

OA.3421-1/16

Wykonawcy

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Powiatowego Urzędu Pracy w Ostrowi Mazowieckiej

Powiatowy Urząd Pracy w Ostrowi Mazowieckiej niniejszym informuje, że jeden z Wykonawców w toczącym się postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Powiatowego Urzędu Pracy w Ostrowi Mazowieckiej zwrócił się z poniższymi pytaniami do Zamawiającego:

Pytanie 1

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa paragraf 4 pkt. 3

Czy zamawiający dopuszcza możliwość zmian cen jednostkowych brutto w przypadku, jeśli konieczność wprowadzenia zmian umowy wynika z uregulowań prawnych w zakresie ustalania lub zatwierdzania cen za powszechne usługi pocztowe w rozumieniu ustawy Prawo Pocztowne

Świadczenie usług powszechnych, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt. 17 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz.U.Nr 177 z 2011 roku, poz. 1054) na dzień zawarcia umowy jest zwolnione z podatku od towarów i usług. W przypadku ustawowej zmiany podatku VAT Zamawiający ma prawo doliczenia do wartości netto należnego podatku VAT.

Pytanie 2

SOPZ pkt. 1 ppkt. 2,9,10,11,12,13,16 Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa paragraf 2 pkt. 2,3,4,5,6,7,8

Wykonawca rozumie, że jeżeli zgodnie z paragrafem 2, pkt. 4 projektu umowy Wykonawca posiada placówkę w Ostrowi Mazowieckiej, wówczas Zamawiający samodzielnie będzie dostarczał przesyłki do placówki celem ich nadania?

Pytanie 3

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa paragraf 4 pkt. 5

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

5. Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy. W przypadku nieterminowego regulowania należności przez Zamawiającego, Wykonawca będzie naliczać odsetki ustawowe za opóźnienie oraz zastrzega sobie prawo wstrzymania świadczenia usług do czasu uregulowania należności. Odsetki ustawowe za niezapłacone w terminach faktury płacone będą przez Zamawiającego na podstawie noty odsetkowej

Pytanie 4

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa paragraf 4 pkt. 7

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

7. Należności za usługi pocztowe, wynikające z faktur VAT Zamawiający będzie regulował w terminie 21 dni od daty jej wystawienia Zamawiającemu, przelewem na konto Wykonawcy wskazane w fakturze.

Pytanie 5

SOPZ I. pkt. 21

Zamawiający w ppkt. 21 SOPZ pkt. I. wskazuje godziny doręczania przesyłek przychodzących do Zamawiającego. Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztowe art. 46 ust.2 pkt. 5 zobowiązany jest do doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż 5 dni w tygodniu z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy. Jednocześnie Wykonawca informuje, że zobowiązanie operatora wyznaczonego do doręczania przesyłek w określonych godzinach w istotny sposób narusza zapisy art. 46 ust. 2 pkt. 1, który obciąża go do świadczenia usług powszechnych w sposób jednolity w porównywalnych warunkach. Ponadto, doręczanie korespondencji do Zamawiającego nie jest przedmiotem postępowania, a obowiązkiem ustawowym Wykonawcy jako operatora wyznaczonego i dotyczy przesyłek nadanych za jego pośrednictwem. Dodatkowo zwracamy uwagę, że doręczenie przesyłki jest konsekwencją umowy zawartej z Nadawcą w chwili jej nadania, natomiast Zamawiający występuje w tym wypadku w roli adresata i nie jest stroną umowy o nadawanie. Wobec powyższego Wykonawca prosi o modyfikację zapisu w zakresie rezygnacji z określania konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do oddziałów Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Pytanie 6.

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa paragraf 6 pkt. 2

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

2. Umowa ulega wygaśnięciu przed terminem wskazanym w ust. 1 w przypadku wyczerpania kwoty stanowiącej wynagrodzenie Wykonawcy, określonej w § 4 ust. 1., z tym zastrzeżeniem że obowiązek kontroli stanu wykorzystania tej kwoty należy do Zamawiającego

Pytanie 7.

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa paragraf 8 pkt. 1

Wykonawca prosi o obniżenie kar umownych. Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych.^[1] Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90) *Zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych oraz wykonywania praw podmiotowych.*
- wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 362/2007) *zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez przyzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają także przepisy o charakterze imperatywnym.*
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. (sygn. akt V ACa 483/08), w którym stwierdzono, że *kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.*

Nakładanie kar umownych podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów, obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, co potwierdza orzecznictwo KIO:

- wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13 *Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art.*

^[1] Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12

353¹ k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.

- wyrok z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13) zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. (...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie, (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 Kodeksu cywilnego.
- wyrok KIO 2649/11 nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłyby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.
- wyrok KIO/UZP 1387/10 niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Należy również podkreślić, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Takie stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt VCSK 385/2007), zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współzycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współzycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem.

Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalnie ryzyko związane z naliczeniem kar umownych w kalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia. W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie zapisów.

Pytanie 8

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa paragraf 4 pkt. 5

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

2. W razie braku porozumienia spory będą podlegać rozstrzygnięciu przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Wykonawcy.

Pytanie 9

Załącznik nr 2 do SIWZ, Formularz ofertowy pkt. 11.

Czy Zamawiający może doprecyzować pkt. 11. Formularza ofertowego „Zwroty Przesyłek Listowych w obrocie zagranicznym” z czy zapis dotyczy przesyłek zwykłych czy poleconych ?

Pytanie 10

Załącznik nr 2 do SIWZ, Formularz ofertowy pkt. 11.

Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę”, Wykonawca wnosi o dopisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ust. 21 oraz do Istotnych Postanowień Umowy ust. 24), stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, postanowień o treści:

1. Wysokość wynagrodzenia ulegnie zmianie w przypadku:

a) zmiany stawki podatku VAT,

b) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

- jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

2. W przypadku zmiany stawki podatku VAT, wynagrodzenie za usługi świadczone od dnia wejścia w życie zmiany będzie uwzględniała stawkę podatku VAT po zmianie. Za datę świadczenia usługi uważa się datę nadania przesyłki lub datę zwrócenia niedoręczonej przesyłki do nadawcy.

3. W przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, każda ze stron umowy może zwrócić się do drugiej strony z propozycją dokonania zmiany wysokości wynagrodzenia. W terminie 14 dni od otrzymania propozycji strony zobowiązane są przeprowadzić negocjacje, których przedmiotem będzie dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia oraz – jeżeli uznają, że zmiana taka będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę – dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia.”

Jeżeli Zamawiający nie wyraża zgody na dopisanie powyższych zapisów do treści SIWZ Wykonawca prosi o zmianę terminu wykonania zamówienia na okres 12 miesięcy kalendarzowych od dnia grudnia 2016 roku.

Pytanie 11

Czy Zamawiający przedłuży termin składania ofert do dnia 10.11.2016 roku.

Zamawiający - Powiatowy Urząd Pracy w Ostrowi Mazowieckiej, 07-300 Ostrów Mazowiecka, ul. 3 Maja 55, działając w trybie art. 38 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164 ze zm.) odpowiada co następuje:

Na pytanie 1

Nie. Zamawiający nie dopuszcza takiej możliwości. Zamawiający określił warunki dopuszczalności zmiany umowy, tj. w przypadku zmiany przepisów dot. VAT i stawki podatku VAT.

Na pytanie 2

Zamawiający będzie samodzielnie dostarczał przesyłki do placówki celem ich nadania, pod warunkiem, że placówka znajdować się będzie w odległości nie większej niż jeden (1) kilometr w linii prostej od siedziby Zamawiającego.

Na pytanie 3

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 4

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 5

Zamawiający wprowadzi taką modyfikację. Przy czym należy wyjaśnić, że zapis ten nie dotyczył korespondencji adresowanej do zamawiającego (która nie jest przedmiotem postępowania) a jedynie ZPO i zwrotów korespondencji nadanej przez Zamawiającego.

Na pytanie 6

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 7

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej zmiany.

Na pytanie 8

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 9

Tak. Zamawiający doprecyzuje pkt. 11 Formularza ofertowego „Zwroty przesyłek Listowych w obrocie zagranicznym”.

Na pytanie 10

Tak. Zamawiający wprowadzi odpowiednie zmiany do SIWZ i projektu umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ.

Na pytanie 11

Tak. Zamawiający przedłuży termin składania ofert zgodnie z art. 38 ust. 4a i 6 ustawy Pzp.

DYREKTOR
Powiatowego Urzędu Pracy
w Ostrowi Mazowieckiej

mgr Barbara Grybowska