

**Powiat Gostyński**

**Gostyń, dnia 16.12.2022 r.**

**ul. Wrocławska 256**

**63-800 Gostyń**

Dotyczy sprawy: BZP.272.2.15.2022

### **ODPOWIEDŹ NA ZAPYTANIE DO SWZ Z DNIA 14 grudnia 2022 r.**

Dotyczy zadania pn.: **Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania i doręczania przesyłek w obrocie krajowym i zagranicznym.** Zamawiający – Powiat Gostyński, ul. Wrocławska 256, 63-800 Gostyń działając zgodnie z przepisami art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), w związku z pytaniami jakie wpłynęły w dniu 14 grudnia 2022 r. do Zamawiającego od **Wykonawców**:

Udziela poniżej odpowiedź na zapytanie wniesione przez Wykonawcę.

#### **PYTANIE 1**

##### **Załącznik nr 6 do SWZ Umowa, § 8 ust. 2, punkt 2), 3), ust. 3.**

Zamawiający w zapisach wzoru umowy ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób uniemożliwiający de facto możliwość złożenia oferty przez Wykonawcę.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę do nałożenia kar 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 we wskazanych w treści pytania zapisach jest wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej z tego tytułu.

Ponadto Zamawiający określając przedmiot zamówienia jako świadczenie usług pocztowych powołuje się na ustawę z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe i jednocześnie rości sobie prawo do dowolnego wyboru pomiędzy możliwością naliczenia kar umownych a dopiero w dalszej kolejności stosując zapisy ustawy.

Operator pocztowy odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte jej wykonanie:

- 1) jest następstwem czynu niedozwolonego;
- 2) nastąpiło z winy umyślnej operatora;
- 3) jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora.

Zamawiającemu zgodnie z wyżej wymienioną ustawą przysługuje odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usługi powszechnej:

- 1) za utratę przesyłki poleconej - w wysokości żądanej przez nadawcę, nie wyższej jednak niż pięćdziesięciokrotność opłaty pobranej przez operatora wyznaczonego za traktowanie przesyłki pocztowej jako przesyłki poleconej;
- 2) za utratę paczki pocztowej - w wysokości żądanej przez nadawcę, nie wyższej jednak niż dziesięciokrotność opłaty pobranej za jej nadanie;

W celu ustalenia równej pozycji stron, Wykonawca zwraca się z prośbą o analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez: **Wykreślenie zapisów dotyczących możliwości naliczenia kar umownych z zapisów Umowa, § 8 ust. 2, punkt 2), 3), ust. 3.**

**Odp. Zamawiający wskazuje, że jest jednostką organizacyjną Powiatu Gostyńskiego realizującą zadania publiczne wynikające z obowiązujących przepisów prawa, które finansowane są ze środków publicznych i obowiązkiem Zamawiającego jest zabezpieczenie terminowości odbierania i doręczania przesyłek oraz spełnienia przez Wykonawcę obowiązków wynikających z czynności składających się na przedmiot zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie postanowień § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz ust. 3. Jednakże Zamawiający obniża wysokość kar, o których mowa w § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 z kwoty 50,00 zł do kwoty 25,00 zł i modyfikuje w tym zakresie wzór umowy nadając nową treść w/w postanowieniom umowy:**

„2) niewywiązanie się z obowiązku nadania przesyłek przez Wykonawcę w dniu ich odbioru od Zamawiającego, o którym mowa w § 4 ust. 3 Umowy – kara w wysokości 25 zł za każdy dzień, w którym zostanie stwierdzony choć jeden przypadek nienadania przesyłki w dniu jej odbioru od Zamawiającego, chyba że Wykonawca udowodni Zamawiającemu brak swojej winy w tym zdarzeniu, przy czym kara ta nie dotyczy przypadku, gdy Zamawiający dokonał nieprawidłowego oznaczenia nazwy adresata na przesyłce i/lub adresu oraz kodu pocztowego adresata przesyłki,

3) niewywiązanie się z obowiązku, o którym mowa w § 4 ust. 17 Umowy – kara w wysokości 25 zł za każdy dzień, w którym zostanie stwierdzony taki przypadek,”.

## **PYTANIE 2**

### **Załącznik nr 6 do SWZ Umowa, § 8 ust. 4.**

Zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej usługi pocztowe stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą m.in. na zasadach określonych w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo Pocztove (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r., poz. 1529). Wykonawca jako operator wyznaczony jest zobowiązany do stosowania w zakresie

niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych przepisów Rozdziału 8 wskazanej ustawy. Zgodnie z art. 87 w/w ustawy do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem w przypadku wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej, w pierwszej kolejności znajdują zastosowanie przepisy w/w ustawy i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami), nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń na drodze sądowej. Ponadto, zastrzeżenie kary umownej z tytułu rozwiązania umowy nie odpowiada literalnemu brzmieniu przepisów 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 (kara umowna). Nadto art. 484 kodeksu cywilnego stanowi m.in. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej.

Z uwagi na niezgodność przywołanego zapisu z przepisami obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, zasadnym jest wykreślenie przez Zamawiającego zapisów dotyczących kar umownych i w ich miejsce wprowadzenie postanowień regulujących odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe i aktach wykonawczych.

Jeżeli Zamawiający nie wyrazi zgody na wykreślenie zapisów dotyczących kar umownych wówczas Wykonawca prosi o złagodzenie stanowiska Zamawiającego i zmianę zapisu poprzez umniejszenie wysokości kary umownej do **250,00 zł**.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody.**

### **PYTANIE 3**

**Załącznik nr 6 do SWZ Umowa, § 8 ust. 2, punkt 1).**

Wykonawca informuje, że przywołanym w treści pytania zapisie doszło do oczywistej omyłki pisarskiej dotyczącej możliwości naliczenia kary umownej w przypadku **„... w którym przedstawicie Wykonawcy stawił się w lokalizacji Zamawiającego ...”**.

W opinii Wykonawcy zapis powinien brzmieć: **„... w którym przedstawicie Wykonawcy nie stawił się w lokalizacji Zamawiającego ...”**.

**Odp. Zamawiający uwzględnił uwagi Wykonawcy i nadaje nowe brzmienie postanowieniom § 8 ust. 2, pkt 1) wzoru umowy w treści:** „nieodebrania przez Wykonawcę od Zamawiającego przesyłek przeznaczonych do wysyłki w lokalizacji Zamawiającego w dniu roboczym, w wyznaczonych przez Zamawiającego, zgodnie z obowiązkiem określonym § 1 ust. 4 – kara w wysokości 100% opłaty za jeden odbiór za każdy dzień w którym nie odebrano przesyłek lub w którym przedstawiciel Wykonawcy nie stawił się w lokalizacji Zamawiającego, chyba że Wykonawca udowodni Zamawiającemu brak swojej winy w tym zdarzeniu”

#### **PYTANIE 4**

##### **Załącznik nr 6 do SWZ Umowa, § 5 ust. 11.**

Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie momentu zapłaty nie pozwala Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi – co jest niezgodne z orzecznictwem sądów w tej sprawie oraz uniemożliwia Wykonawcy monitorowanie terminowości płatności za świadczone usługi oraz naliczanie ewentualnych odsetek za zwłokę. Termin zapłaty należności cywilnoprawnych reguluje art. 454 Kodeksu cywilnego, który regulując miejsce wykonania zobowiązania traktuje także o chwili spełnienia świadczenia, co nie budzi wątpliwości chociażby ze względu na orzecznictwo Sądu Najwyższego. W przypadku zobowiązań cywilnoprawnych zasadą jest, że zapłata dokonana jest dopiero z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje, m.in. prawidłowe monitorowanie rozliczania stron.

Ze względu na fakt, że faktyczną możliwością dysponowania środkami jest data ich wpływu na rachunek Wykonawcy, Zamawiający prosi o zmianę określenia dnia zapłaty według powszechnie stosowanej formy w obrocie gospodarczym: „Za dzień zapłaty strony przyjmują dzień wpływu środków na rachunek bankowy Wykonawcy”?

**Odp. Zamawiający uwzględnił uwagi Wykonawcy i nadaje nowe brzmienie postanowieniom § 5 ust. 11 wzoru umowy w treści: „Za dzień zapłaty strony przyjmują dzień wpływu środków na rachunek bankowy Wykonawcy”.**

#### **PYTANIE 5**

##### **Załącznik nr 6 do SWZ Umowa, § 5 ust. 6.**

Przepisy prawa nie przewidują instytucji „prawidłowej” faktury VAT. Ustawa o podatku od towarów i usług (Dz.U.2018.0.2174 t.j. - Ustawa z dnia 11 marca 2004 r.) w art. 106e wymienia jedynie niezbędne elementy, które musi zawierać faktura. W przypadku stwierdzenia niezgodności w fakturze Zamawiający zgłasza uwagi do Wykonawcy. W uzasadnionych przypadkach Wykonawca wystawia dokument korygujący fakturę, który zgodnie z ustawą nie zwalnia Zamawiającego z zapłaty za fakturę w wyznaczonym terminie. Dlatego zapis o poprawnie wystawionej fakturze nie może zostać zaakceptowany przez Wykonawcę, gdyż rodzi niebezpieczeństwo długoterminowego odwlekania z zapłatą przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy za zrealizowane usługi.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca prosi o wykreślenie zapisu z treści wzoru umowy.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie wyrazu „prawidłowej”, gdyż Zamawiający nie używa nazwy „prawidłowej” faktury VAT jak sugeruje Wykonawca, lecz wyraźnie wskazuje, iż płatności dokonywane będą na podstawie „prawidłowo wystawionej. .”, a w zdaniu następnym co rozumie przez**

**„prawidłowo wystawioną...”. Z powyższego wynika, iż dotyczy to czynności dokonywanych przez potencjalnych oferentów, a nie nazwy faktury.**

#### **PYTANIE 6**

**Załącznik nr 6 do SWZ Umowa, § 5 ust. 6.**

Wykonawca zwraca uwagę, że na fakturze VAT znajdują się szczegółowe informacje dotyczące przyjętych i zwróconych przesyłek wraz z podaniem ich ilości, cen jednostkowych oraz wartości ogółem.

Sporządzanie dodatkowej specyfikacji nie ma w opinii Wykonawcy uzasadnienia gdyż przekazane dane będą powielały się z wystawioną fakturą. W związku z tym Wykonawca prosi o rezygnację z dodatkowego zestawienia.

**Odp. Zamawiający uwzględnił uwagi Wykonawcy i nadaje nowe brzmienie postanowieniom § 5 ust. 6 wzoru umowy w treści:** „ Wynagrodzenie należne z tytułu świadczenia usług będących przedmiotem niniejszej Umowy płatne będzie każdorazowo na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, stosując miesięczny kalendarzowy okres rozliczeniowy, w terminie 14 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu. Przez prawidłowo wystawioną fakturę rozumie się fakturę wystawioną zgodnie z przepisem art. 106e Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, w zakresie wszystkich informacji w niej zawartych, w szczególności prawidłowej kwoty wynagrodzenia wykonawcy przysługującego za realizację usług, za które została wystawiona faktura. W przypadku wątpliwości co do zakresu faktycznie zrealizowanych usług Zamawiający w terminie określonym powyżej zapłaci część bezsporną wynagrodzenia.”

#### **PYTANIE 7**

Biorąc pod uwagę charakter prowadzonej przez Zamawiającego działalności, Wykonawca prosi o potwierdzenie, że w druki potwierdzenia odbioru do wszystkich przesyłek nadawanych w trybach specjalnych Zamawiający będzie się zaopatrywał samodzielnie oraz że **wzór stosowanych druków potwierdzeń odbioru będzie zgodnych ze wzorem obowiązującym u Wykonawcy.**

**Odp. Zamawiający potwierdza.**

#### **PYTANIE 8**

Czy Zamawiający dopuszcza po rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania wpisanie do umowy kwestii technologicznych między innymi takich jak: wskazanie placówki pocztowej obsługującej Zamawiającego i regulaminów?

**Odp. Zamawiający dopuszcza po rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania wpisanie do umowy wskazania placówki obsługującej Zamawiającego. Natomiast w kwestii regulaminów i kwestii technologicznych Wykonawca nie**

**sprecyzował jakie regulaminy ma na myśli Wykonawca oraz co oznaczają kwestie technologiczne.**

**Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż w postanowieniach § 4 ust. 21 i ust.22 wzoru umowy zapisano, iż usługi pocztowe świadczone będą według aktualnie obowiązujących regulaminów, zasad i praktyk własnych Wykonawcy.**

#### **PYTANIE 9**

**Załącznik nr 1 do SWZ, Załącznik nr 2-1 do SWZ.**

Wykonawca informuje, że przesyłki ujęte w Załączniku nr 2-1 do SWZ stanowią niewielkie odsetek usług świadczonych przez Wykonawcę na terenie kraju i w obrocie zagranicznym.

Zamawiający w zapisach Załącznika nr 1 do SWZ wskazuje możliwość korzystania z Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru (EPO) jednocześnie nie uwzględniając możliwości dokonania wyceny.

Mając na uwadze powyższe, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, Wykonawca w celu umożliwienia korzystania z usług nie wymienionych w Załączniku nr 2-1 do SWZ prosi o dodanie do Załącznika nr 6 do SWZ zapisu o następującej treści:

**„Usługi nie ujęte w Formularzu Asortymentowo-cenowym będą świadczone na podstawie podpisanej umowy i opłacane zgodnie z cennikiem obowiązującym u Wykonawcy w dniu realizacji usługi”.**

**Odp. Zamawiający uwzględnił uwagi Wykonawcy i dodaje nowe postanowienie w § 1 ust. 10 wzoru umowy w treści : „Usługi nie ujęte w Formularzu Asortymentowo-cenowym będą świadczone na podstawie podpisanej umowy i opłacane zgodnie z cennikiem obowiązującym u Wykonawcy w dniu realizacji usługi”.**

#### **PYTANIE 10**

**Załącznik nr 6 do SWZ Umowa, § 8 ust. 9.**

W przywołanych w treści pytania zapisach Zamawiający zastrzega możliwość potrącenia wysokości naliczanych kar umownych z wynagrodzenia.

Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy,

prosimy o wykreślenie wyżej przywołanych zapisów.

**Odp. Zamawiający uwzględnia częściowo uwagi Wykonawcy i modyfikuje postanowienia § 8 ust. 9 wzoru umowy i nadaje nową treść:**

„9. Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia należnych Zamawiającemu kar umownych z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy o ile obowiązujące przepisy prawa tego nie zabraniają (art. 15r1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych – Dz. U. z 2021 r. poz. 2095, z późn. zm.). Strony zgodnie ustalają, że potrącenie kar umownych może nastąpić po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do dobrowolnego spełnienia świadczenia. W przypadku niespełnienia świadczenia przez Wykonawcę w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego lub nie zgłoszeniu pisemnych zastrzeżeń do naliczonej kary umownej, Zamawiający może dokonać potrącenia. Potrącenie wywołuje skutki przewidziane w Kodeksie cywilnym.’.

Jednocześnie informujemy, że termin składania i otwarcia ofert pozostaje bez zmian – **składanie ofert do dnia 20.12.2022 r. do godz. 9:00, otwarcie ofert w dniu 20.12.2022 r. o godz. 9:30.**

Z up. Zarządu Powiatu  
(-) Milena Bożyńska  
Podinspektor

**Załączniki:**

Załącznik nr 6- Wzór umowy- Modyfikacja