

Radziejowice, dn. 01.12.2021 r.

Zamawiający:
Gmina Radziejowice
96-325 Radziejowice
ul. Kubickiego 10
Znak sprawy: ZP.271.4.13.2021.DJ

Do Wszystkich Wykonawców

Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr: ZP.271.4.13.2021.DJ pn.:
Świadczenie usług pocztowych w 2022 roku na potrzeby Urzędu Gminy Radziejowice.
Ogłoszenie o zamówieniu: 2021/BZP 00284839/01 z dnia 2021-11-25

Na podstawie art. 284 ust. 2- 3 oraz art. 286 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) Zamawiający udziela wyjaśnień oraz dokonuje zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Pytanie 1

W załączniku nr 5 - postanowienia umowy § 10 ust. 2 Zamawiający wskazuje przesłanki, co do których przewiduje naliczenie kar umownych.

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 ustanawianie w umowie rażąco wysokich kar umownych, bezwzględnie należy uznać, za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego.

Wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Konieczność zapłaty kar umownych przewidzianych w § 10 pkt. 2 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 przyczynek 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 przyczynek 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 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). Zgodnie z 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 § 6 ust. 1 kary umowne są nieadekwatne w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Nienależyte wykonanie pozbawiałoby Wykonawcę 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 wykreślenie pkt 2 z § 10 lub zmniejszenie.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę treści zapisów dotyczących kar umownych i zmniejszenie kar do 10% w § 10 ust. 2 pkt 1 lit. a i ust 2 projektowanych postanowień do umowy.

Pytanie 2

W załączniku nr 5 wzór umowy § 10 ust. 5 Zamawiający określa wysokość kary umownej: „ Kary umowne, o których mowa powyżej, mogą podlegać kumulacji maksymalnie do kwoty stanowiącej wartość 50% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto określonego w §5 ust. 1 Umowy.”

Z uwagi na zbyt wygórowaną w ocenie Wykonawcy karę czy Zamawiający dopuszcza zmniejszenie tej kary do 10% wartości niewykorzystanego kontraktu.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę treści zapisów dotyczących kar umownych i zmniejszenie kar do 20% w § 10 ust. 5 projektowanych postanowień do umowy.

Pytanie 3

Dotyczy załącznika nr 5 – postanowienia umowy § 6:

- usługi pocztowe powszechne na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT są zwolnione z opodatkowania VAT (tj. ZW), natomiast usługi niepowszechne są opodatkowane stawką podstawową VAT (tj. 23%)
- w PP za dzień płatności przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego PP
- mechanizmu podzielonej płatności (MPP) lub inaczej split payment nie wymaga wyrażenia zgody przez sprzedawcę (Wykonawcę)

Zgodnie z art. 108a ust. 1a ustawy o VAT przy dokonywaniu płatności za nabyte towary lub usługi wymienione w załączniku nr 15 do ustawy o VAT, udokumentowane fakturą, w której kwota należności ogółem stanowi ponad 15.000 zł, podatnicy są obowiązani zastosować MPP. We wspomnianym załączniku nr 15 wymienione zostały towary i usługi wrażliwe takie jak np. części i akcesoria do pojazdów silnikowych, węgiel i produkty węglowe, maszyny i urządzenia elektryczne, ich części i akcesoria oraz urządzenia elektryczne i ich części i akcesoria. W ww. załączniku 15 nie zostały wymienione usługi pocztowe, dlatego w przypadku faktur VAT dokumentujących świadczenie takich usług nie występuje obowiązek stosowania MPP. Nabywca (Zamawiający) ma jednak możliwość zapłaty za daną fakturę z zastosowaniem MPP (w tym zakresie istnieje bowiem dobrowolność postępowania).

Zastosowanie MPP oznacza, że podmiot dokonujący płatności za fakturę (czyli Zamawiający) wysyłając przelew określa, iż płatność nastąpi w MPP. Kwota podatku VAT, zawierająca się w łącznej kwocie

przelewu, trafia na tzw. rachunek VAT sprzedawcy, zaś kwota netto na jego rachunek rozliczeniowy. Rachunek VAT nie stanowi odrębnego rachunku bankowego, jest niejako rachunkiem technicznym. Po wprowadzeniu do Wykazu, tj. Białej Listy nr rachunku wirtualnego pojawi się komunikat: "Wyszukiwany numer rachunku jest zgodny ze stosowanym wzorcem i pasuje do jednego z rachunków wyświetlonych na wykazie."

Zatem w przypadku użycia rachunku wirtualnego proponujemy zapis:

„Wskazany powyżej/poniżej (w zależności, gdzie zostanie umieszczony zapis) numer rachunku bankowego jest rachunkiem wirtualnym, który jest powiązany z rachunkiem rozliczeniowym Wykonawcy uwidocznionym w Wykazie podmiotów o którym mowa w art. 96b ustawy o podatku od towarów i usług.”

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę treści i dokonuje zmiany w zapisach umowy wg w/w zapisów.

Pytanie 4

W załączniku nr 5 postanowienia umowy § 6 ust. 5 Zamawiający określa, iż:

„ Za dzień zapłaty Strony uznają 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 orzecnictwem 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 uznają dzień wpływu środków na rachunek bankowy Wykonawcy”?

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści.

Pytanie 5

Biorąc pod uwagę rozbudowaną strukturę Wykonawcy, skalę prowadzonej działalności, liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę (ponad 70 000) oraz fakt, iż pozyskanie dokumentów określonych przez Zamawiającego jest fizycznie niemożliwe, a także z powodu braku określenia rodzaju czynności niezbędnych do realizacji związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę (na co wskazuje art. 95 ust. 2 pkt 1 Ustawy prawo zamówień publicznych) Wykonawca zwraca się z wnioskiem o ograniczenie wskazanych dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 2 projektowanych postanowień umowy do: oświadczenia 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 oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub Podwykonawcy.

Jeżeli Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy, to czy Zamawiający zgodzi się na następującą modyfikację § 9 ust. 1 projektowanych postanowień umowy:

Wykonawca zobowiązuje się, że każdy jego pracownik lub pracownik podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy wykonujący czynności przyjmowania przesyłek, będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów prawa pracy bezpośrednio przy realizacji Umowy, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy.

W obu przypadkach postanowienia umowy będą odpowiadały brzmieniu art. 95 i 438 Ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację treści § 9 ust. 1 projektowanych postanowień umowy i dokonuje zmiany w zapisach umowy wg w/w zapisów. Zamawiający nie wyraża zgody ograniczenie wskazanych dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 2 projektowanych postanowień umowy.

W załączeniu aktualne projektowane postanowienia umowy.

W nawiązaniu do powyższych odpowiedzi Zamawiający przedłuża termin składania ofert do dnia 06.12.2021r. do godz. 11:30, tym samym:

- 1) Rozdział XIV pkt 1 SWZ: SPOSÓB ORAZ TERMIN SKŁADANIA OFERT otrzymuje brzmienie: Oferty należy złożyć nie później niż do dnia 06.12.2021 r. do godz. 11:30
- 2) Rozdział XV pkt 1 SWZ: TERMIN OTWARCIA OFERT otrzymuje brzmienie: Otwarcie ofert nastąpi w dniu 06.12.2021 r., o godzinie 12:00

Powyższe skutkuje zmianą ogłoszenia o zamówieniu.