

**Wyjaśnienie i modyfikacja treści  
Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.**

**Dotyczy przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi dot. konfiguracji i utrzymania łączy telekomunikacyjnych pomiędzy Podkarpackim Urzędem Wojewódzkim w Rzeszowie a Delegaturami Urzędu w Krośnie, Przemyślu i Tarnobrzegu oraz na szerokopasmowy dostęp do Internetu na okres 24 miesięcy.**

Działając zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) informuję, że jeden z Wykonawców faxem oraz e-mailem z dnia 21.02.2011 r. zwrócił się z następującymi pytaniami:

**Pytanie 1:**

„Wykonawca zwraca się zatem 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:**

Komparycja umowy zostanie ukształtowana w zależności od formy organizacyjnej Wykonawcy, który będzie realizował przyszłą umowę i z nim zostanie ustalona.

**Pytanie 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 zawarcie w umowie 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 podatku VAT”.*

**Odpowiedź:**

Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku zmiany stawki VAT w § 7 Ogólnych Warunków Umowy i nie będzie wprowadzał żadnych dodatkowych uregulowań w tym zakresie.

**Pytanie 3:**

„Odnosnie w nawiązaniu do §2 i §4 Ogólnych Warunków 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 nie jest ustalana jako pochodna wygenerowanego na danym łączu ruchu i 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 k. c.).”

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza by płatności abonamentowe realizowane były z góry za każdy miesiąc.

**Pytanie 4:**

„Zgodnie z treścią §4 Ogólnych Warunków Umowy „Termin zapłaty wynosi 21 dni licząc od daty jej dostarczenia Zamawiającemu”. 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 200 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 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 § 4 Ogólnych Warunków Umowy w następujący sposób „*Termin zapłaty faktury wynosi 21 dni licząc od daty wystawienia faktury VAT. Wykonawca zobowiązany jest doręczyć Zamawiającemu wystawioną fakturę VAT w terminie 7 dni od dnia jej wystawienia*”? takie rozwiązanie pozwoli uniknąć Stronom ryzyka podatkowego wskazanego powyżej.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie dopuszcza żadnych zmian w tym zakresie w stosunku do zapisów przedstawionych w § 4 i § 5 Ogólnych Warunków Umowy.

**Pytanie 5:**

Odnośnie postanowień zawartych w §8 Ogólnych Warunków Umowy, czy Zamawiający dopuszcza zmniejszenie wysokości kar umownych o ½?

Kary umowne określone w wysokości wskazanej w §8 Ogólnych Warunków Umowy będą – zdaniem Wykonawcy – uznane w każdym wypadku za kary rażąco wygórowane, co

umożliwi ich podważenie na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 §2 k.c. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.”. Taka możliwość podważania wysokości kary umownej nie tylko narazi strony umowy na koszty postępowania sądowego, ale wiąże się z niepewnością, co do praw i obowiązków stron. Jednocześnie tak wysoki, drakoński wręcz poziom kary umownej za odstąpienie od umowy zmusi Wykonawców do uwzględnienia tego elementu ryzyka przy wycenie usług dla Zamawiającego, co znajdzie wyraz w podwyższeniu ceny. Z tych względów zwracamy się o rozważenie, czy kary umowne w wysokości zaproponowanej w ww. pytaniu Wykonawcy, nie będą chronić Zamawiającego w dostatecznym stopniu.

**Odpowiedź:**

W odniesieniu do zapisu § 8 tiret pierwsze Ogólnych Warunków Umowy Zamawiający zmodyfikuje przedmiotowy zapis w ten sposób, że zmniejszy wysokość kary umownej za jeden dzień zwłoki w uruchomieniu przedmiotu umowy do 0,15% ceny ogółem oferty brutto.

W odniesieniu do tiret drugiego i trzeciego Zamawiający nie będzie dokonywał zmian w powyższym zakresie.

Wartość kar umownych została ustalona w oparciu o szacunkową wartość zamówienia i zabezpiecza koszty funkcjonowania łączy internetowych i sieci WAN przez jeden miesiąc (minimalny czas konieczny na przygotowanie i rozstrzygnięcie kolejnego postępowania), a jednocześnie zachowuje charakter kary dla niesolidnego Wykonawcy.

**Pytanie 6:**

„Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień §8 Ogólnych Warunków Umowy o zapis, z godnie z którym *”Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 10% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonej w §2 Ogólnych Warunków 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(ang. „contingency”).”



**Odpowiedź:**

Biorąc pod uwagę zapisy §9 Ogólnych Warunków Umowy Zamawiający nie dopuszcza żadnych zmian w powyższym zakresie.

**Pytanie 7:**

„Prosimy o potwierdzenie, że stosowanie przewidzianych przez Zamawiającego sankcji w postaci odstąpienia od umowy oraz kar umownych nie dotyczy sytuacji, w których ewentualne niedotrzymanie terminów lub kryteriów świadczenia usług wynika z okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę (jak przykładowo: siła wyższa, przypadek czy bezprawne działania osób trzecich). Pytanie to ma w swojej podstawie ugruntowaną linię orzecniczą Sądu Najwyższego, w szczególności wyrażona w wyroku SN z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67) zgodnie z którym, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się.”

**Odpowiedź:**

Kary umowne nie będą naliczane jeżeli Wykonawca wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynika z okoliczności za które nie ponosi on odpowiedzialności.

**Pytanie 8:**

„Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowień Umowy poprzez dodanie ustępu o następującej treści: *„Odstąpienie od umowy, bądź naliczenie przez Zamawiającego kar umownych zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu Umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kary umownej”*. Zapis taki jest w naszym przekonaniu konieczny biorąc pod uwagę przytoczone powyżej stanowisko Sądu Najwyższego, że kara umowna powinna przysługiwać tylko i wyłącznie w przypadku, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpi z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury w toku której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.”

**Odpowiedź:**

W kwestiach nieuregulowanych w Ogólnych Warunkach Umowy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie przyszłej umowy regulaminem świadczenia usług wybranego Wykonawcy, przy czym w takim przypadku będzie stanowić on załącznik do przyszłej umowy. Zapisy regulaminu niezgodne z umową nie będą miały zastosowania.

**Pytanie 9:**

„Mając na uwadze potrzebę uniknięcia zwichnięcia równowagi kontraktowej stron jako podmiotów stosunku cywilnoprawnego oraz zasad współzycia społecznego, jak również zwyczaje wykształcone w obrocie profesjonalnym, zwracamy uwagę na konieczność uzupełnienia § 8 Ogólnych Warunków Umowy poprzez wprowadzenie poinformowania Wykonawcy oraz wezwania go do zaprzestania i usunięcia naruszeń w wykonywaniu przez niego umowy. Role tę mogłoby przykładowo pełnić dodane do §8 Ogólnych Warunków 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:**

Zamawiający nie będzie modyfikował zapisów § 8 Ogólnych Warunków Umowy w powyższym zakresie.

**Pytanie 10:**

„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 uzupełnienie zapisów umowy o zapis *„Za termin zapłaty uważa się datę obciążenia rachunku bankowego Wykonawcy, jeżeli nastąpiło to przez upływem terminu płatności, albo dzień wpływu środków na rachunek Zamawiającego, jeżeli obciążenie rachunku Wykonawcy nastąpiło po dniu, na który przypadła termin płatności.”*?”



**Odpowiedź:**

Zamawiający nie będzie uzupełniał zapisów Ogólnych Warunków Umowy w powyższym zakresie.

**Pytanie 11:**

„Prosimy o informację czy Zamawiający zgadza się na modyfikację § 11 Ogólnych Warunków Umowy polegającą na zmianie dotychczasowego jego brzmienia na: „W sprawach nie uregulowanych Umową zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93 z późn. zm.), ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655), ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), Regulamin i cennik Wykonawcy ze zmianami wynikającym z Umowy.”

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza powyższą zmianę, po zastosowaniu właściwej numeracji Dzienników Ustaw.

Jednocześnie działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) informuję, iż w przedmiotowym postępowaniu zostaje dokonana modyfikacja SIWZ, dotycząca części części C SIWZ „Ogólne warunki umowy”, tj:

**§ 8 tiret pierwsze części C SIWZ**

**Zapis przed zmianą:**

„Obowiązkową formę odszkodowania stanowią kary umowne, które będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:

- za zwłokę w uruchomieniu przedmiotu umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego określonego w § 2 ust. 2 jako „cena ogółem oferty brutto” za każdy dzień zwłoki”

**Zapis po zmianie:**

„Obowiązkową formę odszkodowania stanowią kary umowne, które będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:

- za zwłokę w uruchomieniu przedmiotu umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,15% wynagrodzenia umownego określonego w § 2 ust. 2 jako „cena ogółem oferty brutto” za każdy dzień zwłoki”

## **§ 11 części C SIWZ**

### **Zapis przed zmianą:**


„W sprawach nieuregulowanych umową będą miały zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego oraz ustawy Prawo zamówień publicznych”.

### **Zapis po zmianie:**

„W sprawach nie uregulowanych Umową zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93, z późn. zm.), ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171, poz. 1800 z późn zm.), Regulamin i cennik Wykonawcy ze zmianami wynikającym z Umowy.”

Jednocześnie informuję, iż termin składania ofert nie ulega przedłużeniu i upływa w dniu 25 lutego 2011 r. o godz. 10:00.

**DYREKTOR GENERALNY  
URZĘDU**

  
**Janusz Olech**