

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 2017 r. poz. 459, zm.) pt.: „Świadczenie usług pocztowych na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowo – Handlowo- Produkcyjnego „LECH” Sp. z o.o. w 2018 roku”

- I. W dniu 15 grudnia 2017 roku wpłynęło do Zamawiającego pytanie dotyczące treści Zapytania ofertowego z dnia 15 grudnia 2017 roku do zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W niniejszym piśmie Zamawiający Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. przekazuje treść pytania wraz z odpowiedzią.

1. Pytanie 1: 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 orzecnictwem 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.

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

Odpowiedź 1: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

2. Pytanie 2: 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 zakłócając jedną z naczelnych zasad prawa wynikających, jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego). Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w § 8 ust. 1 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 Pocztowe (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 przesylek, 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.
- zmianę wysokości kary umownej § 8 ust. 7 do 2% wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1, co spowoduje zniesienie znamion kary wygórowanej,
- 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,

Odpowiedź 2: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

3. Pytanie 3: *Zamawiający przewiduje możliwość dokonywania zmian postanowień umowy w enumeratywnie wyliczonych przypadkach.*

Wykonawca jako operator pocztowy i wyznaczony, zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, w tym także usług o charakterze powszechnym, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Przepisy zamieszczone w rozdziale IV ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych.

Zatem w przypadku zmian cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w treści zaproszenia, Wykonawca realizując zamówienia w cenach wynikających z formularza, zmuszony będzie do świadczenia usług pocztowych z naruszeniem przepisów ustawowych, nie tylko z zakresu prawa pocztowego, ale także cywilnego, czy antymonopolowego. Taki stan rzeczy byłby niedopuszczalny zarówno ze względu na ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Czy Zamawiający uwzględni zmianę istotnych postanowień umowy poprzez modyfikację § 5 ust. 2 wzoru umowy w następujący sposób:

„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.

Czy Zamawiający uwzględni zmianę istotnych postanowień umowy poprzez modyfikację § 10 ust. 4 wzoru umowy i rozwiniecie zapisów dotyczących zmian cen i podatku VAT, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„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, a także Strony dopuszczają możliwość zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę powszechnie obowiązujących w jego działalności nowych cen usługi lub usług należących do przedmiotu umowy i 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”?

Odpowiedź 3: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

4. Pytanie 4: 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) i b) wskazujących termin doręczania przesyłek dla obszaru na terenie Miasta Białegostoku i terenu województwa podlaskiego oraz obszaru za teren Białegostoku i teren województwa podlaskiego i pozostawienie zapisu dotyczącego doręczania „tylko na zgodnie z przepisami Prawa pocztowego oraz postanowieniami wewnętrznego Regulaminu Wykonawcy”.

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 4: 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 przemieszczania i doręczenia zgodnie z postanowieniami wewnętrznego Regulaminu Wykonawcy oraz ustawy Prawo pocztowe.”

ACCEPTAŁAM



PREZES

mgr inż. Michał G. i mgr inż. D. K.