



STAROSTWO POWIATOWE W SŁUPSKU

76-200 Słupsk, ul. Szarych Szeregów 14,
tel. + 48(0-59) 841-85-00, tel./fax: + 48(0-59) 842-71-11
e-mail: starostwo@powiat.slupsk.pl

Słupsk, dnia 20 grudnia 2017 roku

OR.IV.272.13.2017

WYKONAWCY

w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego prowadzone jest w procedurze krajowej o wartości mniejszej niż kwoty określone na podstawie art. 138g ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku poz. 1579 ze zm.) realizowanym w trybie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, na usługi pocztowe świadczone na rzecz zamawiającego w obrocie krajowym i zagranicznym oraz ich ewentualnych zwrotów.

Powiat Słupski jako Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą”, zawiadamia, że dnia 14 i 15 grudnia 2017 roku wpłynęły zapytania do treści ogłoszenia:

Pytania z dnia 14 grudnia 2017 roku:

1. Ogłoszenie o zamówieniu Rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia ust. 1

Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest doręczać zamawiającemu adresowane do niego przesyłki pocztowe 5 dni w tygodniu od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 10.00.

Wykonawca informuje, że zgodnie z ustawą Prawo Pocztove (art. 46 ust. 2 pkt. 5) Wykonawca 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 art. 46 ust. 2 pkt. 1, który obliguje 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 wnosi o rezygnację z określania konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Odpowiedź nr 1

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie określonych godzin doręczania przesyłek do zamawiającego.

2. Ogłoszenie o zamówieniu Rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia ust. 2 pkt 6, załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 1 ust. 4 pkt.6, załącznik nr 1 do SIWZ (Tabela formularza ofertowego poz. 20)

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu „przekazy pocztowe”. Zwracamy uwagę, że przedmiotem ogłoszonego przez Zamawiającego postępowania jest „Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania, doręczania i odbioru przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz ich ewentualnych zwrotów ...”. W rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 roku Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 roku poz. 1481) przekaz pocztowy jest usługą pocztową, ale nie przesyłką pocztową. Przez przekaz pocztowy rozumie się polecenie doręczenia adresatowi określonej kwoty pieniężnej przez operatora pocztowego.

Odpowiedź nr 2

Zamawiający uznaje, że przekaz pocztowy jest usługą i wyraża zgodę na wykreślenie treści w pozycji 19.

3. Ogłoszenie o zamówieniu Rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia ust. 17, załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 5 ust. 9-10

Zamawiający „wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, co najmniej 3 osób wykonujących czynności polegające na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek pocztowych objętych przedmiotem zamówienia, jeśli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy”

Wykonawca wnosi o sprecyzowanie czy Zamawiający ma na myśli zatrudnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę dodatkowych trzech osób co najmniej na czas realizacji zamówienia, czy też dopuszcza realizację zamówienia przez co najmniej trzech pracowników zatrudnionych na umowę o pracę obecnie zatrudnionych u Wykonawca lub podwykonawcy?

Ponadto Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu o konieczności przedstawienia przez Wykonawcę „wykazu osób” zatrudnionych na umowę o pracę u Wykonawcy przed zawarciem umowy poprzestając tylko na oświadczeniu Wykonawcy potwierdzającym zatrudnienie co najmniej trzech pracowników na umowę o pracę.

Wskazania wymaga, iż Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (dalej GIODO) w piśmie z dnia 23 września 2016 roku, kierowanego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyraził jednoznaczne stanowisko w przedmiotowym zakresie. W piśmie tym GIODO stwierdza, iż „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń, czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie – dla potwierdzenia którego nie jest konieczna zamawiającemu znajomość imion, nazwisk i adresów pracowników, czy wysokości ich wynagrodzeń. (...) W związku z powyższym, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych stoi na stanowisku, iż z regulacji zawartych w art. 29 ust. 3a oraz 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp nie można wywodzić podstawy do przekazywania zamawiającemu przez wykonawcę danych osobowych pracowników, a zarówno dokumentowanie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, jak i kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w tym artykule może odbywać się w sposób, który nie będzie wiązał się z przetwarzaniem danych indywidualnych osób.”

Jednocześnie wnosimy do Zamawiającego o zmianę zapisu § 5 ust. 10 na następujący:

„W terminie trzech dni roboczych od zawiadomienia Zamawiającego o czasie podpisania umowy Wykonawca zobowiązuje się złożyć oświadczenie potwierdzające zatrudnienie na umowę o pracę pracowników, o których mowa w ust. 9 zawierające informację o niezaleganiu z wypłatą wynagrodzenia na dzień złożenia oświadczenia.”

Odpowiedź nr 3

Zamawiający dopuszcza realizację zamówienia przez co najmniej trzech pracowników obecnie zatrudnionych na umowę o pracę u Wykonawca lub podwykonawcy.

4. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 1 ust. 3 pkt. 1

Wykonawca wnosi o dodanie po wyrazach „Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 roku poz. 1481)” zapisu „zwana dalej „ustawą””.

Odpowiedź nr 4

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

5. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 1 ust. 3 pkt. 2

Wykonawca wnosi o dodanie po wyrazach „usługi pocztowej (Dz.U. z 2013 roku poz. 1468 ze zm.)” zapisu „i innych aktów wykonawczych do ustawy”.

Odpowiedź nr 5

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

6. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 1 ust. 3 pkt. 5

Wykonawca wnosi o zmianę wyrazu „regulaminie” na wyraz „regulaminach”.

Odpowiedź nr 6

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

7. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 2 ust. 1

Wykonawca wnosi o dodanie zapisu „W rozumieniu umowy dni robocze obejmują dni z wyłączeniem dni ustawowo uznanych za wolne i sobót.”

Odpowiedź nr 7

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

8. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 3 ust. 1 pkt. 1

Wykonawca wnosi o wykreślenie wyrazu „rozporządzeniu” i zastąpienie go zapisem „aktach wykonawczych do ustawy”.

Odpowiedź nr 8

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

9. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 3 ust. 3

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu „Prawo pocztowe” mając na względzie wniosek Wykonawcy zawarty w pkt. 4

Odpowiedź nr 9

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

10. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 4 ust. 3

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu „według aktualnego cennika stanowiącego załącznik do oferty” na zapis „według aktualnego cennika stanowiącego załącznik nr ... do umowy”.

Odpowiedź nr 10

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

11. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 4 ust. 5 oraz § 11 ust. 2 lit. a)

Wykonawca jako operator pocztowy i wyznaczony, zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, w tym także usług o charakterze powszechnym, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Przepisy zamieszczone w rozdziale IV ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych.

Zatem w przypadku zmian cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w treści dokumentacji postępowania, Wykonawca realizując zamówienia w cenach wynikających z formularza, 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 wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Ponadto zauważyć należy, iż Wykonawca zawierając umowę musi uwzględnić obowiązującą aktualnie stawkę podatku VAT. Natomiast wystawiając fakturę VAT za wykonane zamówienie publiczne musi naliczyć podatek w wysokości obowiązującej w dacie wystawienia faktury, a nie w dacie podpisywania umowy, czy też składania oferty przetargowej. W efekcie w przypadku ustawowej zmiany przepisów w zakresie podatków, w tym w szczególności skutkującej objęciem podatkiem VAT usług dotychczas nieopodatkowanych lub zmiany stawek podatku VAT, wykonawca zamówienia publicznego będzie musiał zmniejszyć kwotę należnego wynagrodzenia netto, ponieważ zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadniczo nie jest możliwa zmiana ceny realizacji zamówienia podana w ofercie, na podstawie której został wybrany dany wykonawca, a nieprzewidziana w SIWZ bądź ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku Wykonawcy jako operatora wyznaczonego, zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, w przypadku zmiany przepisów w zakresie podatku VAT doszłoby do sytuacji świadczenia tych usług w wysokości niższej aniżeli obowiązujące opłaty.

Zgodnie z art. 144 ustawy Pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W szczególności mając na uwadze zapis załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa § 4 ust. 5 oraz załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa § 11 ust. 2 lit. a), Zamawiający podaje informacje w zakresie zmiany cen w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, które jednak w ocenie Wykonawcy stawiają Zamawiającego na pozycji uprzywilejowanej poprzez zapisy § 11 ust. 1.

Zakładając, że ostatecznie Zamawiający w treści załączników do zaproszenia dopuszcza zmiany do umowy wskazane w § 4 ust. 5 oraz § 11 ust. 2 lit. a) wzoru umowy, których możliwości przewidział i wskazał, to jednak niedostatecznie opisał warunki dokonania zmian umowy – co w świetle przepisów, jak również aktualnego orzecznictwa, jest niewystarczające dla dokonania zmiany umowy, która zostanie uznana za nieważną.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę zapisów załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa poprzez modyfikację zapisów dotyczących zmian cen i podatku VAT wskazanych w § 4 ust. 5 oraz § 11 ust. 2 lit. a) załącznika nr 6 do SIWZ poprzez:

1. § 4 ust. 5 załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa wprowadzenie zapisu: „Zmiana cen jednostkowych za świadczenie usług pocztowych nastąpi w przypadku zatwierdzenia zmiany cen przez Prezesa UKE lub w przypadku zmiany cen w sposób ustalony przepisami ustawy”
2. § 11 ust. 2 lit. a) załącznika nr 6 do SIWZ – Umowa zmianę wyrazów „jest możliwa” na „nastąpi”

Odpowiedź nr 11

Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie w/w zmiany.

12. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 4 ust. 7

W załączonym wzorze umowy Zamawiający określa warunki płatności dla przedmiotu zamówienia, wskazując niestosowany u Wykonawcy termin płatności faktury jako 14 dni od daty jej otrzymania.

Wykonawca informuje, iż faktury za usługi pocztowe wystawiane są za pośrednictwem scentralizowanego systemu informatycznego, którego wymogi określają takie kryteria jak termin wystawienia faktury, datę wystawienia faktury do klienta, jak również termin płatności będący w ścisłej zależności z terminami sporządzenia faktury. Standardowo obowiązujący termin płatności faktury określony jako 14 dni od daty wystawienia faktury został wprowadzony ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu fakturowania wykonawcy oraz zarządzania płatnościami wynikającymi z zawartych umów. Takie rozwiązanie daje możliwość oszacowania terminów wpływu środków oraz opóźnień w ich płatnościach.

Czy w związku z powyższym Zamawiający zaakceptuje inny niż określony przez Zamawiającego w umowie termin płatności tj. **liczony od dnia wystawienia faktury określony jako 21 dni od daty wystawienia faktury VAT**, pozwalający terminowo dokonać płatności za wykonane usługi w ramach przedmiotu zamówienia?

Odpowiedź nr 12

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

13. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 4 ust. 8

Przepisy prawa nie znają instytucji „prawidłowej” faktury VAT. Ustawa o podatku od towarów i usług w art. 106e wymienia niezbędne elementy, która musi zawierać faktura. W przypadku błędów lub braków w fakturze podatnik zobowiązany jest zgodnie z art. 106j wystawić fakturę korygującą bądź notę korygującą – zgodnie z art. 106k.

Faktura korygująca/nota księgową nie dokumentuje odrębnego, niezależnego zdarzenia gospodarczego, lecz odnosi się ściśle do stanu zaistniałego w przeszłości. Punktem odniesienia do faktury korygującej/noty księgowej jest zatem faktura pierwotna. W związku z tym należy przyjąć kurs waluty z dnia poprzedzającego dzień wystawienia faktury pierwotnej. Faktura korygująca/nota księgową powinna bowiem oprócz elementów korygowanych odzwierciedlać stan, w którym była wystawiona faktura pierwotna. Powyższe potwierdza stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach w interpretacji. W świetle powyższych uwag stwierdzić należy, że brak jest podstaw do wprowadzenia pojęcia prawidłowości faktury, a ewentualny błąd bądź brak w jej treści nie może mieć wpływu na umowny termin płatności.

Wnosimy zatem o wykreślenie zapisów § 4 ust. 8 załącznika nr 6 SIWZ - Umowa.

Odpowiedź nr 13

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

14. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 4 ust.

11 Wykonawca wnosi o zmianę zapisu na następujący:

„W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego w terminie siedmiu dni roboczych przedłoży oświadczenie o którym mowa w ust. 10.”

Czas wyznaczony przez Zamawiającego na przedłożenie oświadczenia przez Wykonawcę jest niewystarczający, aby w terminie przygotować stosowne oświadczenie opatrzone podpisem osoby uprawnionej i przesłać je do Zamawiającego, co może narażać Wykonawcę na zapłatę kary umownej określonej w § 8 ust. 1 lit. c) załącznika nr 6 - Umowa.

Odpowiedź nr 14

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

15. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 8 ust. 1

Zamawiający w § 8 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelną zasadę zamówień publicznych co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę do nałożenia kar (brak w umowie opisanego procesu weryfikacji należytego wykonania umowy i sposobu wspólnej weryfikacji prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia), co świadczy o tym, że Zamawiający stawia się na pozycji uprzywilejowanej zakładając jedną z naczelnych zasad prawa wynikających, zarówno z prawa zamówień publicznych (równości stron postępowania), jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego). Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej w § 8 ust. 1 wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej z tego tytułu. Jak wskazuje bowiem orzecznictwo np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku (Sygn. akt: IV CSK 416/13) "w przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest – na podstawie art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego – zmniejszenie kary umownej przez sąd, na żądanie dłużnika. Zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej opierać się może na łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego podstaw miarkowania. Jest tak wtedy, gdy kara umowna po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części pozostaje nadal rażąco wygórowana". W takiej sytuacji dany wykonawca będzie korzystał z możliwości miarkowania kary wskazanej w art. 484 § 2 kodeksu cywilnego, zwłaszcza mając na uwadze, iż przy tak ogólnym i niedoprecyzowanym sposobie formułowania podstawy do skorzystania z kary umownej można przyjąć, iż Zamawiający będzie korzystał ze swojego uprawnienia w sytuacji zrealizowania przez wykonawcę znaczącej części przedmiotu zamówienia w danym okresie rozliczeniowym, czy wręcz w okresie trwania umowy. Zasadność takiego stanowiska znowu znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 lutego 2014 roku (Sygn. akt : I ACa 710/13) "możliwość miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika; jeżeli zaś strony w umowie zróżnicowały karę umowną w zależności od stopnia niewykonania zobowiązania lub rodzaju i wagi konkretnego uchybienia, to dłużnik nie może powoływać się na wykonanie zobowiązania w znacznej części jako na przesłankę miarkowania. Będzie tak wówczas gdy kara umowna ustalona jest w postaci stawki dziennej lub tygodniowej. Z kolei przy przesłance rażąco wygórowanej kary umownej należy się kierować stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych – a nie relacją kary do świadczenia głównego, do interesu wierzyciela oraz do szkody". Zatem punktem wyjścia dla rozważań nad dopuszczalną wysokością kary umownej powinno być określenie funkcji, jaką ta instytucja ma pełnić w obrocie gospodarczym. Celem unormowania instytucji kar umownych było zapewnienie stronie pewności poprawnego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy, a nie stworzenie jednemu z kontrahentów okazji do wzbogacenia się kosztem drugiej strony. Kara stanowi bowiem odszkodowanie umowne, odszkodowanie natomiast nie powinno przewyższać szkody ani stanowić źródła wzbogacenia się poszkodowanego. Relacja wysokości kwot, których zapłaty będzie mógł żądać Zamawiający, do rzeczywistej skali niewykonania lub nienależytego wykonania usługi wskazuje, że kara umowna w przedmiotowym zamówieniu nie spełnia funkcji kompensacyjnej (jako, że znacznie przewyższa wysokość ewentualnej szkody poniesionej z tego tytułu przez Zamawiającego), lecz stanowi przyczynę do wzbogacenia się Zamawiającego. Co więcej, ustalanie wysokości kary umownej powyżej pułapu, którego wysokość byłaby uzasadniona wagą naruszenia obowiązków Wykonawcy jest bezprzedmiotowe, gdyż nie spowoduje już dodatkowej motywacji u Wykonawcy. Kwestię motywacji jako jednego z czynników branych pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy kara umowna ma wygórowaną wysokość, poruszyła także Krajowa Izba Odwoławcza: „o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynę dla zamawiającego do wzbogacenia się” (orzeczenie KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 roku). Kara umowna ustalona na zbyt wysokim poziomie przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywującą dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy. Praktykę obciążania Wykonawcy karą w wysokości nieadekwatnej do stopnia naruszeń zakwestionowała KIO w wyroku z dnia 6 września 2011 roku (sygn. akt KIO 1800/11): „Zamawiający w ogóle nie uwzględnił możliwości niezwłocznego usunięcia ewentualnych usterek przez Wykonawcę. Fakt ten sugerowałby, iż celem Zamawiającego nie jest dążenie do należytego wykonania umowy, a samo karanie Wykonawcy nawet za drobne i możliwe niezwłocznie do usunięcia usterki, co narusza art. 5 kc, art. 3531 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp”. Zgodnie z cytowanym orzeczeniem, represyjny charakter kary umownej nie powinien dominować nad jej odszkodowawczą funkcją. Ponadto wskazać należy, że wyrażona w art. 3531 kc swoboda umów (z której Zamawiający mógłby wyciągać błędny wniosek, że wysokość kary umownej można ustalić w dowolnej wysokości), nie ma charakteru absolutnego i doznaje ograniczeń wynikających m. in. z

właściwości stosunku prawnego, czy zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że nawet podpisanie umowy, w której zastrzeżono wygórowane kary umowne, nie wyłącza ochrony strony, która w wyniku nałożenia rażąco wysokich kar zostałaby pokrzywdzona. Dlatego nawet zaaprobowanie zapisów umowy w obecnym kształcie nie wyklucza możliwości miarkowania wysokości kary umownej przez sąd na podstawie art. 484 § 2, jeżeli tylko ma ona rażąco wygórowany charakter. Sama praktyka rynku pocztowego wypracowała ponadto powszechnie przyjęte i stosowane wysokości kar, które operator, nie chcąc stracić zaufania u obecnych oraz potencjalnych klientów, jest w stanie respektować. Są one niższe niż te zaproponowane przez Zamawiającego, można zatem stwierdzić, że w warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia również byłyby wystarczające. Przewidziane w § 8 ust. 1 kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Przy tak znacznej ilości, nienależyte wykonanie jedynie kilku czynności (składowych danej usługi) pozbawiałoby Wykonawcę znacznej części należnego wynagrodzenia, co jest powodem, iż przedmiotowe zamówienie traci dla niego sens ekonomiczny i uniemożliwia mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o powtórny analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- w zakresie kar umownych określonych w § 8 ust. 1 lit. a) i b) ich wykreślenie i odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych wskazanych w § 1 ust. 3 wzoru umowy,
- w zakresie kar umownych określonych w § 8 ust. 1 lit. c) – wydłużenie terminu na przedłożenie oświadczenia Wykonawcy do 7 dni roboczych od otrzymania zawiadomienia przez Wykonawcę, dookreśleniu częstotliwości z jaką Zamawiający może występować do Wykonawcy o oświadczenie (raz na kwartał) z uwagi, iż obecne zapisy umowy tego nie przewidują a ilość żądań Zamawiającego jest praktycznie nieograniczona z jednoczesnym zmniejszaniem kary umownej do wysokości 50,00 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.
- uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Odpowiedź nr 15

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmian.

16. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 10 ust. 1 pkt 1 lit. b) Wykonawca wnosi o zmianę zapisu na następujący:

„w przypadku likwidacji Wykonawcy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tej okoliczności.”

Odpowiedź nr 16

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

17. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 10 ust. 2

Wykonawca wnosi o zmianę wyrazu „świadczenia” na wyraz „oświadczenia”.

Odpowiedź nr 17

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

18. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 10 ust. 2

Wykonawca wnosi o dodanie zapisu o treści „W razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający – Wykonawca może żądać, oprócz wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy do czasu odstąpienia, także odszkodowania na zasadach ogólnych.”

Odpowiedź nr 18

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

19. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 12

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów § 12 na następujące:

„1. W sprawach nie uregulowanych niniejszą umową, stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy wskazane w § 1 ust. 3 umowy.

2. Kwestie sporne powstałe w związku z realizacją niniejszej umowy rozstrzygać będzie sąd powszechny miejscowo właściwy dla dzielnicy Śródmieście miasta Gdańska.”

Odpowiedź nr 19

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

20. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 3

Wykonawca wnosi o dodanie do § 3 ust. 2 zastrzeżenia o treści:

„W przypadku uzasadnionych zastrzeżeń w stosunku do już odebranych przesyłek (np. nieprawidłowe opakowanie, brak pełnego adresu, niezgodność wpisów w dokumentach nadawczych z wpisami na przesyłkach, brak znaków opłaty itp.) Wykonawca bez zbędnej zwłoki wyjaśnia je z Zamawiającym. Brak możliwości wyjaśnienia zastrzeżeń, o których mowa lub ich usunięcia w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego powoduje, iż nadanie przesyłek przez Wykonawcę nastąpi w dniu następnym, a w przypadku braku możliwości usunięcia niezgodności Zamawiający wycofa przesyłkę przeznaczoną do nadania”.

Odpowiedź nr 20

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

21. Załącznik nr 6 do SIWZ - Umowa § 4

Wykonawca wnosi o dodanie do § 4 ust. 12, ust. 13 i ust. 14 o treści:

„Ust. 12 W przypadku nieterminowego regulowania należności przez Zamawiającego Wykonawca będzie naliczać odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych oraz zastrzega sobie prawo wstrzymania świadczenia usług do czasu

uregulowania należności. Odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych za niezapłacone w terminach faktury płacone będą przez Zamawiającego na podstawie noty odsetkowej."

„Ust. 13. W przypadku zalegania przez Zamawiającego z płatnościami przez okres dłuższy niż 21 dni od wskazanego w ust. 7 terminu zapłaty, usługa począwszy od następnego okresu rozliczeniowego będzie realizowana z zastosowaniem formy płatności „z góry”, na ogólnie obowiązujących zasadach. Ponowne zastosowanie formy opłaty „z dołu” nastąpić może począwszy od następnego okresu rozliczeniowego, po uregulowaniu zaległych należności wraz z odsetkami”

„Ust. 14. W przypadku opóźnienia Zamawiającego w zapłacie za faktury, Wykonawca ma prawo do zaliczenia otrzymanych płatności na poczet zaległych należności, w tym odsetek, bez względu na tytuł podanej płatności.”

Odpowiedź nr 21

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie w/w zmiany.

22. Załącznik nr 1 do SIWZ - Tabela formularza ofertowego poz. 11-12 i poz. 20

Wnosimy o wykreślenie pozycji „Paczki pocztowe ekonomiczne w obrocie krajowym” oraz „Paczki pocztowe priorytetowe w obrocie krajowym” od 10 000 g do 20 000 g.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 11) Regulaminu świadczenia usług powszechnych paczka pocztowa to przesyłka rejestrowana, niebędąca przesyłką listową, o masie:

a) do 10 000 g przyjmowaną, sortowaną, przemieszczaną i doręczaną w obrocie krajowym,

b) do 20 000 g przyjmowaną, sortowaną, przemieszczaną i doręczaną w obrocie zagranicznym, i wymiarach, z których największy nie przekracza 1500 mm, a suma długości i największego obwodu mierzonego w innym kierunku niż długość nie przekracza 3000 mm,

Sam Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ poniżej tabeli formularza ofertowego w objaśnieniach dotyczących gabarytów przesyłek wskazał, iż paczki pocztowe posiadają wagę do 10000 g.

Jednocześnie wnosimy o wykreślenie z tabeli formularza ofertowego poz. 20 „Egzemplarze biblioteczne”. Zgodnie z ustawą Prawo pocztowe Egzemplarze biblioteczne są zwolnione z opłaty pocztowej.

Odpowiedź nr 22

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie pozycji „Paczki pocztowe ekonomiczne w obrocie krajowym” oraz „Paczki pocztowe priorytetowe w obrocie krajowym” o wadze od 10.000 g do 20.000 g oraz nie wyraża zgody na wykreślenie poz. 20 „Egzemplarze biblioteczne z tabeli formularza ofertowego.

Pytanie nr 1 z dnia 15 grudnia 2017 r.

Załącznik nr 1 do SIWZ - Tabela formularza ofertowego poz. 11-12

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, czy Zamawiający w pozycjach „Paczki pocztowe ekonomiczne w obrocie krajowym” oraz „Paczki pocztowe priorytetowe w obrocie krajowym” ma na myśli paczki krajowe nadawane w gabarycie A, czy też gabarycie B. Powyższa informacja jest niezbędna do właściwego skalkulowania ceny za usługę.

Odpowiedź nr 1

W poz. 11 i 12 „Paczki pocztowe ekonomiczne w obrocie krajowym” oraz „Paczki pocztowe priorytetowe w obrocie krajowym” do wyceny należy przyjąć gab.A.

Niniejsze pismo stanowi integralną część ogłoszenia o zamówieniu wiążącą wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu.

z up. **STAROSTY**
Marta Bursztynowicz
Marta Bursztynowicz
SEKRETARZ POWIATU