

RZ.ROZ.2810.95.3.2020

WYJAŚNIENIA I ZMIANY
TREŚCI REGULAMINU ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy: Postępowania na usługi społeczne pn.: „Świadczenie usług kurierskich w zakresie przyjmowania, przemieszczania, sortowania i doręczania przesyłek w obrocie krajowym i zagranicznym dla potrzeb Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie”, znak: RZ.ROZ.2810.95.2020

I. Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie, w związku z prowadzonym na podstawie art. 138n pkt 1) w związku z art. 138g ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) postępowaniem na usługi społeczne o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej 750 000 euro, udziela odpowiedzi na otrzymane od Wykonawcy zapytania oraz dokonuje zmian treści Regulaminu istotnych warunków zamówienia (zw. dalej Regulaminem) oraz załączników do Regulaminu.

Pytanie nr 8

„Zamawiający, w Regulaminie Istotnych Warunków Zamówienia (IX- Opis sposobu obliczenia ceny oferty, B-Zasady rozliczania przedmiotu Zamówienia, ppkt 2, zawarł zapis: „Należność będzie płatna w terminie do 21 dni od daty wystawienia prawidłowo sporządzonej Faktury Vat.....”

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.

Czy ze względu na obowiązujące regulacje wewnętrzne u Wykonawcy i ze względu na fakt, iż poniższa propozycja zapewnia wystarczający czas na dokonanie płatności, Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany terminu płatności za zrealizowane usługi pocztowe wg proponowanego zapisu:

„(...) wynagrodzenie Wykonawcy będzie uiszczane przez Zamawiającego z dołu, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy nr w terminie 21 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury VAT, pod warunkiem, że doręczenie przesyłki z fakturą do siedziby Zamawiającego nastąpi w ciągu 4 dni roboczych od dnia jej wystawienia. W przeciwnym wypadku termin płatności faktury VAT wynosi 14 dni kalendarzowych licząc od dnia doręczenia Zamawiającemu przesyłki z fakturą.”?

Jeżeli Zamawiający nie wyraża zgody, 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:

W odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy Zamawiający informuje, iż w pkt. 8.8.2 załącznika nr 2 do Regulaminu istotnych warunków zamówienia - „Ogólne warunki umowy” w wystarczający sposób uwzględnił oczekiwania Wykonawcy w zakresie wskazanym w pytaniu Wykonawcy.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż pod pojęciem „prawidłowo sporządzonej faktury VAT” należy rozumieć fakturę sporządzoną zgodnie z wymogami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2020 r. poz. 106 z późn.zm.) tj.: zawierającą wszystkie elementy określone w artykule 106e ww. ustawy.

Pytanie nr 9

Zamawiający, w Regulaminie Istotnych Warunków Zamówienia (IX- Opis sposobu obliczenia ceny oferty, B-Zasady rozliczania przedmiotu Zamówienia, ppkt 2, zawarł zapis: „.... Za dzień zapłaty strony przyjmują 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 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.

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”?

Odpowiedz:

W odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy Zamawiający informuje, iż art. 454 k.c. jest przepisem ius dispositivum, a zatem strony stosunku zobowiązaniowego mogą w sposób odmienny ustalić w umowie, z jaką chwilą nastąpi spełnienie świadczenia bezgotówkowego. Operacje bankowe czasami trwają stosunkowo długo, w związku z czym wydanie dyspozycji nawet ze znacznym wyprzedzeniem wcale nie musi zapobiec wystąpieniu opóźnienia.

W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję Wykonawcy.

Pytanie nr 10

Zamawiający w pkt 7 Ogólnych Warunków Umowy ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelne zasady zamówień publicznych co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącą 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 pkt 7 ust. 1 ppkt b), g) 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 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): „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 pkt 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) pozbawiałoby 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 powyżej kwestii oraz zmianę zapisów proponowanych przez Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- wykreślenie kary wskazanej w pkt 7 ust 1 ppkt b), g) i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy na podstawie rozdziału 8 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, zgodnie z proponowanym przez Zamawiającego pkt 7.4

Wykonawca również zwraca się z prośbą o uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na propozycję Wykonawcy w zakresie wykreślenia kary umownej wskazanej w pkt 7.7.1.1) lit b) oraz g) załącznika nr 2 do Regulaminu istotnych warunków zamówienia - „Ogólne warunki umowy” (dalej OWU) i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy na podstawie rozdziału 8 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, zgodnie z proponowanym przez Zamawiającego pkt 7.4 OWU.

W związku z powyższym:

1. Zmienia się pkt 7.7.1.1) załącznika nr 2 do Regulaminu istotnych warunków zamówienia - „Ogólne warunki umowy”, który otrzymuje brzmienie:

„7.1. Kary umowne, naliczane będą w następujących przypadkach i wysokościach:

- 1) Wykonawca płaci Zamawiającemu karę umowną:
 - a) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy - w wysokości 3 % wynagrodzenia szacunkowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy,
 - b) z tytułu niespełnienia wymogu dysponowania co najmniej jedną placówką pocztową w każdym województwie na terenie Polski, gdzie adresaci będą mogli odebrać niedoreczone przesyłki kurierskie w obrocie krajowym, czynną we wszystkie dni robocze, co najmniej w godz. od 10:00 do 16:00 (dot. placówki pocztowej w rozumieniu art. 3 pkt 15 Prawo pocztowe) lub automatyczną skrytką nadawczą (lub terminalem pocztowym) służącym do nadawania lub odbierania przesyłek czynnym całodobowo 7 dni w tygodniu- w wysokości 0,01 % wynagrodzenia szacunkowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, za każdy stwierdzony przypadek naruszenia,
 - c) z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o którym mowa w pkt 4.1 Ogólnych warunków umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia szacunkowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, za każdy stwierdzony przypadek naruszenia,
 - d) z tytułu niespełnienia przez wykonawcę wymogu przedłożenia w terminie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu dokumentów lub ich kopii, o których mowa w pkt 4.2 Ogólnych warunków umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia szacunkowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, za każdy stwierdzony przypadek naruszenia,
 - e) z tytułu nie składania przez Wykonawcę oświadczeń, o których mowa w pkt 4.4.1 Ogólnych warunków umowy w wyznaczonym terminie - w wysokości 0,01% wynagrodzenia szacunkowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia następnego po dniu, w którym upłynął termin na złożenie powyższego oświadczenia,

2) Zmienia się treść pkt 8.6 „Ogólnych warunków umowy”, który otrzymuje brzmienie:

„8.6. Płatność na podstawie wystawionej faktury może być pomniejszona o kwoty należnych Zamawiającemu kar umownych określonych w pkt 7 Ogólnych Warunków Umowy oraz zwrotu należnych Zamawiającemu opłat, na co Wykonawca wyraża zgodę, z zastrzeżeniem iż naliczenie i potrącenie kar umownych określonych w pkt 7 może nastąpić nie wcześniej niż po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego (Z udziałem Wykonawcy), potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej.”

3) Zmienia się treść pkt 7.5 „Ogólnych warunków umowy”, który otrzymuje brzmienie:

„Za to samo zdarzenie nie może być naliczona kara umowna o której mowa w 7.1.1) ppkt a) i odszkodowanie, o którym mowa w 7.4. - za jedno i to samo zdarzenie przysługuje jedno odszkodowanie”.

Pytanie nr 11

Zamawiający w regulaminie istotnych warunków Zamówienia (IV.2, pkt 2, ppkt 1) oczekuje od Wykonawcy odbioru przesyłek Kurierskich w ciągu 3 godzin od zgłoszenia Wykonawcy.

Ze względu na uwarunkowania drogowe i pogodowe, Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację zapisu i nadanie mu treści: „do obowiązków wykonawcy należy odbiór przesyłek przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy(po okazaniu upoważnienia) z jednostek organizacyjnych Zamawiającego, wskazanych w załączniku nr 3 do niniejszego regulaminu, w formie telefonicznej, mailowej lub za pomocą formularza udostępnionego na stronie internetowej

wskazanej przez Wykonawcę (jeżeli Wykonawca umożliwi taką formę zgłoszenia). Zgłoszenia będą przekazywane Wykonawcy w dni robocze, w godzinach pracy Zamawiającego, tj. od 8 do 16, przy czym Zamawiający w formie kontaktu telefonicznego lub poprzez stronę internetową wykonawcy ustali przybliżoną godzinę odbioru Przesyłki, przy czym będą to godziny pomiędzy 8:00 a 20:00.

Pytanie nr 12

Czy Zamawiający uwzględni godzinę graniczną nadawania przesyłek kurierskich obowiązującą u Wykonawcy? W przypadku przesyłek nadanych po godzinie granicznej, termin na doręczenie przesyłki będzie liczony od dnia następnego.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na zapytania Wykonawcy Zamawiający informuje, iż zmienia się pkt IV.2.2.ppkt 1) Regulaminu istotnych warunków zamówienia, który otrzymuje brzmienie:

1. Do obowiązków Wykonawcy należy:

- 1) Odbiór przesyłek kurierskich przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy (po okazaniu upoważnienia) z jednostek organizacyjnych Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 3 do niniejszego regulaminu, (system „od drzwi do drzwi”), w terminie i o przybliżonej godzinie ustalonej każdorazowo w zgłoszeniu potrzeby odbioru przesyłki przez wyznaczonego pracownika Zamawiającego, przy czym będą to godziny pracy Zamawiającego od **08:00 do 16:00**, w dni robocze od poniedziałku do piątku.

Zgłoszenia Wykonawcy potrzeby odbioru przesyłki następować będą w godzinach od 07:00 do 16:00, w formie telefonicznej lub mailowej bądź za pomocą systemu informatycznego udostępnionego Zamawiającemu bezpłatnie przez Wykonawcę lub za pomocą formularza udostępnionego na stronie internetowej wskazanej przez Wykonawcę (jeżeli Wykonawca umożliwi taką formę zgłoszenia), w dni robocze od poniedziałku do piątku.

W przypadku, gdy zgłoszenie potrzeby odbioru przesyłki nastąpi po godzinie 13:00, w takim przypadku, Zamawiający dopuszcza, aby termin na doręczenie przesyłki kurierskiej był liczony od dnia następującego po dniu jej nadania.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie godziny granicznej **nadawania przesyłek** kurierskich, obowiązującej u Wykonawcy, po godzinie której termin na doręczenie przesyłki będzie liczony od dnia następnego. Godziną graniczną jest godzina **zgłoszenia potrzeby odbioru przesyłki**.

II. Dodatkowo Zamawiający informuje, iż dokonuje zmian w pkt XVI. Regulaminu istotnych warunków zamówienia, a mianowicie:

1) Punkt XVI.A.2) otrzymuje następujące brzmienie:

„2) Termin składania ofert upływa w dniu 05.11.2020 r. do godz. 09:00.”.

2) Punkt XVI.B otrzymuje następujące brzmienie:

„Otwarcie ofert nastąpi w dniu 05.11.2020 r. o godz. 10:00 w RZGW w Rzeszowie, ul. Hanasiewicza 17B.”

Niniejsza odpowiedź na zapytania oraz zmiany treści Regulaminu stanowią integralną część Regulaminu istotnych warunków zamówienia.