

Sprawa: przetarg nieograniczony „Świadczenie kompleksowej obsługi pocztowej w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych oraz ich ewentualnych zwrotów na potrzeby Urzędu Miejskiego w Głucholazach na okres 3 lat”

\_\_\_\_\_ w związku z ogłoszeniem przetargu nieograniczonego na „Świadczenie kompleksowej obsługi pocztowej w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych oraz ich ewentualnych zwrotów na potrzeby Urzędu Miejskiego w Głucholazach na okres 3 lat” oraz uwzględniając otrzymane odpowiedzi w dniu 6 marca 2017 zwraca się z prośbą o wyjaśnienie następujących wątpliwości:

1. Zamawiający w pkt 22 SIWZ Kryteria oceny ofert wskazywał jako jedno z kryteriów bezpłatną możliwość śledzenia przesyłek w obrocie krajowym i zagranicznym. Na wniosek Wykonawcy, Zamawiający zmienił kryterium (06.03.2017 r.) ograniczając go jedynie do obszaru krajowego.

Wykonawca zwraca uwagę, że we wzorze umowy – Załącznik nr 5 do SIWZ § 6 ust. 2 ppkt 2) Zamawiający nadal pisze, że naliczy kary umowne w przypadku niemożności śledzenia/monitorowania przesyłki rejestrowanej krajowej oraz zagranicznej.

**Pytanie / wniosek 1:** W związku z powyższym Wykonawca wnosi o modyfikację § 6 ust. 2 ppkt 2) poprzez usunięcie słowa „zagraniczne”.

2. Zamawiający zmodyfikował Formularz asortymentowo - cenowy dodając pozycję 78 – Druk zwrotnego potwierdzenia odbioru krajowego.

Wykonawca informuje, że zobowiązany jest zapewnić formularze potwierdzeń odbioru w trybie ogólnym (tzw. żółte zwrotki) w ilości odpowiadającej faktycznym potrzebom Zamawiającego, za wyjątkiem trybów specjalnych. To Wykonawca decyduje o tym jakiego rodzaju potwierdzenie odbioru chce zastosować (zgodnie z danym trybem administracyjnym czy podatkowym).

**Pytanie 2:** W związku z tym, że Wykonawca zapewnia jedynie potwierdzenia odbioru w trybie ogólnym a w potwierdzenia odbioru do przesyłek nadanych w trybach specjalnych Zamawiający zaopatruje się we własnym

zakresie a co za tym idzie niemożności wyceny pozycji nr 78 w Formularzu asortymentowo – cenowym wnosi o wykreślenie niniejszej pozycji.

3. Zamawiający we wzorze umowy Załącznik nr 5 do SIWZ § 6 ust. 3 i 4 pisze, że:

„3. Wykonawca upoważnia Zamawiającego do potrącenia naliczonych kar umownych z jego wynagrodzenia bez konieczności wcześniejszych powiadomień lub oświadczeń w tym zakresie.

4. Wykonawca zobowiązany jest do uiszczania kar umownych w terminie 5 dni od dnia wezwania”

Pytanie / wniosek 3: Wykonawca w związku z tym, że zapisy te wykluczają się a co za tym idzie powodują sprzeczność postanowień umowy wnosi o wykreślenie ust 3 w §6.

4. Zamawiający we wzorze umowy Załącznik nr 5 do SIWZ § 6 ust. 2 pkt 1 pisze, na temat kar umownych.

Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej w w/w punkcie SIWZ jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej z tego tytułu. Ponadto stanowi naruszenie zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego, zwłaszcza mając na uwadze, iż zgodnie z §5 projekt umowy przyznaje prawa do jej rozwiązania obu stronom i to nawet bez konieczności podania przyczyn wypowiedzenia.

W zakresie wysokości kar umownych, wskazać należy stanowisko wyrażane w orzecznictwie 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 formułowania 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 (nie uwzględniając stopnia wykonania zamówienia w momencie ewentualnego rozwiązania będzie ona znacznie przewyższać wysokość ewentualnej szkody poniesionej z tego tytułu przez Zamawiającego), lecz stanowi przyczynek do wzbogacenia się Zamawiającego.

Wskazać należy, że wyrażona w art. 3531 k.c. 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 § 6 wzoru umowy kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług oraz praw i obowiązków umownych dotyczących obu Stron.

Pytanie / wniosek 4: Mając na uwadze powyższe, Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o powtórna analizie przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej,
- zmianę wysokości kary umownej określonej w §6 ust 2 ppkt 1 załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy, do poziomu 10 % kwoty stanowiącej wartość usług niezrealizowanych objętych przedmiotem umowy,
- uwzględnienie kary umownej w podanej wyżej wysokości w przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego."

5. Zamawiający w odpowiedzi do wykonawcy z dnia 06.03.2017 r na pytanie 1 pisze, że nie będzie domagał się dowodów w których znajdują się dane osobowe natomiast w Opisie przedmiotu zamówienia pkt 5.2 ust 3 pisze, że może żądać od Wykonawcy dowodów zgłoszenia do ZUS.

Pytanie / wniosek 5: W związku z tym że Zamawiający poinformował że nie będzie żądał dowodów w których znajdują się dane osobowe wnosimy o wykreślenie w pkt 5.2 ust 3 konieczności przedstawienia dokumentu „zgłoszenia do ZUS”?

Z poważaniem