

Lubin, dnia 19 listopada 2018r.

BZP.271.3.10.8.2018

wg rozdzielnika

Zamawiający udziela odpowiedzi na złożone zapytania w dniu 16 listopada 2018r. do zamówienia na usługę społeczną pn.: „**Świadczenie usług pocztowych wykonywanych w obrocie krajowym i zagranicznym**” opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego <http://www.bip.um-lubin.dolnyslask.pl/index,idmp,112,r,r> w dniu 2018-11-08.

#### ZAPYTANIE NR 1

Dotyczy rozdziału VII pkt. 7.7 opisu przedmiotu zamówienia

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu na „Wykonawca zobowiązany będzie do odbioru korespondencji z siedziby Nadawcy 5x w tygodniu od poniedziałku do piątku w godzinach od 14.00 do 14.30. W przypadku gdy sobota będzie dniem pracującym, wówczas Wykonawca zobowiązany będzie do odbioru korespondencji również w tym dniu, po ówczesnym uzgodnieniu możliwości z Wykonawcą”

#### ODPOWIEDŹ NR 2

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisu w Załączniku Nr 2 - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - Rozdział VII pkt 7.7, który otrzymuje nowe brzmienie:

„Wykonawca zobowiązany będzie do odbioru korespondencji z siedziby Nadawcy 5x w tygodniu od poniedziałku do piątku w godzinach od 14.00 do 14.30. W przypadku gdy sobota będzie dniem pracującym, wówczas Wykonawca zobowiązany będzie do odbioru korespondencji również w tym dniu, po uprzednim uzgodnieniu możliwości z Wykonawcą”.

#### ZAPYTANIE NR 2

Dotyczy § 2 wzoru Umowy

Czy Zamawiający dokona zmiany zapisów w ten sposób w ten sposób, że uwzględni fakt, iż 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 Wykonawca realizując zamówienie 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 ciążące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Czy Zamawiający dopuszcza rozwinięcie zapisów dotyczących zmian cen poprzez nadanie mu następującego brzmienia: "Zamawiający wyraża zgodę na zmianę wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany „cen jednostkowych brutto” w poszczególnych pozycjach wpisanych przez

Wykonawcę w Formularzu cenowym 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.

Zaistnienie ww. okoliczności nie wymaga aneksowania. Wykonawca powiadomi Zamawiającego o wejściu w życie nowego cennika usług powszechnych; nowe ceny będą obowiązywały od dnia wejścia w życie nowych cen usług powszechnych."

### **ODPOWIEDŹ NR 2**

**Zamawiający podtrzymuje odpowiedź zawartą w piśmie z dnia 16 listopada 2018r.  
Nr pisma - BZP.271.3.10.5.2018**

### **ZAPYTANIE NR 3**

Dotyczy § 4 ust. 2 wzoru Umowy

Wykonawca wnosi o wykreślenie wskazanego ustępu Wzoru Umowy bowiem wynagrodzenie za usługi oraz jej maksymalna wysokość jest określona w ust. 1, a rozszczenia z tytułu wykonania umowy to dwa różne zagadnienia.

### **ODPOWIEDŹ NR 3**

**Zamawiający podtrzymuje odpowiedź zawartą w piśmie z dnia 16 listopada 2018r.  
Nr pisma - BZP.271.3.10.5.2018**

### **ZAPYTANIE NR 4**

Dotyczy § 8 pkt. 3 wzoru Umowy

Wykonawca zwraca uwagę na zbyt wygórowane kary umowne. Szczególnie w powiązaniu z brakiem wiedzy o szacunkowym wolumenie, na podstawie którego Wykonawca, przy kalkulacji oferty, oszacuje poziom ryzyka. Poziom kart umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do podstaw 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. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej Umowy sprawia, iż 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.

- 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 współzycia 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. 3531 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 1132113; 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 współzycia 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 współzycia 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 prowadziłyby 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 w skutek 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 współzycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów i zasady współzycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturalnym 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 potencjalnie ryzyko związane z naliczeniem kar umownych w kalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia.

Wykonawca pragnie ponadto zwrócić uwagę Zamawiającego na zasadę równości stron. Zasada ta jako jedna z podstawowych zasad prawa cywilnego, gwarantuje równość uprawnień i obowiązków spoczywających na każdej ze stron zawartej Umowy, względnie żadna ze stron Umowy nie osiąga na gruncie postanowień Umowy pozycji nadrzędnej względem drugiej strony.

Treść Umowy cywilnoprawnej jest kształtowana z zachowaniem zasady swobody umów wyrażonej w art. 3531 k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Przejawem zasady równości stron Umowy jest zatem możliwość kształtowania treści toczącego je stosunku zobowiązaniowego, z granicami określonymi przez naturę stosunku toczącego strony, przepisy prawa lub zasady współzycia społecznego.

Działania Zamawiającego nie mogą w tym wypadku być nacechowane zupełną dowolnością. W świetle powyższych interpretacji Wykonawca wnosi o dostosowanie sił przez Zamawiającego do zasady równości stron w prowadzonym postępowaniu i dostosowanie zapisów do tej zasady.

Mając na uwadze zapis § 1 ust. 4, tj. „Nadawca zastrzega, że rzeczywiste ilości będą wynikać z aktualnych potrzeb i mogą odbiegać w górę lub w dół od ilości podanych przez Nadawcę. Określone rodzaje i ilości poszczególnych przesyłek w ramach świadczonych usług mogą ulec zmianie w zależności od potrzeb Nadawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę i nie będzie dochodził roszczeń z tytułu zmian ilościowych rodzajowych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Zmniejszenie lub zwiększenie ilości poszczególnych rodzajów przesyłek w ramach kwoty brutto określonej w § 4 pkt. 1 umowy, nie stanowi zmiany umowy.” Zamawiający nie jest w stanie wskazać kwoty kary.

Wykonawca wnosi o sformułowanie zapisu w taki sposób, aby uwzględniał tak przysługujące Zamawiającemu rekompensaty finansowe z tytułu nienależytego wykonania usług wynikające z regulaminów świadczenia usług Wykonawcy, jak i możliwość oceny ryzyka przy sporządzaniu kalkulacji przez Wykonawcę.

#### **ODPOWIEDŹ NR 4**

**Zamawiający podtrzymuje odpowiedź zawartą w piśmie z dnia 16 listopada 2018r.  
Nr pisma - BZP.271.3.10.5.2018**

#### **ZAPYTANIE NR 5**

Dotyczy § 9 ust. 1 lit. C wzoru Umowy

Wykonawca wnosi o precyzyjne wskazanie, że ceny usług będą tożsame z określonymi w niniejszej umowie. Określenie cen jako „nie wyższych” jest niejednoznaczne.

### ODPOWIEDŹ NR 5

Zamawiający podtrzymuje odpowiedź zawartą w piśmie z dnia 16 listopada 2018r.  
Nr pisma - BZP.271.3.10.5.2018r.

### ZAPYTANIE NR 6

Dotyczy § 11 ust. 1 pkt. 2 wzoru Umowy

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu na: „Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie 7 dni od dowiedzenia się o przyczynie uzasadniającej odstąpienie, tj. jeżeli Nadawca nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty jednej faktury pomimo dodatkowego wezwania do zapłaty wystawionego na piśmie” bowiem powstanie 3 miesięcznej zaległości byłoby krzywdzące dla Wykonawcy.

### ODPOWIEDŹ NR 6

Zamawiający podtrzymuje odpowiedź zawartą w piśmie z dnia 16 listopada 2018r.  
Nr pisma - BZP.271.3.10.5.2018

z up. PREZYDENTA MIASTA

Tomasz Kulesza  
Naczelnik Wydziału