

ZP.272.17.2017

Wyszków, 07.12.2017r.

**Wykonawcy
(wszyscy)**

Dotyczy: *Prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Starostwa Powiatowego w Wyszkowie i jednostek organizacyjnych”.*

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Powiat Wyszkowski udziela wyjaśnień na zadane pytania Wykonawców z dnia 01.12.2017r. dotyczące treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

Pytanie 1

SIWZ III **Klauzule społeczne**, pkt. 1, 2, 3; Załącznik Nr 4 do SIWZ - Umowa §12 pkt. 1, 2, 3, Czy Zamawiający może doprecyzować, czy wykazane osoby powinny być zatrudnione na terenie powiatu wyszkowskiego, czy w punkcie Wykonawcy przyjmującym przesyłki Zamawiającego, i czy dotyczy to wszystkich pracowników czy tylko Listonoszy?

Wykonawca prosi w wykreślenie przez Zamawiającego zapisów:

- Ogłoszenie o Zamówieniu II.4 zdanie:

„W celu udokumentowania zatrudnienia na umowę o pracę wskazanych osób Wykonawca lub Podwykonawca przedstawi Zamawiającemu zanonimizowaną umowę o pracę wskazanych pracowników”

oraz zapisów: SIWZ III Klauzule społeczne, pkt. 3 i Załącznik Nr 4 do SIWZ - Umowa §12 pkt. 2

Przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę osób zatrudnionych 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 usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków przez wykonawcę.

W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudniania 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, wykonawca wnosi o odstąpienie od żądania przez zamawiającego przekazania kopii umów o pracę oraz o rezygnację związanych z tym dalszych następstw w tym kar umownych, o których mowa w cytowanych zapisach

Wykonawca wnosi, aby zamawiający uznał wymóg za spełniony w przypadku dostarczenia przez wykonawcę weryfikowalnych dokumentów np. oświadczeń o ilości pracowników zatrudnionych na umowę o pracę (a wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia), zaświadczenia z ZUS potwierdzającego opłacanie przez wykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę.

Odpowiedź:

Osoby wskazane w umowie §12 pkt. 1, 2, 3 powinny być zatrudnione w punkcie Wykonawcy przyjmującym przesyłki Zamawiającego, zapis dotyczy wskazania jednej osoby zatrudnionej

na umowę o pracę.

Zamawiający nie zmieni zapisów SIWZ

Pytanie 2

Ogłoszenie o Zamówieniu 11.4, SIWZ III **Opis Przedmiotu Zamówienia**, SIWZ XIII pkt. 3,

- Ogłoszenie o Zamówieniu 11.4, SIWZ III *Opis Przedmiotu Zamówienia* Zapisy:

„Ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę w formularzy cenowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ nie będą podlegały zmianom przez okres realizacji umowy z wyjątkiem poniższych sytuacji: (...)

b) w przypadku, kiedy wprowadzenie zmian wynika z okoliczności powodujących, iż zmiana w/w cen leży w interesie publicznym;”

-SIWZ XIII pkt. 3

3. Cena podana w ofercie wiąże wykonawcę i nie może być zmieniona

Należy zwrócić uwagę, iż w przedmiocie zamówienia Zamawiający wskazał 12-miesięczny okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, natomiast Wykonawca jako operator wyznaczony, zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Zgodnie z art. 57 ustawy Prawo pocztowe operator wyznaczony jest zobligowany do przedłożenia Prezesowi UKE projektu cennika usług powszechnych, który co do zasady nie może przekroczyć maksymalnych rocznych poziomów opłat za usługi powszechne określonych w decyzji, o której mowa w art. 55 ust. 1 Prawa pocztowego, dotyczącym przystępności cenowej tych usług. Natomiast przepisy art. 53 i 54 ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych. Zatem w przypadku zmiany cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w SIWZ, 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 ciężące na Wykonawcy jako operatorze publicznym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Czy w związku z tym Zamawiający uwzględni zmianę cen jednostkowych pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztowe”?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza zmianę cen jednostkowych tylko w przypadku zmiany stawki VAT

Pytanie 3

SIWZ XIII pkt. 3, Załącznik nr 4 do SIWZ - Umowa §9 pkt. 1, 2, oraz 12 pkt. 6

Wykonawca wnosi o wykreślenie powyższych zapisów.

Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja

Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie:

Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12

wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt i ACr 117/90) Zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych oraz wykonywania praw podmiotowych.

wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 362/2007) zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają także przepisy o charakterze imperatywnym.

wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. (sygn. akt V ACa 483/08), w którym stwierdzono, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.

Nakładanie kar umownych podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów, obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, co potwierdza orzecznictwo KIO:

wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13 Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.

wyrok z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13) zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w 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. (...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie, (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 Kodeksu

cywilnego.

wyrok KIO 2649/11 nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.

wyrok KIO/UZP 1387/10 niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Należy również podkreślić, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Takie stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt VCSK 385/2007), zgodnie z którym *roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.*

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współżycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem.

Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalnie ryzyko związane z naliczeniem kar umownych wkalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia. W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie zapisów.

Odpowiedź:

Zamawiający biorąc pod uwagę ważny interes publiczny nie wykreśli powyższych zapisów. W mniemaniu Zamawiającego 10% kara umowna nie jest rażąco wygórowana.

Pytanie 4

Załącznik nr 4 do SIWZ - Umowa §6 pkt. 4)

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację powołanego powyżej punktu w § 6 pkt. 4) na następujący:

4) należności wynikające z faktur VAT, Nadawca regulować będzie przelewem na konto wskazana na fakturze w terminie 14 dni od daty jej wystawienia, za dzień zapłaty przyjmuje

się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zmodyfikuje zapisu w §6 pkt. 4 umowy.

Pytanie 5

Załącznik nr 4 do SIWZ - Umowa §13 pkt. 7

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

7. W razie braku porozumienia spory będą podlegać rozstrzygnięciu przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji §13 pkt 7 umowy.

STAROSTA
Bogdan Mirosław Pogowski