

**Dotyczy ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne i inne szczególne usługi
z dnia 09.11.2020r znak: GM.230.2.13.AC.2020.**

Powiatowy Urząd Pracy w Otwocku udziela odpowiedzi na pytania jakie wpłynęły do tutejszego urzędu w sprawie ogłoszenia na zadanie pod nazwą „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych i paczek oraz ich ewentualnych zwrotów na rzecz Powiatowego Urzędu Pracy w Otwocku ul. Górna 11”.

Pytanie 1

Załącznik nr 8 do SIWZ umowa paragraf 1, pkt. 3.

Zamawiający wskazuje godziny doręczania przesyłek przychodzących do Zamawiającego. Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztove 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 oddziałów Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Czy zamawiający dopuszcza wykreślenie wskazanego punktu?

Odpowiedź: Nie. Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymogów zawartych w ogłoszeniu a zatem również z uwzględnieniem zapisów dostarczania przesyłek we wskazanych dniach i godzinach. Jest to ważny element przedmiotu zamówienia, związany z organizacją pracy Zamawiającego. Zamawiający dokonuje zmiany § 1 pkt 3 wzoru umowy w ten sposób, że dopuszcza dostarczanie przesyłek pocztowych do siedziby Zamawiającego do godziny 11,00.

Pytanie 2

Załącznik nr 8 do SIWZ umowa paragraf 1, pkt. 3.: paragraf 4, pkt. 4.:

W treści umowy Zamawiający wskazał, że Wykonawca ma odbierać przesyłki z siedziby Zamawiającego. Wykonawca informuje, że odbiór przesyłek z siedziby Klienta nie jest usługą pocztową tym bardziej powszechną - odbiór przesyłek jest usługą transportową i opłata za nią nie może zostać wliczona w cenę jednostkową opłaty pocztowej za usługi listowe bądź paczkowe. Poczta Polska S.A jako operator wyznaczony, zobligowany jest do świadczenia usług w oparciu o zapisy wynikające z Prawa pocztowego. 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 o zadeklarowanych dni odbioru w miesiącu.

Wobec powyższego zwracamy się z prośbą o uzupełnienie załącznika nr 2 Oferta o pozycję „odbior przesyłek z siedziby Zamawiającego”

Odpowiedź: Zamawiający będzie dostarczał przesyłki przeznaczone do nadania do wskazanej przez Wykonawcę placówki – punktu pod warunkiem, iż dana placówka–punkt będzie usytuowana na terenie Otwocka lub w odległości do 3 km od siedziby Zamawiającego. Zamawiający nie będzie korzystał z płatnego odbioru przesyłek.

Pytanie 3

Załącznik nr 8 do SIWZ umowa paragraf 1, pkt. 9.

Zamawiający pkt. 3 wymaga gwarancji wysłania przesyłek w dniu ich nadania. Wykonawca zwraca się z prośbą o uszczegółowienie zapisu poprzez dodanie treści:

„W przypadku uzasadnionych zastrzeżeń w stosunku do już odebranych przesyłek (np. nieprawidłowe opakowanie, brak pełnego adresu, niezgodność wpisów w dokumentach nadawczych z wpisami na przesyłkach, brak znaków opłaty itp.) Wykonawca bez zbędnej zwłoki wyjaśnia je z Zamawiającym.

Brak możliwości wyjaśnienia zastrzeżeń, o których mowa lub ich usunięcia w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego powoduje, iż nadanie przesyłek przez Wykonawcę nastąpi w dniu następnym lub ich całkowitym usunięciu przez Zamawiającego”.

Odpowiedź: Tak. Zamawiający wyraża zgodę na uszczegółowienie zapisu paragrafu 4 pkt 9 wzoru umowy poprzez dodanie treści zaproponowanej przez Zamawiającego (jw.).

Pytanie 4

Załącznik nr 8 do SIWZ umowa paragraf 6, pkt. 6.

Należy zwrócić uwagę, iż w przedmiocie zamówienia Zamawiający wskazał 12-miesięczny okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, natomiast Wykonawca jako operator wyznaczony, zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Zgodnie z art. 57 ustawy Prawo pocztowe operator wyznaczony jest zobligowany do przedłożenia Prezesowi UKE projektu cennika usług powszechnych, który co do zasady nie może przekroczyć maksymalnych rocznych poziomów opłat za usługi powszechne określonych w decyzji, o której mowa w art. 55 ust. 1 Prawa pocztowego, dotyczącym przystępności cenowej tych usług. Natomiast przepisy art. 53 i 54 ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych.

Zatem w przypadku zmiany cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w SIWZ, 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 na ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze publicznym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Wykonawca wnioskuję aby Zamawiający uwzględnił zmianę cen jednostkowych poprzez dodanie :” pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztove bez konieczności składania wniosku wraz ze szczegółową kalkulacją a jedynie po złożeniu oświadczenia, że podwyżka cen świadczonych usług obejmuje nie tylko jednostki sektora finansów publicznych”

Odpowiedź: Nie. Zamawiający wymaga aby ceny przedstawione w ofercie Wykonawcy obowiązywały przez cały czas trwania umowy.

Pytanie 5

Załącznik nr 8 do SIWZ umowa paragraf 7, pkt. 4.

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację punktu w sposób następujący:

3.Należności wynikające z faktury VAT Zamawiający regulować będzie przelewem na konto Wykonawcy wskazane na fakturze, w formie opłaty „z dołu” w terminie 14 dni od daty wystawionej faktury.

Odpowiedź: Nie. Zamawiający określił w treści ogłoszenia 14 dniowy termin płatności licząc od daty wpływu faktury do urzędu.

Pytanie 6

Załącznik nr 8 do SIWZ umowa paragraf 11, pkt. 2

Zamawiający zastrzega, że płatność na podstawie wystawionej faktury może być pomniejszona o kwoty należnych Wykonawcy kar umownych określonych w § 11 pkt.1 umowy oraz zwrotu należnych Zamawiającemu opłat.

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 wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy poprzez modyfikację zapisu i dodanie do treści Załącznika nr 8 § 11 pkt. 2 zwrotu: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

Odpowiedź: Tak. Zamawiający modyfikuje zapis paragrafu 11 pkt 2 wzoru umowy poprzez dodanie zwrotu „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”.

Pytanie 7

Załącznik nr 8 do SIWZ umowa paragraf 11, pkt. 2

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację punktu w sposób następujący:

2. W razie ewentualnych sporów mogących wyniknąć z umowy, Strony będą dążyć do ich polubownego rozstrzygnięcia. W przypadku braku porozumienia w ciągu 30 dni od zaistnienia sporu, każda ze stron może wystąpić z powództwem do sądu właściwego dla siedziby Wykonawcy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Odpowiedź: Nie. Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji paragrafu 14 pkt. 2 wzoru umowy.

Pytanie 8

Załącznik nr 1 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia V pkt. 5 i pkt. 7

Zamawiający w Załączniku nr 1 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia V pkt. 5 i pkt. 7

ustanawia kary umowne. 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 naczelných 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 sformułowania 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 § 8 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 poprzez:

- ich wykreślenie i odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych wskazanych

Odpowiedź: Tak. Zamawiający dokonuje zmiany w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż całkowicie wykreśla z działu V pkt 7 dotyczący kar umownych.

Pytanie 9

Załącznik nr 1 do SIWZ Formularz cenowy

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ scharakteryzował parametry przesyłki „S” o następujących wymiarach (przyjmuje się tolerancję wszystkich wymiarów +/- 2 mm.) S- maksymalny wymiar koperty C5 (162x229x20) do 500g.

Wykonawca oświadcza, iż w standardach podziału wielkości przesyłek obsługiwanych przez Wykonawcę, wielkość maksymalna wymiaru „S” to (160x230x20) do 500 g.

W związku z powyższym, w celu rzetelnego przygotowania oferty, czy Zamawiający dopuszcza korektę zapisu w następujący sposób:

S- maksymalny wymiar koperty C5 (przyjmuje się tolerancję wszystkich wymiarów +/- 2 mm.) (160x230x20) do 500 g.

Odpowiedź: Tak. Zamawiający dopuszcza korektę zapisu:

S- maksymalny wymiar koperty C5 (przyjmuje się tolerancję wszystkich wymiarów +/- 2 mm.) (160x230x20) do 500 g.

Zamawiający informuje, że odpowiedzi na pytania stanowią integralną część Ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

D Y R E K T O R
Powiatowego Urzędu Pracy
w Otwocku
[Podpis]
mgr Danuta Wojska-Rzewuska