

Katowice, dnia 15 grudnia 2021 r.
ZP.261.31.2.2021.KK

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi społeczne w trybie przetargu na **świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym na rzecz Zarządu Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach** (znak sprawy: OR/5/ZP/31/21).

Na podstawie § 37 ust. 3 oraz 4 Regulaminu udzielania zamówień publicznych, zwanego dalej „Regulaminem”, Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach jako Zamawiający informuje, że w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji zamówienia (SZ). Treść zapytań (pisownia oryginalna) wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego zamieszczono poniżej.

I.

Wykonawca jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia (na co wskazuje sam Zamawiający w SZ) nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Art. 53 i nast. 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, w świetle postanowień zawartych we wzorze umowy, Wykonawca zmuszony będzie do świadczenia powszechnych usług pocztowych z naruszeniem przepisów ustawowych, nie tylko z zakresu prawa pocztowego, ale także cywilnego, czy antymonopolowego. Taki stan rzeczy byłby niedopuszczalny, zarówno ze względu na ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Pytanie:

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę treści SIWZ poprzez dodanie postanowień o następującym brzmieniu: „Strony przewidują możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę powszechnie obowiązujących w jego działalności nowych cen usługi lub usług należących do przedmiotu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany cen jednostkowych, odpowiednio tej usługi lub usług pod warunkiem ich zaakceptowania przez Zamawiającego, a w przypadkach gdy jest to wymagane obowiązującymi przepisami prawa, również pod warunkiem wcześniejszego zatwierdzenia nowych cen usługi lub usług przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w innej formie dopuszczonej przez Prawo Pocztove. W powyższym przypadku Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT”?

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść § 11 ust. 2 umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

„2. Strony przewidują możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku:

- 1) zmiany stawki podatku od towarów i usług,
- 2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przez Wykonawcę zamówienia,
- 4) wprowadzenia przez Wykonawcę powszechnie obowiązujących w jego działalności nowych cen usługi lub usług należących do przedmiotu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany cen jednostkowych, odpowiednio tej usługi lub usług pod warunkiem ich zaakceptowania przez Zamawiającego, a w przypadkach gdy jest to wymagane obowiązującymi przepisami prawa, również pod warunkiem wcześniejszego zatwierdzenia nowych cen usługi lub usług przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w innej formie dopuszczonej przez Prawo Pocztove.”.

II.

Podkreślić ponadto należy, iż zastrzeżenie kary umownej z tytułu rozwiązania 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 (a z przypadkiem takiej kary wygórowanej mamy do czynienia w zapisach Załącznika nr 3 „Umowa Wzór” do ogłoszenia par 6 ust. 1).

Pytanie:

Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień SZ z przepisami obowiązującymi w przedmiotowym zakresie (oraz mając na uwadze, że stwierdzenie -„przyczyny leżące po stronie Wykonawcy” jest stwierdzeniem jednoznacznie wyjaśnionym i jednoznacznym), Zamawiający dopuszcza ich wykreślenie z projektu umowy - i w jego miejsce wprowadzenie postanowienia regulującego odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie.

Pytanie: W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie 1 czy zamawiający dopuszcza obniżenie kary umownej za odstąpienie od umowy do 10%

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść § 6 ust. 1 umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:
„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% wartości brutto złożonej ofert w razie zaprzestania świadczenia usługi z przyczyn zależnych od Wykonawcy.”

III.

Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego.

Pytanie:

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy poprzez modyfikację zapisu i dodanie do treści Załącznika nr 3 § 6 ust. 7 zwrotu: „po przeprowadzeniu z Wykonawcą postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść § 6 ust. 7 umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:
„7. Zapłata kary umownej może nastąpić przez potrącenie kwoty kary umownej z kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, na co Wykonawca wyraża zgodę, po przeprowadzeniu z Wykonawcą postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej. W takim przypadku ust. 6 nie ma zastosowania.”

IV

Pytanie:

Z uwagi na korzystanie przez Zamawiającego z procedur zarezerwowanych dla Kodeksu postępowania administracyjnego oraz Kodeksu postępowania cywilnego, Wykonawca poddaje pod rozagę Zamawiającego zmianę wskazanych zapisów na następującą treść:
„Wykonawca zobowiązany jest do dostarczania bezpłatnie Zamawiającemu druków zwrotnego potwierdzenia odbioru dla przesyłek krajowych i zagranicznych nakładu Wykonawcy, z zastrzeżeniem, że w odniesieniu do przesyłek nadawanych i doręczanych w trybie specjalnym wskazanym przez Zamawiającego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt. 3, Zamawiający będzie wykorzystywał własne druki zwrotnego potwierdzenia odbioru

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje zmiany w ww. zakresie.

V

Przepisy prawa nie przewidują instytucji „prawidłowej” faktury VAT. Ustawa o podatku od towarów i usług (Dz.U.2018.0.2174 t.j. - Ustawa z dnia 11 marca 2004 r.) w art. 106e wymienia jedynie niezbędne elementy, która musi zawierać faktura. 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.

Pytanie:

Czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie słowa „prawidłowo” z ust. 5 w §5?

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie:

Wykonawca prosi o doprecyzowanie czy pod pojęciem „prawidłowo wystawionej faktury” Zamawiający ma na myśli fakturę, zawierającą wszystkie elementy określone Ustawą o podatku od towaru i usług w artykule 106e?

Odpowiedź:

Zamawiającemu zależy, aby faktury wystawiane były zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz opisane zgodnie z § 5 ust. 8, tzn. zawierały nabywcę i odbiorcę.

VI

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

Pytanie:

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

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmian w ww. zakresie.

Zastępca Dyrektora ZTM
ds. Administracyjnych
(-) Krzysztof Dzierwa