

Pytania Wykonawcy oraz stanowisko Zamawiającego odnośnie pytań w zapytaniu ofertowym: „Świadczenie usług pocztowych dla Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych i kurierskich oraz paczek. (ID 408861).

Cytuję za Wykonawcą:

PYTANIE NR 1:

Zamawiający w § 7 wzoru umowy (Załącznik nr 1) 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. 2 i 6 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. Przewidziane w § 8 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 powtórny analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez ich wykreślenie i odwołanie się wyłącznie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych wskazanych w § 2 ust. 2 wzoru umowy

Wykonawca nadmienia, iż w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia odpowiada zgodnie z zapisami Ustawy Prawo Pocztove z aktami wykonawczymi.

ODPOWIEDŹ NR 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę warunków umowy w zakresie kar umownych § 7 wzoru umowy w przedmiotowym postępowaniu.

PYTANIE NR 2:

Wykonawca wnosi o dostosowanie definicji paczki pocztowej zgodnie z ustawą Prawo pocztowe – „paczka pocztowa – przesyłkę rejestrowaną, niebędącą przesyłką listową, o masie do 20 000 g i wymiarach:” Podana waga 30 kg nie dotyczy usługi powszechnej.

ODPOWIEDŹ NR 2:

Zamawiający dokonuje zmiany w Opisie przedmiotu zamówienia w zakresie definicji paczki pocztowej. Skutkiem wyżej wymienionej zmiany jest zaktualizowany Zał. nr 2 do umowy - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia II.

PYTANIE NR 3:

Wykonawca wnosi o sprecyzowanie zapisów dotyczących wyceny przesyłek:

a/ LP VI – opłata za zwroty przesyłek rejestrowanych krajowych, Wykonawca wnosi o podanie ilości przesyłek zwracanych w podziale na formaty (S,M,L) lub wykreślenie pozycji

b/ tytuł przesyłki listowe zagraniczne zawiera oznaczenie formatów, które w obrocie zagranicznym nie występują, Wykonawca wnosi o wykreślenie,

c/ l.p. VII od 01.09.2020 z cennika zostały usunięte przesyłki nierejestrowane zagraniczne, Wykonawca wnosi o wykreślenie pozycji lub zamianę na przesyłki nierejestrowane priorytetowe,

d/ l.p. VIII od 01.09.2020 z cennika zostały usunięte przesyłki nierejestrowane zagraniczne, Wykonawca wnosi o wykreślenie pozycji lub zamianę na przesyłki nierejestrowane priorytetowe, oraz podanie konkretnej strefy dla krajów pozaeuropejskich

e/ l.p. XV opłata za zwroty przesyłek rejestrowanych zagranicznych, Wykonawca wnosi o podanie ilości przesyłek zwracanych w podziale na formaty (S,M,L) lub wykreślenie pozycji,

f/ l.p. XVIII – dopłata za każdy kg powyżej 5 kg, Wykonawca wnosi o usunięcie punktu „XVIII” (Dopłata za każdy kg powyżej 5 kg) i dodanie kolejnych przedziałów wagowych

dla przesyłek kurierskich wskazanych w pkt. „XVI” i „XVII” kol. 2, przy zachowaniu maksymalnej masy dla przesyłek kurierskich, która wynosi 50kg. Jest to podyktowane tym, że cennik dla przesyłek kurierskich nie przewiduje dopłaty za każdy kg powyżej 5kg a cena jest uzależniona m.in. od faktycznej masy przesyłki, która kwalifikuje się do konkretnego przedziału wagowego (np. do 5kg, ponad 5kg do 10kg, ponad 10kg do 20kg, ponad 20kg do 30kg, ponad 30kg do 50kg)

g/ l.p. XIX – opłata za zwrot uzależniona jest od wagi przesyłek, Wykonawca wnosi o podanie ilości w rozbiciu na kategorie wagowe lub wykreślenie pozycji zgodnie z zapisami iż usługi niewymienione w zestawieniu podlegają cennikom Wykonawcy

h/ l.p. XX Wykonawca wnosi o sprecyzowanie czy paczki krajowe mają mieć gabaryt A czy B od tego uzależniona jest cena przesyłek.

i/ L.p. XX,XXI,XXII, XXIII, XXIV poz.5 Wykonawca wnosi o wykreślenie albowiem paczka pocztowa nie może przekraczać określonych ustawowo wymiarów i nie występuje w tym przypadku dopłata.

j/ lp. XXIII, XXIV w obrocie zagranicznym nie ma podziału na gabaryty paczek i pozycję się dublują Wykonawca wnosi o połączenie pozycji oraz podanie dokładnej strefy do której mają być kierowane (10,11,12,13,20,30,40) od której uzależniona jest wysokość opłaty oraz rozbiciu podanych przedziałów wagowych na odstępy kilogramowe.

ODPOWIEDŹ NR 3:

Zamawiający dokonał istotnych zmian w załączniku nr 3 do umowy - Zestawienie cenowe poprzez sprecyzowanie zapisów dotyczących wyceny przesyłek we wszystkich wskazanych punktach w pytaniu nr 3. Skutkiem wyżej wymienionej zmiany jest zaktualizowany Zał. nr 3 do umowy – Zestawienie cenowe II.

PYTANIE NR 4:

Wykonawca wnosi o informację czy Zamawiający przewidział dokument- formularz ofertowy, który stanowi zał. Nr 1 do oferty, czy wystarczy fakt złożenia oferty przez platformę?

ODPOWIEDŹ NR 4:

Zamawiający wymaga złożenia ofert przez Wykonawców poprzez formularz elektroniczny dostępny na platformie zakupowej przedmiotowego postępowania.