

Temat: postępowanie na "Zakup wraz z dostarczeniem telefonów komórkowych dla potrzeb jednostek Policji garnizonu mazowieckiego"

Znak postępowania: 303/ZP/2021

Szanowni Państwo,

zwracamy się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania i wnioski:

Pytanie 1

Prawidłowo wystawiona faktura VAT (§ 4 ust. 2 umowy): Czy Zamawiający wyjaśni co rozumie przez „prawidłowo” wystawioną fakturę VAT? Czy aby faktura została uznana przez Zamawiającego za prawidłowo wystawioną wystarczające jest zawarcie przez Wykonawcę w danej fakturze wszystkich elementów wymaganych przez przepisy prawa obowiązujące w tym zakresie oraz wskazanie jako płatnika: Komendy Wojewódzkiej Policji z siedzibą w Radomiu, czy Zamawiający wymaga dodatkowych elementów (a jeżeli wymaga, to wnosimy o ich enumeratywne wyliczenie);

Pytanie 2

Data od której liczony jest termin płatności: Czy Zamawiający dokona modyfikacji postanowienia określonego w § 4 ust. 6 umowy w taki sposób, aby termin płatności liczony był od daty wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę, a nie od dnia jej otrzymania przez Zamawiającego? Dotychczasowy zapis nie pozwala na ustalenie właściwej daty powstania obowiązku podatkowego (data wystawienia faktury VAT, jest dla Wykonawcy datą pewną), co w konsekwencji może narazić Wykonawcę na sankcje skarbowe z tytułu nieterminowego odprowadzania podatku VAT oraz podatku dochodowego od osób prawnych;

Pytanie 3

Termin uznania płatności: Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.07.1996 r. (sygn. akt II CRN 79/96) „w rozliczeniach bezgotówkowych za chwilę otrzymania zapłaty przez wierzyciela uważać trzeba chwilę uznania jego rachunku bankowego”. W związku z powyższym, czy Zamawiający dokona modyfikacji postanowienia określonego w § 4 ust. 6 umowy, w taki sposób aby był zgodny z aktualnym orzecznictwem w tym zakresie, tj. aby za termin zapłaty przyjęty został dzień uznania na rachunku bankowym Wykonawcy, a nie dzień polecenia przelewu w banku Zamawiającego?;

Pytanie 4

Gwarancja OPL a gwarancja producenta sprzętu: Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji § 5 Umowy, poprzez wskazanie, że gwarantem będzie wyłącznie producent urządzeń na warunkach określonych w karcie gwarancyjnej, a nie Wykonawca? To bowiem producent urządzeń posiada odpowiednie narzędzia, technologię do usuwania wad w wyprodukowanych przez niego aparatach. W wielu przypadkach producent z uwagi na dysponowanie urządzeniami, wiedzą producenta, daną naprawę może wykonać sprawniej i szybciej niż Wykonawca. Jeżeli odpowiedź na powyższe będzie negatywna, czy Zamawiający potwierdzi, że Wykonawca podnosi odpowiedzialność za wady fizyczne i prawne wskazane w dokumentach gwarancyjnych, a odpowiedzialność ww. jest wyłączona np. w przypadku uszkodzenia mechanicznego danego sprzętu? Tym samym, czy Zamawiający potwierdzi, że gwarancja nie obejmuje uszkodzeń spowodowanych niewłaściwym działaniem/zaniechaniem samego użytkownika urządzeń, czy osób trzecich, a obejmuje jedynie wady wewnętrzne tkwiące w urządzeniu.

Pytanie 5

Wyłączenie rękojmi: Czy Zamawiający potwierdzi, że z uwagi na udzieloną gwarancję (i to gwarancję podwójną producenta i Wykonawcy), odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady sprzętu jest wyłączona?

Pytanie 6

Potrącanie kar umownych z wynagrodzenia (§ 6 ust. 6 umowy): 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?

Pytanie 7

Utracone korzyści (§ 6 ust. 7 umowy): Czy Zamawiający potwierdzi, iż jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania wyłącznie do wysokości poniesionej szkody, a z wyłączeniem utraconych korzyści? Wykonawca zwraca uwagę iż udowodnienie utraconych korzyści w postępowaniu sądowym jest niezwykle trudne niemniej jednak na bardzo szeroki zakres żądań jakich może żądać w związku z nimi Zamawiający koniecznym będzie wliczenie takiego ryzyka w kalkulację cenową oferty;

Pytanie 8

Wierzytelności wymagalne – cesja: Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowienia w taki sposób, aby zakaz przelewu wierzytelności wyrażony w § 11 ust. 1 umowy nie dotyczył wierzytelności wymagalnych przysługujących Wykonawcy?

Pytanie 9

W związku ze wskazaniem w §9 ust. 5 umowy, że Wykonawca będzie przetwarzał uzyskane dane osobowe wyłącznie dla potrzeb niezbędnych do realizacji niniejszej umowy, zgodnie z Ustawą z dnia 10 maja 2018 roku o Ochronie danych osobowych, Wykonawca wnosi o wyjaśnienie o jakie dane osobowe chodzi oraz co to znaczy, że zostaną „uzyskane” (w jaki sposób, w jakim celu, etc.)? W ocenie Wykonawcy jedyne dane osobowe jakie mogą 3 dotyczyć umowy to dane osobowe personelu Stron, a więc osób, które reprezentują każdą ze Stron i są tym samym zaangażowane w zawarcie i realizację umowy. W związku z powyższym, a także dwustronnym charakterem przekazania tych danych między Stronami dojdzie do ich tzw. wzajemnego udostępnienia, co proponujemy uregulować w następujący sposób:

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 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 im 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).

Pytanie 10

Odnosnie żądania Zamawiającego, że Wykonawca na czas trwania naprawy gwarancyjnej musi dostarczyć sprzęt zastępczy o parametrach technicznych i funkcjonalności nie gorszych od tych jakie posiadał sprzęt uszkodzony czy Zamawiający zgodzi się na wykreślenie tego wymagania?

Szanowni Państwo udzielamy odpowiedzi na otrzymane pytania:

Pytanie 1

Prawidłowo wystawiona faktura VAT (§ 4 ust. 2 umowy): Czy Zamawiający wyjaśni co rozumie przez „prawidłowo” wystawioną fakturę VAT? Czy aby faktura została uznana przez Zamawiającego za prawidłowo wystawioną wystarczające jest zawarcie przez Wykonawcę w danej fakturze wszystkich elementów wymaganych przez przepisy prawa obowiązujące w tym zakresie oraz wskazanie jako płatnika: Komendy Wojewódzkiej Policji z siedzibą w Radomiu, czy Zamawiający wymaga dodatkowych elementów (a jeżeli wymaga, to wnosimy o ich enumeratywne wyliczenie);

Odpowiedź na pytanie 1

Zamawiający wyjaśnia, że prawidłowo wystawiona faktura Vat powinna zawierać wszystkie elementy wymagane przez przepisy prawa obowiązujące w tym zakresie oraz wskazanie jako płatnika: Komendy Wojewódzkiej Policji z siedzibą w Radomiu ul. 11 Listopada 37/59, 26-600 Radom.

Pytanie 2

Data od której liczony jest termin płatności: Czy Zamawiający dokona modyfikacji postanowienia określonego w § 4 ust. 6 umowy w taki sposób, aby termin płatności liczony był od daty wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę, a nie od dnia jej otrzymania przez Zamawiającego? Dotychczasowy zapis nie pozwala na ustalenie właściwej daty powstania obowiązku podatkowego (data wystawienia faktury VAT, jest dla Wykonawcy datą pewną), co w konsekwencji może narazić Wykonawcę na sankcje skarbowe z tytułu nieterminowego odprowadzania podatku VAT oraz podatku dochodowego od osób prawnych;

Odpowiedź na pytanie 2

Zamawiający podtrzymuje treść zapisów umownych § 4 ust. 6.

Pytanie 3

Termin uznania płatności: Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.07.1996 r. (sygn. akt II CRN 79/96) „w rozliczeniach bezgotówkowych za chwilę otrzymania zapłaty przez wierzyciela uważać trzeba chwilę uznania jego rachunku bankowego”. W związku z powyższym, czy Zamawiający dokona modyfikacji postanowienia określonego w § 4 ust. 6 umowy, w taki sposób aby był zgodny z aktualnym orzecznictwem w tym zakresie, tj. aby za termin zapłaty przyjęty został dzień uznania na rachunku bankowym Wykonawcy, a nie dzień polecenia przelewu w banku Zamawiającego?;

Odpowiedź na pytanie 3

Zamawiający podtrzymuje treść zapisów umownych § 4 ust. 6.

Pytanie 4

Gwarancja OPL a gwarancja producenta sprzętu: Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji § 5 Umowy, poprzez wskazanie, że gwarantem będzie wyłącznie producent urządzeń na warunkach określonych w karcie gwarancyjnej, a nie Wykonawca? To bowiem producent urządzeń posiada odpowiednie narzędzia, technologię do usuwania wad w wyprodukowanych przez niego aparatach. W wielu przypadkach producent z uwagi na dysponowanie urządzeniami, wiedzą producenta, daną naprawę może wykonać sprawniej i szybciej niż Wykonawca. Jeżeli odpowiedź na powyższe będzie negatywna, czy Zamawiający potwierdzi, że Wykonawca podnosi odpowiedzialność za wady fizyczne i prawne wskazane w dokumentach gwarancyjnych, a odpowiedzialność ww. jest wyłączona np. w przypadku uszkodzenia mechanicznego danego sprzętu? Tym samym, czy Zamawiający potwierdzi, że gwarancja nie obejmuje uszkodzeń spowodowanych niewłaściwym działaniem/zaniechaniem samego użytkownika urządzeń, czy osób trzecich, a obejmuje jedynie wady wewnętrzne tkwiące w urządzeniu.

Odpowiedź na pytanie 4

Zamawiający nie dopuszcza możliwości modyfikacji § 5 Umowy poprzez wskazanie, że gwarantem będzie wyłącznie producent urządzenia. Jednocześnie zamawiający potwierdza, że gwarancja nie obejmuje uszkodzeń spowodowanych niewłaściwym działaniem/zaniechaniem samego użytkownika urządzeń, czy osób trzecich, a obejmuje jedynie wady wewnętrzne tkwiące w urządzeniu

Pytanie 5

Wyłączenie rękojmi: Czy Zamawiający potwierdzi, że z uwagi na udzieloną gwarancję (i to gwarancję podwójną producenta i Wykonawcy), odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady sprzętu jest wyłączona?

Odpowiedź na pytanie nr 5

Zamawiający nie wyłącza rękojmi.

Pytanie 6

Potrącanie kar umownych z wynagrodzenia (§ 6 ust. 6 umowy): 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 na pytanie nr 6

Zamawiający precyzyjnie wskazuje w § 6 projektu umowy okoliczności niewykonania lub nienależytego (nieterminowego) wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy, za które zostaną naliczone kary umowne wraz ze wskazaniem ich wysokości. Zasady naliczania kar umownych są klarowne i wyznaczone poprzez:

- określenie momentu początkowego naliczenia kar umownych poprzez konkretne zdarzenie, takie jak np. zwłoka w dostarczeniu przedmiotu umowy,
- wysokości, takie jak np. 1% łącznej wartości brutto wynagrodzenia przedmiotu umowy niedostarczonego w terminie za każdy dzień zwłoki.

Wbrew oczekiwaniom Wykonawcy, prowadzenie przez Zamawiającego postępowania potwierdzającego odpowiedzialność Wykonawcy w przypadku zastrzeżonych w umowie kar umownych nie jest konieczne. Wykonawca nie wykonując zobowiązania w terminie, pozostaje w zwłoce, a zatem Zamawiający nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu zostało spowodowane przez okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Informacja o naliczonych karach umownych wraz z ich wysokością każdorazowo będzie przekazywana Wykonawcy w formie noty obciążeniowej lub innego ustalonego dokumentu.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający podtrzymuje treść zapisów umownych dotyczących powyższych kwestii.

Pytanie 7

Utracone korzyści (§ 6 ust. 7 umowy): Czy Zamawiający potwierdzi, iż jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania wyłącznie do wysokości poniesionej szkody, a z wyłączeniem utraconych korzyści? Wykonawca zwraca uwagę iż udowodnienie utraconych korzyści w postępowaniu sądowym jest niezwykle trudne niemniej jednak na bardzo szeroki zakres żądań jakich może żądać w związku z nimi Zamawiający koniecznym będzie wliczenie takiego ryzyka w kalkulację cenową oferty;

Odpowiedź na pytanie nr 7

Zamawiający potwierdza, iż jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania wyłącznie do wysokości poniesionej szkody, a z wyłączeniem utraconych korzyści.

Zamawiający podtrzymuje treść zapisów umownych § 6 ust. 7.

Pytanie 8

Wierzytelności wymagalne – cesja: Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowienia w taki sposób, aby zakaz przelewu wierzytelności wyrażony w § 11 ust. 1 umowy nie dotyczył wierzytelności wymagalnych przysługujących Wykonawcy?

Odpowiedź na pytanie nr 8

Zamawiający nie wyraża zgody na dopuszczenie cesji. Zamawiający podtrzymuje treść zapisów umownych § 11 ust. 1.

Pytanie 9

W związku ze wskazaniem w §9 ust. 5 umowy, że Wykonawca będzie przetwarzał uzyskane dane osobowe wyłącznie dla potrzeb niezbędnych do realizacji niniejszej umowy, zgodnie z Ustawą z dnia 10 maja 2018 roku o Ochronie danych osobowych, Wykonawca wnosi o wyjaśnienie o jakie dane osobowe chodzi oraz co to znaczy, że zostaną „uzyskane” (w jaki sposób, w jakim celu, etc.)? W ocenie Wykonawcy jedyne dane osobowe jakie mogą dotyczyć umowy to dane osobowe personelu Stron, a więc osób, które reprezentują każdą ze Stron i są tym samym zaangażowane w zawarcie i realizację umowy. W związku z powyższym, a także dwustronnym charakterem przekazania tych danych między Stronami dojdzie do ich tzw. wzajemnego udostępnienia, co proponujemy uregulować w następujący sposób:

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 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 im 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).

Odpowiedź na pytanie nr 9

Zamawiający wyjaśnia, że informacje o zasadach przetwarzania danych osobowych są zawarte treści zapisów umownych w § 10.

Zamawiający podtrzymuje treść zapisów umownych § 9 ust. 5.

Pytanie 10

Odnosnie żądania Zamawiającego, że Wykonawca na czas trwania naprawy gwarancyjnej musi dostarczyć sprzęt zastępczy o parametrach technicznych i funkcjonalności nie gorszych od tych jakie posiadał sprzęt uszkodzony czy Zamawiający zgodzi się na wykreślenie tego wymagania?

Odpowiedź na pytanie nr 10

Zamawiający dokonuje wykreślenia zapisu w § 5 ust. 6 i dokonuje modyfikacji projektu umowy.

p.o. ZASTĘPCA NACZELNIKA
Wydziału Łączności i Informatyki
KWP z siedzibą w Radomiu
Arkadiusz Świątyński

EKSPERT
Wydziału Łączności i Informatyki
KWP z siedzibą w Radomiu
Fawel Łyżwiński