

Nasielsk, dnia 24.11.2021r.

Gmina Nasielsk
ul. Elektronowa 3
05-190 Nasielsk

IZP.271.30.1.2021.JP

Odpowiedzi na zapytania wykonawców dotyczące treści SWZ

Dotyczy: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów na rzecz Gminy Nasielsk”

- A. Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2021.0.1129 ze zm.) – dalej: ustawa Pzp, Wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.
- B. W związku z powyższym, zamawiający udziela następujących wyjaśnień i odpowiedzi:

Pytanie 1:

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu SWZ , Rozdział 3 „Opis Przedmiotu Zamówienia" ust. 1 , określa przedmiot zamówienia.

„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych przez Wykonawcę na potrzeby Urzędu w Nasielsku w obrocie krajowym i zagranicznym, w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych (przesyłki listowe, paczki pocztowe), jak również zwrot przesyłek niedoręczonych po wyczerpaniu możliwości doręczenia lub wydania odbiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1041).”

W związku z powyższym wykonawca zwraca się o wyjaśnienie, czy poprzez usługę pocztową Zamawiający rozumie usługę pocztową określoną w art. 2 ust. 1 pkt 1 Ustawy, zdefiniowaną ustawowo w następujący sposób: Usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe: realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych ?

Jeżeli, jak wskazał Zamawiający, przedmiotem zamówienia są usługi pocztowe określone w Ustawie, a ich świadczenie powinno być realizowane na podstawie przepisów Ustawy, czy Zamawiający potwierdza, że podstawą prawną, zgodnie z art. 14 Ustawy, świadczenia usług pocztowych są:

- a) umowy o świadczenie usług pocztowych zawierane między nadawcami a operatorami pocztowymi,
- b) umowy o współpracę zawierane między operatorami pocztowymi?

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z ustawową definicją zawartą w art. 3 pkt. 10) Ustawy, nadawcą jest podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o

świadczenie usługi pocztowej. Przekładając to na przedmiotowe zamówienie Wykonawca wnosi o potwierdzenie, czy w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty, nadawcą przesyłek będzie Zamawiający, tj. Gmina Nasielsk, który wybierze jednego operatora pocztowego i zawrze z tym operatorem umowę o świadczenie usług pocztowych?

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że poprzez usługę pocztową rozumie usługę pocztową określoną w art. 2 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, a świadczenia usług pocztowych Zamawiający definiuje jako pojęcie zgodne z brzmieniem art. 14 Ustawy Prawo pocztowe. Dodatkowo potwierdza, że po wyborze najkorzystniejszej oferty, nadawcą przesyłek będzie Zamawiający, tj. Gmina Nasielsk, który wybierze jednego operatora pocztowego i zawrze z tym operatorem umowę o świadczenie usług pocztowych.

Pytanie 2:

W Załącznik nr 1 do formularza ofertowego - Tabelka nr 1 - Paczki / Paczki ekonomiczne (rejestrowane niebędące paczkami najszybszej kategorii) w obrocie krajowym oraz załączniku 7 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia ust. 3 pkt. 2, określone zostały różne maksymalne wagi paczki pocztowej.

Czy zatem Zamawiający ujednolicając zapisy dopuszcza ich jednoczesną modyfikację i określenie maksymalnej wagi do 10 kg ?

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje załącznik nr 1 do formularza ofertowego i nr 7 do SWZ, określając maks. wagę paczki pocztowej 10 kg.

Pytanie 3:

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu SWZ, załącznik nr 7 „Opis Przedmiotu Zamówienia” ust. 4, określa terminy dostarczenia przesyłek, który jest określony w Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego. Zatem Wykonawca jako operator wyznaczony wnosi o modyfikację zapisu.

„ 1.Wymagane przez Zamawiającego terminy dostarczania przesyłek to:

1) Listy i paczki krajowe:

- a) priorytet polecony (na następny dzień),
- b) priorytet zwykły (na następny dzień),
- c) listy zwykłe (od 1 do 4 dni od dnia nadania),
- d) listy polecone (od 2 do 4 dni od dnia nadania),
- e) paczki krajowe zwykłe (do 3 dni),
- f) paczki priorytetowe (na następny dzień)

2) Listy zagraniczne:

- a) zagraniczne polecone priorytety - kraje europejskie (do 3 dni),
- b) zagraniczne polecone priorytety - poza Europę (do 7 dni) „

Wykonawca wnosi o wprowadzenie nowego zapisu:

„Wymagane przez Zamawiającego terminy dostarczania przesyłek zostały określone w Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie w załączniku nr 7 ustępu 4. Dodatkowo jednak, dodaje w ust. 4 punkt 3 o treści:

3) W zakresie usług o statusie o którym mowa w art. 17 ustawy Prawo pocztowe, tj. potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego, realizowane przez placówkę w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy Prawo pocztowe, wymagane przez Zamawiającego terminy dostarczania przesyłek zostały określone w Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego.

Pytanie 4:

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu SWZ , załącznik nr 7 „Opis Przedmiotu Zamówienia” ust. 7 wskazuje godziny doręczania przesyłek przychodzących do Zamawiającego. Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztowe art. 46 ust.2 pkt. 5 zobowiązany jest do doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż 5 dni w tygodniu z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy. Jednocześnie Wykonawca informuje, że zobowiązanie operatora wyznaczonego do doręczania przesyłek w określonych godzinach w istotny sposób narusza zapisy art. 46 ust. 2 pkt. 1, który obliguje go do świadczenia usług powszechnych w sposób jednolity w porównywalnych warunkach. Ponadto, doręczanie korespondencji do Zamawiającego nie jest przedmiotem postępowania, a obowiązkiem ustawowym Wykonawcy jako operatora wyznaczonego i dotyczy przesyłek nadanych za jego pośrednictwem. Dodatkowo zwracamy uwagę, że doręczenie przesyłki jest konsekwencją umowy zawartej z Nadawcą w chwili jej nadania, natomiast Zamawiający występuje w tym wypadku w roli adresata i nie jest stroną umowy o nadawanie. Wobec powyższego Wykonawca prosi o modyfikację zapisu w zakresie rezygnacji z określania konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Wykonawca wnosi o wykreślenie całego ust 7 z wyżej opisanego warunku?

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje załącznik nr 7 do SWZ, zmieniając treść ustępu 7 na poniższą:

„7. Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczania do siedziby Zamawiającego przesyłek adresowanych do Zamawiającego zgodnie z art. 46 ust. 2 Ustawy Prawo pocztowe. „

Pytanie 5:

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu SWZ, załącznik nr 6 /Wzór umowy paragraf 2 - Świadczenie usług ust. 12 określa sposób przekazania informacji o ilości i wadze zwróconych do Zamawiającego przesyłek (kopia zestawienia). W fakturze Wykonawca będzie umieszczał ilość i wagę zwróconych przesyłek do Zamawiającego. Na podstawie powyższego wykonawca wnosi o wykreślenie z załącznika nr 6 /Wzór umowy paragrafu 2 .ust 12.

Odpowiedź:

Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy i wykreśla z załącznika nr 6, treść paragrafu 2 ust. 12.

Pytanie 6:

Zamawiający wskazuje w Ogłoszeniu o zamówieniu SWZ, załącznik nr 7 „Opis Przedmiotu Zamówienia” ust. 6, że Wykonawca ma odbierać przesyłki z siedziby Zamawiającego. Wykonawca informuje, że odbiór przesyłek z siedziby Klienta nie jest usługą pocztową tym bardziej powszechną - odbiór jest usługą transportową i opłata za nią nie może zostać wliczona w cenę jednostkową opłaty pocztowej za usługi listowe bądź pączkowe. Poczta Polska S.A. jako operator wyznaczony, zobligowany jest do świadczenia usług w oparciu o zapisy wynikające z Prawa Poczтового. Zapisy łączące opłaty za usługi pocztowe i odbiór w jednej pozycji w praktyce uniemożliwia Poczcie Polskiej S.A. przystąpienie do przetargu i jest to sprzeczne z art. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, mówiący o równym traktowaniu wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie Wykonawca informuje, że usługa transportowa podlega abonamentowej opłacie miesięcznej uzależnionej od zadeklarowanych dni odbioru w miesiącu.

Wobec powyższego zwracamy się z prośbą o rewizję stanowiska i wykreślenie powyższych zapisów lub dodanie zapisu do Formularza cenowego /Opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1 do formularza ofertowego, pozycji : Usługa transportowa .

Odpowiedź:

Zamawiający biorąc pod uwagę wniosek Wykonawcy, rezygnuje z usługi odbioru przesyłek z siedziby klienta i zmienia w załączniku nr 7 treść ustępu 6 na poniższy:
„Zamawiający dostarczy przesyłki do nadania do siedziby Wykonawcy w godzinach 14:30 – 16:00 ”

Pytanie 7:

Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku przedstawienia przez Wykonawcę dowodów w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia osób wykonujących działalność operacyjną (doręczycieli) na terenie Gminy Nasielsk.

Wykonawca ponownie wnosi o wykreślenie żądania przedstawienia jako dowodów kopii umów o pracę, a wraz z tym kopii dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń. Wniosek Wykonawcy jest jak najbardziej uzasadniony, gdyż Zamawiający oczekuje również zaświadczenia

właściwego oddziału ZUS potwierdzającego opłacanie składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Wykonawca informuje, że:

- jest operatorem wyznaczonym, w związku z czym będzie na nim ciążył obowiązek przedstawienia nawet kilkudziesięciu tysięcy umów i kopii dokumentów potwierdzających zgłoszenie pracownika do ubezpieczeń. Czynności polegające na zanonimizowaniu takiej ilości dokumentów będą niemożliwe do wykonania. Żądanie jest technicznie niemożliwe do realizacji;
- nie będzie w stanie wskazać, którzy pracownicy będą fizycznie realizować umowę (z uwagi na liczbę pracowników, fluktuację itp.);
- koszt wygenerowania żądanych dokumentów będzie przewyższał karę umowną, a ilość żądań zamawiającego jest w zasadzie nieograniczona.

Czy w związku z powyższym Zamawiający zmodyfikuje Załącznik nr 6 do SIWZ paragraf 4 Personel Wykonawcy ust. 3 sposób następujący?

„W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie (nie krótszym niż 14 dni) wykonawca przedłoży zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących działalność operacyjną w trakcie realizacji zamówienia w odniesieniu do obszaru Gminy Nasielsk, w którym Zamawiający realizuje usługę:

- 1) oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu wykonawcy lub podwykonawcy."

Odpowiedź:

Zamawiający analizując wniosek Wykonawcy, modyfikuje Załącznik nr 6 do SWZ poprzez zmianę treści ustępu 3 w paragrafie 4 na poniższy:

„3. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie (nie krótszym niż 14 dni) wykonawca przedłoży zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących działalność operacyjną w trakcie realizacji zamówienia w odniesieniu do obszaru Gminy Nasielsk, w którym Zamawiający realizuje usługę:

- 1) oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju

umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu wykonawcy lub podwykonawcy."

Pytanie 8:

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ paragraf 9 Wynagrodzenie Wykonawcy ust. 5 określił termin płatności na 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT. 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.

Wykonawca wnosimy o wprowadzenie nowego zapisu:

„ 5. Wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktury VAT, w terminie 21 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury przez Wykonawcę. Należności wynikające z faktury płatne będą przelewem, na konto wskazane na fakturze. Zamawiający zobowiązuje się do określenia tytułu wpłaty, powołując się na numer zawartej umowy i numer faktury."

Odpowiedź:

Zamawiający analizując wniosek Wykonawcy, modyfikuje Załącznik nr 6 do SWZ poprzez zmianę treści ustępu 5 w paragrafie 9 na poniższy:

„ 5. Wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktury VAT, w terminie 21 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury przez Wykonawcę. Należności wynikające z faktury płatne będą przelewem, na konto wskazane na fakturze. Zamawiający zobowiązuje się do określenia tytułu wpłaty, powołując się na numer zawartej umowy i numer faktury."

Pytanie 9:

Wykonawca wnosi o dodanie zapisu w Załączniku nr 6 do SIWZ paragraf 9 Wynagrodzenie Wykonawcy ust. 9, 10 o następującej treści:

„ 9. W przypadku zalegania przez Zamawiającego z płatnościami przez okres dłuższy niż 21 dni od wskazanego w ust 5 terminu zapłaty, Wykonawca ma prawo do wstrzymania realizacji usług opłacanych w formie opłaty „z dołu" oraz prawo do wstrzymania realizacji usług na warunkach cenowych określonych w niniejszej umowie. Ponowne zastosowanie formy opłaty „z dołu" i powrót do warunków cenowych określonych w niniejszej umowie nastąpić może począwszy od następnego okresu rozliczeniowego, po uregulowaniu zaległych należności wraz z odsetkami.

10. W przypadku opóźnienia Zamawiającego w zapłacie za faktury, Wykonawca ma prawo do zaliczenia otrzymanych płatności na poczet zaległych należności, w tym odsetek, bez względu na tytuł podanej płatności. „

Odpowiedź:

Zamawiający analizując wniosek Wykonawcy, modyfikuje Załącznik nr 6 do SWZ poprzez dodanie ustępów 9 i 10 w paragrafie 9:

„ 9. W przypadku zalegania przez Zamawiającego z płatnościami przez okres dłuższy niż 21 dni od wskazanego w ust 5 terminu zapłaty, Wykonawca ma prawo do wstrzymania realizacji usług opłacanych w formie opłaty „z dołu” oraz prawo do wstrzymania realizacji usług na warunkach cenowych określonych w niniejszej umowie. Ponowne zastosowanie formy opłaty „z dołu” i powrót do warunków cenowych określonych w niniejszej umowie nastąpić może począwszy od następnego okresu rozliczeniowego, po uregulowaniu zaległych należności wraz z odsetkami.

10. W przypadku opóźnienia Zamawiającego w zapłacie za faktury, Wykonawca ma prawo do zaliczenia otrzymanych płatności na poczet zaległych należności, w tym odsetek, bez względu na tytuł podanej płatności. „

Pytanie 10:

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ paragraf 10 Kary umowne, określa wysokość kar umownych. Wykonawca zwraca się z prośbą o rewizję stanowiska Zamawiającego w tym zakresie i modyfikację ust. 2 , zmieniając wysokość przewidzianej kary z 10% na 1% i o modyfikację zapisu .

Wykonawca wnosi o wprowadzenie nowego zapisu:

„2. Wykonawca zobowiązany jest zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 % z niewykorzystanej części wynagrodzenia kwoty określonej w §9 ust. 1, w przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy przez którąkolwiek Stronę z winy Wykonawcy.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację załącznika nr 6 do SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie 11:

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ paragraf 10 Kary umowne ust 4, 5, 6 ustanawia kary umowne i ich zapłata.

Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelne zasady 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 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 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 § 10 ust 4,5 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 i przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego - tryb reklamacji poprzez:

- wykreślenie z załącznika nr 6 do SWZ paragraf 10 Kary umowne ustępu 4 i 5
- uwzględnienie w załączniku nr 6 do SWZ paragraf 10 Kary umowne ust 6 postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej,
- tryb reklamacyjny zgodny z rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie reklamacji usługi pocztowej (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., Poz. 474 ze zm.)

Termin rozpatrzenia reklamacji na przesyłkę w obrocie krajowym - 30 dni

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację załącznika nr 6 do SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie 12:

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ paragraf 11 Zmiana Umowy , dopuszcza możliwość modyfikacji poprzez dodanie nowego ustępu do paragrafu dotyczącego zmiany ceny jednostkowej brutto usługi.

Wykonawca wnosimy o wprowadzenie nowego zapisu:

„ 9. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany cen jednostkowych brutto w przypadku, jeśli konieczność wprowadzenia zmian umowy wynika z uregulowań prawnych w zakresie ustalania lub zatwierdzania cen za powszechnie usługi pocztowe w rozumieniu ustawy Prawo Pocztove pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej."

Odpowiedź:

Zamawiający analizując wniosek Wykonawcy, modyfikuje Załącznik nr 6 do SWZ poprzez dodanie ustępu 9 w paragrafie 11:

„ 9. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany cen jednostkowych brutto w przypadku, jeśli konieczność wprowadzenia zmian umowy wynika z uregulowań prawnych w zakresie ustalania lub zatwierdzania cen za powszechnie usługi pocztowe w rozumieniu ustawy Prawo Pocztove pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej."

Pytanie 13:

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ paragraf 14 Ubezpieczenie , dopuszcza możliwość modyfikacji poprzez wprowadzenie nowego zapisu ust 2.

Wykonawca wnosimy o wprowadzenie nowego zapisu:

„ 2. Umowa ubezpieczenia obejmuje roszczenia z tytułu szkód :

- majątkowych lub osobowych wyrządzonych czynem niedozwolony (odpowiedzialność deliktowa)
- majątkowych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (odpowiedzialność kontraktowa)."

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian.

Pytanie 14:

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ paragraf 17 Postanowienia końcowe, dopuszcza możliwość modyfikacji poprzez wprowadzenie nowego zapisu ust 2 .

Wykonawca wnosimy o wprowadzenie nowego zapisu:

„2. Strony będą dążyły do polubownego rozstrzygnięcia wszelkich sporów powstałych w związku z wykonaniem Umowy, jednak w przypadku, gdy nie osiągną porozumienia, zaistniały spór będzie poddany rozstrzygnięciu przez sąd powszechny właściwy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa . ”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian.

Pytanie 15:

Załącznik nr 1 do formularza ofertowego - Formularz cenowy /Opis przedmiotu zamówienia (tabelka), w celu prawidłowego dokonania wyceny usług Wykonawca wnosi o:

1. pozycja Usługa Paczka / Paczki ekonomiczne (rejestrowane niebędące paczkami najszybszej kategorii) w obrocie krajowym , wskazanie gabarytu A lub B
2. pozycja Usługa Paczka / Przesyłki kurierskie , wykreślenie całej pozycji, opis przedmiotu zamówienia nie obejmuje wskazanie pozycji ujętej w formularzu.
3. pozycja usługi pozostałe / Usługa „zwrot przesyłki poleconej ekonomicznej do siedziby zamawiającego” w obrocie krajowym , wskazanie gabarytu i wagi przesyłki.

Odpowiedź:

Zamawiający biorąc pod uwagę powyższe modyfikuje Załącznik nr 1 do formularza ofertowego.

C. Powyższe zmiany treści SWZ powodują zmianę ogłoszenia o zamówieniu

D. Zmiany zostały przekazane w dniu 24.11.2021 do Biuletynu Zamówień Publicznych o numerze 2021/BZP 00281207/01

E. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż pozostała treść Specyfikacji Warunków Zamówienia pozostaje bez zmian, a dokonane zmiany są jej integralną częścią.