

znak: WAG-II.261.132.2015
WAG-II.W.30...MP.2016

Katowice, dnia 23. lutego 2016 r.

WYKONAWCY

dotyczy: zamówienie nr 27/pn/2015 – świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym

Na podstawie art.38 ust.2 w zw. z art.38 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2013, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „pzp”, udzielam wyjaśnień SIWZ oraz odpowiedzi na pytania, jakie wpłynęły do Zamawiającego w związku z niniejszym postępowaniem (treść pytań w brzmieniu oryginalnym):

Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami oraz odpowiedziami:

Pytanie 1

Zgodnie z Rozdziałem XIII SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert składanych w pakiecie I i II, jest kryterium społeczne rozumiane, jako % osób zatrudnionych przy realizacji danego pakietu (I albo II) na podstawie umowy o pracę (w wymiarze co najmniej $\frac{3}{4}$ etatu na osobę). Następnie Zamawiający opisał sposób, w jaki będzie przyznawał punkty w niniejszym kryterium. Wykonawca informuje, że w dniu 6 sierpnia 2015 r. zapadło orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1607/15) oddalające odwołanie innego wykonawcy, który domagał się zastąpienia liczby pracowników podlegających ocenie w kryterium społecznym, stosunkiem procentowym liczby zatrudnionych do liczby wykonujących umowę.

Było to w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Inspekcję Pracy Główny Inspektorat Pracy.
Link do dokumentacji, w tym odwołania:

http://www.bip.pip.gov.pl/pl/bip/00_przetargi_gip/00_15_016_poczta

Z odwołania wynika, że odwołujący „optymalizując” sposób wykonania usługi tj. wykazując mniejszą liczbę osób ogółem wykonujących umowę, zamierza osiągnąć wyższy wskaźnik procentowy zatrudnienia, aby uzyskać możliwie maksymalnie wysoką punktację w kryterium społecznym. Przykładowo, jeśli jeden wykonawca wskaże do realizacji usługi 100 osób, z czego 100 będzie zatrudnione na umowie o pracę, to osiągnie wskaźnik zatrudnienia 100%. Jeśli inny wykonawca dla realizacji tego samego zamówienia zaangażuje 1000 osób, z czego 900 będzie pracownikami, to wykaże wskaźnik zatrudnienia na poziomie 90%, mimo że w rzeczywistości zatrudnia kilkaset osób więcej. Kryterium społeczne ma promować zatrudnianie na podstawie umowy o pracę, a nie optymalizację kosztów, czemu służy kryterium ceny. Dodatkowo, pragniemy zauważyć, że kryterium społeczne spełnia swoją rolę dopiero w przypadku nadania mu większej wagi, co najmniej na poziomie 20%, a także poprzez przeliczenie na pełne etaty, a nie ich część.

Czy mając na uwadze powyższe Zamawiający dokona modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę sposobu oceny kryterium społecznego poprzez ocenę liczby osób, zamiast procenta osób?

W związku z powyższym, Wykonawca wnioskuje o opisane kryterium społecznego poprzez ustanowienie w nim rzeczywistej liczby pracowników (w przeliczeniu na pełne etaty), a nie stosunek procentowy pracowników do nie pracowników, oraz o zmianę wagi kryterium.

Wykonawca wnosi zatem o zmianę treści SIWZ w następujący sposób:

- W przypadku pakietu I i II: Liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę – 20% (przy jednoczesnych kryteriach: cena – waga 75% oraz termin zwrotu do nadawcy zwrotnego potwierdzenia odbioru – waga 5%)
- W przypadku pakietu III: Liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę – 20% (przy jednoczesnym kryterium ceny – waga 80%)

Sposób obliczania kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych

$$Z = \frac{Zx}{Z \max} \times 100 \times 20\%$$

gdzle:

- Z = liczba punktów za kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych.”
 - Z_x = liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych wynikająca z oferty badanej;
- Z_{max} = największa liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, wynikający z ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Odpowiedź

W odpowiedzi na przytoczony wyrok KIO pragnę zauważyć, że przedmiotem analizy KIO nie była prawidłowość lub zgodność z prawem kryterium zatrudnienia w oparciu o wielkość procentową, co było postulowane przez odwołującego ale kryterium zawarte w SIWZ tj. kryterium zatrudnienia oparte o ilość zatrudnionych. KIO nie analizuje możliwości zastosowania wskazanego kryterium w postępowaniu, ale koncentruje się na analizie kryterium przejętego w SIWZ, co do którego dochodzi do wniosku, iż jest prawidłowe i zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Z powyższego nie można wnosić, iż proponowane przez odwołującego kryterium jest z ww. ustawą niezgodne. Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzać na żądanie wykonawcy innego kryterium oceny ofert, nawet jeśli proponowane kryterium czyni zadość wymogom cyt. ustawy. Pozostałe wywody wykonawcy stanowią jedynie jego twierdzenia, których prawdziwości w żaden sposób nie wykazał. W szczególności kwestia wagi kryterium społecznego, jaką winien przyjąć zamawiający stanowi element decyzji zamawiającego a nie wykonawcy. W związku z powyższym zamawiający nie wyraża zgody na zmianę kryteriów oceny ofert, ich wagi oraz opisu.

Pytanie 2

Czy w przypadku pakietu II i III 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 SIWZ przy pełnym zachowaniu warunków konkurencyjności postępowania i jednoczesnego zapewnienia skutków, o których mowa m.in. w przepisach art. 57 § 5 pkt. 2 KPA, czy art. 165 § 2 KPC, art. 17 ustawy Prawo pocztowe.

Zgodnie z 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.

Istotna 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 mowy;
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, czy art. 17 ustawy Prawo pocztowe. Inaczej mówiąc operatorzy pocztowi mogą tak kształtować

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

057
866

i aktami wykonawczymi. Przyjęcie innego trybu np. świadczenie usług w charakterze pośrednika („postańca” 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 uiszczał opłatę gotówką jako usługę świadczoną poza umową o zamówienie publiczne.

Odpowiedź

Nie. Zamawiający nie uznaje za dopuszczalne nadawanie przesyłek zamawiającego przez wykonawcę u innego operatora pocztowego bez zawarcia z nim stosownej umowy, o której mowa w art. 35 ust.1 ustawy Prawo pocztowe.

Pytanie 3

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na umieszczenie na przesyłkach znaków identyfikujących rodzaj przesyłki?

Odpowiedź

Zamawiający wyraża zgodę, aby wykonawca umieszczał na przesyłkach znaki identyfikujące rodzaj przesyłki.

Pytanie 4

Zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisów SIWZ w Rozdziale III pkt 3 w zakresie:

Aktualne brzmienie:

Wykonawca zobowiązuje się zatem przyjąć przesyłkę do realizacji w tym samym dniu, w którym została ona dostarczona do Wykonawcy przez Zamawiającego celem nadania (dzień dostarczenia przesyłki do nadania będzie dniem nadania przesyłki).

Proponowany zapis:

Wykonawca zobowiązuje się zatem przyjąć przesyłkę do realizacji w tym samym dniu, w którym została ona dostarczona do Wykonawcy przez Zamawiającego celem nadania (dzień dostarczenia przesyłki do nadania będzie dniem nadania przesyłki, z zastrzeżeniem, iż przesyłki z przyspieszonym terminem doręczenia zostaną nadane do godziny 15).

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody. Powyższe wymogi podyktowane są uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego wynikającymi ze specyfiki pracy instytucji, jaką jest Śląski OW NFZ. Potrzeby te wymagają możliwości nadawania przesyłek z przyspieszonym terminem doręczenia również po godz. 15.00.

Pytanie 5

W załączniku do SIWZ - wzór umowy pakiet I § 6 ust. 3 oraz wzór umowy pakiet II § 6 ust. 3 Zamawiający wskazał, że przesyłki będą opłacane również w formie opłaty „z góry” przy użyciu maszyny frankującej.

Z uwagi na nowelizację ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm), która weszła w życie z dniem 1 kwietnia 2013 r. (Ustawa z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz 35), powodującą zmianę zasad rozliczania wpłat dokonywanych w ramach korzystania z maszyny do frankowania - czy Zamawiający dopuszcza dopisanie w § 6 ust. 3 wzoru umowy dla pakietu I i pakietu II dodatkowego zdania, bądź dołączenia do umów załącznika zawierającego zasady rozliczania maszyny do frankowania w formie „opłaty z góry”, a mianowicie:

„W przypadku wynagrodzenia płatnego z góry strony ustalają następujące zasady rozliczania i regulowania należności dla przesyłek opłacanych przy użyciu maszyny do frankowania:

- a) Na przesyłkach listowych, nadawanych przy użyciu maszyny do frankowania Zamawiający nanosi znak opłaty pocztowej w wysokości brutto, zgodnej z cennikami obowiązującymi w dniu nadania przesyłek.
- b) Zamawiający dokonywać będzie wpłaty kaucji na zabezpieczenie należności na poczet przyszłych usług pocztowych, co skutkować będzie odpowiednim ustawieniem przez Wykonawcę licznika maszyny do frankowania w placówce pocztowej nadawczej, odpowiednio do wysokości wpłaty, najwcześniej w dniu dokonania wpłaty, nie później niż 3 dni robocze od dokonania wpłaty.
- c) Strony potwierdzają, że wpłata, o której mowa w ppkt b), dokonywana przez Zamawiającego na poczet ustawienia licznika maszyny do frankowania nie stanowi zaliczki (przedpłaty) w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2012r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.) z uwagi na brak możliwości skonkretyzowania na moment wpłaty usług pocztowych, których płatność zabezpiecza kaucja,
- d) płatność kaucji będzie dokonywana przez Zamawiającego, z góry, przelewem na konto:
Nazwa banku:Nr
z określeniem tytułu wpłaty według wzoru: „kaucja – umowa nrfrankownica ”,
- e) po otrzymaniu przez Wykonawcę kaucji, o której mowa w ppkt b), Wykonawca wystawi na Zamawiającego notę uznaniową,
- f) w terminie 7 dni od zakończenia każdego miesiąca rozliczeniowego, Wykonawca wystawi na Zamawiającego fakturę dokumentującą faktycznie zrealizowane usługi pocztowe na rzecz Zamawiającego w tym okresie rozliczeniowym,

- g) kwota należna Wykonawcy z tytułu wyświadczonych w danym miesiącu rozliczeniowym usług pocztowych będzie płatna przez Zamawiającego na podstawie faktury, o której mowa w ppkt f). Termin płatności na fakturze będzie tożsamy z datą wystawienia faktury,
- h) w przypadku niezapłacenia przez Zamawiającego za fakturę wystawioną przez Wykonawcę, w terminie określonym w fakturze, kwota należnego Wykonawcy wynagrodzenia zostanie pobrana z wpłaconej uprzednio przez Zamawiającego kaucji, w przypadku gdy kwota kaucji zostanie wyczerpana, ponowne wykorzystanie maszyny do frankowania przez Zamawiającego będzie możliwe po wpłacie kaucji, zgodnie z ppkt. b) i d).

Odpowiedź

Zamawiający nie jest zobligowany do wprowadzenia do wzoru umowy (odpowiednio pakiet I oraz pakiet II) powyższych zapisów. Zamawiający podtrzymuje zatem zasady związane z płatnością określone we wzorach umowy, które pozostają w zgodzie z obowiązującymi regulacjami ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (DZ.U.2011.177.1054 j.t.), w tym z art. 106b w zw. z art. 19a ust.8 tejże ustawy, a także są zasadami korzystnymi dla Zamawiającego. Ponadto, nie znajduje się podstawy prawnej, która zobowiązywałaby Zamawiającego do wprowadzenia do treści umowy zapisów proponowanych przez Wykonawcę.

Pytanie 6

Zamawiający określił, że jako dzień zapłaty rozumie się datę obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego – załącznik do SIWZ – wzór umowy pakiet I §6 ust.12 oraz wzór umowy pakiet §5 ust. 11.

Czy z uwagi na praktykę obrotu gospodarczego popartą orzecznictwem sądów, zgodnie z którą zapłata należności ma na celu umożliwienie Wykonawcy swobodnego korzystania z należnych mu pieniędzy, co jest możliwe dopiero w chwili wpływu środków na konto Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza zmianę powyższego zapisu na: "Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy"?

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, iż przepis art. 454 k.c. określający miejsce spełnienia przez dłużnika świadczenia jest przepisem iuris dispositivi, pozwala zatem na odmienny sposób ustalenia w umowie, z jaką chwilą nastąpi spełnienie świadczenia, w omawianym przypadku świadczenia bezgotówkowego (przelew bankowy). Miejscem spełnienia świadczenia bezgotówkowego będzie więc rachunek bankowy wierzyciela, chyba, że co innego wynika z umowy.

Jak podniósł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 04.01.1995 r. (III CZP 164/94), „(...) art. 454 k.c. jest przepisem iuris dispositivi, a zatem strony stosunku zobowiązaniowego – korzystając z wolności kontraktowania (art. 353¹ k.c.) – mogą w sposób odmienny ustalić w umowie, z jaką chwilą nastąpi spełnienie świadczenia bezgotówkowego. (...) Możliwe są więc tutaj różne

Jhr
84

rozwiązania, np. przyjęcie, że terminem zapłaty jest dzień obciążenia rachunku dłużnika, albo dzień wydania stosownej dyspozycji bankowi prowadzącemu rachunek dłużnika; wszystko jednak – co zaznaczono – zależy od postanowień stron stosunku zobowiązaniowego.”

Zapis §6 ust.12 wzoru umowy umożliwi Zamawiającemu, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia finansów publicznych, jednoznaczne określenie momentu zapłaty faktury.

W związku z powyższym, brzmienie §6 ust.12 wzoru umowy pakiet I oraz pakiet II pozostaje bez zmian.

Pytanie 7

W §9 załącznika do SIWZ – wzór umowy pakiet I i wzór umowy pakiet II Zamawiający umieścił zapisy dotyczące kar umownych.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zawartymi w rozdz. III. pkt 3 usługi pocztowe stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą m.in. na zasadach określonych w Ustawie z dnia 23 listopada 2012r. – Prawo Pocztove (Dz.U. z 2012 r. poz. 1529), a Rozdział 8 ustawy określa odpowiedzialność operatora pocztowego w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych. Zgodnie z art. 87 w/w ustawy do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem w przypadku wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej w pierwszej kolejności znajdują zastosowania przepisy w/w ustawy i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami) nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń na drodze sądowej.

Ponadto zastrzeżenie kary umownej za odstąpienie od umowy nie odpowiada literalnemu brzmieniu przepisów 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 (kara umowna). Nadto art. 484 Kc stanowi m.in. iż, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (z przypadkiem kary wygórowanej mamy do czynienia we wzorze umowy pakiet I i pakiet II, stanowiących załącznik do SIWZ).

Czy zatem, z uwagi na niezgodność postanowień SIWZ z przepisami obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza wykreślenie w SIWZ postanowień § 9 ust. 2 i ust.3 wzoru umowy dla pakietu I i § 8 ust.2 i ust.3 dla pakietu II?

Wykonawca nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w jego ocenie nie stoi w sprzeczności z naturą stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Podkreślić należy, że w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie KIO ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych, bezwzględnie należy uznać, za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, które może być uzasadnioną podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego.

Wykonawca zwraca się więc z prośbą o modyfikację § 12 ust.1 wzoru umowy dla pakietu I oraz § 11 ust.1 wzoru umowy dla pakietu II poprzez modyfikację wysokości kary umownej z 1% na 0,5% wynagrodzenia całkowitego brutto.

Odpowiedź

Należy stwierdzić, iż zapisy §9 wzoru umowy (pakiet I i pakiet II) nie pozostają w sprzeczności z obowiązującymi, a przywołanymi przez Wykonawcę, przepisami prawa.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Prawa pocztowego do odpowiedzialności operatorów pocztowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się ustawę Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Prawo pocztowe nie stanowią inaczej.

Należy zwrócić uwagę, iż Prawo pocztowe nie reguluje kwestii określonych w §9 ust.2 - ust.4 wzoru umowy (pakiet I i pakiet II), pozostawiając ten obszar regulacji Kodeksu cywilnego, a konkretnie zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Stosunek zobowiązaniowy kreowany przez załączone do SIWZ wzory umów opiera się zatem na powyższej zasadzie wprowadzając do umowy regulacje dotyczące między innymi kar umownych.

W tym miejscu należy przypomnieć, iż kara umowna jest niezależna od wystąpienia szkody, wierzyciel nie musi wykazywać wysokości poniesionej szkody, nie musi także wykazywać, iż dłużnik ponosi odpowiedzialność za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania, stanowiące podstawę zapłaty kary umownej. Zgodnie z art. 484 §1 kc, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na

ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Jednak zgodnie z art. 484 § 2 k.c. dłużnik może dochodzić na drodze sądowej zmniejszenia kary umownej, jeżeli:

- 1) zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane bądź
- 2) kara umowna jest rażąco wygórowana.

Zamawiający pragnie podkreślić, iż okoliczności, z którymi powiązano obowiązek zapłaty kary umownej, zostały ograniczone do najbardziej newralgicznych biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Kary umowne przewidziane we wzorach umów dotyczą sytuacji szczególnych, istotnych z punktu widzenia realizowania zadań przez Śląski OW NFZ.

Wysokość kar jest zatem adekwatna do charakteru (skutków) naruszenia postanowień umowy.

Pytanie 8

W Załączniku do SIWZ – wzór umowy § 10 ust.2 pakiet I i §9 ust.2 pakiet II Zamawiający określił przypadki wygaśnięcia umowy. Czy Zamawiający uznając zasadę równości traktowania stron umowy dopuszcza dopisanie do § 10 poniższych postanowień

„Umowa może być rozwiązana przez każdą ze Stron w formie pisemnej, z obowiązkiem dokonania płatności za czynności będące w toku wynikające z wykonania umowy:

- 1) w terminie natychmiastowym, w przypadku niedotrzymania warunków niniejszej umowy, lub w przypadku zmiany w trakcie obowiązywania umowy przepisów podatkowych i przepisów prawnych regulujących działalność pocztową, jeżeli wejście w życie tych przepisów uniemożliwi realizację umowy,
- 2) z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na ostatni dzień miesiąca kalendarzowego, bez podania powodów.”

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody.

Zwraca się uwagę, iż kwestię zmiany w trakcie realizacji umowy przepisów określających wysokość należnego podatku VAT opisuje §13 pkt I umowy (odpowiednio pakiet I i pakiet II). Okoliczności ewentualnej zmiany przepisów prawnych regulujących działalność pocztową uniemożliwiających realizację umowy, Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć i opisać. Należy zakładać, iż w przypadku zaistnienia takiej sytuacji, ustawodawca wprowadzi regulacje przejściowe.

Ponadto, w § 6 ust. 8 w pakiecie I (§5 ust.7 pakiet II, § 4 ust.9 pakiet III) w zw. z §10 ust.2 lit.c (§9 ust.2 lit.c pakiet II, §8 ust.2 lit.c pakiet III) wzorów umów uregulowano - w odniesieniu do Wykonawcy będącego operatorem wyznaczonym w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe zobowiązany do stosowania cen zatwierdzanych przez Prezesa UKE – kwestię wygaśnięcia umowy w przypadku zmiany cennika powodującego wzrost cen jednostkowych brutto oraz braku możliwości zastosowania przepisów o taryfach specjalnych.

Proponowane przez Wykonawcę rozwiązanie umowy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia bez podania powodów, sprzeciwia się celowi, dla którego zawierana jest umowa w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, i nie służy zabezpieczeniu interesu publicznego, z myślą o którym zamówienie zostaje udzielone.

Propozycja natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku niedotrzymania jej warunków w rzeczywistości dawałaby Stronom prawo do zakończenia jej bytu prawnego w każdym nawet najbardziej błahym przypadku niedotrzymania przez jedną ze Stron warunków tejże umowy.

Pytanie 9

Czy Zamawiający w związku z tym, iż umożliwia wykonanie zamówienia przez podwykonawców dopuszcza sytuację, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego? W wyniku tego na dowodzie nadania przesyłki będzie figurować inny podmiot niż Zamawiający?

Odpowiedź

Nie dopuszcza się sytuacji, gdy na dowodzie nadania przesyłki będzie figurować inny podmiot niż Zamawiający. Zamawiający umożliwia wykonanie zamówienia przez podwykonawców przy zachowaniu wymagań wzorów umów, w szczególności wymagania, iż status nadawcy w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, musi przysługiwać Zamawiającemu.

Pytanie 10

Czy w przypadku pakietu II Zamawiający uwzględnił, iż ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2012 r., poz 1529, ze zm.) 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

Zamawiający jest świadom odpowiedzialności Wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Wykonawca odpowiadać będzie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia na zasadach ogólnych (w szczególności w oparciu o zastrzeżone kary umowne oraz art. 471 i nn. k.c.) niezależnie od odpowiedzialności wynikającej z ustawy Prawo pocztowe.

Pytanie 11

Czy w przypadku pakietu II Zamawiający uwzględnił, 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) nadanej w placówce operatora

wyznaczonego? 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

Niezależnie od tego, czy świadczenie usług będzie odbywało się za pośrednictwem podwykonawcy czy nie, zamawiający jest świadomy istnienia po jego stronie zobowiązania do uiszczania opłaty za zwrot przesyłek na rzecz wykonawcy. W przypadku, gdy usługę będzie bezpośrednio świadczył podwykonawca, kwestie współpracy oraz wzajemnych zobowiązań wykonawcy i podwykonawcy muszą zostać uregulowane przez te podmioty.

Pytanie 12

Zamawiający w Rozdziale III pkt 3 SIWZ wskazał, że określone w formularzu ilości przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym są szacunkowe i mogą ulec zmianie w zależności od potrzeb Zamawiającego. Wykonawca podkreśla, iż zgodnie z orzecznictwem - w przypadku usług pocztowych - Zamawiający może określić szacunkowe ilości usług, zobowiązany jest jednakże zagwarantować minimalną ilość usług, a dopuszczalny poziom różnicy pomiędzy ilościami szacunkowymi, a ilościami minimalnymi wynosi ok. 10% do 20% (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 843/09 oraz wyrok KIO z dnia 1 marca 2011 r., sygn. akt KIO 298/11). Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści SIWZ poprzez potwierdzenie, iż Zamawiający gwarantuje wykonanie 80 % liczby przesyłek wymienionych w SIWZ, co w konsekwencji oznacza, że minimalna liczba przesyłek będących przedmiotem świadczonych przez wykonawcę usług pocztowych będzie wynosiła 80% liczb przesyłek wymienionych w SIWZ. Jednocześnie Wykonawca zwraca się z wnioskiem o dokonanie odpowiedniej zmiany SIWZ oraz Wzoru umowy.

Odpowiedź

Ze względu na nieprzewidywalność potrzeb zamawiającego w podziale na poszczególne usługi (rodzaje przesyłek), zamawiający nie jest w stanie podjąć takiego zobowiązania. Ponadto biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiot usługi nie wymaga angażowania po stronie wykonawcy dodatkowych zasobów w zależności od tego czy zamawiający wyśle więcej czy mniej przesyłek niż planował, żądanie w okolicznościach tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznaje się za nieuzasadnione. Co więcej, jednoznaczne zobowiązanie się przez zamawiającego do wysłania określonej liczby przesyłek danego typu, w przypadku, gdyby w trakcie realizacji umowy okazało się to niepotrzebne mogłoby być oceniane w kategoriach niegospodarności.

Pytanie 13

Wykonawca zwraca się z prośbą o wydłużenie terminu na składanie pytań do SIWZ lub potwierdzenie, że wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, które wpłyną do Zamawiającego później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert zostaną uznane za takie, na które Zamawiający zobowiązany jest udzielić wyjaśnień.

Wykonawca zaznacza, że ogłoszenie zostało przekazane do publikacji w dniu 12.02.2016 r., SIWZ opublikowano w dniu 17.02.2016 r., a termin składania ofert upływa w dniu 25.02.2016 r. Zatem, połowa wyznaczonego terminu składania ofert upływa w dniu 19.02.2016 r. (zgodnie z opinią Prezesa

UZP:

[http://starastrona.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;700:jak należy liczyć termin, o którym mowa w art. 38 ust. 1: %E2%80%9E](http://starastrona.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;700:jak_nalezzy_liczyc_termin,_o_którym_mowa_w_art._38_ust._1:_%E2%80%9Epod_warunkiem_ze_wniosek_o_wyjasnienie_tresci_siwz_wplynal_do_zamawiajacego_nie_pozniej_niz_do_konca_dnia,_w_którym_upływa_połowa_wyznaczonego_terminu_skladania_ofert%E2%80%9D_?.html)pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści siwz wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert%E2%80%9D ?.html), a Zamawiający zobowiązany jest udzielić odpowiedzi, zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (co potwierdził również w Rozdziale VII SIWZ) nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, czyli do 19.02.2016 r. Reasumując, terminy na złożenie wniosków o złożenie wyjaśnień do SIWZ oraz udzielenie stosownych odpowiedzi są tożsame.

Odpowiedź

Brak podstaw prawnych do przedłużenia terminu składania wniosków o wyjaśnienie SIWZ. Ustawa prawo zamówień publicznych nie pozwala na dokonanie przedłużenia, o które wnioskuje wykonawca.

OWS 84

Pytanie 14

Wykonawca zwraca się z prośbą o wydłużenie terminu składania ofert, który aktualnie wynosi 13 dni. Na uwagę zasługuje fakt, że Postępowanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zatem jest postępowaniem powyżej progów unijnych, do których zastosowanie ma art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku postępowań unijnych termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Odpowiedź

Stosownie do art. 5 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, [...] nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert.

Jednocześnie informuję, iż w nawiązaniu do art. 38 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedłużam termin składania ofert **do dnia ...01.03.2016... do godz.12.00.**

Otwarcie ofert w tym samym dniu o godz. 12.30. Miejsce składania i otwarcia ofert pozostaje bez zmian.

W związku z powyższym odpowiedniej zmianie w zakresie terminu składania oraz otwarcia ofert ulega pkt X lit. D (ramka) oraz pkt XI ppkt 1 i ppkt 4 SIWZ.

Pytanie 15

Wykonawca prosi o potwierdzenie, że usługi zawarte w przedmiocie zamówienia i kalkulacji cenowej w pakiecie III mają być realizowane w o oparciu o Prawo Pocztowe.

Zamawiający wymaga, aby przesyły pocztowe były realizowane na zasadach określonych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w szczególności na podstawie ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe. Zamawiający nie wskazał jednak w SIWZ, iż przedmiotowe usługi muszą być realizowane na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe. Dla zamawiającego istotne jest, aby usługa była realizowana zgodnie z załączonym wzorem umowy, stąd jeżeli jest możliwe realizowanie usługi w inny sposób niż w oparciu o ustawę Prawo pocztowe, pod warunkiem dochowania wszystkich wymagań wzoru umowy, jest to dopuszczalne.

Pytanie 16

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację zapisów wzoru umowy § 3 pkt.13 i wyrazi zgodę na wydłużenie godzin dostarczania przesyłek pocztowych do siedziby Zamawiającego codziennie od poniedziałku do piątku, za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy, do godziny 12.00?

Odpowiedź

Nie, zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 17

Zamawiający opisał w bardzo niewielkim zakresie zasady użytkowania maszyny do frankowania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wyjaśnił bardzo istotnych kwestii związanych z użyciem urządzeń frankujących, a mianowicie:

- Czy w ogóle istnieje możliwość alternatywnego rozliczania usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia bez konieczności użycia maszyny do frankowania w ogóle?
- Czy Zamawiający będzie pokrywał koszty używania maszyny do frankowania, na które składają się, w szczególności koszty przeprogramowania maszyny do frankowania oraz czynności serwisowych? Ponoszenie tych kosztów przez Zamawiającego jest uzasadnione, gdyż to Zamawiający decyduje o samym fakcie korzystania z niej przy świadczeniu usług, na co Wykonawca ma niewielki wpływ.
- Jaki termin na uruchomienie frankownicy przewiduje Zamawiający? Wskazać należy, że mając na uwadze doświadczenie Wykonawcy w tym zakresie termin ten realnie nie może być krótszy niż 14 dni.

Odpowiedź

Odpowiedź na każde z ww. pytań jest negatywna. W szczególności wskazuje się, że zgodnie z § 2 ust 2 wzoru umowy w przypadku konieczności dostosowania terminala, maszyny lub maszyn do frankowania, o których mowa w ust.1, do wymogów Wykonawcy w związku z realizacją niniejszej umowy, wszelkie koszty dostosowania (w tym przeprogramowania) maszyn zobowiązuje się w całości pokryć Wykonawca. Maszyna do frankowania winna być przygotowana do używania oraz uruchomiona w dniu, który będzie pierwszym dniem realizacji usługi (§ 10 ust.1 w pakiecie I, § 9 ust.1 w pakiecie II).

Pytanie 18

Zamawiający w treści SIWZ wskazuje, że oczekuje świadczenia usług 24 godziny na dobę przez 6 dni w tygodniu. Wykonawca zwraca się z wnioskiem rozwinięcie wyżej określonego wymogu, w szczególności:

- a) Czy powyższy wymóg odnosi się do godzin pracy pracowników operacyjnych wykonawcy, w szczególności doręczycieli i osób wydających korespondencję?
- b) Czy powyższy wymóg zostanie spełniony, jeśli wykonawca zapewni na obszarze funkcjonowania Zamawiającego placówkę otwartą od poniedziałku do soboty od godz. 0.00 do 24.00 ?
- c) Czy zamawiający akceptuje sytuacje chwilowej przerwy w funkcjonowaniu placówki wykonawcy, o której mowa w lit. b, wynikającej z zasad BHP i regulaminów pracowniczych?

Odpowiedź

- a) Nie, powyższy wymóg odnosi się do przyjmowania przesyłek.

- b) Wymogi w tym zakresie zostały szczegółowo opisane w SIWZ. Zob. w szczególności § 3 ust.2 i 3 wzoru umowy.
- c) Nie, zamawiający nie dopuszcza wyjątków od opisanych w SIWZ, w tym we wzorach umów, zasad.

Wykonawca obowiązany jest uwzględnić wprowadzone zmiany oraz udzielone wyjaśnienia składając ofertę.

Z poważaniem

Z upoważnienia Dyrektora
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zatrójki
ZARZĄDCA
DS. EKSPANSYJNO-INWESTYCYJNO-FINANSOWYCH

Dorota Suchy

MS
NACZELNIK
Wydziału Administracyjno-Gospodarczego
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zatrójki w Katowicach

Marian Ziółko

Konrad Luch
KIEROWNIK
Działu Inwestycji i Zamówień Publicznych
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zatrójki w Katowicach

Tomasz Ślęczkowski