

znak: *A2P-2611-33/12*

Warszawa, dnia 30 października 2012 r.

**Do wszystkich zainteresowanych,
którzy pobrali SIWZ**

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Usługę transmisji danych w zakresie podstawowej sieci rozległej WAN NFZ oraz dostępu do Internetu

Do Centrali Narodowego Funduszu Zdrowia wpłynęły zapytania o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na podstawie z art. 38 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

1. Odnośnie w § 3 ust. 4 Umowy, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z pytaniem, czy Zamawiający dopuszcza, by płatności abonamentowe były realizowane z góry w każdym miesiącu?

Przyczyną złożenia powyższego zapytania jest okoliczność, że w sytuacji w której wysokość opłaty abonamentowej jest znana z góry, systemy stosowane przez operatorów telekomunikacyjnych są przystosowane do wystawiania faktur z góry. Wyłączenie obsługi przedmiotowej Umowy z ogólnie stosowanego systemu rozliczeniowego może generować po stronie Wykonawcy wysokie koszty i utrudniać obsługę Umowy. Ponadto, za przyjęciem systemu rozliczania postulowanego przez Wykonawcę przemawiają również względy prawne. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Przepisy te w przypadku umów wzajemnych przewidują obowiązek jednoczesnego spełniania świadczeń. Skoro zatem Zamawiający ma dostęp do świadczenia Wykonawcy z góry, ponieważ może korzystać z usługi od pierwszego dnia jej świadczenia, to świadczenie wzajemne w postaci zapłaty abonamentu także powinno być realizowane z góry (art. 488 § 1 kc).

Odpowiedź: Zamawiający uprzejmie informuje, iż zapisy w § 3 ust. 4 projektu Umowy pozostawia bez zmian.

2. Zgodnie z treścią § 3 ust. 4 Umowy „Należność płatna będzie w terminie 14 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury”. Zauważyć należy, iż faktury są doręczane przez Wykonawcę przesyłką zwykłą a nie poleconą. Powyższe może powodować trudności z punktu widzenia Wykonawcy w ustaleniu kiedy nastąpiło doręczenie faktury VAT. Dodatkowo takie określenie terminu płatności nie pozwala ustalić prawidłowej daty powstania obowiązku podatkowego, co w konsekwencji naraża Wykonawcę na sankcje skarbowe z tytułu nieterminowego odprowadzenia podatku VAT i podatku dochodowego od osób prawnych.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści zapisu § 3 ust. 4 Umowy i zastąpienie wyrazu „otrzymania” wyrazem „wystawienia”?

Odpowiedź: Zamawiający uprzejmie informuje, iż zapisy w § 3 ust. 4 projektu Umowy pozostawia bez zmian.

3. Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień § 6 Umowy o zapis, zgodnie z którym „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie § 6 ust. 1 pkt 2 i załączników nr 2, 3, 4 Umowy nie przekroczy 10% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonego § 3 ust.1 pkt 3 Umowy.

Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 10% kwoty wartości umowy, zwracamy się o rozważenie innej wartości procentowej. Dopiero bowiem wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie (przy czym zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko.

Odpowiedź: Zamawiający uprzejmie informuje, iż zapisy w § 6 projektu Umowy pozostawia bez zmian.

4. W treści § 6 ust. 4 Umowy Zamawiający przewidział dla siebie prawo potrącenia kar umownych i odszkodowania z należnego Wykonawcy wynagrodzenia (faktury). W związku z powyższym zauważyć należy, iż działanie Zamawiającego oparte na w/w 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 powstaniem roszczenia o naliczenie kar umownych, jak i ustalenie wysokości tych kar może być sporne. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez Strony umowy działań zmierzających nie tylko, do ustalenia przesłanek skutkujących naliczeniem kar umownych, ale także czynników wpływających na ich wysokość. Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została naliczona prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto, stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli czy to Wykonawcy czy sądu, może ono być uznane za nadużycie prawa skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 k. c. w zw. z art. 139 ust. 1 p. z. p.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy i dodanie zapisu „po uprzednim przeprowadzeniu postępowania reklamacyjnego potwierdzającego wysokość naliczonej kary umownej”?

Odpowiedź: Zamawiający uprzejmie informuje, iż zapisy w § 6 projektu Umowy pozostawia bez zmian.

5. Zgodnie z § 3 ust. 5 Umowy, za termin zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy uważa się dzień w którym polecił swemu bankowi przelać, na wskazany na fakturze rachunek, kwotę wynikającą z prawidłowo wystawionej faktury. 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.

Odpowiedź: Zamawiający uprzejmie informuje, iż zapisy w § 3 ust. 5 projektu Umowy pozostawia bez zmian.

6. Mając na uwadze potrzebę uniknięcia zwichnięcia równowagi kontraktowej stron jako podmiotów stosunku cywilnoprawnego oraz zasady współzycia społecznego, jak również zwyczaje wykształcone w obrocie profesjonalnym, zwracamy się z prośbą o modyfikację dotychczasowego brzmienia § 7 ust.1 Umowy poprzez wprowadzenie obowiązku poinformowania Wykonawcy oraz wezwania go do zaprzestania i usunięcia naruszeń w wykonywaniu przez niego Umowy.

Odpowiedź: Zamawiający uprzejmie informuje, iż zapisy w § 7 ust. 1 projektu Umowy pozostawia bez zmian.

7. Zamawiający dopuszcza zastąpienie w § 7 ust. 1 Umowy sformułowania „odstąpienia od Umowy” terminem „rozwiązania Umowy”? Niezależnie od powyższego, zwracamy się do Zamawiającego o potwierdzenie, że Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za już wykonane usługi do daty odstąpienia/rozwiązania. Ponieważ bowiem rozważana umowa ma charakter ciągły, a co za tym idzie w praktyce w ogóle niemożliwe jest zwrócenie części świadczeń (wykonanych usług) w razie odstąpienia od umowy, nie jest możliwe także żądanie Zamawiającego zwrotu zapłaconych już Wykonawcy należności za prawidłowo świadczone usługi do chwili odstąpienia. Taka interpretacja wynika z art. 395 § 2 zd. 3 k.c. „Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie.”, co znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie – np. w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 marca 2006 r. Sygn. akt III APa 31/2006: „Z mocy art. 395 § 2 k.c. w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą, co nie oznacza braku podstaw do dokonania między stronami rozliczeń w zakresie tego, co dotąd już świadczyły.”

Odpowiedź: Zamawiający uprzejmie informuje, iż zapisy w § 7 ust. 1 projektu Umowy pozostawia bez zmian.

Waldemar Rybak
Przewodniczący Komisji