



Dotyczy: przetargu nieograniczonego COIS-19/2009 - Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS

W dniu 9 listopada 2009 r. do Zamawiającego wpłynęły następujące pytania.

Pytanie nr 13

1. W dołączonej do SIWZ Umowie w części komparacyjnej nie zawarto informacji o kapitale wpłaconym. Powyższe jest niezgodne z art. 374 § 1 pkt 4 ksh w myśl którego, obok informacji o kapitale zakładowym w oświadczeniach składanych przez spółkę należy wymienić również informację o kapitale wpłaconym.

Zatem zwracamy się z pytaniem, czy w razie wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umowy będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 ksh (a zatem także informacje o wysokości kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego)?

Odpowiedź 13

Zamawiający nie widzi potrzeby dostosowywania umowy do formy działalności gospodarczej Wykonawcy jednakże w części początkowej umowy określającej strony umowy, Wykonawca będzie mógł wstawić, w części jego dotyczącej, takie dane swojej firmy jakie uzna za niezbędne.

Pytanie nr 14

2. Czy mając na uwadze powszechnie akceptowaną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadą neutralności VAT dla podatnika, że w ostatecznym rozrachunku podatek ten powinien obciążać odbiorcę towarów i usług, a nie Wykonawcę i w celu uniknięcia konieczności wprowadzania zmian do treści umowy w przypadku zmiany stawki VAT - Zamawiający dopuszcza uzupełnienie § 1 o kolejny ustęp Umowy o treści: „W razie zmiany wysokości obowiązujących stawek VAT dotyczących przedmiotu umowy w okresie obowiązywania niniejszej umowy Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia uwzględniającego nową, aktualną wysokość stawek podatku VAT”?

Odpowiedź 14

NIE

Pytanie nr 15

3. Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 Umowy „Oplaty za realizację przedmiotu umowy płatne będą przez Zamawiającego miesięcznie, przelewem na rachunek Wykonawcy w terminie 14 dni od daty otrzymania faktury”.

Zauważyć należy, iż z punktu widzenia Wykonawcy, jak i przepisów podatkowych 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 (art. 19 ust. 13 pkt 16 ustawy z dnia 05.04.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U, Nr 54 poz. 535 z późn. zm.) oraz art. 12 ust. 3d pkt 16 ustawy z dnia 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 2 późn. zm.)). Wskazujemy ponadto, że Zamawiającego jako podatnika VAT również dotyczą zapisy ustawy o podatku od towarów i usług, tzn. zgodnie z art. 86 ust. 10 pkt 3 oraz art. 86 ust. 11 tej ustawy prawo do obniżania kwoty podatku należnego o podatek naliczony powstaje w rozliczeniu za okres, w którym przypada okres płatności lub w miesiącu następnym. W tym stanie rzeczy zauważyć należy, iż takie ukształtowanie warunków umowy naraża Wykonawcę na istotne niebezpieczeństwo błędnego określenia powyższych terminów, co w konsekwencji doprowadzić może do nieprawidłowego wyliczenia kwot należnych podatków. Podkreślić należy, iż jedynym rozwiązaniem takiej sytuacji może być wyłącznie uzależnienie terminu płatności od daty wystawienia faktury VAT (z punktu widzenia Wykonawcy jest to data pewna), nie zaś od daty jej otrzymania przez Zamawiającego.

Ponadto, skoro świadczenie Wykonawcy polega na utrzymaniu sieci w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych, to należy je kwalifikować jako świadczenie ciągłe, realizowane od pierwszego dnia obowiązywania umowy. Odpowiednikiem tego świadczenia jest uiszczana przez Zamawiającego opłata abonamentowa. W konsekwencji w rozważanej tu planowanej umowie w sprawie zamówienia publicznego mamy do czynienia ze świadczeniami, które należy kwalifikować jako świadczenia wzajemne, co powoduje, że świadczenie Zamawiającego w postaci opłaty abonamentowej powinno być spełniane jednocześnie ze spełnieniem świadczenia Wykonawcy (art. 488 § 1 k. c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy), a więc od chwili rozpoczęcia obowiązywania umowy i z góry we wszystkich okresach rozliczeniowych.

W ocenie Wykonawcy nie ma podstaw, aby stałe opłaty miesięczne - abonamentowe - były płatne z dołu. Wysokość należnego za dany miesiąc wynagrodzenia abonamentowego jest znana już na początku okresu rozliczeniowego. Z tych przyczyn w tego rodzaju umowach systemy rozliczeniowe większości wykonawców są przystosowane do wystawiania faktur obejmujących opłaty abonamentowe z góry. Ewentualne przyjęcie, że wynagrodzenie abonamentowe powinno być płatne z dołu, narażałoby takich wykonawców na konieczność ponoszenia wysokich, nieuzasadnionych kosztów przystosowania istniejących systemów rozliczeniowych do rozliczeń „z dołu”.

W związku z powyższym zwracamy się z pytaniem, czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści § 4 ust. 1 Umowy w następujący sposób: „Oplaty za realizację przedmiotu umowy płatne będą przez Zamawiającego miesięcznie, przelewem na rachunek Wykonawcy w terminie 21 dni od daty wystawienia faktury. Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo doręczać Zamawiającemu fakturę VAT w terminie 7 dni od dnia jej wystawienia. Wynagrodzenie będzie płatne z góry, za każdy miesiąc świadczenia usługi”? Takie rozwiązanie pozwoli uniknąć Stronom ryzyka podatkowego wskazanego

powyżej, a jednocześnie zagwarantuje Zamawiającemu minimum 14 dni od otrzymania faktury na dokonanie płatności.

Odpowiedź 15

NIE

Pytanie nr 16

4. Zgodnie z treścią § 4 ust. 2 Umowy „za datę dokonania płatności strony uznają datę złożenia zlecenia przelewu w banku Zamawiającego”

Powyższy zapis nierównomiernie rozkłada ryzyka nieterminowego przepływu płatności pomiędzy bankiem prowadzącym rachunek Zamawiającego a bankiem prowadzącym rachunek Wykonawcy. Ponadto jest niezgodny z zasadami wynikającymi z orzecznictwa SN, w tym zwłaszcza uchwały z dn. 4 stycznia 1995 r. (sygn. III CZP 164/94), zgodnie z którą za dzień wykonania zobowiązania pieniężnego za pomocą przelewu bankowego uważa się dzień uznania rachunku wierzyciela (w tym wypadku Wykonawcy), a nie dzień obciążenia rachunku dłużnika (w tym wypadku Zamawiającego).

W związku z powyższym czy Zamawiający dopuszcza zmianę brzmienia § 4 ust 2 Umowy z obecnego na następujące: *„Za termin zapłaty uważa się datę obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego, jeżeli nastąpiło to przed upływem terminu płatności, albo dzień wpływu środków na rachunek Wykonawcy, jeżeli obciążenie rachunku Zamawiającego nastąpiło po dniu, na który przypadał termin płatności.”*?

Odpowiedź 16

NIE

Pytanie nr 17

5. W § 7 ust. 2 Umowy Zamawiający zapisał, iż „Wykonawca zapłaci kary umowne w wysokości 10% wartości całego przedmiotu umowy brutto w przypadku odstąpienia Wykonawcy od umowy z przyczyn, za które Zamawiający nie odpowiada”

W cytowanym paragrafie Umowy posłużono się terminem „odstąpienia od umowy”. Ponieważ 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 kc 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.”*

W związku z powyższym zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający potwierdzenie, że Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za już wykonane usługi do daty odstąpienia?

Odpowiedź 17

TAK, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za już wykonane usługi do daty odstąpienia.

Pytanie nr 18

6. W § 7 ust. 2 Umowy Zamawiający zapisał, iż „Wykonawca zapłaci kary umowne w wysokości 10% wartości całego przedmiotu umowy brutto w przypadku odstąpienia Wykonawcy od umowy z przyczyn, za które Zamawiający nie odpowiada”

Zapis ten sugeruje, iż Wykonawca będzie obciążony dotkliwymi sankcjami w postaci kar umownych i odstąpieniem od umowy nawet w sytuacji, gdyby niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od Wykonawcy (np. siły wyższej, albo bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich). Trzeba mieć tu bowiem na uwadze w szczególności wyrok SN z dn. 20 marca 1968 r., sygnatura II CR 419/67, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie podnosi odpowiedzialności (art. 471 k. c.), kary umownej nie nalicza się.

Dlatego też zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający dopuszcza modyfikację § 7 ust. 2 Umowy poprzez zmianę zdania „.....w przypadku odstąpienia Wykonawcy od umowy z przyczyn za które Zamawiający nie odpowiada.” do postaci: „.....w przypadku odstąpienia Wykonawcy od umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca.”?

Odpowiedź 18

NIE. Wpływ siły wyższej jest określony w § 7 ust. 5 oraz § 8.

Pytanie nr 19

7. W § 7 ust. 1 Zamawiający zapisał, iż „kary umowne będą naliczane przez Zamawiającego zgodnie z zapisami SIWZ”,

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 uwagę na konieczność uzupełnienia § 7 ust. 2 Umowy poprzez wprowadzenie obowiązku poinformowania Wykonawcy oraz wezwania go do zaprzestania i usunięcia naruszeń w wykonywaniu przez niego umowy. Rolę tę mogłoby przykładowo pełnić dodane do § 7 ust. 1 Umowy nowe zdanie o treści: „Prawo to może zostać wykonane, jeżeli Zamawiający wezwał Wykonawcę do zaprzestania naruszeń i usunięcia ich skutków, wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin nie krótszy niż 7 dni, a mimo upływu tego terminu Wykonawca nie zaprzestał naruszeń, ani nie usunął ich skutków”?

Odpowiedź 19

NIE

Pytanie nr 20

8. Zgodnie z treścią § 7 ust. 6 Zamawiający zapisał, iż „zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy bez wypowiedzenia, jeżeli przerwa w funkcjonowaniu połączenia w lokalizacji centralnej (A) będzie trwała nieprzerwanie dłużej niż przez siedem dni od chwili zawiadomienia przez Zamawiającego”.

Powyższy zapis nie wyklucza interpretacji, iż Wykonawca będzie obciążony dotkliwymi sankcjami w postaci kar umownych i odstąpienia od umowy nawet w sytuacji, gdyby niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od Wykonawcy (np. siły wyższej, albo bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich).

W związku z powyższym czy Zamawiający wyraża zgodę, aby w § 7 w ust. 6 dodać na końcu zdania wyrazy „z przyczyn za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność”.

Odpowiedź 20

NIE. Wpływ siły wyższej jest określony w § 7 ust. 5 oraz § 8.

Pytanie nr 21

9. Czy Zamawiający dopuszcza w § 7 dodanie nowego ustępu Umowy, o następującej symetrycznej (dwustronnej) treści *Każda ze Stron odpowiada z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy do pełnej wysokości strat rzeczywiście poniesionych*”.

Szkody pozostałe tj. w postaci utraconych korzyści (*lucrum cessans*) są wszakże rzadko dochodzone w praktyce sądowej jako niezwykle trudne do określenia i udowodnienia. Jednocześnie fakt, że Wykonawcy muszą wziąć ich ryzyko pod uwagę, naraża Zamawiającego na podwyższenie kosztów projektu.

Odpowiedź 21

NIE

Pytanie nr 22

10. Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień § 7 Umowy o nowy ustęp, zgodnie z którym *„Całkowita suma kar umownych i bonifikat naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 10% sumy opłat miesięcznych za 12 miesięcy”*?

Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 10% kwoty rocznej 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 22

NIE, wysokość kary umownej zapisana jest jedynie w § 7 ust. 2., zatem jest to maksymalna wysokość kar umownych.

Pytanie nr 23

11. W § 9 ust. 1 Zamawiający zapisał: *„Wszelkie spory mogące wyniknąć pomiędzy stronami w związku z realizacją niniejszej umowy, które nie będą mogły być załatwione polubownie w drodze bezpośredniego porozumienia, podlegać będą rozstrzygnięciu przez sąd powszechny właściwy dla Zamawiającego”*.

Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowień § 9 ust. 1 Umowy poprzez zastąpienie słów: *„sąd powszechny właściwy dla Zamawiającego”* sformułowaniem *„sąd powszechny właściwy miejscowo dla siedziby Zamawiającego”*?

Odpowiedź 23

TAK, właśnie to Zamawiający miał na myśli.

Pytanie nr 24

12. Czy wzięwszy pod uwagę potrzebę doprecyzowania warunków świadczenia usług zgodnie z wymogami prawa telekomunikacyjnego (art. 59 i n. ustawy Prawo telekomunikacyjne), Zamawiający dopuszcza możliwość dołączenia do wzoru umowy regulaminów świadczenia usług (w zakresie usług objętych przedmiotem umowy), wydanego przez Wykonawcę zgodnie z treścią ustawy Prawo telekomunikacyjne, oczywiście przy założeniu, że taki regulamin wiązałby strony jedynie w zakresie nieuregulowanym i niesprzecznym z Umową (tj. uzupełniałby postanowienia projektu umowy o szczegółowe postanowienia regulaminu dotyczące warunków świadczenia usług)?

Odpowiedź 24

TAK, Zamawiający przewiduje takie rozwiązanie zapisując w § 10 „*Uwaga – wzory protokołów odbioru oraz inne niezbędne zapisy będą zamieszczone w kolejnych załącznikach po uzgodnieniu ich przez wybranego Wykonawcę z Zamawiającym.*”, gdyż są to wymagania prawa telekomunikacyjnego.



ZASTĘPCA DYREKTORA
mgr Jovita Januszevska