

PUHP LECH Spółka z o.o.

www.odpady.bialystok.pl

NAO.233.8.2018.IN

Białystok, dn.19.12.2018 r.

Wszyscy zainteresowani
Wykonawcy

Dotyczy: postępowania w trybie przetargu prowadzonego na podstawie art. 70¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, zm.) pt.: „Świadczenie usług pocztowych na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowo – Handlowo- Produkcyjnego „LECH” Sp. z o.o. w 2019 roku”

W dniu 13 grudnia 2018 roku wpłynęły do Zamawiającego pytania dotyczące treści ogłoszenia o przetargu z dnia 10 grudnia 2018 roku do zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W niniejszym piśmie Zamawiający Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. przekazuje treść pytań wraz z odpowiedziami oraz jednocześnie informuje o zmianie terminu składania i otwarcia ofert.

z dnia:

21.12.2018 r. godz. 12:00

na dzień:

24.12.2018 r. godz. 11:00

- Zamawiający w § 5 ust. 2 projektu umowy wskazał, że: „Wykonawca zobowiązany jest do stosowania cen jednostkowych brutto podanych w „Formularzu cenowym” stanowiącym Załącznik: Nr (Część I), Nr (Część II) do Umowy” w § 6 ust. 4 projektu umowy, że: „Do obliczenia należności za usługi Wykonawcy stosowane będą ceny jednostkowe usług świadczonych przez Wykonawcę wynikające z Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik: Nr (Część I), Nr ... (Część II) do Umowy oraz w OPZ pkt. 9 „Podstawą rozliczeń finansowych jest suma opłat za usługę odbioru przesyłek pocztowych, nadane i zwrócone przesyłki oraz zlecone usługi komplementarne stwierdzone na podstawie dokumentów nadawczych w okresie rozliczeniowym, zgodnie z cenami zawartymi w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 6/7 do umowy, a w przypadku przesyłek pocztowych niewymienionych w Formularzu cenowym, zgodnie z cennikiem usług pocztowych obowiązujących u Wykonawcy w dniu zawarcia umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do umowy”.**

Zamawiający przewiduje możliwość dokonywania zmian postanowień umowy w zakresie stosowania cen w przypadku określonym § 10 ust. 4 projektu umowy tj. „Strony dopuszczają możliwość zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT; w takim przypadku zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części, jakiej dotyczy zmiana stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującym prawem.” Ponadto Zamawiający w § 10 ust. 6 projektu umowy określił, że: „W przypadku zmian przepisów prawa w zakresie wykonywania przedmiotu Umowy Wykonawca jest zobowiązany do stosowania się do nich bez obciążania Zamawiającego dodatkowymi czynnościami nieprzewidzianymi w Umowie, a w szczególności dodatkowymi obciążeniami finansowymi, z wyłączeniem obowiązków leżących po stronie Zamawiającego nałożonych na niego przez zmianę prawa.”

Wykonawca informuje, że jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia (na co wskazuje sam Zamawiający w zamówieniu i OPZ) nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Art. 53 i nast. 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



15-110 Białystok, ul. Kombatantów 4, tel.: 085 653 94 44, fax: 085 652 23 12
Zarejestrowana w Sądzie Rejonowym w Białymstoku, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000097008
Kapitał zakładowy 37.072.936,- zł, NIP: 542-020-03-81, REGON: 050001472
Konta bankowe: Bank Pekao S.A. 21 1240 5211 1111 0000 4929 2415, SBR Bank 55 8769 0002 0391 1178 2000 0010
www.lech.net.pl, e-mail: biuro@lech.net.pl

rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, w świetle postanowień zawartych we wzorze umowy, Wykonawca 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 ustawowe obowiązki ciążyące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający we wzorze umowy przewidział możliwość zmiany umowy w jednym przypadku tj. w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT, jednakże nie opisał warunków (sposobu wprowadzenia) zmian – co w świetle przepisów, jak również aktualnego orzecznictwa jest niewystarczające dla dokonania zmiany umowy, która nie zostanie uznana za nieważną.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę postanowień OPZ oraz wzoru umowy poprzez dodanie postanowień o następującym brzmieniu: „Strony przewidują możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących przypadkach:

- a) gdy nastąpi zmiana wysokości obowiązujących stawek podatku VAT dotyczących usługi lub usług należących do przedmiotu umowy, Strony dopuszczają możliwość zmiany cen jednostkowych, odpowiednio, tej usługi lub usług, w zakresie odpowiadającym zmianie wysokości stawki podatku VAT. W powyższym przypadku Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT,
- b) w przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę powszechnie obowiązujących w jego działalności nowych cen usługi lub usług należących do przedmiotu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany cen jednostkowych, odpowiednio tej usługi lub usług pod warunkiem ich zaakceptowania przez Zamawiającego, a w przypadkach gdy jest to wymagane obowiązującymi przepisami prawa, również pod warunkiem wcześniejszego zatwierdzenia nowych cen usługi lub usług przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W powyższym przypadku Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT”. Wykonawca informuje jednocześnie, że nie uwzględni powyższych zapisów w OPZ oraz umowie uniemożliwi Wykonawcy złożenie wiążącej oferty.

Odpowiedź na pytanie nr 1 : Zamawiający wyraża zgodę na zmianę postanowień OPZ pkt.9 oraz projektu umowy, § 10 ust. 4 projektu umowy zyskuje treść :

Było: „Strony dopuszczają możliwość zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT; w takim przypadku zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części, jakiej dotyczy zmiana stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującym prawem.”

Jest: „ Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku:

a) ustawowej zmiany stawek podatkowych (VAT) w okresie obowiązywania umowy; jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie podatku od towarów i usług, Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT;

b) w przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę powszechnie obowiązujących w jego działalności nowych cen usługi lub usług należących do przedmiotu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany cen jednostkowych, odpowiednio tej usługi lub usług pod warunkiem ich zaakceptowania przez Zamawiającego, a w przypadkach gdy jest to wymagane obowiązującymi przepisami prawa, również pod warunkiem wcześniejszego zatwierdzenia nowych cen usługi lub usług przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W powyższym przypadku Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT”.

OPZ pkt. 9 zyskuje treść:

Było: „Podstawą rozliczeń finansowych jest suma opłat za usługę odbioru przesyłek pocztowych, nadane i zwrócone przesyłki oraz zlecone usługi komplementarne stwierdzone na podstawie dokumentów nadawczych w okresie rozliczeniowym, zgodnie z cenami zawartymi w Formularzu

cenowym stanowiącym załącznik nr 6/7 do umowy, a w przypadku przesyłek pocztowych niewymienionych w Formularzu cenowym, zgodnie z cennikiem usług pocztowych obowiązujących u Wykonawcy w dniu zawarcia umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do umowy”.

Jest: „Podstawą rozliczeń finansowych jest suma opłat za usługę odbioru przesyłek pocztowych, nadane i zwrócone przesyłki oraz zlecone usługi komplementarne stwierdzone na podstawie dokumentów nadawczych w okresie rozliczeniowym, zgodnie z cenami zawartymi w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 6/7 do umowy, a w przypadku przesyłek pocztowych niewymienionych w Formularzu cenowym, zgodnie z cennikiem usług pocztowych obowiązujących u Wykonawcy lub zmianami cennika, zaakceptowanymi przez Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami umowy”.

2. Zamawiający w § 7 ust. 2 projektu umowy wskazał: „Zapłata wynagrodzenia nastąpi w terminie 21 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury VAT, przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę, tj., z zastrzeżeniem, że faktury będą dostarczane Zamawiającemu nie później niż 14 dni przed terminem płatności.”

W załączonym projekcie umowy Zamawiający określa warunki płatności dla przedmiotu zamówienia, wskazując niestosowany u Wykonawcy termin płatności faktury jako 21 dni od daty 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 kontrahenta, jak również termin płatności będący w ścisłej korelacji z terminami sporządzenia faktury. Standardowo obowiązujący termin płatności faktury określony jako 14 dni od daty wystawienia faktury został wprowadzony ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu fakturowania wykonawcy oraz zarządzania płatnościami wynikającymi z zawartych umów. Takie rozwiązanie daje możliwość oszacowania terminów wpływu środków oraz opóźnień w ich płatnościach. Powyższa propozycja zapewnia również wystarczający czas na dokonanie płatności za wykonane usługi w ramach przedmiotu zamówienia, ponadto biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy zawarte w art. 106 Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011r, Nr 177, poz. 1054 z późniejszymi zmianami) oraz regulacje wewnętrzne u Wykonawcy, wnosimy o zmianę zapisu na:

„2. należności wynikające z faktur VAT, **Zamawiający** regulować będzie przelewem na rachunek bankowy **Wykonawcy** wskazany na fakturze w terminie **14 dni od daty jej wystawienia**. Na przelewie **Zamawiający** zobowiązany jest określić tytuł wpłaty "FV Nr _____ Umowa ID nr".

Odpowiedź na pytanie 2: Zamawiający dokonał modyfikacji treści § 7 ust. 2 projektu umowy:

Było: „Zapłata wynagrodzenia nastąpi w terminie 21 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury VAT, przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę, tj., z zastrzeżeniem, że faktury będą dostarczane Zamawiającemu nie później niż 14 dni przed terminem płatności.”

Jest: „2. Należności wynikające z faktur VAT, **Zamawiający** regulować będzie przelewem na rachunek bankowy **Wykonawcy** wskazany na fakturze w terminie **14 dni od daty odbioru przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT**. Na przelewie **Zamawiający** zobowiązany jest określić tytuł wpłaty "FV Nr _____ Umowa ID nr".

3. Zamawiający w § 7 ust. 3 projektu umowy wskazał: „Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego”

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

Odpowiedź na pytanie nr 3 : Zamawiający nie wyraża zgody.

4. Zamawiający w § 7 ust. 5 projektu umowy wskazał: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia z fakturą specyfikacji wysyłek z każdego punktu nadania na adres mailowy

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy Zamawiający wyraża zgodę na rozszerzenie zapisów w tym zakresie zgodnie z poniższym : ”

5. Zamawiający oświadcza, że zezwala na przysyłanie drogą elektroniczną faktur wystawianych przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami, w formacie PDF.
6. Wykonawca zobowiązuje się przysyłać faktury (oraz faktury korygujące i duplikaty faktur) drogą elektroniczną w formacie PDF.
7. Wykonawca oświadcza, że faktury będą przysyłane z następującego adresu email: xxxxxxxxxxxx@xxxxxxxxxxxx
8. Zamawiający oświadcza, że adresem e-mail właściwym do przysyłania faktur jest: xxxxxxxxxxxx@xxxxxxxxxxxx
9. Strony zobowiązują się co najmniej na trzy dni przed zmianą danych określonych w pkt. 8-9 poinformować o tym drugą Stronę drogą elektroniczną. Zmiana nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy.
10. Zamawiający zobowiązuje się do aktywowania funkcji generowania informacji zwrotnych w postaci autorespondera i każdorazowego automatycznego potwierdzania otrzymania wiadomości z wykorzystaniem tej funkcji, lub przekazywania każdorazowo na adres Wykonawcy wskazany w pkt. 8, informacji zwrotnej potwierdzającej odbiór faktury. Informacja zwrotna potwierdzająca odbiór faktury, będzie zawierała datę otrzymania faktury przez Zamawiającego, przez którą rozumieć należy datę wpływu faktury na adres skrzynki pocztowej Zamawiającego wskazanej w pkt. 9.
11. Zamawiający i Wykonawca zobowiązują się przechowywać egzemplarze faktur w formie papierowej lub elektronicznej do upływu terminu przedawnienia zobowiązań podatkowych.

Odpowiedź na pytanie 4 : Zamawiający wyraża zgodę, na rozszerzenie zapisów §7 projektu umowy .

Było : § 7

1. Faktury VAT z tytułu należności wynikających z realizacji niniejszej Umowy, wystawione będą w terminie do 7 dni od zakończenia okresu rozliczeniowego.
2. Zapłata wynagrodzenia nastąpi w terminie 21 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury VAT, przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę, tj. , z zastrzeżeniem, że faktury będą dostarczane Zamawiającemu nie później niż 14 dni przed terminem płatności.
3. Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.
4. Podstawą do wystawienia faktury będą dokumenty rozliczeniowe, o których mowa w § 6 ust.3 umowy.
5. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia z fakturą specyfikacji wysyłek z każdego punktu nadania na adres mailowy

Jest : § 7

1. Faktury VAT z tytułu należności wynikających z realizacji niniejszej Umowy, wystawione będą w terminie do 7 dni od zakończenia okresu rozliczeniowego.
2. Należności wynikające z faktur VAT, Zamawiający regulować będzie przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze w terminie 14 dni od daty odbioru przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT. Na przelewie Zamawiający zobowiązany jest określić tytuł wpłaty "FV Nr _____ Umowa ID nr"
3. Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.
4. Podstawą do wystawienia faktury będą dokumenty rozliczeniowe, o których mowa w § 6 ust.3 umowy.
5. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia z fakturą specyfikacji wysyłek z każdego punktu nadania na adres mailowy xxxxxxxx@xxxxxxxx

6. Zamawiający oświadcza, że zezwala na przesyłanie drogą elektroniczną faktur wystawianych przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami, w formacie PDF.
7. Wykonawca zobowiązuje się przysyłać faktury (oraz faktury korygujące i duplikaty faktur) drogą elektroniczną w formacie PDF.
8. Wykonawca oświadcza, że faktury będą przysyłane z następującego adresu email: xxxxxxxxxxxx@xxxxxxxxxxxxxx
9. Zamawiający oświadcza, że adresem e-mail właściwym do przysyłania faktur jest: xxxxxxxxxxxx@xxxxxxxxxxxxxx
10. Strony zobowiązują się co najmniej na trzy dni przed zmianą danych określonych w ust. 8-9 poinformować o tym drugą Stronę drogą elektroniczną. Zmiana nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy.
11. Zamawiający zobowiązuje się do aktywowania funkcji generowania informacji zwrotnych w postaci autorespondera i każdorazowego automatycznego potwierdzania otrzymania wiadomości z wykorzystaniem tej funkcji, lub przekazywania każdorazowo na adres Wykonawcy wskazany w ust.8, informacji zwrotnej potwierdzającej odbiór faktury. Informacja zwrotna potwierdzająca odbiór faktury, będzie zawierała datę otrzymania faktury przez Zamawiającego, przez którą rozumieć należy datę wpływu faktury na adres skrzynki pocztowej Zamawiającego wskazanej w ust.9.
12. Zamawiający i Wykonawca zobowiązują się przechowywać egzemplarze faktur w formie papierowej lub elektronicznej do upływu terminu przedawnienia zobowiązań podatkowych.

5. Zamawiający w § 8 wzoru umowy określił odpowiedzialność Wykonawcy przewidując nieuzasadnione dla Wykonawcy kary umowne w wyniku odstąpienia od umowy, a także kary z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem zamówienia.

Świadczy to o tym, że Zamawiający stawia się na pozycji uprzywilejowanej zakładając jedną z naczelných zasad prawa wynikających, jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego). Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w § 8 ust. 1, 7 wzoru umowy zdaniem Wykonawcy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę, a rozmiarem sankcji wymierzonej z tego tytułu. Przewidziane w § 8 ust. 1 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, wypowiedzenie umowy z tytułu nienależytego wykonania 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.

Zgodnie z postanowieniami OPZ oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do ogłoszenia usługi pocztowe stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą m.in. na zasadach określonych w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo Pocztove (t.j. Dz. U. 2016 r. poz. 1113 z późn. zm.). Wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, określenie w taki sposób zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Zgodnie z założeniem OPZ do złożenia oferty, usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą wobec przesyłek, których realizacja oparta jest m.in. na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe, tym samym Wykonawca jako operator wyznaczony jest zobowiązany do stosowania w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych przepisów Rozdziału 8 ustawy Prawo pocztowe. 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 ustawy Prawo pocztowe i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami) nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń przewidzianych ustawą na drodze sądowej. W art. 88-90 ustawodawca przewidział ścisły katalog wysokości odszkodowań oraz przypadków, kiedy operator pocztowy zobligowany jest do jego wypłaty.

Rozszerzenie odpowiedzialności operatora pocztowego zostało przewidziane jedynie w art. 87 ust. 5, zgodnie z którym 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.

Zatem jedynie w w/w przypadkach operator pocztowy może podlegać odpowiedzialności szerszej aniżeli wynikająca z przepisów prawa pocztowego.

Podkreślenia wymaga, że w Kodeksie cywilnym w art. 471 występuje pojęcie "niewykonanie zobowiązania". Zdarzenie to występuje tylko wtedy, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle wykonane.

W tym samym artykule Kodeksu cywilnego mamy pojęcie "nienależytego wykonania zobowiązania", a w art. 472 pojęcie "niezachowanie należytej staranności". Oba te określenia należy przypisać pojęciu użytemu w ustawie, a mianowicie "wykonanie zamówienia z nienależytą starannością". Określenie to jest tak pojemne, że niemożliwe jest określenie wszystkich sytuacji, w których ono występuje. Dokonując jednak dla jasności uogólnienia, można stwierdzić, że o nienależytym spełnieniu świadczenia możemy mówić w aspekcie niezachowania terminu spełnienia świadczenia, czy też wadliwości świadczenia. Należy do naszego uogólnienia dodać jeszcze, że w Kodeksie cywilnym pojęcie "niezachowanie należytej staranności" rozumiane jest jako synonim winy w postaci niedbalstwa. Skoro tak, to zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kodeksu cywilnego).

W § 8 ust. 8 Zamawiający zastrzega, że: „przysługuje mu prawo potrącenia kary umownej z wynagrodzenia należnego Wykonawcy”.

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 związku z powyższym Wykonawca wnosi o:

- wykreślenie lub dokonanie znacznego obniżenia wymiaru kary w § 8 ust. 1 jako przepisów umownych dających prawo Zamawiającemu do nałożenia kar umownych w przypadku odstąpienia od umowy, z przyczyn, które są całkowicie niezależne od działania Wykonawcy, co stanowi rażące naruszenie zasady konkurencyjności oraz równouprawnienia stron stosunku cywilnoprawnego.
- Wykreślenie § 8 ust. 7
- Wykreślenie § 8 ust. 8 lub z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów § 8 ust. 8 Umowy poprzez modyfikację zapisu i dodanie do jego treści zwrotu: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej” lub uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Wykonawca informuje, że pozostawienie we wzorze umowy oraz OPZ wskazanych powyżej zapisów uniemożliwi Wykonawcy złożenie wiążącej oferty.

Odpowiedź 5: Zamawiający dokonał zmiany zapisów § 8 ust.1, 8 projektu umowy , oraz wykreślenia § 8 ust. 7 projektu umowy :

Zmiana zapisu § 8 ust.1 projektu umowy:

Było: Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w wysokości 10 % brutto łącznego wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1, w przypadku, gdy Zamawiający odstąpi od umowy w całości lub w części z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca lub w przypadku gdy Wykonawca odstąpi od Umowy w całości lub w części z przyczyn nie zależnych od Zamawiającego.

Jest: : Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w wysokości 5 % brutto łącznego wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1, w przypadku, gdy Zamawiający odstąpi od umowy w całości lub w części z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca lub w przypadku gdy Wykonawca odstąpi od Umowy w całości lub w części z przyczyn nie zależnych od Zamawiającego.

Zmiana zapisu § 8 ust.8 projektu umowy:

Było: Zamawiającemu przysługuje prawo potrącenia kary umownej z wynagrodzenia należnego Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę.

Jest : Zamawiającemu przysługuje prawo potrącenia kary umownej z wynagrodzenia należnego Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę, przy czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę o zamiarze nałożenia kary umownej i przyczynie jej nałożenia. Wykonawcy przysługuje termin 7 dni celem ustosunkowania się do zamiaru nałożenia kary umownej. Decyzję w przedmiocie kary umownej Zamawiający podejmie po zapoznaniu się stanowiskiem Wykonawcy lub nie zajęciu stanowiska przez Wykonawcę w wyznaczonym terminie.

W wyniku wykreślenia § 8 ust.7 z zapisów umowy, § 8 ust.8 projektu umowy zyskuje numer § 8 ust.7

6.Zamawiający w § 10 ust. 4 wzoru umowy określił, że: „Strony dopuszczają możliwość zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT; w takim przypadku zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części, jakiej dotyczy zmiana stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującym prawem.”

Wykonawca wnosi o modyfikację zapisów punktu 4 zgodnie z poniższym:

Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku:

a) ustawowej zmiany stawek podatkowych (VAT) w okresie obowiązywania umowy; jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie podatku od towarów i usług, Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT;

b) zmiany „cen jednostkowych brutto” w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (stanowiącym załącznik do umowy) 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.”

Odpowiedź 6: Zamawiający zawarł odpowiedź na pytanie nr 6 w odpowiedzi na pytanie nr 1.

7.Zamawiający w OPZ w rozdziale Warunki przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych w pkt 4 wskazał terminy doręczania przez Wykonawcę przesyłek listowych nie będących przesyłkami najszybszej kategorii przyjęte do przemieszczenia i doręczenia zgodnie z postanowieniami wewnętrznego Regulaminu Wykonawcy (...).

Wnioskujemy o zmianę powyższego zapisu poprzez wykreślenie pkt a), b), c) wskazujących termin doręczania przesyłek na terenie Miasta Białegostoku i terenu województwa podlaskiego, dostarczanych na terenie kraju oraz na obszarze krajów Europy.

W związku z powyższym proponujemy zapis pkt 4 OPZ w rodz. Warunki przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych zmienić na następujący: „Wykonawca zobowiązany jest doręczyć przesyłki listowe nie będące przesyłką najszybszej kategorii przyjęte do przemieszczenia i doręczenia zgodnie z postanowieniami wewnętrznego Regulaminu Wykonawcy oraz ustawy Prawo pocztowe.

Odpowiedź 7: Zamawiający wyraża zgodę na propozycję zmiany zapisów.

Z uwagi na powyższe dotychczasowy zapis OPZ pkt.4 w rozdziale Warunki przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych otrzymuje brzmienie o następującej treści : „Wykonawca zobowiązany jest doręczyć przesyłki listowe nie będące przesyłką najszybszej kategorii przyjęte do przemieszczenia i doręczenia zgodnie z postanowieniami wewnętrznego Regulaminu Wykonawcy oraz ustawy Prawo pocztowe.”

8.Zamawiający w OPZ w rozdziale Warunki przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek kurierskich w pkt 4 a), b), c) wskazał terminy doręczania przesyłek kurierskich.

Wykonawca wnioskuję o zmianę zapisów zgodnie z zasadami świadczenia usługi kurierskiej przez Wykonawcę zwartymi w Regulaminach świadczenia usług kurierskich w obrocie krajowym i zagranicznym, w następujący sposób:

a), b) „w przypadku nadania przesyłki w dniu roboczym (od poniedziałku do piątku) do godz. 17:00 w miastach wojewódzkich albo do godz. 15:00 w pozostałych miastach i miejscowościach Wykonawca doręczy przesyłkę do drugiego dnia roboczego po dniu nadania, za wyjątkiem przesyłek nadanych z usługami dodatkowymi”;

c) „Przesyłki kurierskie w obrocie zagranicznym przyjęte przez Wykonawcę doręczane są w kraju przeznaczenia zgodnie z przepisami wewnętrznymi danego kraju”.

Odpowiedź na pytanie 8 : Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów w OPZ w rozdziale Warunki przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek kurierskich w pkt. 4 a), b), natomiast pkt.4 c) otrzymuje następujące brzmienie:

Było: doręczenie przesyłek kurierskich zagranicznych z gwarantowanym terminem doręczenia 2 dni robocze – maksymalnie do 4 dnia roboczego po dniu nadania, w strefie A (kraje Europy).

Jest: doręczenie przesyłek kurierskich zagranicznych w strefie A kraje Europy do 0,5kg – z terminem doręczenia zgodnie z Regulaminem świadczenia usługi u Wykonawcy tj. od 3 dni.

9.W załączniku Formularz cenowy Część II punkt 11 Zamawiający wskazał pozycję: „przesyłki kurierskie zagraniczne z gwarantowanym terminem doręczenia w strefie A kraje Europy do 0,5 kg”.

Wykonawca informuje, że termin doręczenia przesyłek kurierskich w obrocie zagranicznym określają zapisy Regulaminu świadczenia usługi u Wykonawcy. Wskazują one, że:

Przewidywany dzień doręczenia przesyłki EMS to:

- do krajów europejskich od 3 dni
- do krajów na kontynentach innych niż Europa od 6 dni

Szczegółowe terminy doręczeń przesyłek w obrocie zagranicznym dostępne są w **ogólnie dostępnych przepisach dotyczących realizacji usługi**. Wykonawca informuje, że w kraju przeznaczenia przesyłki doręczane są przez operatorów zagranicznych, a terminy doręczeń uzależnione od wielu czynników, w związku z czym Wykonawca nie jest w stanie realizować usługi dając gwarantowany termin doręczenia, może jedynie w przybliżeniu wskazać w jakim terminie przesyłka zostanie doręczona.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę określenia na: „przesyłki kurierskie zagraniczne w strefie A kraje Europy do 0,5 kg”.

Odpowiedź na pytanie 9 : Zamawiający wyraża zgodę, w związku z powyższym dokonuje zmiany w treści Formularza cenowego Część II punkt 11 na : „przesyłki kurierskie zagraniczne w strefie A kraje Europy do 0,5 kg”, który stanowi załącznik nr 5 do ogłoszenia o przetargu.

PREZES

mgr Michał Witold Stefanowicz

WICEPREZES

mgr Anna Pisiecka