



URZĄD MIEJSKI W PRZEMYŚLU

37-700 Przemyśl, Rynek 1, tel. +48 16 675 21 52, fax +48 16 678 64 49

www.przemysl.pl kancelaria@um.przemysl.pl

Przemyśl, 16.12.2022 r.

ZP.271.23.2022

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SWZ)

Dotyczy postępowania pod nazwą ŚWIADCZENIE USŁUG POCZTOWYCH W OBRODZIE KRAJOWYM I ZAGRANICZNYM NA POTRZEBY GMINY MIEJSKIEJ PRZEMYŚL

Zamawiający – Gmina Miejska Przemyśl – na podstawie z art. 284 ust. 6, w związku z art. 284 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), informuje o otrzymanych wnioskach o wyjaśnienie treści SWZ oraz o udzielanych wyjaśnieniach.

Pytanie 1

Zamawiający w Załączniku nr 2 do SWZ (§10 ust.1 pkt 2) zawarł zapis: „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 do tej usługi lub usług, a w przypadkach, gdy jest to wymagane obowiązującymi przepisami prawa, pod warunkiem wcześniejszego zatwierdzenia nowych cen usługi lub usług przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz ich zaakceptowania przez Zamawiającego”

Zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację zapisu na zaproponowany przez Wykonawcę. Prosimy o doprecyzowanie zapisu. Co Zamawiający rozumie poprzez proces zaakceptowania cen przez Zamawiającego? Jaki będzie okres odpowiedzi na wniosek Wykonawcy? Czy Zamawiający zamierza samodzielnie dokonywać oceny zasadności wprowadzenia powyższych zmian w Umowie?

Doświadczeniem lat poprzednich Wykonawca zauważa, że Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę cen, zatem zaproponowany w SWZ zapis staje się zapisem pustym i stawia Zamawiającego w pozycji dominującej, co jest sprzeczne z naczelnymi zasadami przepisów powszechnie obowiązujących.

Proces zmiany cennika zgodnie z trybem przewidzianym ustawą Prawo Pocztove opiera się na szczegółowej analizie (m.in. kosztowej) przedstawionej do regulatora rynku usług pocztowych, zatem poparte jest szeregiem argumentów, na które swoje stanowisko wyraża regulator. Każdorazowa odmowa możliwości wdrożenia zmiany cennika ze strony Zamawiającego nie wiązała się z jakąkolwiek argumentacją, odpowiedzi były „(...) nie wyrażam i nie wyrażałem zgody na zmianę obowiązujących na podstawie w/w umowy cen usług”

Wnioskujemy o rewizję stanowiska poprzez wprowadzenie zapisu:

„Zmiany cen jednostkowych brutto w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym w sytuacji spowodowanej zmianami tych cen w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe. Jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie cen jednostkowych poszczególnych usług, Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT. Możliwość wprowadzenia opisanych zmian może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 180 dni od wejścia w życie postanowień niniejszej umowy”, z jednoczesnym zaakceptowaniem propozycji zawartej w pytaniu nr 2 (prawo do rozwiązania umowy bez skutku naliczenia kary umownej, przy odmowie zmiany cen jednostkowych, które zostały wprowadzone z trybie przewidzianym ustawą Prawo pocztowe).

Odpowiedź Zamawiającego:

Zasady zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia zostały określone wyczerpująco w par. 3 w ust. od 14 do 20 załącznika Nr 2 do SWZ. Natomiast zapis zawarty w załączniku nr 2 do SWZ (par. 10 ust.1 pkt 2) dotyczy sytuacji, o których mowa w art. 455 ust.1 pkt.4 ustawy prawo zamówień publicznych tj. wystąpienia okoliczności, których zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć. Niewątpliwie okolicznościami takimi nie jest np. inflacja, wzrost minimalnej stawki godzinowej, wzrost przeciętnego wynagrodzenia czy też wzrost paliw i energii elektrycznej. Dla takich sytuacji ustawodawca przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 prawa zamówień publicznych, a zamawiający w par. 3 w pkt. od 14 do 20 zał. Nr 2 do SWZ. W przypadku

wystąpienia szczególnych przypadków, dla których zastosowanie będzie miał cyt. wyżej par. 10 ust.1 pkt 2 zamawiający dokona w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, w szczególności ustawę o zamówieniach publicznych oceny czy istnieją przesłanki do zaakceptowania nowych cen usługi lub usług.

Pytanie 2

Zamawiający w odpowiedzi na Pytanie nr 5 nie wyraził zgody na zmiany zapisów umowy.

Zwracamy się o rewizję stanowiska.

Nawiązując do poprzedniego pytania, zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie:

Czy w przypadku braku akceptacji przez Zamawiającego nowego cennika Wykonawcy, Wykonawcy będzie przysługiwało prawo do rozwiązania Umowy z 30 dniowym okresem wypowiedzenia, bez konieczności zapłaty kar umownych z tego tytułu?

Wykonawca wskazuje, proponuje dodać w §8 ust 8 o brzmieniu:

„Każda ze stron ma prawo do wypowiedzenia umowy z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia”.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie proponowanego zapisu.

Pytanie 3

Zwracamy się z prośbą o rewizję stanowiska odnośnie odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 14. Czy Zamawiający dopuści złagodzenie postanowień zawartych w § 8 Załącznika nr 2 do SWZ i nadanie mu treści: „Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5 % szacunkowej wartości wynagrodzenia umownego brutto w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 4

Zamawiający w Załączniku nr 2 oraz 2a do SWZ (§ 3 ust.10) zawarł zapis: „za datę płatności przyjmuje się datę obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego”. Zwracamy się z prośbą o rewizję stanowiska na udzieloną odpowiedź na pytanie nr 15 i przychylenie się do sugestii Wykonawcy. Czy 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 Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 5

W odpowiedzi na pytanie 18 Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko. Zwracamy się ponownie o rozważenie zaproponowanych przez Wykonawcę zmian w zapisach SWZ.

Rozdział X ust.3 zawiera zapis: W trakcie realizacji Umowy, na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, nie krótszym niż trzy dni robocze, wykonawca przedłoży Zamawiającemu dowody potwierdzające spełnienie....”

Zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisu, poprzez nadanie mu treści „W trakcie realizacji Umowy, na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, nie krótszym niż siedem dni roboczych, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu dowody potwierdzające spełnienie....”

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 6

W odpowiedzi na pytanie 18 Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko. Zwracamy się ponownie o rozważenie zaproponowanych przez Wykonawcę zmian w zapisach SWZ.

Rozdział X ust.4 pkt 1,2,3,4 zawiera zapis, na podstawie którego Zamawiający żąda podania imion i nazwisk osób, których oświadczenie dotyczy, rodzaju stosunku pracy i wymiaru etatu. Zwracamy się z prośbą o możliwość zanonimizowania imienia i nazwiska pracowników oraz o wykreślenie w całości zapisu Rozdziału X ust.4 pkt 4.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody

Pytanie 7

Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie nr 23 podtrzymał swoje stanowisko.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę 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 wynikających, zarówno z prawa zamówień publicznych (równości stron postępowania), jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego). Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w 8 ust. 6) wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej 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 sformułowania 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 różnicowały 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): „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. 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 § 7 kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Przy tak znacznej ilości, nienależyte wykonanie jedynie kilku czynności (składowych danej usługi) pozbawiłoby Wykonawcę znacznej części 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 uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 8

W związku z potrzebą wyjaśnienia zagadnień wynikających z treści kierowanych zapytań, wnioskujemy o wydłużenie terminu składania ofert.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wydłuży termin składania ofert.

Zamawiający informuje, że wszystkie odpowiedzi na składane pytania oraz wnioski w niniejszym postępowaniu stają się integralną częścią SWZ i będą wiążące przy składaniu ofert.

z up. PREZYDENTA MIASTA

Kierownik Biura Zamówień Publicznych