



Do wszystkich Wykonawców

Z A W I A D O M I E N I E

Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług stałego dostępu do sieci Internet oraz hostingu dla Agencji Oceny Technologii Medycznych” numer sprawy 3/2009.

Działając w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uprzejmie informujemy, iż do Zamawiającego wpłynęły pytania dotyczące zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w w/w postępowaniu.

1. GTS Energis Sp. z o.o. wyraża chęć złożenia oferty w powyższym przetargu i w związku z tym wysłała zapytanie do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jego załączników.

Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ, w Istotnych dla stron postanowieniach umowy, w § 4 ust. 2 pkt 2 wskazuje, że rozwiązanie umowy może nastąpić w drodze jednostronnego oświadczenia złożonego przez Zamawiającego w formie pisemnej pod rygorem nieważności, o rozwiązaniu umowy z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. Jednocześnie Zamawiający w § 4 ust. 2 pkt 3 wskazuje 10 dniowy termin wypowiedzenia umowy.

Należy zauważyć, że umowa będzie miała charakter umowy zawartej na czas określony - zgodnie z § 2 projektu umowy. Istotą i naturą (w rozumieniu art. 353 k.c.) zobowiązania wynikającego z umowy zawartej na czas określony jest brak możliwości wcześniejszego jego zerwania w drodze wypowiedzenia którejkolwiek ze stron kontraktu. Możliwość przerywania okresu trwania zobowiązania jest bowiem właściwa dla umów zawieranych na czas nieokreślony i dla tego rodzaju umów przewidziana została instytucja wypowiedzenia umowy. Natomiast umowy zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które jeżeli tylko są wykonywane należyście, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa.

Przede wszystkim jednakże należy zwrócić uwagę na sprzeczność omawianego postanowienia Siwz z przepisami Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 145 ust. 1 ustawy, w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Przepis ten daje Zamawiającemu możliwość jednostronnego odstąpienia od umowy w razie gdy interes publiczny przemawia za zakończeniem danego stosunku prawnego. Przepis ten, wraz z wynikającą z art. 142 pzp zasadą, że umowy w sprawach zamówień publicznych powinny być zawierane na czas oznaczony. To tworzy ramy konstrukcyjne stosunku obligacyjnego zawianego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Cechą



tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustaw nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę iż Wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, ~ także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy) jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane. W praktyce, w wypadku każdej umowy wiążącej się z nakładami, Wykonawca musi rozważać, czy opłaty naliczone w okresie obowiązywania umowy pokryją poniesione nakłady oraz czy uzyskany w ten sposób przychód pozwoli na uzyskanie chociażby minimalnego zysku.

Powyższy zapis jest też całkowicie niezgodny z ustalone już linią orzecznictwa, które stoi na gruncie poglądu, iż zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne, w teki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją Zamawiającego. Przejawem tego stanowiska jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 sygn. Akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym: "Wykonawcy przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert w zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mlec zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie".

W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie tego postanowienia.

Jednocześnie Wykonawca wnosi o przedłużeniu terminu składania ofert do 22 lipca 2009 r. Przedłużony termin składania ofert pozwoli Zamawiającemu odpowiedzieć na zapytania, a Wykonawcom na rzetelniesze przygotowanie ofert uwzględniających udzielone odpowiedzi.

Odp.: Wprowadzając do projektu umowy zapisy § 4 ust. 2 pkt. 2, intencją Zamawiającego jest przygotowanie skutecznego narzędzia zabezpieczającego przed koniecznością współpracy w ramach umowy z nierzetelnym Wykonawcą. Proszę zwrócić uwagę, iż nieprzestrzeganie zapisów § 5 ust. 4 „(...)Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia nieprzerwanego dostępu do sieci Internet na poziomie 98 % czasu, w całym okresie realizacji Usługi(...)” w żaden sposób wprost w przedmiotowej umowie nie jest przez Zamawiającego karane ze względu na techniczne trudności w kontrolowaniu stanu dostępu do sieci Internet. Jedynym narzędziem służącym do egzekwowania zapisów § 5 ust. 4 jest właśnie możliwość rozwiązania umowy przez Zamawiającego w trybie § 4 ust. 2 pkt. 2 projektu umowy, oczywiście w przypadku nagminnego łamania jej postanowień. Odnośnie zapisów § 4 ust. 3 proponowane w projekcie umowy rozwiązanie jest jak najbardziej niezbędne ze względu na charakter prawny instytucji jaką kieruje Zamawiający. Agencja Oceny Technologii Medycznych jest jednostką budżetową i środki przeznaczone na jej funkcjonowanie uzależnione są od zapisów w ustawie budżetowej określonej rokrocznie przez parlament. Dlatego też Zamawiający w celu zabezpieczenia się przez ewentualnością braku możliwości realizacji umowy ze swojej strony musi wprowadzić podobne zapisy.

Zamawiający nie zgadza się z tezą Wykonawcy, iż z art. 353 K.C wynika, że umowy zawartej na czas określony nie można rozwiązać czy wypowiedzieć. Oznaczało by to w konsekwencji naruszenie podstawowej zasady swobody zawierania umów wynikającej z art. 353¹ K.C. wprost mówiącej, iż cyt. „(...) Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego (...)”. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia dotyczące okoliczności dla jakich Zamawiający wprowadził zapis § 4 ust. 2 pkt.2 oraz ust. 3 umowy w żaden sposób w rozumieniu Zamawiającego nie narusza właściwości stosunku, ustawy czy zasad współzycia społecznego a tym bardziej art. 353 K.C.

Wykonawca podnosi, iż najwłaściwszym zapisem w przedmiotowej sytuacji byłoby skorzystanie z dyspozycji art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dla celów regulacji ewentualnego trybu i okoliczności rozwiązania umowy. Zgodnie z brzemieniem art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień Publicznych umowa może zostać przez Zamawiającego rozwiązana w przypadku nastąpienia ściśle określonych okoliczności a konkretnie sytuacji gdy wykonywanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć wcześniej. Zamawiający natomiast działając dalekowzrocznie i perspektywicznie przewidział okoliczności w jakich może rozwiązać umowę z wypowiedzeniem o czym był mowa wyżej. W konsekwencji przepis art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pomimo jego wprowadzenia w § 8 ust. 2 projektu umowy w żaden sposób nie nawiązuje do brzmienia § 4 ust. 2 pkt. 2 czy ust.3 i nie wyczerpuje ich treści oraz intencji.

Równocześnie Zamawiający informuje, iż usługa będąca przedmiotem zamówienia nawet w stopniu znikomym nie zależy od żadnych zdarzeń przyszłych których ziszczenie się powodowałoby powstanie zobowiązania bądź jego brak, co mogło by rodzić stan niepewności ze strony potencjalnych uczestników postępowania. W SIWZ Zamawiający dokładnie wskazał planowany termin rozpoczęcia świadczenia usługi, jej zakończenia oraz sztywny okres trwania zobowiązania.

Zamawiający oświadcza, iż jego zamiarem bynajmniej nie jest ogłoszenie przetargu w celu zawarcia umowy a następnie jej rozwiązania. Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego w zakresie świadczenia usług teleinformatycznych ponieważ dostęp do Internetu jest mu niezbędny, dlatego też zrozumiałym wydaje się być, iż jego przywilejem jest określenie zasad na jakich ma funkcjonować przedmiotowe zobowiązanie.

Reasumując Zamawiający nie przychylił się do prośby Wykonawcy i pozostawia projekt umowy w dotychczasowym brzmieniu. Zamawiający nie przychylił się również do zmiany terminu składania i otwarcia ofert, ponieważ zgodnie z dyspozycją art. 43 ustawy Prawo zamówień publicznych wyznaczył czas na przygotowanie ofert w wymiarze wymaganym w ustawie Prawo zamówień publicznych tj. 7 dni uznawszy, iż jest to czas wystarczający na przygotowanie i złożenie oferty o czym informował wykonawców w piśmie AOTM/1680/JS/2009 z dnia 13.07.2009r.

DYREKTOR
W. A. Matusiewicz
dr n. med. Wojciech J. Matusiewicz