 1995 r. sygn. akt CZP 164/94, w myśl której 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).

Odpowiedź:

Zamawiający utrzymuje postanowienia SIWZ. Zamawiający odsyła do odpowiedzi na pyt. 6.

PYTANIE NR 16:

§ 7 ust. 3 pkt 3 i 4 IPU – Zamawiający wskazał, że usuwanie Awarii ma odbywać się w czasie nie dłuższym niż 8 godzin od momentu wysłania zgłoszenia przez Zamawiającego, a za datę i godzinę zgłoszenia Awarii uważa się dzień i godzinę wysłania wiadomości przez Zamawiającego. Czas usunięcia Awarii powinien być liczony od momentu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę, gdyż dopiero od tego momentu wykonawca ma realnie możliwość przystąpienia do usuwania Awarii. Czas reakcji na zgłoszenie nie powinien być wliczany do czasu naprawy, gdyż jest to okres, w którym wykonawca weryfikuje poprawności i kompletność zgłoszenia oraz dokonuje jego przyjęcia co umożliwia mu przystąpienie do naprawy. Wobec tego wnosimy o modyfikację.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 17:

§ 7 ust. 10 IPU – wnoszę o modyfikację przedmiotowego postanowienia poprzez dodanie, że w przypadku wykonanie prac serwisowych jest niezbędne w celu zapewnienia bezpieczeństwa lub integralności Sieci Operatora i najwyższej jakości świadczonych na rzecz zamawiającego usług, prace serwisowe mogą być wykonywane również poza oknem serwisowym i nie wymagają one zgody Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 18:

§ 8 ust. 1 IPU – wnoszę o modyfikację przedmiotowego postanowienia poprzez wskazanie, że wykonawca może uwolnić się od odpowiedzialności wykazując, że opóźnienie nastąpiło z przyczyn, za które wyłączną odpowiedzialność ponoszą osoby trzecie.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ. Zamawiający wskazał, że wykonawcy może uwolnić się od odpowiedzialności wykazując, że opóźnienie nastąpiło z przyczyn, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub było spowodowane przyczynami o charakterze siły wyższej.

PYTANIE NR 19:

§ 8 ust. 2 pkt 1 i 4 IPU – wskazane kary umowne są karami za opóźnienie, a zatem zarówno za okoliczności zawinione jak i niezawinione przez wykonawcę, nie zaś za zwłokę, czyli jedynie za okoliczności zawinione przez wykonawcę. Kara umowna ma stanowić narzędzie dyscyplinowania wykonawcy, jednakże traci takie charakter, gdy jest nadużywana przez Zamawiającego. Wobec powyższego, uzasadniony jest wniosek o dokonanie modyfikacji wzoru umowy poprzez zastąpienie odpowiedzialności za „opóźnienie”, a zatem zarówno za

okoliczności zawinione jak i niezawinione przez wykonawcę, odpowiedzialnością za „zwłokę”, czyli jedynie za okoliczności zawinione przez wykonawcę.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 20:

§ 8 ust. 2 i § 3 ust. 15 - wskazane kary umowne są rażąco wygórowane. Kary umowne powinny służyć dyscyplinowaniu wykonawcy, ale nie powinny stanowić dodatkowego źródła dochodu dla Zamawiającego, jak również powinny być adekwatne dla zaistniałego uchybienia. Zastrzeżone przez Zamawiającego kary są wysoce nadmierne. Wnoszę o obniżenie zastrzeżonych kar umownych o 50 %.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 21:

§ 8 ust. 4 i 7 IPU - Wnosimy o wprowadzenie do wzoru umowy postanowień ograniczających odpowiedzialność wykonawcy do rzeczywistych strat z wyłączeniem odpowiedzialności za utracone korzyści. Ich wprowadzenie pozwoli na precyzyjne określenie przez wykonawcę ryzyk i ewentualnych innych kosztów związanych z realizacją umowy, a jednocześnie w dalszym ciągu zapewnia Zamawiającemu ochronę jego uzasadnionych interesów.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wprowadza limit kar umownych zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7.

PYTANIE NR 22:

§ 8 ust. 5 IPU – Zgodnie z §8 ust. 5 IPU, Zamawiający ma prawo do potrącenia kar umownych z należnego wykonawcy wynagrodzenia. W §8 IPU mowy nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy. Kary umowne powinny 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 z dnia 20 marca 1968 r. (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”. W związku z powyższym wnoszę o wprowadzenie w §8 IPU wzoru umowy procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 23:

§ 8 IPU- Zamawiający ustalił wysokość poszczególnych kar umownych na bardzo wysokim poziomie, nie określając przy tym żadnej procedury reklamacyjnej, którą należałoby przeprowadzić przed obciążeniem Wykonawcy obowiązkiem zapłaty kar oraz stawiając bardzo rygorystyczne przesłanki, co do okoliczności uprawniających do ich nałożenia. Ze względu na zachowanie równowagi stron umowy, zasadne jest określenie maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłacenia zobowiązany może być wykonawca na podstawie umowy.

Taki obowiązek znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym: „Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania

zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należytą wycenę oferty" (wyrok KIO z dnia 4 września 2018 r. KIO 1601/18). Zgodnie z aktualnym stanowiskiem Prezesa UZP oraz Ministra Inwestycji i Rozwoju, system zamówień publicznych nie powinien wprowadzać rażącej nierówności stron umowy i prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, poprzez m.in. wprowadzanie nadmiernie wygórowanych i nie ograniczonych w żaden sposób kar umownych nakładanych na wykonawcę. Minimalnym zabezpieczeniem równości stron umowy jest wprowadzenie ograniczenia wysokości kar umownych, przynajmniej tak aby nie mogło ono przekraczać maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego umową. Wobec tego wnoszę o wskazanie, że limit kar umownych wynosi 50 % wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 IPU.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wprowadza limit kar umownych zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7.

PYTANIE NR 24:

§ 10 ust. 1 pkt 3 lit. – wnoszę o usunięcie przedmiotowej przesłanki – Zamawiający zgodnie z przepisami zobowiązany jest do zabezpieczenia środków wymaganych na sfinansowanie zamówienia i jeśli takich środków nie posiada, nie może prowadzić postępowania. Nie jest zasadne obciążanie takim ryzykiem Wykonawcy, który składa ofertę i zawiera umowę w zaufaniu do organów administracji działający w zgodzie z obowiązującymi przepisami.

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśla §10 ust. 1 pkt 3 lit. c).

PYTANIE NR 25:

Czy zamawiający rozważy wykorzystanie SMPP (Short Message Peer-to-Peer) zamiast UCP/EMI? Ten otwartoźródłowy protokół pozwala na wielokrotnie większą wydajność wysyłania SMS oraz szybszą diagnostykę awarii.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

PYTANIE NR 26:

Prosimy o wskazanie ile średniomiesięcznie wysyłanych jest sms na telefony stacjonarne oraz sms zagraniczne.

Odpowiedź:

Na telefony stacjonarne ok. 7000 wiadomości miesięcznie, na telefony zagraniczne ok. 70000.

PYTANIE NR 27:

Umowa §6 pkt 1

Całkowite łączne wynagrodzenie dla Wykonawcy za realizację przedmiotu Umowy nie może przekroczyć kwoty netto ... zł (słownie: ...), tj. brutto ... zł (słownie: ...).

PYTANIE DO ZAMAWIAJĄCEGO

Prosimy o potwierdzenie, iż kontrolowanie stopnia wykorzystania wartości zakresu umowy leży po stronie Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza powyższe.

PYTANIE NR 28:

Umowa §6 pkt 4

Miesięczne wynagrodzenie płatne będzie każdorazowo na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT, na rachunek bankowy wskazany na fakturze i zgłoszony do wykazu czynnych podatników VAT (biała lista

podatników), w terminie 21 dni od daty dostarczenia przez Wykonawcę do siedziby Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT. Wykonawca gwarantuje, że wysokość opłat jednostkowych nie będzie wyższa niż zawarta w Ofercie przez okres obowiązywania Umowy.

PYTANIE DO ZAMAWIAJĄCEGO

Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie co Zamawiający rozumie przez sformułowanie „prawidłowo” wystawiona faktura?

Ponadto, wnosimy o modyfikację przedmiotowych postanowień w ten sposób, że termin płatności faktury będzie liczony od daty jej wystawienia. Wskazujemy, że obowiązek podatkowy związany z wystawieniem przez wykonawcę faktury VAT powstaje z chwilą jej wystawienia, a nie doręczenia adresatowi w związku z czym, datą faktury zawsze jest data jej wystawienia a nie odbioru. Wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu na to, w jakim terminie faktura jest doręczona.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ. Zamawiający odsyła do odpowiedzi na pytanie nr 14.

PYTANIE NR 29:

Umowa §6 pkt 11

Za dzień zapłaty uważa się datę obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.

PYTANIE DO ZAMAWIAJĄCEGO

Wnosimy o zmianę przedmiotowego postanowienia w ten sposób, że za dzień zapłaty uważa się dzień uznania rachunku bankowego wykonawcy. Postanowienie w obecnym kształcie jest niezgodne z poglądem Sądu Najwyższego – por. uchwała SN z dnia 4 stycznia 1995 r. sygn. akt CZP 164/94, w myśl której 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)

Odpowiedź:

Zamawiający utrzymuje postanowienia SIWZ. Zamawiający odsyła do odpowiedzi na pyt. 6.

PYTANIE NR 30:

Par. 6, pkt 5 Umowa,

Wykonawca wystawi fakturę VAT po podpisaniu przez Zamawiającego bez zastrzeżeń Raportu wskazanego w §7 ust. 6 Umowy. Zamawiający wyraża zgodę na wystawienie i przesyłanie faktur VAT w formie elektronicznej na adres mailowy coi@coi.gov.pl. Wykonawca oświadcza, że faktury będą przesyłane z następującego adresu e-mail:

...

Prosimy o usunięcie wymogu dostarczenia Raportu wskazanego w par. 7 ust. Umowy wraz z fakturą, lub umożliwienie dostarczenie go do weryfikacji po wystawieniu faktury. Faktury wystawiane są automatycznie i w założeniu nie zawierają takich informacji. Z tego powodu prosimy o usunięcie raportów, bądź umożliwienie dostarczenia raportu na wskazany przez Państwa adres mailowy.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

PYTANIE NR 31:

Zal nr 7 do umowy - Umowa Powierzenia danych osobowych

Pkt 1.5 Proponuję dodać następujący punkt:

W razie wygaśnięcia lub rozwiązania Umowy Dalszy Procesor w terminie nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych od daty rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy – w zależności od decyzji Procesora – zwraca mu lub usuwa wszelkie Dane osobowe (wraz z kopiami), z zastrzeżeniem obowiązków wynikających z przepisów prawa.

Będzie to spójne z ust. 9.4 i 9.5 Umowy.

Pkt 2.1.3 – zapis został uchylony proponujemy usunięcie tego zapisu.

Pkt 2.2.7 Z uwagi na charakter świadczonej usługi proponuję dodać na początku słowa: "biorąc pod uwagę charakter przetwarzania wynikający z Umowy będzie w miarę możliwości..." - bo w praktyce raczej nie będziemy posiadali informacji, które pozwolą nam na wykonanie tego zobowiązania.

Pkt 2.2.13 Proponuję w tym zdaniu dodać, że informacja ta zostanie dostarczona, ale tylko w sytuacji gdy będzie to dotyczyło danych osobowych powierzonych na podstawie niniejszej umowy.

Pkt. 3.4 – 3.4.1 Czy możemy prosić o wskazanie tych wytycznych?

Pkt 6.2. Krótki termin. Biorąc pod uwagę rozmiar organizacji proponujemy wydłużyć termin do 10 dni.

Pkt 6.3 Proponujemy dodać: "Dalszy Procesor ma prawo do odmowy udzielenia dostępu do miejsc przetwarzania danych osobowych w zakresie, w którym audyt lub inspekcja mógłby zagrażać ujawnieniu danych nieobjętych zakresem powierzenia lub informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Dalszego Procesora.

Osoby biorące udział w audycie przed rozpoczęciem audytu podpiszą zobowiązanie do zachowania poufności wg wzoru przedstawionego przez Dalszego Procesora. "

Pkt 6.5 Proponujemy wydłużyć termin do 7 dni.

Pkt 7.6 Proponujemy zmienić na 5 lat.

Pkt 8.2 Proponujemy zostawić brzmienie wynikające z art. 33 ust. 2 RODO oraz słowo "wykrycia" zamienić na "stwierdzenia"

Pkt 8.6 Proponujemy wykreślić ten ustęp. Zgłoszenia dokonuje administrator, a nie procesor więc polecenia w tym zakresie nie powinny być wydawane.

Pkt 9.2.1 i 9.2.2 proponujemy dodać: "powierzonych na podstawie niniejszej Umowy"

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe zmiany.

Niniejsze wyjaśnienia i zmiany stanowią integralną część SIWZ.

**/-/ Stanisław Chajewski
Dyrektor Departamentu
Prawnego**