

Gmina Goleszów
ul. 1 Maja 5
43-440 Goleszów
IR.271.19.2020

Do wszystkich
uczestników postępowania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pod nazwą:
Usługi pocztowe dla Urzędu Gminy Goleszów.

Wyjaśnienie treści SIWZ

Zamawiający - Gmina Goleszów zawiadamia, że do powyższego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynął wniosek o wyjaśnienie dokumentacji przetargowej. Poniżej treść złożonego wniosku i udzielone wyjaśnienia Zamawiającego.

1. Zamawiający w Załączniku nr 1 „Wzór umowy” § 7 ust. 11 i 12 proponuje zasady płatności za wykonane usługi niekorzystne dla Wykonawcy, głównie pod względem terminu wpływu należności – obciążenie rachunku Zamawiającego nie jest bowiem równoznaczne z wpływem środków na konto Wykonawcy - co stawia go w roli podrzędnej do Zamawiającego i może powodować komplikacje w zakresie rozliczeń między stronami

Pytanie 1. Czy ze względu na obowiązujące regulacje wewnętrzne u Wykonawcy i ze względu na fakt, iż poniższa propozycja zapewnia wystarczający czas na dokonanie płatności, Zamawiający zmieni w/w zapisy na następujące

*„11. Zapłata za wykonane usługi będzie następować w terminie 14 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury VAT w formie przelewu bankowego na rachunek wskazany przez Wykonawcę w fakturze VAT. Za nieterminowe regulowanie należności Wykonawca będzie naliczał odsetki w wysokości ustawowej.
12. Za dzień zapłaty uważa się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy.”?*

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający zmienia we wzorze umowy termin płatności wskazany w § 7 ust. 11 z 21 na 14 dni. Zapis w § 7 pkt. 12 umowy pozostaje bez zmian.

2. Zgodnie z § 8 ust. 1 i 2 wzoru umowy Wykonawca pisze, że Zamawiającemu przysługuje odszkodowanie, a Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5% całkowitej wartości umowy określonej w § 7 ust. 1.

Wykonawca wskazuje, że poza wysokością w/w kary, która nosi rażąco wygórowany charakter, budzącym wątpliwości jest stwierdzenie – wynikające z w/w przepisów wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę do rozwiązania umowy i w konsekwencji 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 zakłócając jedną z naczelnych zasad prawa w cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego), a także stojąc w sprzeczności z stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie.

Praktykę obciążania Wykonawcy karą w wysokości nieadekwatnej do stopnia niewywiązywania się z obowiązków umownych, przy jednoczesnym braku wyznaczenia odpowiedniego terminu na usunięcie 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.

Z uwagi na konieczność dostosowania postanowień wzoru umowy do realnych potrzeb w zakresie zabezpieczenia uzasadnionego interesu Zamawiającego oraz obowiązujących przepisów i wytycznych wynikających z orzecznictwa, wnosimy o wyjaśnienie:

Pytanie 2.1 Czy mając na uwadze równe traktowanie stron umowy Zamawiający uzupełni § 8 przez dodanie kolejnego ustępu uwzględniającego możliwość nałożenia kar na Zamawiającego w przypadku braku wywiązywania się ze swych obowiązków umownych - analogicznie jak czyni to wobec Wykonawcy?

Pytanie 2.2 Czy Zamawiający wprowadzi zapis umożliwiający przeprowadzenie każdorazowego postępowania wyjaśniającego w zakresie stwierdzonego przypadku nienależytego wykonania umowy (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem danej kary umownej?

Pytanie 2.3 Czy w związku z faktem, iż zaproponowana przez Zamawiającego kara umowna ma rażąco wygórowany charakter usunie on zapisy § 8 ust. 2, względnie złagodzi kary umowne do wartości maksymalnej 0,5 % całkowitej wartości umowy określonej w § 7 ust. 1?

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający pozostawia zapisy wskazane w paragrafie 8 bez zmian.

3. Zamawiający w załączniku Umowa §4 ust. 6 dopuszcza możliwość nadania przez wykonawcę części przesyłek u operatora wyznaczonego.

Zwracamy uwagę, iż zgodnie z art. 20 ustawy Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012r. operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej jest obowiązany do oznaczenia przyjętej przesyłki pocztowej informacją potwierdzającą przyjęcie przez niego opłaty za usługę pocztową albo sposób jej uiszczenia oraz umożliwiającą jego identyfikację. Wobec tego Wykonawca przyjmując do nadania przesyłki Zamawiającego zobligowany jest do ich oznaczenia w sposób umożliwiający jego identyfikację. Dopiero tak oznaczona przesyłka mogłaby zostać nadana w placówce np. Poczty Polskiej S.A., która rzecz jasna również musiałaby ją oznaczyć swoim znakiem opłaty pocztowej. Zatem stroną zawartej umowy o świadczenie usług pocztowych z operatorem wyznaczonym byłby Wykonawca – nie Zamawiający co odpowiada definicji nadawcy określonej w art. 3 pkt 10) ustawy Prawo pocztowe, zgodnie z którym nadawca to podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej.

Pytanie 3a.: Czy Zamawiający dopuści sytuację, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot w imieniu i na rzecz Zamawiającego, w wyniku czego na przesyłkach lub dowodzie nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający?

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający nie dopuszcza takiej możliwości.

Pytanie 3b: Czy Zamawiający uzna za dopuszczalne nadawanie przesyłek Zamawiającego przez wyłonionego w przetargu Wykonawcę u innego operatora pocztowego bez zawarcia z nim stosownej umowy, o której mowa w art. 35 ust. 1 Prawa pocztowego i w konsekwencji uzna za dopuszczalne świadczenie przez Wykonawcę usług w formie, w której Wykonawca w istocie jest pośrednikiem pomiędzy Zamawiającym, a innym operatorem (w tym operatorem wyznaczonym) ?

W ocenie składającego zapytanie, umowa o której mowa w art. 35 Prawa pocztowego jest jedynym sposobem zapewnienia świadczenia usługi zgodnie z wymogami zamówienia, przy pełnym zachowaniu warunków konkurencyjności postępowania i jednoczesnego zapewnienia skutków, o których mowa m.in. w przepisach art. 57 § 5 pkt 2 KPA.

Zgodnie Art. 35. ust 1. ustawy Prawo pocztowe operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej. Istotną w przedmiotowej sprawie jest również regulacja ust. 2 - zgodnie, z którą w umowie o współpracę operatorzy pocztowi określają w szczególności:

- 1) zakres współpracy;
- 2) wynagrodzenie za wykonane przez operatora pocztowego czynności związane z realizacją umowy;
- 3) zakres i sposób przekazywania informacji w sprawie zabezpieczenia przesyłek pocztowych

w celu zapewnienia bezpieczeństwa obrotu pocztowego oraz zatrzymania i zabezpieczenia przesyłek pocztowych w przypadkach, o których mowa w art. 36;

4) zasady przekazywania operatorowi pocztowemu, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, przesyłek niedoręczalnych oraz przesyłek pocztowych, których dotyczy prawo zastawu;

5) zasady przekazywania przesyłek pocztowych zwróconych z powodu niewłaściwego doręczenia do oddawczej skrzynki pocztowej;

6) terminy wykonania przez operatora pocztowego czynności określonych w umowie;

7) zasady odpowiedzialności za naruszenie warunków umowy.

W świetle powyższych regulacji stwierdzić należy, iż umowa zawarta pomiędzy operatorami na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe może, a nawet powinna szczegółowo regulować zasady współpracy między stronami, w tym precyzyjnie określać terminy wykonania przez danego operatora pocztowego (w tym operatora wyznaczonego) czynności określonych w umowie. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie aby w pisemnej umowie pomiędzy operatorami terminy wykonania określonych usług były zbieżne z terminami przewidzianymi w przepisach art. 57 § 5 pkt 2 KPA, czy art. 165 § 2 KPC. Inaczej mówiąc operatorzy pocztowi mogą tak ukształtować warunki współpracy (w tym zakresie zastosowanie znajduje zasada swobody umów) aby spełniać warunek stawiany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, np. poprzez ustalenie iż, nadanie (w tym dalsze przekazanie przesyłki do doręczenia) musi nastąpić w terminie jej przyjęcia od nadawcy, co pozwala na zachowanie skutków przewidzianych w przytoczonych wyżej przepisach. Zamawiający nie ogranicza możliwości korzystania przy realizacji zamówienia z podwykonawców, a taki charakter miałby operator pocztowy będący stroną umowy zawartej z wykonawcą na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe. Ponadto takie uregulowanie stosunków pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, zapewnia spełnianie innych wymogów Zamawiającego, w tym w szczególności wymóg konieczności realizacji zamówienia zgodnie z ustawą Prawo pocztowe i aktami wykonawczymi. Przyjęcie innego trybu np. świadczenie usług w charakterze pośrednika („posłańca” przekazującego przesyłki od zamawiającego do innego operatora) powoduje, iż w świetle przepisów ustawy Prawo pocztowe Zamawiający nie jest stroną dla końcowego operatora pocztowego realizującego usługę doręczenia przesyłki, co pozbawia go faktycznej możliwości dochodzenia odszkodowań czy składania reklamacji w przypadku jej nienależytego wykonania albo choćby dochodzenia właściwego dokonywania i rozliczania tzw. zwrotów, za które (w przypadku operatora wyznaczonego) Zamawiający będzie uiszczal opłatę gotówką jako usługę świadczoną poza umową o zamówienie publiczne.

Należy mieć także na uwadze, iż Prawo pocztowe przewiduje odpowiedzialność operatora pocztowego za świadczoną przez niego usługę. W przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Zamawiający nie będzie mógł dochodzić odszkodowania od pośrednika ponieważ pośrednik nie będzie realizował dla niego usługi pocztowej.

Podkreślenia ponadto wymaga, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 Prawa pocztowego usługa doręczania przesyłek od nadawcy do adresata ma charakter usługi pocztowej. Natomiast usługa odbierania od Zamawiającego i nadawania w placówkach operatora wyznaczonego korespondencji ma inny, mieszany charakter, w skład tej usługi wchodzi bowiem świadczenie usługi reprezentacji przy zawieraniu umowy, jak również usługa płatnicza (operator uiszcza bowiem zapłatę za przesyłkę w placówce operatora wyznaczonego zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o usługach płatniczych) oraz usługa przewozu przesyłek do placówki operatora wyznaczonego. Należy zauważyć, iż nawet jeśli Wykonawca wskazuje, iż sam ponosi koszty nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, to ze względu na zastosowaną konstrukcję prawną, w której Wykonawca zawiera w imieniu nadawcy umowę o świadczenie usług pocztowych w placówce operatora wyznaczonego, płatność ta dokonywana jest w imieniu nadawcy, a nie wykonawcy, tym samym niewątpliwie elementem takiej usługi jest świadczenie usługi płatniczej.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający nie dopuszcza takiej sytuacji.

Pytanie 3c: Czy Zamawiający uwzględni, iż ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1529, ze zm. dalej: „Prawo Pocztowe”) przewiduje odpowiedzialność operatora pocztowego za świadczoną przez niego usługę? W przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Zamawiający nie będzie mógł dochodzić odszkodowania od pośrednika ponieważ pośrednik nie będzie realizował dla niego usługi pocztowej.

Odpowiedź Zamawiającego.

Tak, Zamawiający uwzględni.

Pytanie 3d: Czy Zamawiający uwzględni, iż w przypadku świadczenia usług przez pośrednika na Zamawiającym będzie spoczywał obowiązek uiszczenia opłaty za zwrot przesyłki do nadawcy (po wyczerpaniu możliwości jej doręczenia adresatowi)? To element występujący w przypadkach odmowy przyjęcia przesyłki przez adresata bądź nieodebrania przesyłki po awizacji w określonym przepisami czasie. Stawka opłaty za zwrot przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia/wydania odbiorcy, której nadanie zostało opłacone znaczkiem pocztowym, pobierana byłaby na podstawie oraz zgodnie z cennikiem usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym od nadawcy tj. Zamawiającego. Opłata zostanie pobrana w formie gotówki, przed wydaniem przesyłki przez listonosza. Podstawę prawną do żądania zapłaty za zwrot przesyłek stanowi art. 32 Prawa Poczтового, zgodnie, z którym: przesyłkę pocztową, której nie można doręczyć adresatowi, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca nadawcy. Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględni takiej sytuacji.

4. Zamawiający w Załączniku nr 1 Wzór Umowy nie dopuszcza zmian cen zawartych w ofercie z wyjątkiem zapisów § 10, w którym również o tym nie wspomina.

Pytanie 4. Czy w związku z faktem, że umowa realizowana będzie zgodnie z zapisami Ustawy Prawo Pocztowe – o czym Zamawiający pisze m.in. w § 1 ust. 3 pkt 1) umowy, a operator wyznaczony, którym jest Wykonawca zobowiązany jest na podstawie art. 46 ust. 2 ustawy świadczyć usługi „w sposób jednolity w porównywalnych warunkach” i ustala wysokości opłat za świadczone usługi powszechne czyniąc to na podstawie kosztów ich świadczenia oraz w sposób przejrzysty i niedyskryminujący (art. 53 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe) Zamawiający zmodyfikuje zapis w § 10 ust. 1 na następujący:

„1. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na postawie której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących przypadkach:

1) zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy na skutek zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług;

b) zmiany cen jednostkowych za świadczenie usług pocztowych, o których mowa w § 7 ust. 4 i 5;

c) zmian ilościowych przesyłek, o których mowa w § 6 ust. 1 umowy;

2) zmiany podstaw prawnych regulujących świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia, jeżeli zmiana będzie miała wpływ na treść niniejszej umowy.

3) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, o której mowa w ust. 1 lit. a niniejszego paragrafu, Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według obowiązującej stawki, bez konieczności aneksowania umowy.

4) W sytuacji zmiany cen zgodnie z przepisami Ustawy Prawo Pocztowe.

5) W przypadku zmiany cen za usługi - przewidzianej Prawem Poczтовым, Wykonawca przekaze Zamawiającemu nową kalkulację cenową obowiązującą od następnego okresu rozliczeniowego po dniu wprowadzenia zmiany.”

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający zmodyfikuje zapisy w § 10 w zaproponowanym brzmieniu.

Jednocześnie Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu koryguje wpis w rozdziale IV Termin realizacji zamówienia na:

Termin realizacji zamówienia od 01.01.2021 do 31.12.2021.