

WOJEWÓDZKI SĄD ADMINISTRACYJNY W GLIWICACH

ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 2 44-100 Gliwice * tel. 32/238-98-30 * fax. 32/332-13-96

Adm/233/1/18

Gliwice, 26 listopada 2018 r.

Do wszystkich Wykonawców
nr sprawy Adm/233/1/18

dot.: postępowania na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych wraz z usługą odbioru korespondencji od Zamawiającego.

Wyjaśnienie treści SIWZ

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach, działając zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), wyjaśnia treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych wraz z usługą odbioru korespondencji od Zamawiającego, które wpłynęły do 23 listopada 2018 r.

Pytanie 1

„1. Zamawiający w Załączniku nr 5 do SIWZ „Umowa” par. 6 ust. 1 i 5 oraz SIWZ w punkcie 12.4 wpisał informację, że: „Cena jednostkowa określona przez Wykonawcę jest ostateczna.... i zostanie ustalona na cały okres trwania umowy”.

Wykonawca jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia (na co wskazuje sam Zamawiający w SIWZ) nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Art. 53 i nast. 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, w świetle postanowień zawartych we wzorze umowy, 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 ciężące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Ponadto zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Zamawiający w SIWZ nie przewidział możliwości zmiany umowy we wskazanych przypadkach.

Pytanie: Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę treści SIWZ poprzez dodanie postanowień o następującym brzmieniu: „Strony przewidują możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących przypadkach:

a) gdy nastąpi zmiana wysokości obowiązujących stawek podatku VAT dotyczących usługi lub usług należących do przedmiotu umowy, Strony dopuszczają możliwość zmiany cen jednostkowych, odpowiednio, tej usługi lub usług, w zakresie odpowiadającym zmianie wysokości stawki podatku VAT. W powyższym przypadku Zamawiający zobowiązuje się do

uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT,

b) w przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę powszechnie obowiązujących w jego działalności nowych cen usługi lub usług należących do przedmiotu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany cen jednostkowych, odpowiednio tej usługi lub usług pod warunkiem ich zaakceptowania przez Zamawiającego, a w przypadkach gdy jest to wymagane obowiązującymi przepisami prawa, również pod warunkiem wcześniejszego zatwierdzenia nowych cen usługi lub usług przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w innej formie dopuszczonej przez Prawo Pocztove. W powyższym przypadku Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT”?”.

Odpowiedź 1

Postanowienia dotyczące zmiany wysokości obowiązujących stawek podatku VAT są ujęte w § 12 ust. 5 załącznika nr 5 do SIWZ. Operator wyznaczony ma możliwość stosowania taryf specjalnych - art. 54 ustawy Prawo pocztowe - w związku z czym Zamawiający nie zmienia zapisów SIWZ.

Pytanie 2

„2. Zamawiający w Załączniku nr 5 do SIWZ - „Umowa”, w par. 2. pkt. 7 zaznaczył, że wszelkie oznaczenie przesyłek musi być dostarczone przez Wykonawcę.

Pytanie: Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie tego zapisu? Wykonawca dostarcza Zamawiającemu wzory oznaczeń na przesyłkach, jest także jest możliwość nadrukowania wymaganych oznaczeń przez program informatyczny do wysyłki korespondencji. Zapewnienie Zamawiającemu np. pieczątki niesie za sobą dodatkowe koszty finansowe dla Wykonawcy.”

Odpowiedź 2

Zamawiający rozumie przez to pozostałe oznaczenia Wykonawcy, nie stanowiące znaku opłaty oraz identyfikacji umowy według wzoru przekazanego przez Operatora.

Pytanie 3

„3. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ - Wzór Formularza Oferty. Załączniku nr 5 do SIWZ - „Umowa”, w par. 3 ust. 2 i 3 wpisał terminy dotyczące doręczania przesyłek listowych i kurierskich oraz termin zwrotu potwierdzeń odbioru.

Pytanie 1: Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację treści tego punktu na zgodne z postanowieniami dotyczącymi terminów doręczania przesyłek pocztowych, które zostały uregulowane Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013r, poz. 545), wydanego na podstawie ustawy Prawo Pocztove, zgodnie z zapisami której będą realizowane usługi.

Pytanie 2: W przypadku przesyłek kurierskich czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisu na „zgodnie z regulaminem usługi”.”

Odpowiedź 3

Zamawiający nie może ograniczać kręgu wykonawców do operatora wyznaczonego, w związku z czym Zamawiający nie zmienia zapisów SIWZ. Postanowienia dotyczące przesyłek kurierskich są ujęte w § 5 ust 1 załącznika nr 5 do SIWZ. Z postanowień tych wynika, że do przesyłek kurierskich mają zastosowanie zapisy „Regulaminu świadczenia usług pocztowych Wykonawcy”.

Pytanie 4

„4. Zamawiający w SIWZ ust. 3.16 3.17 oraz Załączniku nr 5 do SIWZ- „Umowa”, w par. 7 w ust. 2 wpisał szereg kar umownych.

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 naczelnych 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 w w/w punkcie 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 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 §7 ust. 2 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 powtórny 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 poprzez odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych,
- wykreślenie §8 ust. 2 jako przepisów umownych dających prawo Zamawiającemu do nałożenia kar umownych w przypadkach nienależytego wykonania umowy, które są całkowicie niezależne od działania Wykonawcy co stanowi rażące naruszenie zasady konkurencyjności oraz równouprawnienia stron stosunku cywilnoprawnego.”

Odpowiedź 4

Konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego jest ujęta w § 7 ust 3 załącznika nr 5 do SIWZ. Zamawiający nie zamieścił § 8 ust. 2 w załączniku nr 5 do SIWZ.

Pytanie 5

„5. Zamawiający w SIWZ ust. 3.16 3.17 oraz Załączniku nr 5 do SIWZ- „Umowa”, w par. 7 w ust. 2 pkt. 3) określił wysokość kary umownej za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zamawiający określił wysokość kary za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Jednocześnie w par. 10 określił przypadki nienależytego wykonania umowy oraz zastrzegł możliwość rozwiązania umowy za jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia.

Pytanie: Czy w związku z powyższym Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie kar umownych za rozwiązanie umowy?”

Odpowiedź 5

Zapisy pkt 3.16, 3.17 SIWZ nie określają kar umownych za rozwiązanie umowy. Wysokość kary umownej za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy określa § 7 ust. 2 pkt 3) załącznika numer 5 do SIWZ. Na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa

pocztowego do odpowiedzialności operatorów pocztowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Projekt umowy w § 7 ust. 2 pkt 3 określa karę umowną w przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Sformułowanie to jest precyzyjne, a kara umowna jest adekwatna do stopnia nienależytego wykonania zobowiązania. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie zmieni zapisów SIWZ.

Pytanie 6

„6. Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ „Umowa” 5 2 pkt. 4 określił zasady adresowania przesyłek.

Pytanie: Czy Zamawiający zobowiązuje się również do naniesienia na kopercie, w miejscu opłaty pocztowej, znaku opłaty oraz identyfikacji umowy według wzoru przekazanego przez Operatora? Powyższe wynika z Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, (Dz. U. z 2013r., poz. 545) oraz z ustawy Prawo Pocztove. Czy zatem Zamawiający dopuszcza zmianę treści powyższego zapisu w celu jego doprecyzowania?”

Odpowiedź 6

Zamawiający zobowiązuje się do naniesienia na kopercie, w miejscu opłaty pocztowej, znaku opłaty oraz identyfikacji umowy według wzoru przekazanego przez Operatora. Zamawiający zakłada, że znak opłaty oraz identyfikacja umowy stanowią część informacji określającej rodzaj przesyłki, w związku z czym nie ma konieczności modyfikacji SIWZ.

Pytanie 7

7. Zamawiający w formularzu oferty Załącznik nr 1 do SIWZ pkt. 1 uwzględnił potwierdzenie odbioru dla przesyłek zagranicznych poleconych.

Pytanie: Czy Zamawiający wyraża zgodę aby świadczenie usługi Potwierdzenia Odbioru w obrocie zagranicznym odbywało się do krajów nie wykluczonych w cenniku usług Wykonawcy (obecnie usługa Potwierdzenia Odbioru do przesyłek listowych nie jest świadczona do Brazylii, Danii, Anglii i Irlandii Płn.).”

Odpowiedź 7

Zamawiający wyraża zgodę aby świadczenie usługi Potwierdzenia Odbioru w obrocie zagranicznym odbywało się do krajów nie wykluczonych w cenniku usług Wykonawcy. Zamawiający działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), zmieni treść SIWZ. Zmiany treści SIWZ zostały ujęte w odrębnym piśmie, zamieszczonym zgodnie z art. 38 ust. 4.

Pytanie 8

„8. Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ oczekuje wykazu placówek pocztowych wykonawcy zlokalizowanych w województwie śląskim.

Pytanie: Czy w związku z tym, że placówki Wykonawcy są dostępne na stronie internetowej Wykonawcy, czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie załącznika nr 6 do SIWZ? Ewentualnie czy Zamawiający dopuszcza wykazanie placówek zlokalizowanych na terenie miasta Gliwice?”

Odpowiedź 8

Zamawiający zmieni zapisy załącznika nr 6 do SIWZ. Zamawiający działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), zmieni treść SIWZ. Zmiany treści SIWZ zostały ujęte w odrębnym piśmie, zamieszczonym zgodnie z art. 38 ust. 4.

Zamawiający przedłuża terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Termin składania ofert upływa w dniu 29 listopada 2018 r. o godz. 12:00.

DYREKTOR
Garncał
Stanisław Garncał

