

Sochaczew, dnia 27 grudnia 2019 roku

Wykonawcy według rozdzielnika

Znak sprawy: **ZP.272.PU.24.2019**

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 2020 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 2020 roku sygn. postępowania: ZP.272.PU.24.2019, 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 30 dni od dnia wystawienia faktury, jednakże w terminie nie krótszym, niż 14 dni od daty ich wpływu do siedziby Zamawiającego. Za datę zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego 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 ich wystawienia, jednakże w terminie nie krótszym, niż 14 dni od daty ich wpływu do siedziby Zamawiającego. 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 sporządzania 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.

Pragniemy również 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 zobowiązań cywilnoprawnych zasadą jest, że zapłata dokonana jest dopiero z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje m.in. prawidłowe monitorowanie rozliczania stron.

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 pozostawia zapisy dotyczące płatności bez zmian. Z treści tych zapisów wynika, że płatności odbywać się będą w terminach, które nie naruszają jakichkolwiek przepisów prawa, a termin 30 – dniowy jest bardzo często wykorzystywanym terminem w płatnościach profesjonalnych i nie powinien w żaden sposób wpływać na kondycję finansową wykonawcy. Zamawiający nie może brać pod uwagę systemu fakturowania wdrożonego przez wykonawcę i dostosowywać swoich zasad pod tego rodzaju potrzeby. Zamawiający może wyrazić zgodę na 14 – dniowy termin płatności, liczony od dostarczenia faktury do siedziby Zamawiającego, jeżeli faktury za usługi będą wpływać w taki sposób, że termin ten da radę potwierdzić (np. listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru). Warunki rozliczeń bankowych nie ulegają zmianie. Przy płatnościach krajowych, transakcje płatnicze odbywają się w ten sam dzień, a najpóźniej w następnym dniu roboczym.

Pytanie 2

Projekt umowy §7 ust. 5 stanowiący załącznik nr 4 do ZO dotyczący kar umownych.

Zamawiający w § 7 wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) 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 – 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 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 § 7 ust. 1 pkt 2b) 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. 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 wyrażona 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 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 § 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 powtórna analizę przedstawionych powyżej kwestii i – uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Odpowiedź 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na obniżenie kar umownych, gdyż kara na poziomie 1% jest i tak bardzo niska i odzwierciedla propozycje wykonawcy złożone w postępowaniu na 2019 rok. Wcześniej Zamawiający stosował kary umowne w wysokości 20% i wskutek zapytań w poprzednich postępowaniach, obniżył ten próg do poziomu 10%. Kara przewidziana jest tylko w sytuacji rozwiązania umowy, czyli w sytuacji gdy dojdzie do ciężkich naruszeń ze strony Wykonawcy w realizacji umowy. Kara w takiej wysokości i tak jest niewspółmiernie niska w stosunku do trudności dla Zamawiającego pozbawionego możliwości skutecznego dostarczenia korespondencji w myśl wymogów polskiego prawa lub konieczności korzystania z alternatywnych form doręczeń (korzystanie z gońca lub zlecenie usług firmom kurierskim) w braku alternatywnego wykonawcy na rynku usług pocztowych. Wskazywanie, że Zamawiający rażąco narusza zasady zamówień publicznych jest nie na miejscu, a informowanie, że pozostawienie bieżących zapisów uniemożliwi złożenie oferty stanowi przejaw ze strony wykonawcy posiadania pozycji monopolisty na rynku i może stanowić podstawę do złożenia zawiadomienia do UOKiK w tym zakresie.

Pytanie 3

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 właściwy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Odpowiedź 3:

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

Pytanie 4

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 Pocztove 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 Pocztove.

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 Pocztove.”

Odpowiedź 4:

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. Wyrażanie zgody na tego typu zapisy stawia pod znakiem zapytania celowość prowadzenia postępowania, które sprowadzałoby się do akceptacji warunków stosowanych przez wykonawcę posiadającego w większości rodzajów opisanych w załączniku usług pozycję monopolistyczną.

Pytanie 5

Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie i wyraźne określenie czy pozycje tabeli Formularza cenowego poz. 18 i 19 tzn. *Paczki rejestrowane... .ze szczególną zawartością: przedmioty łatwo tłukące się, płyny, szkło, rzeczy kruche i łamliwe itp., dotyczy przesyłek Pocztex Ekspres 24, ponieważ opis powyższych przesyłek nie spełnia parametrów usług powszechnych. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o doprecyzowanie zapisów o parametrach przesyłek.*

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację pkt. w sposób następujący:

3. Strony ustalają, że spory wynikające z realizacji niniejszej umowy, rozstrzygać będzie Sąd właściwy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Odpowiedź 5:

Dotyczy to usług o parametrach stosowanych przez firmy kurierskie (w tym np. Pocztex).

Z poważaniem,

DYREKTOR
Wydziału Zamówień Publicznych
i Pozyskiwania Środków Zewnętrznych

Ireneusz Góralczyk