

Zawiercie, dnia 11.09.2019r.

WYJAŚNIENIA I MODYFIKACJE SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

***Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.
„Sukcesywna dostawa oleju napędowego do zakładów stacji paliw”
– numer postępowania ZGK.ZP-4/2019***

Zamawiający, na podstawie dyspozycji art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Tekst jednolity: Dz.U. z 2018r., poz. 1986 z późniejszymi zmianami) udziela niniejszym następujących wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w odpowiedzi na następujące pytania Wykonawcy:

Pytanie nr 1

Modyfikację Specyfikacji Istotnych Zamówienia i jej załączników, w zakresie wykreślenia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób bezpośrednio wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w jej załącznikach Zamawiający zamieścił zapisy dotyczące wymogu zatrudnienia osób bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia na podstawie umowy o pracę.

Pragniemy zauważyć, że w przypadku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są dostawy, zawarty przez Zamawiającego wymóg zawarcia umowy o pracę z osobami wykonującymi czynności w zakresie realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia jest niezgodny z art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 roku poz. 1986 z późn. zm.).

Stosownie do przytoczonego wyżej przepisu, wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczy zamówień, których przedmiotem są wyłącznie usługi i roboty budowlane.

W związku z powyższym wnosimy o usunięcie powyższych zapisów ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odpowiedź:

W zakresie pytania pierwszego, Zamawiający przychylił się do wniosku o modyfikację Specyfikacji Istotnych Zamówienia i jej załączników, w zakresie wykreślenia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób bezpośrednio wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia.

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” wprowadzonym uchwaloną w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawą o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.), dalej jako: „Kodeks pracy”.

Mając na uwadze, że przedmiotowe zamówienie dotyczy dostawy, Zamawiający przychylił się do uwag Wykonawcy i dokonał aktualizacji SIWZ i wzoru umowy.

Pytanie nr 2

Wykreślenie zapisów w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wzorze umowy dot. wymogu wniesienia kaucji gwarancyjnej.

Ustawą z dnia 15 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 62) wprowadzono m.in. zmiany do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 i 2491).

Zmiana dotyczy określenia zasad mechanizmu podzielonej płatności (*split payment*). Istota tego rozwiązania polega na tym, że płatność za nabyty towar lub usługę jest dokonywana w taki sposób, że zapłata odpowiadającej wartości sprzedaży netto jest płacona przez nabywcę na rachunek rozliczeniowy dostawcy, lub rozliczana w inny sposób, natomiast pozostała zapłata odpowiadająca kwocie podatku od towarów i usług jest płacona na specjalny rachunek bankowy dostawcy – rachunek VAT. Mechanizm znajduje zastosowanie wyłącznie od transakcji dokonywanych na rzecz innych podatników, czyli transakcji B2B i pozostaje bez wpływu na zakupy dokonywane przez konsumentów (nieprowadzących działalności gospodarczej).

W przypadku podatników, którzy będą stosować metodę podzielonej płatności nie będą miały zastosowania regulacje związane ze stosowaniem sankcji, określonych w art. 112b i art. 112c ustawy o VAT oraz nie będą miały zastosowania przepisy o odpowiedzialności solidarnej, zawarte w dziale Xa. Płacenie z zastosowaniem mechanizmu podzielonej płatności będzie jedną z mocniejszych przesłanek do wykazania, że nabywca dochował należytej staranności zawierając transakcję z kontrahentem, co będzie miało znaczenie dla bezpieczeństwa VAT naliczonego nabywców.

Ustawa weszła w życie z dniem 1 lipca 2018 roku, z wyjątkiem art. 7 i art. 8, które weszły w życie z dniem 25 stycznia 2018 roku. Zapisy tej ustawy w przypadku stosowania przez Państwa mechanizmu podzielonej płatności dają Państwu 100% bezpieczeństwo i brak solidarnej odpowiedzialności w związku z ewentualnymi uszczupleniami w podatku VAT.

Dla nas jako Wykonawcy, utrzymanie kaucji gwarancyjnej po wejściu ww. ustawy stało się bezzasadne.

Odpowiedź:

Mając na uwadze ustawę z dnia 15 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 62), którą wprowadzono m.in. zmiany do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 i 2491) – tj. m.in. określono zasady mechanizmu podzielonej płatności (split payment), Zamawiający przychylił się do uwag Wykonawcy.

Stąd, Zamawiający dokona aktualizacji umowy poprzez wyłączenie postanowień dot. kaucji gwarancyjnej a jednocześnie dodał się do wzoru umowy postanowienia dot. metody podzielonej płatności.

Pytanie nr 3

Modyfikację § 1 ust. 9 projektu umowy, poprzez dodanie postanowienia, iż próbki paliwa będą pobierane i przechowywane zgodnie z polską normą PN-EN ISO 3170.

Odpowiedź:

Zamawiający przychylił się do uwag Wykonawcy, i dokonał zmiany wzoru umowy, poprzez dodanie w § 1 ust. 10 postanowienia: „Wykonawca oświadcza, że próbki paliwa będą pobierane i przechowywane zgodnie z polską normą PN-EN ISO 3170.”

Pytanie nr 4

Udzielenie informacji o dacie, wobec której oferty obowiązani są przedstawić propozycję cenową. Zwracamy uwagę, że Rozdziale XVIII ust. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający postanowił, że cena ofertowa powinna zostać ustalona poprzez odniesienie się do cen hurtowych opublikowanej 30 sierpnia 2019 r., natomiast w formularzu ofertowym wskazano datę 29 sierpnia 2019 r.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmian formularza ofertowego w tym zakresie

Pytanie nr 5

Udzielenie informacji o ilości oleju napędowego będącego przedmiotem zamówienia.

Zwracamy uwagę, iż Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w projekcie umowy określono tą ilość na 176 m³, a w formularzu ofertowym na 240 m³. Jednocześnie zwracamy uwagę, że w § 1 ust. 1 projektu umowy Zamawiający niewłaściwie określił ilość paliwa na 176 m³ (przy 15 miesięcznym okresie obowiązywania umowy) na 16 m³ miesięcznie.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmian formularza ofertowego w tym zakresie

Pytanie nr 6

Korektę brzmienia § 4 ust. 2 projektu umowy, aby termin płatności był liczony od dnia zrealizowani dostawy paliwa.

Z racji braku możliwości powzięcia informacji o dacie otrzymania faktury przez Zamawiającego oraz brakiem możliwości wprowadzenia do systemu księgowego Wykonawcy terminu płatności faktury w brzmieniu zaproponowanym przez Zamawiającego, a przez to brakiem możliwości automatycznej weryfikacji dochowania terminu płatności, co może wiązać się z błędnym naliczeniem odsetek za nieterminową wpłatę, proponujemy następujące brzmienie § 4 ust. 2 wzoru umowy: „Należność wyszczególniona w fakturze powinna zostać przelana na konto Wykonawcy wskazane na fakturze w terminie 30 dni od daty zrealizowana dostawy paliwa Zamawiającemu.”

Odpowiedź:

W zakresie uwagi Wykonawcy do określonego terminu płatności, Zamawiający nie uwzględni w/w uwagi.

Zaznaczyć należy, iż zgodnie z § 4 ust. 2 wzoru umowy : „Należność wyszczególniona w fakturze powinna zostać przelana na konto Wykonawcy wskazane na fakturze w terminie 30 dni od daty dostarczenia prawidłowej faktury do Zamawiającego.”

Nie sposób zgodzić z Wykonawcą, iż Wykonawca nie ma możliwości powzięcia informacji o dacie otrzymania faktury przez Zamawiającego. Korzystając bowiem chociażby z dostarczenia faktur za pośrednictwem poczty polskiej, a także za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, Wykonawca każdorazowo otrzyma potwierdzenie odebrania przez Zamawiającego faktury VAT.

Ponadto zaznaczenia wymaga, iż termin 30 dni na uregulowanie płatności stanowi termin maksymalny dla Zamawiającego, stąd obawy Wykonawcy co do jego ewentualnego przekroczenia wydają się być na tym etapie nieuzasadnione.

Zaznaczyć należy dodatkowo, iż treść i cel w/w postanowienia umownego w zakresie płatności nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Tymczasem ustalenie terminu płatności na 30 dni od daty dostawy oleju (przy czym data może nie być tożsama z datą wystawienia faktury) doprowadzić może do skrócenia na niekorzyść Zamawiającego terminu 30 dni na uregulowanie płatności.

Pytanie nr 7

Obniżenie kar opisanych w § 5 ust. 1 projektu umowy.

Wnosimy o obniżenie kar opisanej w § 5 ust. 1 projektu umowy do wysokości:

- a) Tiret pierwszy: 0,1% wartość opóźnionej partii paliwa za każdy dzień opóźnienia w realizacji dostawy,
- b) Tiret drugi: wykreślenie kary w związku z wnioskiem o usunięcie postanowień dotyczących wniesienia kaucji gwarancyjnej, zawartym w ust. 2 niniejszych zapytań,
- c) Tiret trzeci: 3% ceny ofertowej całego zamówienia określonej ofercie brutto,
- d) Tiret czwarty: wykreślenie kary w związku z wnioskiem o usunięcie postanowień dotyczących wymogu zatrudnienia osób bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia na podstawie umowy o pracę j, zawartym w ust. 1 niniejszych zpytań,

– w opinii wykonawcy kary zaproponowane w tirecie pierwszym i trzecim wydają się wygórowane i nieadekwatne do naruszeń oraz do wartości umowy. Stwierdzenie to wyrażamy jako doświadczony uczestnik wielu postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zgodnie z orzecznictwem kara

Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o.

42-400 Zawiercie ul. Podmiejska 53

tel. 32 672 34 81, 32 672 34 84, fax 32 672 13 93

sekretariat@zgkzawiercie.pl

NIP: 6490001405 REGON: 270198636

KRS: 0000162858 Sąd Rejestrowy w Częstochowie XVII Wydział Gospodarczy KRS

wysokość kapitału zakładowego: 12 392 500,00 zł



umowna pełni funkcję odszkodowawczą – kompensacyjną, która ma za zadanie wzajemne pobudzenie stron umowy do spełniania przez nie swoich obowiązków wynikających z umowy. Jednocześnie zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 października 2016 r. (sygn. akt I ACa 1673/15) przy ocenie, czy nakładana kara umowna jest zbyt wysoka należy brać również relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. W naszej opinii w przypadku przedmiotowych kar umownych powyższe relacje są zdecydowanie zbliżone. Zastosowanie przedmiotowych kar umownych może dojść do sytuacji, w której wykonawca obarczany zostanie ryzykiem niewspółmiernym do realizowanych zadań oraz kwoty zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający częściowo uwzględnił uwagi Wykonawcy w zakresie postanowień dot. kar umownych, tj. w zakresie dot. Kaucji gwarancyjnej oraz wymogu o którym mowa w art. 29 ust. 3 a PZP (wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób bezpośrednio wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia). W konsekwencji wyłączenia w/w wymogów po stronie Wykonawcy, Zamawiający zmodyfikował postanowienia umowne i usunął z § 5 ust. 1:

tiret drugi: wykreślenie kary w związku z wnioskiem o usunięcie postanowień dotyczących wniesienia kaucji gwarancyjnej.

Tiret czwarty: wykreślenie kary w związku z wnioskiem o usunięcie postanowień dotyczących wymogu zatrudnienia osób bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia na podstawie umowy o pracę.

W pozostałym zakresie, uwagi Wykonawcy Zamawiający uznaje za nieuzasadnione. Mając na uwadze szacowaną wartość zamówienia, zdaniem Zamawiającego nie sposób uznać karę umowną w wysokości 5 % ceny ofertowej całego zamówienia określonej ofercie brutto w przypadku odstąpienia od realizacji umowy przez Wykonawcę lub przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca – za taką okoliczność uznaje się w szczególności dwukrotne dostarczenie oleju napędowego nie spełniającego parametrów jakościowych określonych w § 1 ust. 3 niniejszej umowy, za zbyt wygórowaną.

Zdaniem Zamawiającego, kary umowne przewidziane w tirecie pierwszym i trzecim wydają się adekwatne do naruszeń oraz do wartości umowy.

Kara umowna na poziomie 5 % wartości zamówienia, nie może w niniejszych okolicznościach zostać uznana za zbyt represyjną regułą odpowiedzialności. Warto wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego z 12 października 2018 roku, sygn. akt I AGa 111/18. W orzeczeniu tym sąd uznał, że o „rażącym wygórowaniu” kary umownej można mówić np. wtedy, gdy jej wysokości jest równa bądź zbliżona do wartości samego zobowiązania. Powyższe nie ma jednak miejsca w niniejszym przypadku.

Rezygnacja z postanowień umowy i zmniejszenie wysokości kar umownych, doprowadzi do sytuacji braku gwarancji Zamawiającego na należyte wykonywanie przedmiotu umowy przez Wykonawcę.

Pytanie nr 8

Dodanie w § 5 projektu umowy nowego ustępu numer 4 o następującym brzmieniu: „W przypadku braku zapłaty przez Zamawiającego ceny sprzedaży towaru za dwie dostawy Wykonawca ma prawo wstrzymać kolejną dostawę towaru do czasu otrzymania zapłaty. Niezależnie od uprawnienia, o którym mowa w poprzednim zdaniu Wykonawca ma prawo, po uprzednim wystosowaniu do Zamawiającego wezwania do zapłaty, rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym bez zachowania okresu wypowiedzenia.”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględnił uwagi Wykonawcy, uznając ją za nieuzasadnioną.

PROKURENT

Wojciech Liberski

Edyta Duda

Dyrektor ds. handlowych