

MUP.PKIII.371.20.2018.SG

Lublin, dnia 16.07.2018 r.

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 29. 01. 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania w celu udzielenia zamówienia na usługi pocztowe, w związku z wniesionymi pytaniami dotyczącymi treści ogłoszenia o zamówieniu **przekazuje treść wniesionych pytań wraz z wyjaśnieniami oraz dokonaną modyfikacją Ogłoszenia o zamówieniu.**

- *Treść pytania nr 1*

„W załączniku nr 6 do ogłoszenia o zamówieniu wzór umowy w § 5 ustęp 2. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca odbierał przesyłki przygotowane do wyeksponowania z siedziby Zamawiającego w dni robocze od poniedziałku do piątku. Jednocześnie, Zamawiający nie umożliwił wyceny usługi odbioru przesyłek.

Wykonawca pragnie wskazać, że zastosowane rozwiązanie jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia ogłoszonego przez Zamawiającego: „świadczenie usług pocztowych (...), w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania (...) przesyłek pocztowych” oraz jest niezgodne z ustawą Prawo pocztowe, zgodnie z którą: „Usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe (...) realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych (...)” (art. 2 ust. 1 pkt 1). Usługa odbioru korespondencji z siedziby Zamawiającego jest odpłatną usługą umowną świadczoną na odrębnych zasadach i jako taka nie mieści się w katalogu określonym jako świadczenie usług pocztowych. Dodatkowo odbiór przesyłek jest usługą transportową (a nie pocztową), opodatkowaną stawką podstawową.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o dodanie w formularzu oferty w tabeli Szacowana planowana liczba przesyłek w okresie obowiązywania umowy dodatkowej pozycji nr 13. Usługa odbioru przesyłek z siedziby Zamawiającego świadczona 5 dni w tygodniu w okresie miesiąca kalendarzowego stanowiącego okres rozliczeniowy.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z pkt 18.2 Ogłoszenia o zamówieniu tj. opis sposobu obliczenia ceny „Cena podana w formularzu ofertowym powinna obejmować wszystkie koszty i składniki jakie trzeba będzie zapłacić za przedmiot zamówienia.”, co obejmuje również odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający nie przewiduje zmiany Formularza Oferty w przedmiotowym postępowaniu, a po stronie Wykonawcy leży obowiązek właściwego skalkulowania ceny oferty. W Formularzu Oferty Zamawiający wymaga podania jedynie wartości brutto zamówienia bez wskazywania osobno stawki podatku VAT. Nie ogranicza to w żaden sposób dostępu do zamówienia innym wykonawcom, umożliwia skalkulowanie w sposób rzetelny ceny oferty oraz jest zgodne z obowiązującymi przepisami.

- *Treść pytania nr 2*

„W załączniku nr 6 do ogłoszenia o zamówieniu wzór umowy w § 10 ustęp.7 Zamawiający określa datę zapłaty jako datę obciążenia rachunku bankowego płatnika.

Czy z uwagi na praktykę obrotu gospodarczego popartą orzecznictwem sądów, zgodnie z którą zapłata należności ma na celu umożliwienie Wykonawcy swobodnego korzystania z należnych mu pieniędzy, co jest możliwe dopiero w chwili wpływu środków na konto Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza zmianę zapisu na następujący: „za dzień zapłaty przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy”?”

ODPOWIEDŹ

Odpowiadając na wniesione pytanie wyjaśniamy, iż Zamawiający ma prawo i obowiązek kształtowania warunków umowy zgodnie z jego potrzebami i możliwościami z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa. Wobec powyższego Zamawiający nie dopuszcza zmiany zapisów umowy w zakresie wskazanym w pytaniu.

• Treść pytania nr 3

„W związku z tym, że Zamawiający zdaniem Wykonawcy wprowadza nierównorzędną relację w zakresie kar umownych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, gdzie temu ostatniemu nie przyznano tak daleko idących gwarancji (w szczególności adekwatnych kar umownych). Nie jest więc tu zachowana jakakolwiek elementarna zasada równości stron. Przy tak jednostronnie i rygorystycznie skonstruowanych przez Zamawiającego zapisach dotyczących kar umownych Wykonawca nie będzie w stanie złożyć oferty na świadczenie usług pocztowych.

W związku z powyższym wykonawca wnosi o zmianę treści § 14 ustęp. 4. pkt 2 na dwa punkty o brzmieniu:

1. *W przypadku nieuzasadnionego odstąpienia od umowy przez Wykonawcę, Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 3% kwoty szacowanej wartości brutto umowy, obliczonej na podstawie ceny podanej w formularzu oferty.*

2. *W przypadku nieuzasadnionego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, Wykonawca może obciążyć Zamawiającego karą umowną w wysokości 3% kwoty szacowanej wartości brutto umowy, obliczonej na podstawie ceny podanej w formularzu oferty.”*

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują kwestii dotyczącej kar umownych określanych przez Zamawiającego istotnych warunkach zamówienia lub wzorze umowy. Zamawiający uprawniony jest zatem sam do kształtowania postanowień umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą na gruncie prawa zamówień publicznych zasada swobody umów ulega ograniczeniu poprzez fakt, iż Zamawiający wymaga, by Wykonawca zawarł umowę na określonych warunkach. Niniejsze warunki, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający winien zawrzeć w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co w przypadku niniejszego postępowania na usługi pocztowe zostało spełnione poprzez zastosowanie wzoru umowy będącego załącznikiem do ogłoszenia o zamówieniu. Z tak skonstruowanych przepisów prawa wynika uprawnienie dla Zamawiającego do ukształtowania postanowień umowy, w tym w zakresie kar, zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie podkreśliła, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikują w tym zakresie zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów wynikającą z przepisów kodeksu cywilnego. Podkreślić należy że „Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w postępowaniu celu może prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości.”(zgodnie np. z wyrokiem KIO 654/16, KIO 47/18).

Ryzyko Zamawiającego przewyższa ryzyko w ramach prowadzonej działalności gospodarczej występujące przy umowach zawieranych przez dwóch przedsiębiorców. Co więcej, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwem, Zamawiający nie jest zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla samego siebie.

Podkreślić należy, iż przyjęte w zapisach wzoru umowy kary oraz ich wysokość pełnią funkcję prewencyjną i zabezpieczają interes publiczny przed naruszeniami ze strony Wykonawcy, co jest szczególnie istotne przy realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie

zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać podmiotu realizującego zamówienie. Kara umowna ma charakter nie tylko odszkodowawczy, Zamawiający ma zatem prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem nienależyte wykonanie postanowień umowy mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami.

Dodatkowo, zgodnie z orzecznictwem KIO (np. sygn. akt 1431/08, sygn. akt 654/16) „...kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie w sensie finansowym dla Wykonawcy....”.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że przewidziana we wzorze kara umowna w wysokości 10 % dotyczy przypadku odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Działanie Zamawiającego nie ma więc charakteru dobrowolności w ocenie sytuacji i zastosowania kary bez uzasadnienia. Nadmienić również należy, iż zastosowany przez Zamawiającego próg procentowy kary nie jest wygórowany bowiem przyjętą praktyką w ustalaniu wysokości kar jest stosowanie kar umownych na poziomie nawet 20 %.

Podkreślić także należy, że postanowienia umowne w zakresie kar nie powodują różnego traktowania potencjalnych wykonawców, a także nie ograniczają dostępu do zamówienia.

Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych i jako taka ponosi odpowiedzialność chociażby za naruszenia z tytułu odpowiedzialności za naruszenie ustawy o finansach publicznych oraz innych przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, znajdujące również potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie dopuszcza proponowanych przez Wykonawcę zmian we wzorze umowy będącym załącznikiem nr 6 do Ogłoszenia o zamówieniu.

- **Treść pytania nr 4**

„Ogłoszenie o zamówieniu w punkt 4.7

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym.

W definicji usługi pocztowej (art. 2 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe) nie mieści się doręczanie przesyłek opłaconych przez nadawców i nadchodzących do Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający określa wczesnoporanne godziny doręczenia, które nie uwzględniają procesów pocztowych zachodzących przed fazą doręczenia, jak np. przewóz do placówki oddawczej, rozdział materiału na rejony doręczeń, uzupełnienie odpowiedniej dokumentacji, etc. oraz samej fazy doręczenia do siedziby Zamawiającego, która będzie wynikała z obsługi rejonu doręczeń dla danej lokalizacji. Każde ponadstandardowe wymaganie dot. godzin doręczania korespondencji do Zamawiającego powoduje konieczność dostosowania całej sieci logistycznej danego operatora poprzez zmiany logistyczno-organizacyjne, co niejednokrotnie może być niemożliwe. Przepisy Prawa pocztowego obligują Wykonawcę do świadczenia usług pocztowych w sposób jednolity na porównywalnych warunkach.

Biorąc pod uwagę dotychczasową współpracę wnosimy o zmianę godzin doręczenia - do godz. 12.30.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z zapisem pkt 4.6 Ogłoszenia o zamówieniu (nie jak wskazał omyłkowo Wykonawca 4.7) Wykonawca zobowiązany jest do doręczenia przesyłek (...) do siedziby zamawiającego w godzinach od 8.30 do 10.30. Jednocześnie Zamawiający przewidział, iż godziny te mogą ulec zmianie, zaś dokładne godziny zostaną ustalone po wybraniu oferty.” Tak skonstruowany wymóg nie powoduje konieczności „...dostosowania całej sieci logistycznej danego operatora poprzez zmiany logistyczno – organizacyjne...” oraz nie wymaga wprowadzenia zmian do Ogłoszenia o zamówieniu.

- **Treść pytania nr 5**

„W załączniku nr 6 do ogłoszenia o zamówieniu wzór umowy w § 14 ustęp 6 Zamawiający zastrzega, że płatność na podstawie wystawionej faktury może być pomniejszona o kwoty należnych Wykonawcy kar umownych.

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 § 14 ustęp 6 zwrotu: „*po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej*”.

ODPOWIEDŹ

W odpowiedzi na wniesione pytanie Zamawiający wyjaśnia, iż w § 14 ust 3 pkt 2 wzoru umowy przewidziane zostało postępowanie wyjaśniające w przedmiocie naruszeń w realizacji umowy skutkujących zastosowaniem kary umownej w wysokości ściśle określonej w umowie. Dopiero po przeprowadzeniu niniejszego postępowania, w którym uczestniczy również Wykonawca można ewentualnie zastosować karę umowną. Zatem niezasadne jest stwierdzenie Wykonawcy o autorytarnym postępowaniu Zamawiającego w przedmiocie stosowania kar umownych. Podkreślić należy, że wysokość kary jest ściśle określona w umowie i jest ona znana Wykonawcy już w chwili ogłoszenia postępowania. Uprawnienie potrącenia należnych Zamawiającemu kar z faktury wynika natomiast z art. 498 Kodeksu cywilnego i nie stanowi naruszenia prawa.

Twierdzenia Wykonawcy są zatem bezpodstawne.

• Treść pytania nr 6

„Ogłoszenie o zamówieniu punkt 4.26 , Załącznik nr 4 do Ogłoszenia o zamówieniu tabela Szacowana planowana liczba przesyłek w okresie obowiązywania umowy. W związku z tym że cena przesyłek pocztowych krajowych uzależniona jest od ich masy , gabarytu, rodzaju przesyłki (zwykle, zwykle priorytetowe, polecone, polecone priorytetowe) czego nie uwzględnił zamawiający w tabeli szacowana planowana liczba przesyłek w okresie obowiązywania umowy przez co uniemożliwił zamawiającemu przygotowanie oferty, Wykonawca wnosi o wprowadzenie zmian do tabeli szacowana planowana liczba przesyłek w okresie obowiązywania umowy uwzględniających przedział wagowy nadawanych przesyłek, gabaryt, rodzaj przesyłki oraz ich ilość.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, że wszystkie wymagane przez Wykonawcę gabaryty przesyłek zostały wskazane przez Zamawiającego w pkt 4.14 Ogłoszenia o zamówieniu , dodatkowo w tabeli wskazanej w pkt 4.26 oraz Formularzu oferty wskazują na rodzaj przesyłek oraz ich szacunkową ilość. Przypomnieć należy iż wskazana ilość szacunkowa została przyjęta jedynie do wyceny oferty zaś faktyczna ilość przesyłek w ramach realizacji umowy wynikać będzie z potrzeb Zamawiającego.

Zatem nieuzasadnione jest twierdzenie Wykonawcy, iż brak odrębnej rubryki w tabeli utrudnia Wykonawcy należyte przygotowanie oferty.

• Treść pytania nr 7

„Ogłoszenie o zamówieniu punkt 4.26 oraz Załącznik nr 4 do Ogłoszenia o zamówieniu tabela Szacowana planowana liczba przesyłek w okresie obowiązywania umowy. W pozycji nr. 8 zamawiający określa rodzaj przesyłek jako zagraniczne takie określenie rodzaju przesyłki uniemożliwia wycenę usługi oraz złożenie oferty W związku z powyższym Wykonawca wnosi o określenie przedziału wagowego, rodzaju przesyłki (zwykle, zwykle priorytetowe, polecone priorytetowe) oraz strefy do której będą wysyłane przesyłki.”

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, iż w tabeli zawartej w pkt 4.26 ogłoszenia o zamówieniu oraz w Formularzu oferty wskazana została liczba przesyłek listowych zagranicznych w liczbie 10, co stanowi znikomą wartość w stosunku np. do ilości 100 000 czy 80 000 sztuk innych przesyłek i nie wpływa w sposób istotny na kalkulację oferty.

Zamawiający podkreśla również, iż przyjęte w pkt 4.26 oraz Formularzu Oferty przyjęte zostały jako szacunkowe, jedynie na potrzeby wyliczenia ceny oferty, konkretna ilość przesyłek wynikać natomiast będzie z właściwych potrzeb Zamawiającego w toku realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę zdanie Wykonawcy Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisu pkt 4.14.1 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez określenie:

„przesyłki listowe zagraniczne - przesyłki polecone (zgodnie z pkt 4.14.1 Ogłoszenia o zamówieniu) dotyczące adresatów na terenie Unii Europejskiej.”

Jednocześnie zamawiający wyjaśnia, iż pozostałe parametry wynikają z pkt 4.14.1 Ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z dokonaną modyfikacją pkt 4.14.1 nie ulega zmianie termin otwarcia ofert oraz nie wymaga zmiany Formularz Oferty.

Z up. Prezydenta Miasta Lublin
Zastępca Dyrektora
Miejskiego Urzędu Pracy w Lublinie
mgr Monika Rynkar