

Oznaczenie sprawy: Or.271.9.2017

Mietków, dnia 20.12.2017 r.

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy Zapytania ofertowego na *świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym*

W związku z wniesieniem zapytań dotyczących przedmiotu powyższego zamówienia, Zamawiający przedstawia treść pytań i udziela pisemnych wyjaśnień:

Pytanie 1:

1. Dotyczy rodz. II pkt 24 Zapytania ofertowego

Zamawiający w rodz. I pkt 24 Zapytania ofertowego wymaga świadczenia usług pocztowych w trybie kpa/ordynacji podatkowej wymagające odrębnego potwierdzenia odbioru. Wykonawca wnosi o bezwzględne potwierdzenie, że będą one zgodne z obowiązującą w tym zakresie Polską Normą PN-T-85005 z grudnia 2000 r., tj.:

czy Zamawiający potwierdza, że wzory w/w druków będą zgodne z Polską Normą PN-T-85005 z grudnia 2000 r., tzn. będą spełniały następujące wymagania:

Wymogi techniczne:

- 1) gramatura papieru: papier offsetowy BD 140 – 200 g/m²
- 2) wymiar druku: minimum 90 x 140 mm (część środkowa, bez listew bocznych)
optymalne wymiary:
 - a) część środkowa, bez listew bocznych - 100 x 140 mm,
 - b) całość druku, tj. część środkowa + listwy boczne - 100 x 160 mm,wszystkie wymiary przyjmuje się z tolerancją 2 mm
- 3) listwy po obu stronach, perforacja pionowa pozwalająca na wyrwanie środkowej części druku bez jego uszkodzenia,
- 4) co najmniej 5 mm pasek kleju gwarantujący przyczepność do różnego rodzaju podłoża w zróżnicowanym zakresie temperatur zabezpieczony osłoną.

Adres nadawcy przesyłki naniesiony w strefie prostokątnej na stronie przedniej druku (awers) w dolnej prawej części w minimalnej odległości:

- 1) 40 mm od górnego brzegu,
- 2) 05 mm od prawego brzegu,
- 3) 15 mm od dolnego brzegu.

Adres adresata przesyłki naniesiony w strefie prostokątnej na stronie przedniej druku (awers) w górnej lewej części.

W pasie 15 mm powyżej dolnej krawędzi strony przedniej druku (awers) oraz z prawej strony danych adresowych nadawcy nie można umieszczać żadnych napisów/nadruków.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że wzory druków potwierdzeń odbioru (w trybie kpa/ordynacji podatkowej) będą zgodne z polską Normą PN-T-85005 z 2000 r.

Pytanie 2:

2. Dotyczy części II pkt 35 Zapytania ofertowego

Wykonawca wnosi o zmianę w rozdz. II pkt 35 terminu płatności na „21 dni od daty wystawienia faktury”.

Wykonawca pragnie zauważyć, iż:

Wykonawca wystawia faktury w czasie rzeczywistym, data wystawienia faktury jest datą po „dacie sprzedaży” (ostatni dzień cyklu rozliczeniowego), Zamawiający będzie więc dokonywał płatności w kolejnym miesiącu rozliczeniowym, a w przypadku terminu 21 dni od daty wystawienia nawet do 2 miesięcy po rozpoczęciu okresu rozliczeniowego, którego dotyczy płatność.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę.

Pytanie 3:

3. Dotyczy załącznika do zapytania ofertowego – wzór umowy w §7 ust. 2 i 4

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. 3531 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 określone 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 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. 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 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 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 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 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. W związku z powyższym proponujemy w załączniku do zapytania ofertowego – wzór umowy w §7 ust. 2 i 4 następujące zapisy:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia określonego w § 4.

4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku nieprzyjęcia przesyłek pocztowych od Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości pięciokrotności wartości opłaty za nieprzyjęte przez Wykonawcę przesyłki zgodnie z książką nadawczą lub zestawieniem ilościowo-wartościowym.

Interes Zamawiającego w wystarczający sposób jest chroniony przez przepisy prawa ogólnie obowiązującego, w tym przede wszystkim Ustawy z dnia 23 listopada Prawo Pocztove oraz Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody. Przepis art. 4 pkt 8 p.z.p. ustanawia próg, od którego obowiązkowe staje się stosowanie przepisów komentowanej ustawy. Istotne jest, aby udzielając zamówień o wartości do 30 000 euro, mieć na uwadze zakaz zaniżania wartości

zamówienia lub wybierania sposobu obliczania wartości zamówienia, aby uniknąć stosowania przepisów ustawy (znowelizowany art. 32 ust. 2), a także pamiętać o konieczności ustalania wartości zamówienia na podstawie łącznej wartości wszystkich części albo łącznej wartości tego samego rodzaju dostaw lub usług (art. 32 ust. 4 i znowelizowany art. 34)[Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Opublikowano: WKP 2017].

Usługi pocztowe przez nas ogłoszone dotyczą postępowań poniżej 30 tys euro, a więc nie można mówić tutaj o stosowaniu przepisów ustawy Pzp.

Należy mieć na uwadze, iż w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, LEX nr 1498922, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że „Pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastyczenie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Najbardziej ogólnym kryterium oceny jest stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego. Dopuszczalne jest również przyjęcie jako punktu odniesienia wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem. Dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości. Z konstrukcji drugiej przesłanki, tj. wykonania zobowiązania w znacznej części wynika natomiast, że punktem odniesienia jest pełne wykonanie zobowiązania przez dłużnika.”.

Poza tym:

- I ACa 1242/16, Reguły odpowiedzialności kontraktowej. - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie

LEX nr 2287478 - wyrok z dnia 3 lutego 2017 r. -> Zastrzeżenie kary umownej w umowie powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej w ten sposób, że wierzyciel wykazuje jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej oraz niewykonanie (lub nienależyte wykonanie) zobowiązania przez dłużnika.

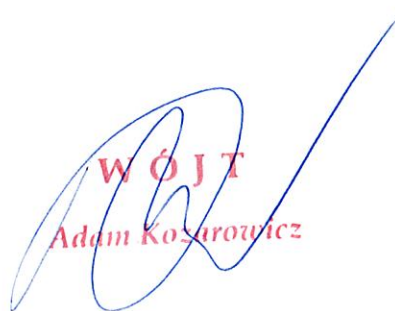
- I ACa 637/16, Zarzut naruszenia przez sąd przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Cel kary umownej. Zwolnienie dłużnika z obowiązku zapłaty kary umownej. - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie

LEX nr 2287464 - wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r.

Celem kary umownej jest skłonienie strony zobowiązanej do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Istotnym jest również, że przez karę umowną, strony ustalają z góry wielkość odszkodowania. Z tego też względu, powinna ona być wyrażona wprost w pieniądzu albo przez wskazanie parametrów odnoszących się do zabezpieczonego świadczenia, które umożliwiają ustalenie jej wysokości.

W ocenie Zamawiającego wskazana kara umowna w projekcie umowy jest adekwatna do w/w usług. Jednocześnie należy podkreślić, iż potencjalny Wykonawca winien wykonywać swoje usługi z należytą starannością. Kary umowne mają tylko cel prewencyjny, by skłonić Wykonawcę do wypełnienia zobowiązań wynikających z umowy. Wymierzenie tak niskich kar tym bardziej nie ma zastosowania co do naruszeń jakichkolwiek zasad a tym bardziej zasady konkurencyjności.

Dlatego też Zamawiający nie zmienia zapisów.


WÓJT
Adam Kozarowicz

