

BP.2410.75.2024

Do uczestników Zapytania ofertowego

Dotyczy: postępowania prowadzonego z wyłączeniem stosowania Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) (dalej: „ustawa Pzp”) na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pn.: „Dostawę aparatów telefonicznych iPhone SE 3 dla Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego”, znak sprawy 75/2024.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA WNIOSKI WYKONAWCÓW

Pytanie nr 1

Czy Zamawiający potwierdza, że w przypadku wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umowy będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 Ksh.

Stan prawny: *Zgodnie z art. 374 §1 Ksh Pisma i zamówienia handlowe składane przez spółkę w formie papierowej i elektronicznej, a także informacje na stronach internetowych spółki powinny zawierać: 1) firmę spółki, jej siedzibę i adres; 2) oznaczenie sądu rejestrowego, w którym przechowywana jest dokumentacja spółki oraz numer pod którym spółka jest wpisana do rejestru; 3) numer identyfikacji podatkowej (NIP); 4) wysokość kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego; 5) oznaczenie grupy spółek, jeżeli spółka do niej należy.*

Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający informuje, że część komparacyjna umowy będzie zawierała wszelkie wymagane prawem informacje, a Projekt w tym zakresie będzie odpowiednio modyfikowany.

Pytanie nr 2

Zgodnie z treścią § 7 ust.4 Umowy - Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie naliczonych kar umownych przez Zamawiającego, z kwoty przysługującego mu wynagrodzenia, choćby którakolwiek z wierzytelności przedstawionych do potrącenia przez Zamawiającego była niewymagalna lub niezaskarżalna.

W celu uniknięcia w tym zakresie nieporozumień Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że naliczenie i potrącenie kar umownych poprzedzone zostanie postępowaniem wyjaśniającym, które potwierdzi prawidłowość naliczania kar umownych. Kara umowna powinna 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 przedstawienia swojego stanowiska.

Stan prawny: *Stosowanie kar umownych popuszczone jest na podstawie art. 483 §1 kc zgodnie z którym: Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub*

nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kwestie potrącenia regulują natomiast przepisy art. 498 i nast. kc. Artykuł 498 kc stanowi: § 1. Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. § 2. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Zauważyć jednak należy, iż w przypadku umieszczenia w umowie zapisów o treści jak §7 ust. 4 Projektu, mamy do czynienia z potrąceniem umownym, a nie potrąceniem ustawowym. Przedmiot umownej kompensacji wzajemnych wierzytelności mogą stanowić nie tylko wierzytelności niewymagalne, lecz nawet wierzytelności niezaskarżalne oraz uprawniające do zróżnicowanych świadczeń¹.

W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c.² Wskazać należy, iż kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykáže, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.³ Przyjmuje się jednak, iż wina dłużnika – w świetle cytowanego wyżej art. 483 § 1 kc - jest objęta domniemaniem.⁴

Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający nie akceptuje zaproponowanej zmiany i podtrzymuje zapisy w tym zakresie.

Pytanie nr 3

- (1) Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o uzupełnienie zapisu § 6 ust.8 umowy wskazującego, że Zastrzeżona kara umowna nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.
- (2) Wykonawca wskazuje, że przywołana regulacja stwarza Zamawiającemu prawo do dochodzenia należności w nieograniczonej wysokości. Z tego względu określenie

¹ Por. Wyrok SA we Wrocławiu z 28.01.2021 r., I AGa 220/20, LEX nr 3416071.

² Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

³ Por. Wyrok SA w Poznaniu z 17.12.2020 r., I AGa 240/19, LEX nr 3148910.

⁴ Por. Wyrok SA we Wrocławiu z 20.12.2016 r., I ACa 1293/16, LEX nr 2391913.

maksymalnej wysokości odszkodowania umożliwi Wykonawcy ocenę ryzyka związanego z realizacją umowy. W świetle powyższego Wykonawca zwraca się o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę na uzupełnienie zapisu , poprzez wskazanie, że łączna wysokość odszkodowania wraz z naliczonymi karami nie przekroczy całkowitej wartości umowy

- (3) *Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie zapisu poprzez wskazanie, że Wykonawca odpowiada za szkodę wyrządzoną Zamawiającemu z winy Wykonawcy, chyba, że szkoda została spowodowana działaniem Siły Wyższej, wyłączną winą Zamawiającego lub osoby trzeciej, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.*

Stan prawny: *Zgodnie z art. 484 §1 kc W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.*

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający nie akceptuje zaproponowanej zmiany i podtrzymuje zapisy w tym zakresie.

Pytanie nr 4

„Wykonawca zwraca się o modyfikację treści postanowień § 7 ust.5 umowy o treści: „ Łączna maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości wynagrodzenia” na zapis zgodnie z którym „ Łączna maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 40 % wartości wynagrodzenia”

Wskazanie maksymalnej wysokości kar umownych daje możliwość oceny ryzyka związanego z realizacją umowy. Podkreślenia wymaga, że kary umowne powinny służyć zabezpieczeniu terminowego i należytego wykonania prac, a nie być nadmiernym i nieuzasadnionym obciążeniem dla wykonawcy. Gdyby jednak Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do proponowanej wysokości 40 % wartości Umowy brutto, Wykonawca zwraca się o wskazanie i rozważenie innej wartości procentowej”.

Odpowiedź na pytanie nr 4

Zamawiający podtrzymuje zapisy w tym zakresie.

Pytanie nr 5

„Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o uzupełnienie zapisu § 7 ust.6 umowy wskazującego, że: Zastrzeżone w Umowie kary umowne nie wyłączają możliwości dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych na zasadach ogólnych.

Wykonawca wskazuje, że przywołana regulacja stwarza Zamawiającemu prawo do dochodzenia należności w nieograniczonej wysokości. Z tego względu określenie maksymalnej wysokości odszkodowania umożliwi Wykonawcy ocenę ryzyka związanego z realizacją umowy. W świetle powyższego Wykonawca zwraca się o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę na

uzupełnienie zapisu , poprzez wskazanie, że łączna wysokość odszkodowania wraz z naliczonymi karami nie przekroczy całkowitej wartości umowy”.

Odpowiedź na pytanie nr 5

Zamawiający nie akceptuje zaproponowanej zmiany i podtrzymuje zapisy w tym zakresie.

Pytanie nr 6 i Pytanie nr 7

„W odniesieniu do § 11 ust.3 umowy, Wykonawca wnosi o dodanie (na zasadzie wzajemności) analogicznego i symetrycznego postanowienia, dotyczącego spełnienia przez Zamawiającego w imieniu Wykonawcy obowiązku informacyjnego Wykonawcy. W zakresie danych osobowych każda ze stron, jako administrator danych, ma takie same obowiązki względem osób, których te dane dotyczą, dlatego Zamawiającego powinny obciążać te same obowiązki, jakie zostały nałożone przez Zamawiającego na Wykonawcę.

Wykonawca wnosi, aby w Umowie wskazać, że treść obowiązku informacyjnego Wykonawcy dostępna jest na stronie www..... bądź w załącznikach do umowy (Wykonawca dostarczy jego treść na etapie zawierania umowy)”.

Odpowiedź na pytania nr 6-7

Zamawiający informuje, że modyfikuje zapisy zawarte w §11 ust. 3 i 4 PROJEKTOWANYCH POSTANOWIEŃ UMOWY w następujący sposób:

„3. Strony oświadczają, iż wszelkie informacje dotyczące przetwarzania danych osobowych przez Strony, jako administratorów danych osobowych, znajdują się w Klauzulach informacyjnych, zgodnie z art. 13 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) (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 119, str. 1 z późn. zm., dalej RODO), które stanowią załączniki do Umowy - Załącznik nr 4 – Klauzule informacyjne Zamawiającego, Załącznik nr 5 – Klauzule informacyjne Wykonawcy”.

„4. W przypadku, gdy Zamawiający i Wykonawca będą przetwarzali w ramach Umowy dane pracowników lub współpracowników drugiej Strony, a w przypadku zamawiającego również dane podwykonawców, Zamawiający i Wykonawca realizują obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 14 RODO, poprzez Klauzule informacyjne stanowiące odpowiednio Załącznik nr 6 i Załącznik nr 7 do Umowy. Strony zobowiązują się do udostępnienia tychże informacji wskazanym osobom”.

Pytanie 8

„Czy wyrażają Państwo zgodę na odstąpienie od wymogu aktywacji urządzeń firmowych w usłudze Apple Business Manager. Uzasadnienie: wyłącznie autoryzowany sprzedawca firmy Apple bądź zamawiający (kupujący) we własnym zakresie może dodać urządzenia do Apple Business Manager. Pozostawienie tego zapisu znacznie ogranicza konkurencję.”

Odpowiedź na pytanie nr 8

Zamawiający nie akceptuje zaproponowanej zmiany i podtrzymuje zapisy w tym zakresie. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że wymaga usługi Apple Business Manager w związku z potrzebami zdalnego zarządzania urządzeniami Apple, oraz rejestracją dotychczas posiadanych urządzeń.

Pytanie 9

„Proszę o doprecyzowanie pozycji związanych z akcesoriami Przedmiotem zamówienia są akcesoria do iPhone SE kablem USB-C - czy to ma być dodatkowy kabel ? w opakowaniu sprzedażowym znajduje się kabel usbc/ Lightning ładowarką 20w (wyjście USB oraz USB-C) - zasilacz Apple nie posiada takiego rozwiązania czy propozycja zasilacza z wyjściem USB oraz USB- C ma być innego producenta niż Apple? słuchawkami dousznymi - czy mają to być oryginalne słuchawki Apple, czy innego producenta niż Apple?”

Odpowiedź na pytanie nr 9

Zamawiający wyjaśnia, że nie wymaga dodatkowego kabla ani ładowarki jeśli w opakowaniu sprzedażowym będą oba elementy. W przypadku gdy w opakowaniu sprzedażowym brakowałoby tych dwóch elementów to należy dołożyć kabel i ładowarkę kompatybilną z urządzeniem i może być innego producenta niż Apple. Zamawiający nie określił producenta słuchawek więc mogą być innego niż Apple.

Załączniki:

1. Zmodyfikowany załącznik nr 3 do Zapytania ofertowego - PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY

Z up. Prezesa
Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego
Anna Gałęzowska
Dyrektor Biura Prezesa
Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego
*/podpisano kwalifikowanym podpisem
elektronicznym/*