

Ośrodek Pomocy Społecznej
ul. Górnych Wałów 9
44-100 Gliwice

Pytania i odpowiedzi do ogłoszenia

Dotyczy: zapytanie do postępowania prowadzonego w oparciu o Rozdział 6 ustawy Pzp pod nazwą świadczenie usług pocztowych.

I Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3 w paragrafie 1 w punkcie 5 i 6 wskazał, że przesyłki oraz ZPO adresowane do Zamawiającego muszą być dostarczane od poniedziałku do piątku w godzinach 8:00-9:30. Ponadto w projekcie umowy w paragrafie 6 w pkt 2d wpisał karę za brak dostarczenia tych przesyłek.

Pytanie: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym. 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 wczesnoporanne godziny doręczenia, które nie uwzględniają procesów pocztowych zachodzących przed fazą doręczenia, jak np. przewóz do placówki oddawczej, rozdział 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?

Pytanie: Czy Zamawiający wykreśli z projektu umowy zapisy dotyczące kar za brak dostarczenia odbioru przesyłek pocztowych?

Odpowiedź: NIE

II Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 1 w punkcie 8 wpisał liczbę, lokalizację placówek pocztowych oraz terminy otwarcia tych placówek. Natomiast w projekcie umowy w paragrafie 6 w pkt. 2 c) wpisał kary umowne w przypadku niespełnienia kryteriów wymienionych przez Zamawiającego.

Pytanie: Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał odpowiednią liczbę placówek awizacyjnych oznakowanych w sposób widoczny nazwą lub logo wykonawcy, co umożliwi jej łatwą identyfikację przez mieszkańców, potencjalnych odbiorców przesyłek zgodnie z charakterem prowadzonej działalności pocztowej, w miejscu jego zamieszkania.

Ponadto należy zauważyć, że w odniesieniu do godzin otwarcia tych punktów wymagania zawarte w SIWZ są zdecydowanie wyższe, niż w przypadku wymogów nałożonych na operatora wyznaczonego – a w konsekwencji zdecydowanie nadmierne i oderwane od warunków rynkowych.

Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. 2013 r., poz. 545 – dalej „Rozporządzenie”) zawiera

jedynie wskazanie dotyczące gęstości sieci placówek oraz określa zdecydowanie niższe niż SIWZ wymagania dotyczące okresów, w których placówki mają pozostać otwarte (par. 25 Rozporządzenia). Co prawda samo Rozporządzenie nie jest wiążące dla Zamawiających, jeśli chodzi o ustalenie warunków, jakim odpowiadać ma sieć wykonawcy, pozwala jednak na ustalenie, jakie wymogi uznawane są za proporcjonalne przez samego ustawodawcę. Zgodnie zaś z regulacją europejską ustanowienie operatora wyznaczonego służy zagwarantowaniu, by potencjalni „użytkownicy korzystali z prawa do usług powszechnych obejmujących ciągłe świadczenia usług pocztowych o określonej jakości we wszystkich punktach na swoich obszarach” (art. 3 ust. 1 dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług, Dz. U. L 015, 21 stycznia 1998 r., p. 14 ze zm. – dalej „Dyrektywa Pocztowa”).

Krajowy ustawodawca określając wymogi dotyczące operatora wyznaczonego wskazuje jednocześnie warunki świadczenia usług pocztowych, które zapewniają określoną jakość. W niniejszym postępowaniu Zamawiający formułuje warunki zdecydowanie surowsze od warunków przewidzianych w Rozporządzeniu wobec operatora wyznaczonego, co narusza zasadę proporcjonalności warunków postępowania. Określone warunki są na tyle surowe, iż zdecydowanie ograniczają konkurencję w postępowaniu, a tym samym stanowią warunek nadmierny i nieproporcjonalny.

Co więcej, Zamawiający postawił surowsze wymogi dot. godzin otwarcia punktów odbioru, niż Sąd Apelacyjny w Warszawie w ogłoszonym postępowaniu na doręczanie korespondencji sądowej w całym kraju. Należy zwrócić uwagę, że wolumen przesyłek sądowych jest kilka razy wyższy niż przesyłek objętych niniejszym postępowaniem, a mimo to Sąd Apelacyjny postawił jedynie wymóg, aby na terenie każdej gminy wykonawca dysponował co najmniej jedną stałą placówką pocztową czynną 6 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu (w dni robocze) przy czym co najmniej w jeden dzień roboczy do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny. Sąd Apelacyjny zadbał również o gęstość placówek odbiorczych, która odnosi się do liczby mieszkańców oraz powierzchni, nie nakładając jednak wymogów wyższych niż obowiązujące operatora wyznaczonego i nie naruszających uczciwej konkurencji.

Wykonawca zwraca uwagę, że każde dodatkowe, niewystępujące dotychczas, wymogi dot. godzin otwarcia placówek powodują konieczność dostosowania całej sieci placówek danego operatora, są kosztowne i w rezultacie wpływają niekorzystnie na cenę oferty.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o dokonanie zmiany SIWZ poprzez modyfikację wymogów dotyczących punktów odbioru niedoręczonych pod adres przesyłek awizowanych na:

„Wykonawca zobowiązany jest do posiadania :

- a) co najmniej jednej placówki pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko-wiejskich,
- b) co najmniej jednej placówki pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich,
- c) na terenie każdej gminy w kraju co najmniej jednej stałej placówki pocztowej czynnej 6 godzin dziennie 5 dni w tygodniu (w dni robocze), w której klienci będą mogli odebrać przesyłkę, przy czym co najmniej w jeden dzień roboczy do godziny 18:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny.”

Zgodnie z § 24 Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, operator wyznaczony ma obowiązek zapewnić odpowiednią liczbę placówek pocztowych przypadającą na określoną liczbę mieszkańców. Dotychczasowe długoletnie doświadczenie Wykonawcy w realizacji usług pocztowych dla mieszkańców Gliwic, potencjalnych odbiorców oraz stosowana praktyka codziennego doręczania korespondencji na terenie całego

Dotychczasowe długoletnie doświadczenie Wykonawcy w realizacji usług pocztowych dla mieszkańców Gliwic, potencjalnych odbiorców oraz stosowana praktyka codziennego doręczania korespondencji na terenie całego kraju, a także umożliwienie odbioru przesyłek awizowanych wszystkim potencjalnym odbiorcom gwarantuje satysfakcjonujący poziom obsługi i zabezpiecza wymagania adresatów w zakresie sposobu doręczania i możliwości odbioru przesyłek.

Zamawiający nie wskazał bowiem, w jaki sposób zweryfikuje spełnianie przez wszystkie punkty odbiorcze, wskazane przez Wykonawców, postawionych – przez Zamawiającego – warunków co do wyraźnego i widocznego oznaczenia oraz posiadania wyodrębnionego stanowiska obsługi klientów w zakresie usług pocztowych. Zamawiający nie ma również możliwości zweryfikowania, czy obsługa klienta będzie prowadzona w sposób zapewniający ochronę danych osobowych i informacji przekazywanych w trakcie obsługi przez pracownika punktu i klienta.

Wykonawca zauważa, że jedynym zabezpieczeniem prawdziwości składanych przez Wykonawców oświadczeń, byłoby wprowadzenie do treści SIWZ zapisów upoważniających Zamawiającego do weryfikacji liczby posiadanych przez Wykonawców punktów odbiorczych i spełniania przez wszystkie te punkty warunków stawianych przez Zamawiającego, na każdym etapie badania ofert, jak i na etapie realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Wykonawca argumentuje to sytuacją, w której żaden z Wykonawców składających ofertę nie będzie mógł zweryfikować prawdziwości oświadczenia złożonego przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Czy wobec powyższego Zamawiający dopuszcza wykreślenie tego zapisu lub dokonanie modyfikacji, która została przedstawiona we wcześniejszej części pytania tj: „Wykonawca zobowiązany jest do posiadania : ... „? oraz czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie z projektu umowy zapisu dotyczącego kar umownych związanych z liczbą tych placówek?

Odpowiedź: TAK - Zamawiający dopuszcza dokonanie modyfikacji zapisu odnośnie godzin otwarcia placówek/punktów odbioru (z 6 godzin na 5 godzin) NIE dopuszcza natomiast wykreślenia z projektu umowy zapisu dotyczącego kar umownych związanych z liczbą placówek.

III Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 1 w punkcie 7 informuje, że przesyłki mają być odbierane od Zamawiającego w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach 14.00-15.00. Natomiast w paragrafie 6 we wzorze umowy w pkt. 2 d) wpisał kary za brak odbioru przesyłek w tych godzinach.

Pytanie: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca odbierał przesyłki przygotowane do wyekspediowania z siedziby Zamawiającego w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach od 14:00 do 15:00. Jednocześnie w Załączniku nr 4a i 4b- Formularz cenowy do SIWZ, będącym formularzem oferty, Zamawiający nie umożliwił wyceny usługi odbioru przesyłek.

Wykonawca pragnie wskazać, że zastosowane rozwiązanie jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia ogłoszonego przez Zamawiającego: „świadczenie usług pocztowych (...), w obrocie krajowym i zagranicznym” oraz jest niezgodne z ustawą Prawo pocztowe, zgodnie z którą: „Usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe (...) realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych (...)” (art. 2 ust. 1 pkt 1). Usługa odbioru korespondencji z siedziby Zamawiającego jest odpłatną usługą umowną świadczoną na odrębnych zasadach i jako taka nie mieści się w katalogu określonym jako świadczenie usług pocztowych. Dodatkowo odbiór przesyłek jest usługą transportową (a nie pocztową), opodatkowaną stawką podstawową, co w przypadku konieczności kalkulowania

kosztów odbioru według udostępnionych przez Zamawiającego w Formularzu cenowym usługach, może narazić Wykonawcę na odpowiedzialność karnoskarbową (różne stawki podatku VAT).

Pytanie: Czy uwzględniając wskazaną argumentację, Zamawiający zmodyfikuje formularze oferty poprzez umożliwienie odrębnego oszacowania kosztu odbierania przesyłek z siedziby Zamawiającego i zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT dla tej usługi transportowej?

W przypadku, braku akceptacji proponowanego rozwiązania, czy ze względu na opisaną sprzeczność, Zamawiający wyłączy odbiór przesyłek z zakresu przedmiotu postępowania?

Brak reakcji Zamawiającego w opisanym zakresie będzie przejawem rażącego naruszenia podstawowych zasad rządzących systemem prawa zamówień publicznych tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania Wykonawców, wyrażonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pytanie: Czy zamawiający wykreśli z projektu umowy zapis dotyczący kary umownej za nieodebranie przesyłek ponieważ powyższa usługa regulowana jest regulaminem świadczenia tej usługi?

Pytanie: Czy Zamawiający dopuszcza zmianę godzin odbioru na przedział 11.00-12.00? Jest to związane z wewnętrznymi harmonogramami odbiorów przesyłek przez kurierów.

Odpowiedź: Zamawiający rezygnuje z objęcia postępowaniem niniejszej usługi.

IV Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 4 w punkcie 6 wpisał 21 dniowy termin płatności.

Pytanie: 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 zmianę terminu płatności za zrealizowane usługi pocztowe według 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”?

Odpowiedź: NIE

V Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 4 w punkcie 1, 5 oraz 8 oczekuje realizacji zamówienia zgodnie z cenami określonymi w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik Nr 2 ogłoszenia.

Pytanie: 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 postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w treści zaproszenia, 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 ciężące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Ponadto zauważyć należy, iż Wykonawca zawierając umowę musi uwzględnić obowiązującą aktualnie stawkę podatku VAT. Natomiast wystawiając fakturę VAT za wykonane zamówienie publiczne musi naliczyć podatek w wysokości obowiązującej w dacie wystawienia faktury, a nie w dacie podpisywania umowy czy też składania oferty przetargowej. W efekcie w przypadku ustawowej zmiany przepisów w zakresie podatków, w tym w szczególności skutkującej objęciem podatkiem VAT usług dotychczas nieopodatkowanych lub zmiany stawek podatku VAT, wykonawca zamówienia publicznego będzie musiał zmniejszyć kwotę należnego wynagrodzenia netto, ponieważ zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadniczo nie jest możliwa zmiana ceny realizacji zamówienia podana w ofercie, na podstawie której został wybrany dany wykonawca, a nieprzewidziana w SIWZ bądź ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku Wykonawcy jako operatora wyznaczonego, zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, w przypadku zmiany przepisów w zakresie podatku VAT doszłoby do sytuacji świadczenia tych usług w wysokości niższej aniżeli obowiązujące opłaty.

Zgodnie z art. 144 ustawy Pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W szczególności mając na uwadze zapis § 4 pkt. 8 projektu umowy, Zamawiający podaje informacje w zakresie zmiany cen w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, które jednak w ocenie Wykonawcy stawiają Zamawiającego na pozycji uprzywilejowanej a Wykonawcę stawiają przed sytuacją niezgodną z przytoczonymi wyżej przykładami.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę istotnych postanowień umowy poprzez wykreślenie tego punktu lub modyfikację na § 4 pkt. 1, 5 i 8 wzoru umowy i rozwinięcie zapisów dotyczących zmian cen i podatku VAT, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

"Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku:

- a) ustawowej zmiany stawek podatkowych (VAT) w okresie obowiązywania 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;
- b) zmiany „cen jednostkowych brutto” w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (stanowiącym załącznik do umowy) w sytuacji spowodowanej zmianami tych cen w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe; jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie cen jednostkowych poszczególnych usług, Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy:

- w przypadku: ustawowej zmiany stawek podatkowych (VAT) w okresie obowiązywania 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

VI Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 6 w punkcie 3 przewiduje potrącenie kar z kwoty faktur. Ponadto w punkcie 4 Zamawiający wskazuje, że w przypadku kiedy takie potrącenie nie będzie możliwe Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej w terminie 7 dni roboczych...

Pytanie: Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.

Ponadto wewnętrzne regulaminy księgowe Wykonawcy nie przewidują wypłaty kar w sposobie i formie zapisanej przez Zamawiającego.

Czy wobec powyższego Zamawiający dopuszcza wykreślenie tych zapisów?

Odpowiedź: NIE

VII Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 6 w ust. 2 pkt. a) określił wysokość kary umownej za odstąpienie od wykonania umowy.

Pytanie: Pragniemy wskazać, iż w przypadku, kiedy Zamawiający zobligowany jest do stosowania ustawy Pzp (czyli jak w przedmiotowej sprawie), winien znaleźć zastosowanie art. 145 Pzp, który przewiduje jedyną możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.

Podkreślić ponadto należy, iż zastrzeżenie kary umownej z tytułu rozwiązania umowy nie odpowiada literalnemu brzmieniu przepisów 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 (kara umowna). Nadto art. 484 Kc stanowi m.in. iż, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (a z przypadkiem takiej kary wygórowanej mamy do czynienia w zapisach Załącznika nr 5 do SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców).

Pytanie: Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień SIWZ z przepisami obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza ich wykreślenie z projektu umowy - i w jego miejsce wprowadzenie postanowienia regulującego odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku ?

Odpowiedź: NIE.

VIII Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 6 w ust. 2 pkt. c), d), e), f) oraz w paragrafie 8 ust. 4 zastrzega szereg kar umownych.

Wykonawca wskazuje, iż postanowienia siwz 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.

Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej w w/w punkcie siwz 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 różnicowały 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 r.). 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 r.; 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.

Wskazać należy, że wyrażona w art. 3531 k.c. 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 § 6 i 8 wzoru umowy 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 .

Pytanie: Mając na uwadze powyższe, Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o powtórna analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej,
- zmianę wysokości kary umownej określonej we wzorach umowy, co spowoduje zniesienie znamion kary wygórowanej.
- usunięcie ww. kar.

Odpowiedź: Zamawiający w każdym przypadku przed nałożeniem kary umownej przeprowadza postępowanie wyjaśniające z udziałem Wykonawcy.

Wysokość kar oraz zapisy dotyczące kar niczym nie odbiegają od zapisów stosowanych w innych postępowaniach prowadzonych zgodnie Pzp przez OPS Gliwice.

IX Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 1 w punkcie 10 wpisał informację, że nadawanie przesyłek będzie się odbywać w książce nadawczej generowanej z Systemu Obiegu Dokumentów.

Pytanie: Czy książka nadawcza spełnia wymogi ustawy Prawo pocztowe i regulaminy usług Wykonawcy, które są zgodne z tą ustawą?

Odpowiedź: TAK.

X Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 2 w ust. 3 wpisał informację, że: „Rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia może nastąpić jeżeli wykonawca w sposób nierzetelny i nieterminowy świadczy usługi pocztowe”.

Pytanie: Czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie tego zapisu lub modyfikację i dopisanie sformułowanie: „po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej z Wykonawcą”? Zapisy zawarte w tym paragrafie nie są jednoznaczne i nie pozwalają Wykonawcy na ustosunkowanie się do nich.

Odpowiedź: *Zamawiający dopuszcza modyfikację i dopisanie sformułowania: „po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej z Wykonawcą”.*

XII Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 8 w punkcie 2 wpisał informację o przedstawianiu na każde żądanie Zamawiającego oświadczeń dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i zaświadczenia z ZUS. Ponadto w ust. 4 tego paragrafu Zamawiający wpisał informację o karze umownej za nie spełnienie ww. wymagań,

Pytanie: Czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie tych zapisu lub dopisanie informacji o dostarczeniu tych dokumentów w przeciągu 7 dni roboczych. Jest to spowodowane czasochłonnym procesem uzyskania informacji z poszczególnych działów Wykonawcy na co potrzebny jest czas.

Czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie ust. 4 dotyczącego kar?

Odpowiedź: *Zamawiający dopuszcza dopisanie informacji o dostarczeniu dokumentów w przeciągu 7 dni roboczych, jednocześnie nie dopuszcza wykreślenia ust. 4 dotyczącego kar.*

XIII Zamawiający w projekcie umowy- Załącznik nr 3, w paragrafie 6 w ust. 5 wpisał informację, że: „Strony mogą dochodzić odszkodowania do pełnej wysokości szkody”.

Pytanie: Czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie tego zapisu lub modyfikacje na: „odszkodowanie będzie wypłacane zgodnie z regulacjami zapisanymi w Prawie pocztowym lub regulaminami usług Wykonawcy”?

Zapis, który wpisał do projektu umowy Zamawiający nie ma umocowania w aktach na podstawie jakich będzie realizowana umowa (na te akty powołuje się sam Zamawiający w ww. projekcie umowy w paragrafie 1 ust. 4) i wykracza poza zapisane w nich regulacje.

Odpowiedź: *NIE*

Powyższe zmiany zostają ujęte w zmodyfikowanej umowie oraz informacji o zmianie ogłoszenia.

DYREKTOR
Ośrodka Pomocy Społecznej
w Gliwicach

Brygida Janikowska

INSPEKTOR
ds. zamówień publicznych
Dorota Kaczmarek
Dorota Kaczmarek

KIEROWNIK
Działu Kadr i Organizacji
mgr Jazmina Such
mgr Jazmina Such

