

Do wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych na świadczenie usług pocztowych.

Wasze pismo z dnia:

Znak:

Nasz znak:

Data:

ZP.272.00084.2016

05.01.2017 r.

I.dz.: ZP.KW-00005/17

Niniejszym informuję, iż do Zamawiającego wpłynęły zapytania dotyczące prowadzonego postępowania.

ZAPYTANIA:

1. Załącznik nr 1 Opis przedmiotu zamówienia ust. 18 oraz umowa – projekt § 3 ust. 7

W końcowych etapach wyżej przywołanych załączników do prowadzonego postępowania Zamawiający podał informację, że zwroty przesyłek do Zamawiającego będą następowały „bez dodatkowych opłat”.

Wskazane zapisy są niezgodne ze sposobem postępowania wynikającym z aktów prawnych regulujących obrót pocztowy, gdyż art. 32 w ust. 1 ustawy Prawo pocztowe wskazuje:

„1. Przesyłkę pocztową, której nie można doręczyć adresatowi, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca nadawcy. Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie.”.

Wykonawca zwraca przesyłkę rejestrowaną po wyczerpaniu możliwości jej doręczenia/wydania adresatowi pobierając stosowną opłatę za zwrot przesyłki. Zamawiający realizując umowę w ramach postępowania nie ma wpływu na zachowania adresatów przesyłek wysyłanych przez Zamawiającego, w tym odbiór przesyłek doręczanych lub awizowanych.

W związku z powyższym Wykonawca prosi o:

- umożliwienie pobierania opłaty za przesyłki zwracane po wyczerpaniu możliwości doręczenia/wydania adresatowi,

- zmodyfikowanie wpisów i zmianę ich na:

„Po upływie terminu odbioru przesyłka będzie niezwłocznie zwracana do Zamawiającego wraz z podaniem przyczyny niedoręczenia adresatowi”.

Jeżeli odpowiedź Zamawiającego będzie negatywna Wykonawca nie będzie miał możliwości skalkulowania i co się z tym wiąże złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

2. Opis przedmiotu zamówienia ust. 16

Wykonawca informuje, że dąży do wszelkich starań aby wszystkie przesyłki odebrane od Zamawiającego zostały nadane w dniu ich odbioru od Zamawiającego.

Jednak w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia mogą powstać sytuacje, które z różnych przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy mogą spowodować brak możliwości nadania przesyłek w dniu ich odbioru od Zamawiającego.

W związku z tym Wykonawca proponuje doprecyzować zapisy i nadać im następujące brzmienie:

„Nadanie przesyłek następować będzie w dniu ich odbioru przez Wykonawcę od Zamawiającego.

Wszelkie ewentualne nieprawidłowości będą wyjaśnione na bieżąco przez pracowników Wykonawcy lub Zamawiającego. Strony dopuszczają możliwość przesunięcia nadania przesyłek na dzień następny, w przypadku uzasadnionych zastrzeżeń dotyczących odebranych przesyłek (np.: nieprawidłowe opakowanie, brak pełnego adresu, niezgodność wpisów do dokumentacji nadawczych z opisami na przesyłkach, brak znaków opłaty) i braku możliwości ich wyjaśnienia z przedstawicielem Zamawiającego, lub usunięcia w dniu ich odbioru.”

3. Projekt umowy § 8 ust. 2

Wykonawca informuje, że obliczanie należnej opłaty za świadczone usługi pocztowe następuje na podstawie przesyłek faktycznie nadanych i zwróconych z powodu braku możliwości ich doręczenia w okresie rozliczeniowy.

W związku z powyższym Wykonawca prosi o zastąpienie spójnika „lub” spójnikiem „i”.

4. Opis przedmiotu zamówienia ust. 19.

Wykonawca informuje, że wysokość pobieranej opłaty za świadczenie usługi potwierdzenie odbioru jest zależna od rodzaju usługi, której potwierdzenie odbioru jest usługą komplementarną/dodatkową.

W szerokim wachlarzu usług oferowanych przez Wykonawcę znajdują się usługi za które Nadawca/Zamawiający otrzymuje zwrot opłaty za niezrealizowaną usługę potwierdzenia odbioru.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Klientów Wykonawca wdrożył usługę listową o charakterze umownym, za której zwroty nie jest pobierana opłata pocztowa.

Jest to bardzo korzystne dla Zamawiającego gdyż pozwala w sposób racjonalny gospodarować środkami publicznymi.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę zapisu na:

„Zamawiający otrzyma zwrot wniesionej opłaty za niezrealizowaną usługę potwierdzenia odbioru jednocześnie dopuszczając możliwość jej nienaliczania w zależności od rodzaju usługi, dla której usługa potwierdzenia odbioru

była dedykowana."

5. Projekt umowy § 3 ust. 1.

Wykonawca informuje, że ze względów operacyjnych nie ma możliwości świadczenia usługi odbioru korespondencji z lokalizacji Zamawiającego wskazanych w projekcie umowy § 3 ust. 1 w przedziale godzinowym 15:00 – 15:20.

W związku z powyższym czy dla Zamawiającego satysfakcjonujący będzie zakres godzinowy od 14:00 do 15:00 w którego przedziale Wykonawca będzie dokonywał odbioru korespondencji z siedzib Zamawiającego wskazanych w projekcie umowy § 3 ust. 1.

6. Wzór umowy § 9 ust. 1 i 2.

Wykonawca prosi o obniżenie kar umownych. 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 zastrzeżenia 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 umownych¹. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie:

- 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 przyzmat 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 uformowanie 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 prowadziłyby 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,

¹ Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12

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.

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.

Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalne 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 lub zmianę na poniższe:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub nierozpoczęcie przez Wykonawcę wykonywania umowy, w wysokości 10% całkowitej wartości umowy brutto, o której mowa w § 8 ust. 1 umowy.
2. W przypadku nieodebrania przesyłek w godzinach wskazanych w § 3 pkt 1 Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 50,00 zł (pięćdziesiąt złotych) za każdy przypadek nieodebrania, a w przypadku 5-krotnego nieodebrania przesyłek w okresie rozliczeniowym trwającym jeden miesiąc kalendarzowy zgodnie z § 3 pkt 1 Wykonawca zapłaci karę umowną 500,00 zł (pięćset złotych), chyba, że niewykonanie usługi nastąpiło:
 - wskutek siły wyższej lub z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,
 - z przyczyn występujących po stronie Zamawiającego niewywołanych winą Wykonawcy. Zaproponowane przez Wykonawcę kary za usługę odbioru korespondencji z siedziby Zamawiającego są współmierne do wysokości miesięcznej opłaty za świadczenie.
7. W związku z planowanym udziałem w w/w postępowaniu zwracamy się z uprzejmą prośbą o zmianę terminu składania ofert na dzień 10.01.2017 r. co umożliwi nam jej rzetelne przygotowanie. Naszą prośbę uzasadniamy faktem, iż termin złożenia oferty na dzień 05.01.2017 r. nie daje realnej możliwości przygotowania profesjonalnej i przede wszystkim konkurencyjnej dla Państwa oferty.
8. Zwracam się z prośbą o przesłanie Formularza Ofertowego w wersji edytowalnej.

ODPOWIEDZI:

Ad. 1.

Zapis ust. 18 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 3 ust. 7 Projektu umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„Po upływie terminu odbioru przesyłka będzie niezwłocznie zwracana do Zamawiającego wraz z podaniem przyczyny niedoręczenia adresatowi, przy czym za zwrot przesyłki listowej w obrocie krajowym Wykonawca nie będzie pobierał dodatkowej opłaty.”.

Ad. 2, 3 i 5

Zamawiający wyraża zgodę na zaproponowane przez Wykonawcę zmiany.

Ad. 4.

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowane przez Wykonawcę zmiany.

Ad. 6.

Zapis §9 ust. 2, Projektu umowy, otrzymuje następujące brzmienie:

„W przypadku nieodebrania przesyłek w godzinach wskazanych w § 3 pkt 1 Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 300,00 zł (trzysta złotych) za każdy przypadek nieodebrania, a w przypadku 5-krotnego nieodebrania przesyłek w okresie rozliczeniowym trwającym 1 miesiąc kalendarzowy zgodnie z § 3 pkt 1 Wykonawca zapłaci karę umowną 3.000,00 zł (trzy tysiące złotych), chyba że niewykonanie usługi nastąpiło:

- wskutek siły wyższej lub z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,
- z przyczyn występujących po stronie Zamawiającego niewywołanych winą Wykonawcy.”.

Ad. 7.

Termin składania ofert został zmieniony pismem, opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04.01.2017 r.

Ad. 8.

Zamawiający publikuje na swojej stronie internetowej Formularz Ofertowy w wersji edytowalnej.

SEKRETARZ POWIATU

Magdalena Buczkowska