



**Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich
w Poznaniu**

ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań
<http://www.wzdw.pl> e-mail: poczta@wzdw.pl

WZDW.WZP.271-125/17

Poznań, dnia 28.11.2017 r.

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na: Świadczenie usług pocztowych dla Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu w obrocie krajowym oraz zagranicznym.

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, w związku z prośbą o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, działając w trybie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), wyjaśnia, co następuje:

Pytanie nr 1

SIWZ – Tom II – Istotne dla Stron Postanowienia Umowy - § 6 ust. 5

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. 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 rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, w świetle postanowień zawartych w istotnych dla stron postanowień 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 na ustawowe obowiązki ciężące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę postanowień SIWZ Tom II Istotne dla stron postanowienia umowy § 6 ust. 5 poprzez dodanie do treści zapisu o możliwości zmiany cennika usług powszechnych zatwierdzonego w trybie zgodnym z ustawą Prawo Pocztowe przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej?

Odpowiedź:

Norma zawarta w art. 142 ust. 5 pzp jest normą bezwzględnie obowiązującą. Zatem Zamawiający nie może pominąć tego przepisu w przypadku zamówień zawieranych na okres czasu dłuższych niż 12 miesięcy. Przepis ten umożliwia waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy, a nie podniesienie wynagrodzenia w celu osiągnięcia np. wyższego zysku. Ponadto Wykonawca realizując dyspozycję art. 142 ust. 5 pzp musi wykazać wpływ zmian określonych w tym przepisie na koszty wykonania zamówienia.

Pytanie nr 2



SIWZ – Tom II – Istotne dla Stron Postanowienia Umowy - § 8 ust. 1 i 2 - Wykonawca zatrudnia ponad 80 tys. pracowników, z tego ponad 97% na umowę o pracę. W niewielkiej części zatrudnienie opiera się jednak również o Umowy cywilno-prawne. Dla ciągłości obsługi klientów zarówno w miejscach ich siedzib, jak i w placówkach operatora, Wykonawca zmuszony jest posiłkować się krótkimi zastępstwami, które mogą wykonywać również pracownicy zatrudnieni na Umowy cywilno-prawne. Sytuacje takie są trudne do przewidzenia i wymagają błyskawicznej decyzji osób odpowiedzialnych za określony odcinek pracy. Z kolei pracownicy, którzy potencjalnie będą świadczyć bezpośrednio „czynności operacyjne” dla Zamawiającego obsługują jednocześnie w tym samym zakresie dużo więcej innych kontrahentów. Blokowanie odcinków pracy (doręczania, odbioru korespondencji do/od Zamawiającego) poprzez kierowanie na nie osób zatrudnionych tylko na umowę o pracę w realiach organizacyjnych Wykonawcy jest niemożliwe. Mając na uwadze długi okres realizacji przedmiotu zamówienia – 4 lata – tym trudniej spełnić warunek wskazany przez Zamawiającego.

Wobec powyższego wnosimy o wprowadzenie jako kryterium oceny ofert % zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę ze wskazaniem przedziałów procentowych odpowiednio punktowanych –w ten sposób, że najwięcej punktów uzyska ten Wykonawca który wskaże najwyższy % zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Jesteśmy przekonani, że na tej drodze Zamawiający wyłoni Wykonawcę w największym stopniu spełniającego Jago oczekiwania w tym zakresie.

Zapisy wskazanego paragrafu w aktualnym brzmieniu uniemożliwiają Wykonawcy złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, wobec powyższego wnioskujemy o jego wykreślenie.

Odpowiedź:

Przepis art. 29 ust. 3a pzp jest normą bezwzględnie obowiązującą. Oznacza to, iż Zamawiający jest zobligowany do wprowadzenia jego postanowień do postępowania. Zwracamy uwagę, iż o sposobie kryteriów oceny ofert decyduje sam Zamawiający i także on ustala sposób kontroli przepisu art. 29 ust. 3a pzp.

Pytanie 3

SIWZ – Tom II – Istotne dla Stron Postanowienia Umowy - § 9 ust. 1 Zamawiający w § 9 ust. 1 istotnych dla stron postanowień umowy określił odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem zamówienia, przewidując także nieuzasadnione dla Wykonawcy kary umowne.

Wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Zgodnie z ogłoszonym postępowaniem na zamówienie społeczne, 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 usług 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", co odnosi się dokładnie do pojęcia "niewykonanie zamówienia" w ustawie o zamówieniach publicznych. 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 nienależyłą 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).

Z uwagi na niezgodność postanowień zamówienia z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Wykonawca wnosi o wykreślenie postanowień zawartych w § 9 ust. 1 wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku.

Odpowiedź

Przepis § 9 Umowy reguluje sytuacje wykraczające poza dyspozycję art. 87 i n. Prawa pocztowego. Przepis ten jako bezwzględnie obowiązujący będzie miał zastosowanie w pierwszej kolejności. Dalej zgodnie z Kodeksem cywilnym strony uregulują kary umowne na zasadach wskazanych w § 9 Umowy.

Pytanie 4

SIWZ – Tom II – Istotne dla Stron Postanowienia Umowy - § 9 ust. 2 lit.b) i ust. 5–

Przewidziane przez Zamawiającego kary umowne wymienione we wskazanym fragmencie są w ocenie Wykonawcy niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i

terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych.[1] Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90) **Zastrzeżenie**
w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych oraz wykonywania praw podmiotowych.
- wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 362/2007) **zakres odpowiedzialności**
z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają także przepisy o charakterze imperatywnym.
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. (sygn. akt V ACa 483/08), w którym stwierdzono, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.

Nakładanie kar umownych podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów, obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, co potwierdza orzecznictwo KIO:

- wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13 Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 3531 k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.
- wyrok z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13) zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w 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. (...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie, (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję

^[1] Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12

motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 Kodeksu cywilnego.

- wyrok KIO 2649/11 nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.
- wyrok KIO/UZP 1387/10 niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Należy również podkreślić, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Takie stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt VCSK 385/2007), zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współzycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współzycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem. Wykonawca wnosi zatem o zmianę powyższego zapisu na: **„odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 2,5 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 6 ust.1”** jednocześnie mając na uwadze równe traktowanie stron wnosimy o zmianę zapisu § 9 ust.5 na **„ Za odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 2,5 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w w § 6 ust.1”**

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie 5

SIWZ – Tom II – Istotne dla Stron Postanowienia Umowy - § 10 ust. 1 pkt 3) - Zamawiający przewiduje prawo do odstąpienia od umowy, gdy zostanie zgłoszony wniosek o upadłość Wykonawcy lub Wykonawca wystąpił o likwidację swojego przedsiębiorstwa, tymczasem Wykonawca wskazuje iż stosownie do znowelizowanego art. 83 prawa upadłościowego- postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego,

którego stroną jest upadły, są nieważne. Wykonawca zatem wnosi o wykreślenie powyższego zapisu.

Odpowiedź

Zamawiający wyraża zgodę na proponowaną zmianę i wykreśla treść § 10 ust. 1 pkt.3) Umowy.

Pytanie 6

SIWZ – Tom II – Istotne dla Stron Postanowienia Umowy - § 6 ust. 3 - czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji zapisu dotyczącego terminu płatności . Wykonawca proponuje zapis „Należność będzie płatna na podstawie faktury, wystawionej w ciągu 7 dni po zakończonym okresie obrachunkowym, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 14 dni od wystawienia jej przez Wykonawcę”

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie 7

SIWZ – Zbiorcze zestawienie kosztów przewidzianych dla Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu w okresie od 2018 r. do 2021 r.- Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację zbiorczego zestawienia , które stanowi sumę wszystkich pozycji zawartych w Załącznikach od 1 do 7 w następujący sposób

- zmianę „Cena zł (netto)” na „Wartość zł (netto)”
- zmianę „Cena zł (brutto)” na „Wartość zł (brutto)”
- usunięcie pozycji „Cena jednostkowa po upuście zł (netto)”

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.