



Narodowy Fundusz Zdrowia

Centrala w Warszawie

Biuro Administracyjno-Gospodarcze

znak: *AZP-2611-10/09*

Warszawa, dnia 10 czerwca 2009 r.

Do wszystkich zainteresowanych
którzy pobrali SIWZ

Dotyczy: połączenia Centrali NFZ z Oddziałami Wojewódzkimi NFZ siecią rozległą WAN

Do Centrali Narodowego Funduszu Zdrowia wpłynęły w dniu 9 czerwca 2009 r. zapytania o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na podstawie z art. 38 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

Pytanie 1

W załączniku nr 2 do SIWZ (Umowa) nie zawarto części komparacyjnej Wykonawcy. Wykonawca zwraca się zatem z pytaniem, czy w razie wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umowy poświęcona Wykonawcy, będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 KSH?

Odpowiedź

Tak, każda podpisywana umowa przez Narodowy Fundusz Zdrowia zawiera dyspozycje określone w art. 374 § 1 KSH.

Pytanie 2

Zgodnie z treścią § 3 ust. 4 zd. 1 Umowy „Zamawiający będzie dokonywał zapłaty należności w ratach przelewem w terminie 14 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury za miesiąc poprzedni, wystawionej po jego upływie na konto Wykonawcy wskazane na fakturze”. 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 1 lit b. 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. 3, ust. 3a ustawy z dnia 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z 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.

W związku z powyższym zwracamy się z pytaniem, czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści § 3 ust. 4 zd. 1 Umowy w następujący sposób: „Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty faktury VAT każdorazowo w terminie 21 dni od daty jej wystawienia przez Wykonawcę, przelewem bankowym na konto Wykonawcy wskazane na fakturze. Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo doręczać Zamawiającemu fakturę VAT w terminie 7 dni od dnia jej wystawienia.”? Takie rozwiązanie pozwoli uniknąć Stronom ryzyka podatkowego wskazanego powyżej.

Niezależnie od powyższej argumentacji, 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 opłat jest znana z góry (opłaty abonamentowe), 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 podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 3

Czy w celu równomiernego rozłożenia ryzyka nieterminowego przepływu płatności pomiędzy bankiem prowadzącym rachunek Zamawiającego a bankiem prowadzącym rachunek Wykonawcy oraz w celu dostosowania brzmienia tego postanowienia do zasad wynikających 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, a nie dzień obciążenia rachunku dłużnika, Zamawiający dopuszcza zmianę brzmienia § 3 ust. 5 Umowy w taki sposób, aby za termin płatności wynagrodzenia dla Wykonawcy uznać dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy?

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 4

Klauzula ujęta w § 6 ust. 1 pkt 2) Umowy, posługuje się pojęciem „opóźnienia”, zamiast pojęciem „zwłoki”, które to pojęcia – stosownie do art. 476 k. c. – nie mają jednakowego znaczenia. Opóźnienie oznacza bowiem uchybienie terminowi bez względu na przyczynę tego uchybienia, podczas gdy zwłoka (tzw. kwalifikowane opóźnienie) oznacza uchybienie terminowi spowodowane przyczynami, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dotychczasowe wypowiedzi SN – por. np. orzeczenie SN z 20 marca 1968 r., sygnatura II CR 419/67 - jednoznacznie wskazują, że karę umowną należy kwalifikować jako zryczałtowane odszkodowanie, przy czym przesłanką warunkującą zapłatę tegoż odszkodowania mogą być wyłącznie okoliczności, za które dłużnik (w niniejszej sprawie Wykonawca) ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych. Z tych przyczyn kara umowna nie może być zastrzegana na wypadek niedotrzymania terminu wskutek okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Stąd też Wykonawca wnosi o zastąpienie pojęcia: „opóźnienia” określeniem „zwłoki”.

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 5

Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie § 6 Umowy poprzez dodanie nowego ustępu, zgodnie z którym „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 15% łącznej wartości wynagrodzenia brutto o której mowa w § 3 ust. 1 pkt 3) Umowy”? Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 15% 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 (ang. „contingency”).

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 6

W treści § 6 ust. 4 Umowy, Zamawiający przewidział dla siebie prawo potrącenia kar umownych 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 poprzez dodanie w jej treści zapisu o konieczności uzyskania akceptacji Wykonawcy na potrącenie kar umownych z należnego Wykonawcy wynagrodzenia (faktury) – przykładowo poprzez zmianę dotychczasowej treści § 6 ust. 4 Umowy na *„Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kar umownych z przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia wynikającego z wystawionej faktury, po uzyskaniu pisemnej zgody Wykonawcy.”*?

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 7

Wykonawca zwraca się ponadto o uwzględnienie w treści § 6 Umowy np. jako nowy ustęp tego paragrafu, dwustronnego (symetrycznego) zapisu, iż *„Odpowiedzialność którejkolwiek ze Stron z tytułu utraconych korzyści (lucrum cessans) jest wyłączona”*. Szkody takie 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

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 8

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 wezwania Wykonawcy 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 do odstąpienia lub rozwiązania Umowy może zostać wykonane, jeżeli Zamawiający wezwał Wykonawcę do zaprzestania naruszeń i usunięcia ich skutków, wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin nie krótszy niż 14 dni, a mimo upływu tego terminu Wykonawca nie zaprzestał naruszeń, ani nie usunął ich skutków.”*

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 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.”

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 9

Prosimy o informację czy Zamawiający zgadza się na modyfikację § 10 Umowy, polegającą na zmianie dotychczasowego jego brzmienia na: *„W przypadku jakichkolwiek sporów wynikłych na tle stosowania niniejszej Umowy, Strony zobowiązują się rozwiązać je w drodze wzajemnych negocjacji. W razie nieskuteczności tych negocjacji sądem właściwym do rozstrzygnięcia sporów będzie sąd powszechny właściwy miejscowo dla siedziby Zamawiającego.”*

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Pytanie 10

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 oferty regulaminów świadczenia poszczególnych usług telekomunikacyjnych (w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia), wydanych przez Wykonawcę zgodnie z treścią ustawy Prawo telekomunikacyjne, oczywiście przy założeniu, że takie regulaminy wiązałyby strony jedynie w zakresie nieuregulowanym i niesprzecznym z SIWZ (tj. uzupełniałyby postanowienia SIWZ o szczegółowe postanowienia dotyczące warunków świadczenia usług)?

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym pkt bez zmian.

Przewodniczący Komisji

Waldemar Rybak