

Włocławek, dnia 15 grudnia 2016 r.

RBR iGK.271.1.30.2016

Do Wszystkich Wykonawców

Dotyczy postępowania – prowadzonego przez Zamawiającego na zasadach określonych w Regulaminie udzielania zamówień publicznych w gminie Włocławek, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro stanowiącego załącznik do Zarządzenia Nr 168/2014 Wójta Gminy Włocławek z dnia 15 stycznia 2014 roku w sprawie Regulaminu udzielania zamówień publicznych w gminie Włocławek, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro ze zmianami - na **„Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania przesyłek z korespondencją i paczek pocztowych, ich ewentualnych zwrotów w obrocie krajowym i zagranicznym oraz realizowanie przekazów pocztowych dla Urzędu Gminy Włocławek ul. Królewiecka 7, oraz Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej Gminy Włocławek ul. Królewiecka 7 we Włocławku i odbiór przesyłek pocztowych z siedziby Zamawiającego”**.

WYJAŚNIENIA I ZMIANA TREŚCI ZAPYTANIA OFERTOWEGO

W odpowiedzi na pytania wykonawcy dotyczące zapytania ofertowego i załączników do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **„Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania przesyłek z korespondencją i paczek pocztowych, ich ewentualnych zwrotów w obrocie krajowym i zagranicznym oraz realizowanie przekazów pocztowych dla Urzędu Gminy Włocławek ul. Królewiecka 7, oraz Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej Gminy Włocławek ul. Królewiecka 7 we Włocławku i odbiór przesyłek pocztowych z siedziby Zamawiającego”**, Gmina Włocławek wyjaśnia:

1. Pytanie nr 1

„W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający w pkt. 8 jak również w załączniku nr 6 do zapytania ofertowego § 3 ust. 11 (wyłuszczonej treści) określił „Kod kreskowy identyfikujący każdą przesyłkę umieszczany będzie na przesyłce i w książce nadawczej przez Wykonawcę. Wykonawca jako operator wyznaczony dział w oparciu o przepisy Prawa Poczтового oraz innych wydanych w oparciu o przepisy ustawy Prawo Pocztowe. Wewnętrzne przepisy operacyjne nie nakładają obowiązku umieszczania kodów identyfikujących każdej przesyłki w książce nadawczej. Przy przyjmowaniu przesyłek poleconych Wykonawca zobowiązany jest wpisać numery nadania w dokumencie nadawczym w pozycji pierwszego i ostatniego wpisu, pod warunkiem zachowania jednolitego ciągu numeracji. Pozostałe wpisy powinny być uzupełnione poprzez naniesienie linii ciągłej od pierwszego do ostatniego wpisu.”

Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający zmienia treść pkt. 8 – opisu przedmiotu zamówienia i nadaje mu treść następującą „Zamawiający zobowiązuje się do umieszczenia na przesyłce listowej i paczce nazwy odbiorcy wraz z jego adresem (podany jednocześnie w pocztowej książce nadawczej dla przesyłek rejestrowanych), określając rodzaj przesyłki (zwykła, polecona, priorytet, zadeklarowana wartość

czy ze zwrotnym poświadczeniem odbioru – ZPO), umieszczania nadruku (pieczętki) określającej pełną nazwę i adres Zamawiającego na stronie adresowej każdej nadawanej przesyłki. **Kod kreskowy identyfikujący przesyłkę, umieszczany będzie na przesyłce, a w książce nadawczej w pozycji pierwszej i w pozycji ostatniego wpisu na dany dzień nadawania przesyłek, i kod kreskowy na przesyłkach i w książce nadawczej nakleci Wykonawca.**”

Zamawiający zmienia treść § 3 ust. 11 wzoru umowy który otrzymuje brzmienie: **„11. Kod kreskowy identyfikujący przesyłkę, umieszczany będzie na przesyłce, a w książce nadawczej w pozycji pierwszej i w pozycji ostatniego wpisu na dany dzień nadawania przesyłek, i kod kreskowy na przesyłkach i w książce nadawczej nakleci Wykonawca.”**

2. Pytanie nr 2

„W SPOZ pkt. 15 Zamawiający określił termin doręczenia zwrotnego potwierdzenia odbioru nie później jednak niż w ciągu 7 dni od dnia doręczenia. W związku z tym, że z żadnych przepisów obowiązujących Wykonawcę nie wynika obowiązek doręczenia Zamawiającemu pokwitowania odbioru przesyłek potwierdzonych przez adresata nie później niż w ciągu 7 dni roboczych od dnia doręczenia przesyłki, Wykonawca wnosi o wykreślenie w załączniku nr 1 - SPOZ w pkt.15 oraz z par. 3 ust. 12 wzoru umowy słów nie później jednak niż w ciągu 7 dni dni roboczych od dnia doręczenia”.

Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający nie zmienia zapisu zamieszczonego w pkt 15 Opisu przedmiotu zamówienia i we wzorze umowy w § 3 ust. 12. Świadczenie usług pocztowych odbywa się na zasadach określonych w umowach zawartych pomiędzy operatorem pocztowym ,a zamawiającym – nadawca przesyłek pocztowych i ten zakres usług może być określony w umowie.

3. Pytanie nr 3

„W załączniku nr 6 w § 7 ust. 5 Zamawiający określił, że ceny zaoferowane przez Wykonawców w ofercie przetargowej nie ulegną podwyższeniu przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca jako operator pocztowy i wyznaczony, zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, w tym także usług o charakterze powszechnym, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Przepisy zamieszczone w rozdziale IV ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych. Zatem w przypadku zmian cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego zapytania, Wykonawca realizując zamówienia w cenach wynikających z formularza, 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 wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć. Czy zatem Zamawiający dopuszcza dopisanie do § 7 wzoru umowy zapisu, ustępu nr 5 o następującej brzmieniu:

"Zamawiający dopuszcza zmianę , cen jednostkowych" w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawców w kosztorysie ofertowym (stanowiącym załącznik do zapytania ofertowego) w sytuacji spowodowanej zmianami tych cen w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe. Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT."

Odpowiedź na pytanie nr 3

W tym zakresie obowiązują ceny określone umową. Operator pocztowy wyznaczony nie tylko świadczy usługi pocztowe o charakterze powszechnym, ale i usługi pocztowe na podstawie umów zawartych w oparciu o Kodeks cywilny i Zamawiający nie zmienia zapisu § 7 ust. 5 wzoru umowy z uwagi, że cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową.

4. Pytanie nr 4

„Ponadto Zamawiający wskazał w projekcie umowy § 9 ust. 1, że płatność faktury następować będzie w terminie 21 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT.

Czy biorąc pod uwagę obowiązujące regulacje wewnętrzne u Wykonawcy oraz ze względu na fakt, iż poniższa propozycja zapewnia wystarczający czas na dokonanie płatności, Zamawiający dopuszcza zmiany terminu płatności za zrealizowane usługi pocztowe według proponowanego zapisu: „(...) wynagrodzenie Wykonawcy będzie uiszczane przez Zamawiającego z dołu, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 21 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury VAT.”

Odpowiedź na pytanie nr 4

Zamawiający dopuszcza zmianę zapisu § 9. paragraf 9 otrzymuje brzmienie: „§ 9 Wynagrodzenie płatne będzie przelewem, na wskazany przez Wykonawcę rachunek bankowy, w ciągu 21 dni, od daty wystawienia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT.”

5. Pytanie nr 5

„Zamawiający w projekcie umowy § 9 ust. 3 określa, iż datą zapłaty faktury będzie data obciążenia konta 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 zobowiązania cywilnoprawnych zasadą jest, że zapłatą 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?”

Odpowiedź na pytanie 5

Zamawiający nie dopuszcza zmiany zapisu § 9 ust. 3 wzoru umowy. W tym zakresie ma zastosowanie art. 455 kc. w myśl którego, jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. W przypadku świadczenia usług pocztowych w warunkach zapytania ofertowego, Zamawiający wskazuje, co będzie rozumiane przez termin zapłaty.

6. Pytanie nr 6

„W treści zaproszenia jako jedno z kryteriów Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest oznaczenia zadeklarowanego czasu dostarczania przesyłek i zwrotów do siedziby Zamawiającego w godzinach od 8:30- 9:00 lub 9:00- do 9:30 lub 09:30 do 10:00.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek. W definicji usługi pocztowej (art. 2 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe) nie mieści się doręczanie przesyłek – opłaconych przez nadawców i nadchodzących do Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający określa wczesnoporonne godziny doręczenia, które nie uwzględniają procesów pocztowych zachodzących przed fazą doręczenia, jak np. przewóz do placówki oddawczej, rozdzielenia materiału na rejony doręczeń, uzupełnienie odpowiedniej dokumentacji, etc. oraz samej fazy doręczenia do siedziby Zamawiającego, która będzie wynikała z obsługi rejonu doręczeń dla danej lokalizacji.

Czy w związku z powyższym Zamawiający dopuszcza wykreślenie wskazanych zapisów o godzinie doręczania przesyłek i potwierdzeń odbioru, ponieważ zapisy dotyczące terminów doręczania przesyłek pocztowych (wskaźniki czasu przebiegu przesyłek pocztowych w obrocie krajowym) uregulowane są rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013r w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego oraz w ustawie Prawo pocztowe?”

Odpowiedź na pytanie 6

Zamawiający nie zmienia w tym zakresie postanowień zapytania ofertowego.

7. Pytanie nr 7

Zamawiający w § 10 ust. 3 i 4 oraz § 16 ust. 8 wzoru umowy (Załączniku nr 6 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 naczelną zasadę zamówień publicznych co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę. W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikającym z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności w zwłocie w wykonaniu umowy mogące stanowić podstawę do nałożenia kar lub stwierdzenia przez Zamawiającego omijania przez Wykonawców warunków bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych (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 naczelną 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 § 10 ust. 3,4 oraz § 16 ust. 8) 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 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 toczącym stosowaniu obu wskazanych wart. 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 realizowania 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 skierować 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 zadać 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. Kwestią 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 (motywująca dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy. Praktyką obciążenia Wykonawcy karą w wysokości nieadekwatnej do stopnia niewywiązywania się 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 karami 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 wyrażoną 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 natężenia 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. Sarna 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 § 10 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, nienależycie 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:

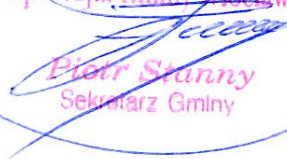
- ich wykreślenie i odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów w ogólnych wskazanych w Ustawie Prawo Pocztove,.

Jednocześnie zwracamy się o wydłużenie terminu składania ofert

Odpowiedź na pytanie nr 7

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wzoru umowy w tym zakresie.

Zamawiający zmienił termin składania ofert. Oferty można składać do 21 grudnia 2016 r. do godziny 9:00.



Z up. Wójta Gminy Włocławek
Piotr Stanny
Sekretarz Gminy