Sochaczew, dnia 8 grudnia 2017 roku

ZARZĄD POWIATU
w Sochaczewie
96-500 Sochaczew, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 65

**Wykonawcy według rozdzielnika**

Znak sprawy: **ZP.272.PU.18.2017**

Dotyczy: **zapytania ofertowego na „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Starostwa Powiatowego w Sochaczewie w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania do każdego miejsca w kraju i za granicą przesyłek listowych i paczek pocztowych w 2018 roku"**

W związku z ogłoszeniem zapytania ofertowego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Starostwa Powiatowego w Sochaczewie w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania do każdego miejsca w kraju i za granicą przesyłek listowych i paczek pocztowych w 2018 roku sygn. postępowania: ZP.272.PU.18.2017, XXXXXXX [podmiot składający zapytanie] w Siedlcach zwraca się z uprzejmą prośbą o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

Zamawiający w odpowiedzi na zapytania skierowane przez jednego z Wykonawców, przekazuje następujące wyjaśnienia:

**Pytanie 1:**

Zamawiający w pkt. II.5 Opisu Przedmiotu *Zamówienia określa termin płatności faktury VAT do 21 dni od daty ich wpływu do siedziby Zamawiającego*, a *w paragrafie 6, pkt. 6 Zamawiający wskazuje: Należności wynikające z prawidłowo wystawionych faktur VAT Zamawiający regulować będzie przelewem na konto wskazane na fakturze w terminie do 30 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury. Natomiast w paragrafie 6, pkt. 8 Zamawiający wskazuje.: „*Za dzień zapłaty Strony uznają datę zlecenia przelewu bankowego".

Wykonawca informuje, iż faktury za usługi pocztowe wystawiane są za pośrednictwem scentralizowanego systemu informatycznego, którego wymogi określają takie kryteria jak termin wystawienia faktury, datę wysłania faktury do klienta, jak również termin płatności będący w ścisłej zależności z terminami sporządzanie faktury. Termin płatności faktury od daty wystawienia z tytułu świadczonych usług został wprowadzony ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu fakturowania wykonawcy. Takie rozwiązanie daje możliwość oszacowania terminów wpływu środków oraz opóźnień w ich płatnościach.

Wobec powyższego Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację powołanych powyżej warunków określonych przez Zamawiającego:

*„Wszelkie rozliczenia wynikające z realizacji niniejszej umowy, w tym wystawiania faktur VAT, dokonywane będą w terminie do 7 dni od zakończenia okresu rozliczeniowego.*

*Należności wynikające z faktur VAT, Zamawiający regulować będzie przelewem na konto wskazane na fakturze w terminie 14 dni od daty jej wystawienia. Za dzień zapłaty uznaje się dzień uznania rachunku bankowego poczty".*

**Odpowiedź 1:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu. Termin 30 dni będzie liczony od momentu doręczenia faktury do Zamawiającego, a za datę zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.

**Pytanie 2:**

**Projekt umowy §7 ust. 3.1 stanowiący załącznik nr 4 do ZO dotyczący kar umownych.**

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 zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. $353^1$ 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 umownych.[1] 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 pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają także przepisy o charakterze imperatywnym.*

---

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

- 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 współżycia 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 unormowanie art. 353[1] 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 współżycia 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 współżycia 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 prowadziłoby 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, 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.*

Należy również podkreślić, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Takie stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt VCSK 385/2007), zgodnie z którym *roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.*

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.

Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. 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..

**Odpowiedź 2:**

Zamawiający nie wyraża zgody na obniżenie kar umownych. Pozostają one na poziomie 10% wynagrodzenia za wykonanie niniejszej usługi. Przyjęte przez Zamawiającego regulacje nie odbiegają od przyjętych w tym zakresie standardów. Wcześniej Zamawiający stosował kary umowne w wysokości 20% i wskutek zapytań w poprzednich postępowaniach, obniżył ten próg do poziomu 10%.

**Pytanie 3:**

Wykonawca zwraca się z prośbą o wskazanie szczegółowych definicji stref określonych w pozycjach dotyczących przesyłek pocztowych w obrocie zagranicznym w tabeli Formularza cenowego.

Wykonawca wskazuje prawidłowe określania stref dla krajów europejskich oraz pozaeuropejskich, których Zamawiający planuje nadawać przesyłki:

A- Albania, Andora, Austria, Belgia, Białoruś, Bułgaria, Czarnogóra, Chorwacja, Cypr, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Gibraltar, Grecja, Gurnesey(Wyspa), Hiszpania i Wyspy Kanaryjskie, Holandia, Irlandia (Eire), Islandia, Izrael, Jersey, Liechtenstein, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Macedonia, Malta, Mołdawia (Mołdowa), Monako, Niemcy, Norwegia, Owcze Wyspy, Portugalia z Azorami i Maderą, Rosja, Rumunia, San Marino, Serbia, Słowacja, Słowenia, Szwajcaria, Szwecja, Turcja, Ukraina, Watykan, Węgry, Wielka Brytania i Irlandia Północna oraz Wyspa Man Włochy.

B- Algeria, Benin (ex Dahomej), Bermudy, Burkina Faso, Czad, Dżibuti, Egipt, Etiopia, Gambia, Ghana, Grenlandia, Gwinea (Republika), Kanada, Kenia, Kongo (Republika Demokratyczna d.Zair), Malawi, Mali, Maroko, Mauritius, Majotta (wyspa), Meksyk, Niger, Nigeria, Republika Południowej Afryki, Republika Środkowoafrykańska (Centrafrique), Senegal, Seszele, Sierra Leone, Stany Zjednoczone Ameryki (USA), Suazi (Swaziland), Święty Piotr i Miquelon, Tanzania, Togo, Tunezja, Uganda, Wybrzeże Kości Słoniowej, Zambia, Zimbabwe.

C- Anguilla, Antyle Holenderskie, Arabia Saudyjska, Argentyna, Armenia, Aruba, Azerbejdżan, Bahamy, Bahrajn, Bangladesz, Barbados, Bhutan, Boliwia, Brazylia, Brunei-Darussalam, Chile Chińska Republika Ludowa, Ekwador, Filipiny, Gruzja, Gujana, Gujana Francuska Gwadelupa, Hongkong, Indie, Indonezja, Irak, Iran, Japonia, Jordania, Kajmany, Katar, Kazachstan, Kirgistan, Kolumbia, Korea (Republika), Kuba, Kuwejt, Makau (Makao), Malediwy, Malezja, Martynika, Oman, Pakistan, Panama, Peru, Singapur, Sri Lanka, Syria, Święta Łucja, Tadżykistan, Tajlandia, Tajwan, Trynidad i Tobago, Turkmenistan, Urugwaj, Wietnam, Zjednoczone Emiraty Arabskie. Australia, Nowa Zelandia, Salomona Wyspy, Vanuatu.

**Odpowiedź 3:**

Zamawiający, ze względu na znikomą ilość nadań w tej kategorii, nie będzie wydzielał stref – należy podać jedną cenę za nadawanie przesyłek zagranicznych.

**Pytanie 4:**

Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie i wyraźne określenie czy pozycje tabeli Formularza cenowego tzn. Paczki priorytetowe/ekspresowe Zagraniczne Gabaryt A oraz Gabaryt B są przesyłkami paczkowymi powszechnymi czy przesyłkami kurierskimi EMS, o których Zamawiający mówi w Opisie Przedmiotu Zamówienia?

**Odpowiedź 4:**

Należy podać ceny za przesyłki paczkowe powszechne.

**Pytanie 5:**

Załącznik nr 4 do ZO Projekt Umowy § 10 pkt.3

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

3. Strony ustalają, że spory wynikające z realizacji niniejszej umowy, rozstrzygać będzie Sąd Powszechny właściwy dla siedziby Wykonawcy.

**Odpowiedź 5:**

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację. Sądem właściwym dla rozstrzygania sporów będzie sąd powszechny siedziby Zamawiającego.

**Pytanie 6:**

Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia opisuje przesyłki listowe jako przesyłki polecone ekonomiczne i polecone piorytetowe. Czy Zamawiający może potwierdzić, że w odniesieniu do zachowania wskaźników terminowości doręczeń jako przesyłki najszybszej kategorii należy rozumieć przesyłki doręczane w deklarowanym terminie D+1, a przesyłki nie będące przesyłkami najszybszej kategorii to przesyłki doręczane w deklarowanym terminie D+4? Gdzie „D" tj. dzień przyjęcia, przemieszczenia i doręczenia przesyłki, a „n" oznacza liczbę dni, które upłynęły od dnia nadania przez Zamawiającego do dnia doręczenia przesyłki. Powyższe jest zgodne z ogólnie stosowanymi standardami terminowości doręczeń przesyłek pocztowych w

obrocie krajowym przez operatorów pocztowych, zatwierdzonymi przez Ministra Administracji i Cyfryzacji w rozporządzeniu z dnia 29 kwietnia 2013 r. (poz. 545).

**Odpowiedź 6:**

Dla wskaźników terminowości będą przyjmowane terminy wskazane w sposób opisany przez Wykonawcę – zgodnie z polskimi regulacjami prawnymi.

**Pytanie 7:**

Projekt umowy, § 6 pkt.9

Czy Zamawiający dopuszcza dodanie do punktu 9 brzemienia:

Wykonawca informuje, że w trakcie trwania umowy na podstawie przepisów Ustawy Prawo Pocztowe ceny usług pocztowych mogą ulec zmianie zarówno w górę jak i w dół. Zmiany te zatwierdzane są każdorazowo przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Poczta Polska S.A. oraz Klienci korzystający z usług pocztowych zobowiązani są do przestrzegania zapisów Ustawy Prawo Pocztowe.

W związku z powyższymi Wykonawca wnosi o dodanie w **§ 6 pkt. 11** o treści:

„W przypadku zmiany przepisów, *nastąpi zmiana cen jednostkowych pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztowe.*"

**Odpowiedź 7:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanej zmiany. Wybór Wykonawcy jest realizowany na zasadach komercyjnych, a ustalenie cen jednostkowych odbywa się w toku przeprowadzonej procedury, co daje możliwość złożenia oferty z cenami niższymi, niż wynikające z taryfy.

Z poważaniem,