

Oznaczenie sprawy: Or.271.118.2018

### **Otrzymują wszyscy zainteresowani Wykonawcy**

Dotyczy: Zapytania ofertowego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym

### **WYJAŚNIENIA TREŚCI ZAPYTANIA**

Gmina Mietków dalej Zamawiający odpowiada na zapytania Wykonawców dotyczące treści zapytania ofertowego .

Pytanie nr 1. Dotyczy pkt II pkt.9 Zapytania Ofertowego

Zamawiający określając przedmiot zamówienia postawił za jeden z wymogów codzienny odbiór przesyłek z lokalizacji Zamawiającego oraz dostarczanie przesyłek do placówek nadawczych na koszt Wykonawcy w przypadku nieposiadania przez Wykonawcę placówki nadawczej o której mowa w rozdz. II pkt.8 Zapytania Ofertowego.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych, które zgodnie z zapisami ustawy Prawo pocztowe – art. 2 ust. 1 pkt 1) i pkt. 2) polegają na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek.

Przepisy prawa powszechnie obowiązującego regulują odpłatne udzielanie zamówień publicznych. Zapis zaś mówi, że część przedmiotu zamówienia w zakresie usług transportowych, ma być wykonywana nieodpłatnie. Prawo nie stanowi o wykonywaniu usług pod tytułem darmym; Wykonawca wnioskuje o korektę w ten sposób, aby umożliwić wycenę również tej usługi. Zwłaszcza, że usługa jaką jest odbiór korespondencji nie jest usługą pocztową ani żadną z jej części, jak: przyjmowanie, przemieszczanie czy doręczanie.

W związku z powyższym zamieszczone informacje w formularzu ofertowym są niewystarczające do przedstawienia przez Wykonawcę oferty realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca wnioskuje o korektę zapisu

**Odpowiedź:** Zamawiający wskazuje, że zgodnie z treścią rozdziału IX pkt. d) Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.

Pytanie nr 2. Dotyczy pkt II Zapytania Ofertowego ppkt.24

Zamawiający jako podmiot administracji samorządowej realizuje zadania wymagające świadczenia usług pocztowych w trybie kpa/ordynacji podatkowej wymagające odrębnego potwierdzenia odbioru.

Wykonawca wnosi o bezwzględne potwierdzenie, że wzory w/w druków będą:

a. nakładu Zamawiającego

b. zgodne z Polską Normą PN-T-85005 z grudnia 2000 r., tzn. będą spełniały następujące wymagania:

Wymogi techniczne:

1) gramatura papieru: papier offsetowy BD 140 – 200 g/m<sup>2</sup>

2) wymiar druku: minimum 90 x 140 mm (część środkowa, bez listew bocznych)

optymalne wymiary:

a) część środkowa, bez listew bocznych - 100 x 140 mm,

b) całość druku, tj. część środkowa + listwy boczne - 100 x 160 mm, wszystkie wymiary przyjmuje się z tolerancją 2 mm

3) listwy po obu stronach, perforacja pionowa pozwalająca na wyrwanie środkowej części druku bez jego uszkodzenia,

4) co najmniej 5 mm pasek kleju gwarantujący przyczepność do różnego rodzaju podłoża w zróżnicowanym zakresie temperatur zabezpieczony osłoną.

Adres nadawcy przesyłki naniesiony w strefie prostokątnej na stronie przedniej druku (awers) w dolnej prawej części w minimalnej odległości:

1) 40 mm od górnego brzegu,

2) 05 mm od prawego brzegu,

3) 15 mm od dolnego brzegu.

Adres adresata przesyłki naniesiony w strefie prostokątnej na stronie przedniej druku (awers) w górnej lewej części.

W pasie 15 mm powyżej dolnej krawędzi strony przedniej druku (awers) oraz z prawej strony danych adresowych nadawcy nie można umieszczać żadnych napisów/nadruków.

Wykonawca nadmienia, iż zapewnia druki pocztowe - ZPO wyłącznie w zakresie świadczenia usług powszechnych.

**Odpowiedź:** Zamawiający potwierdza wzory druków będą zgodne z wymogami operatora pocztowego.

Pytanie nr 3. Dotyczy pkt. III Zapytania Ofertowego w nawiązaniu do Zał. Nr 1 Formularz Ofertowy i Projekt Umowy § 2

Zamawiający w Załączniku nr 1 do Zapytania Ofertowego Formularz Cenowy i w Projekcie Umowy ujął termin wykonania zamówienia od 01.10.2019r tj. z datą wsteczną. Wykonawca wskazuje, że zamawiający wskazał w Zapytaniu Ofertowym termin realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy. Wykonawca wnosi o określenie terminu wykonania zamówienia.

**Odpowiedź:** Zamawiający potwierdza, że termin realizacji zamówienia będzie liczony od daty zawarcia umowy, tak więc podane daty ( od 01.10.2019 r.) stanowią oczywistą omyłkę pisarską.

Pytanie nr 4. Dotyczy pkt.II ppkt.32.3 Zapytania Ofertowego.

Wykonawca jako operator wyznaczony, zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia, nie może swobodnie ustalać, obniżać 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 Zapytaniu Ofertowym, 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 ciążące na Wykonawcy jako operatorze publicznym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Czy zatem Zamawiający uwzględni, iż ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę nie będą podlegały zmianie przez okres realizacji zamówienia z wyjątkami :

1. w przypadku ustawowej zmiany przepisów określających wysokość należnego podatku VAT na usługi objęte zamówieniem, w czasie trwania niniejszej umowy; jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie podatku od towarów i usług, Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT, niezależnie czy spowoduje to zwiększenie, czy też zmniejszenie wysokości wynagrodzenia brutto;
2. w przypadku, jeśli konieczność wprowadzenia zmian umowy wynika z uregulowań prawnych w zakresie ustalania lub zatwierdzania cen z usługi pocztowe w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, a także w przypadku, kiedy ich wprowadzenie wynika z okoliczności powodujących, iż zmiana cen leży w interesie publicznym.

Dodatkowo Wykonawca wnosi o zawarcie w dokumentacji przetargowej pozostałych klauzul waloryzacyjnych wynikających z zapisu art. 142 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

**Odpowiedź:** Zamawiający pozostawia zapis Rozdziału II pkt. 32 bez zmian oraz informuje, że do przedmiotowego zapytania ofertowego **nie stosuje się przepisów** ustawy prawo zamówień publicznych, co Zamawiających jednoznacznie wskazał.

Pytanie nr 5. Dotyczy § 7 ust. 1 ,2,4 Projektu Umowy (Załącznik nr 3 do Zapytania Ofertowego)

Zamawiający w § 7 ust.1, 2,4 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do Zapytania Ofertowego) 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 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 naczelných 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 § 7 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. 353<sup>1</sup> 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. 353<sup>1</sup> 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. 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) 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 powtórny analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez ich wykreślenie i odwołanie się wyłącznie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych wskazanych w § 1 pkt.2 wzoru umowy lub modyfikację zapisów § 1 pkt. 26 na ” W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania usług, Zamawiającemu przysługują procedury reklamacyjne w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013r w sprawie reklamacji usługi pocztowej oraz ustawie z dnia 23 listopada 2012r. Prawo Pocztove”.

Wykonawca nadmienia, iż w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia odpowiada zgodnie z zapisami Ustawy Prawo Pocztove z aktami wykonawczymi

**Odpowiedź:** Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian.

Pytanie nr 6. Wykonawca wnosi o uaktualnienie publikatora ustawy Prawo Pocztove

**Odpowiedź:** Zamawiaczy wskazuje, że do niniejszego zapytania stosuje się przepisy ustaw Prawo Pocztove - tekst jednolity z dnia 25 października 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 2188 z późn. zm.)

  
**WÓJT**  
**Adam Kozarowicz**