

Ostrow Mazowiecka, 11.12.2018r.

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

SOPZ pkt. 1 ppkt. 2, 9,10,11,12,13,16 Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa § 2 pkt. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8
Wykonawca rozumie, że jeżeli zgodnie z paragrafem 2, pkt. 2 projektu umowy Wykonawca posiada placówkę w Ostrowi Mazowieckiej w odległości mniejszej niż 1 km od siedziby Zamawiającego, wówczas Zamawiający samodzielnie będzie dostarczał przesyłki do placówki celem ich nadania?

Pytanie 2

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa § 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 Pocztowe?

Należy zwrócić uwagę, iż w przedmiocie zamówienia Zamawiający wskazał 24-miesięczny okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, natomiast Wykonawca jako operator wyznaczony, zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Zgodnie z art. 57 ustawy Prawo pocztowe operator wyznaczony jest zobligowany do przedłożenia Prezesowi UKE projektu cennika usług powszechnych, który co do zasady nie może przekroczyć maksymalnych rocznych poziomów opłat za usługi powszechne określonych w decyzji, o której mowa w art. 55 ust. 1 Prawa pocztowego, dotyczącym przystępności cenowej tych usług. Natomiast przepisy art. 53 i 54 ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych.

Zatem w przypadku zmiany cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w SIWZ, Wykonawca zmuszony będzie do świadczenia powszechnych usług pocztowych z naruszeniem przepisów ustawowych – nie tylko z zakresu prawa pocztowego, ale także cywilnego, czy antymonopolowego. Taki stan rzeczy byłby niedopuszczalny, zarówno ze względu na ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze publicznym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Czy w związku z tym Zamawiający uwzględni zmianę cen jednostkowych pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztowe?

Pytanie 3

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

Zamawiający w cytowanym powyżej punkcie określa, iż za dzień zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego. Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie momentu zapłaty nie pozwala Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi – co jest niezgodne z orzecznictwem sądów w tej sprawie oraz uniemożliwia Wykonawcy monitorowanie terminowości płatności za świadczone usługi oraz naliczanie ewentualnych odsetek za zwłokę. Termin zapłaty należności cywilnoprawnych reguluje art. 454 Kodeksu cywilnego, który regulując miejsce wykonania zobowiązania traktuje także o chwili spełnienia świadczenia, co nie budzi wątpliwości chociażby ze względu na orzecznictwo Sądu Najwyższego. W przypadku zobowiązań cywilnoprawnych zasadą jest, że zapłata dokonana jest dopiero z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje m.in. prawidłowe monitorowanie rozliczania stron.

Czy ze względu na to, że faktyczną możliwością dysponowania środkami jest data ich wpływu na rachunek Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza zmianę określenia dnia zapłaty według powszechnie stosowanej formy w obrocie gospodarczym: „Za dzień zapłaty strony przyjmują dzień wpływu środków na rachunek bankowy Wykonawcy”?

Wobec powyższego Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację powołanego powyżej zapisu na 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 § 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 14 dni od daty jej wystawienia Zamawiającemu, przelewem na konto Wykonawcy wskazane w fakturze.

Pytanie 5

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa § 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 6

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa § 7 pkt. 3

W zakresie zapisów załącznik nr 6 do SIWZ §7 pkt. 3) mówiących o „dokumentacji świadczącej o zatrudnieniu” Obowiązek przedłożenia stosownych dokumentów na każde żądanie Zamawiającego, stanowi dodatkowe obciążenie i ogranicza możliwość przygotowania dokładnych i kompletnych danych. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dodatkowe uprawnienie Zamawiającego żądania dokumentów na każde wezwanie powoduje, że wykonawca, nie będzie w stanie w tym czasie ich dostarczyć z uwagi choćby na fakt, że informacje organizacyjno-sprawozdawcze wysyłane są do poszczególnych organów do 10 dnia następnego miesiąca. Poprzez wyznaczenie terminu żądania przedłożenia informacji na każde wezwanie Zamawiającego naruszono art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Wykonawca wnosi do Zamawiającego o zmianę zapisów Załącznik nr 6 do SIWZ § 7 pkt. 3), i wykreślenie wymogu przedłożenia do wglądu dokumentacji zatrudnienia/pracowniczej na każde żądanie i zastąpienie je zapisami o następującym brzmieniu: „W trakcie realizacji zamówienia, Raz w roku na wezwanie zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie (nie krótszym niż 14 dni) wykonawca przedłoży zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących działalność operacyjną w trakcie realizacji zamówienia w odniesieniu do obszaru miasta, w którym Zamawiający realizuje usługę:

oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności:

- dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu wykonawcy lub podwykonawcy.

Pytanie 6.

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa § 8 pkt. 1, 2

Wykonawca prosi o wykreślenie powyższych zapisów. 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 pryzmat 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. 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*

¹⁾ Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12

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 prowadziłoby 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 współżycia 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 współżycia 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 wkałuluje 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, umożliwi to złożenie oferty wszystkim zainteresowanym wykonawcom.

Pytanie 7

Załącznik nr 6 do SIWZ, Umowa § 12 pkt. 2

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

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

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 2018r. poz. 1986 ze zm.) odpowiada co następuje:

Na pytanie 1

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 2

Tak, Zamawiający uwzględni zmianę cen jednostkowych pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztove .

Na pytanie 3

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 4

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 5

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 6

Zamawiający uwzględni wniesiony przez Wykonawcę postulat i zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - wprowadza zmianę do Załącznika nr 6 do SIWZ § 7 pkt. 3, który otrzymuje brzmienie:

„W trakcie realizacji zamówienia, raz w roku Zamawiający ma prawo wezwać Wykonawcę w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie (nie krótszym niż 14 dni) do przedłożenia Zamawiającemu wskazanych poniżej dowodów w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących działalność operacyjną w trakcie realizacji zamówienia w odniesieniu do obszaru powiatu ostrowskiego (Ostrów Mazowiecka), w którym Zamawiający realizuje usługę: oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na umowę o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub Podwykonawcy.”

Na pytanie 6 (dotyczące załącznika nr 6 do SIWZ, Umowa § 8 pkt. 1,2)

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

Na pytanie 7

Nie. Zamawiający nie przewiduje takiej modyfikacji.

DYREKTOR
Powiatowego Urzędu Pracy
w Ostrowi Mazowieckiej

mgr Barbara Gajewska