

Zduńska Wola, dn. 08.02.2017 r.

**OR.273.3.2017**

**Dotyczy: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Starostwa Powiatowego w Zduńskiej Woli na okres 12 miesięcy”**

Zamawiający informuje, iż dla postępowania pn. „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Starostwa Powiatowego w Zduńskiej Woli na okres 12 miesięcy”, zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt. 8 nie stosujemy ustawy Prawo Zamówień Publicznych ( t.j. Dz.U. z 2016r., poz. 2164 ze zm.).

## **ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW**

### **Pytanie 1**

W Rozdz. II SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWNIENIA - zawarta jest treść:

„1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Starostwa Powiatowego w Zduńskiej Woli na okres 12 miesięcy w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych i paczek oraz zwrotu „przesyłek niedoręczonych”, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U.poz.1529 z późn. zm.)”.

Wykonawca wnosi o odpowiednie dostosowanie załączonej do Formularza Ofertowego – tabeli wyceny poprzez dodanie pozycji dotyczącej zwrotów w rozbiciu w każdym wierszu dla usług listowych (odrębnie kraj i zagranica) i odrębnie dla paczki pocztowej w obrocie krajowym.

### **Odpowiedź**

*Zamawiający dostosował tabelę wyceny poprzez dodanie pozycji zwrotów. Formularz ofertowy został uzupełniony zmianą treści OWZ w zakresie zmiany załącznika nr 1 OWZ pn.: „Formularz ofertowy” – aneks nr 1 do OWZ*

### **Pytanie 2**

W OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWNIENIA rozdział IV, pkt. 5, Lit. f) Zamawiający określa, iż za dzień zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku Zamawiającego. Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie momentu zapłaty nie pozwala Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi – co jest niezgodne z orzecznictwem 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**

*Zamawiający nie dokona modyfikacji OWZ w wyżej wskazanym zakresie.*

### **Pytanie 3**

W OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWNIENIA rozdział IV, pkt. 5, Lit. e) Zamawiający wskazał, że płatność faktury następować będzie w terminie 21 dni od daty wpływu faktury VAT do siedziby Zamawiającego. Czy biorąc pod uwagę obowiązujące regulacje wewnętrzne u Wykonawcy oraz ze względu na fakt, iż poniższa propozycja zapewnia wystarczający czas na dokonanie płatności, Zamawiający dopuszcza zmianę terminu płatności za zrealizowane usługi pocztowe według proponowanego zapisu: „(...) wynagrodzenie Wykonawcy będzie uiszczane przez Zamawiającego z dołu, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 14 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury VAT.

### **Odpowiedź**

*Zamawiający nie dokona modyfikacji OWZ w wyżej wskazanym zakresie.*

### **Pytanie nr 4**

W OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWNIENIA rozdział IV, pkt. 12) „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca podczas rejestracji przesyłek Zamawiającego nanosił w książce nadawczej przy każdej pozycji unikalny nr identyfikacyjny, pod którym zarejestrowano daną przesyłkę. Unikalny numer identyfikacyjny winien być wpisany w całości dla każdej przesyłki. Zamawiający nie dopuszcza wpisania kilku znaków”. Czy Zamawiający wyraża zgodę na złagodzenie przywołanego wyżej warunku i zmianę zapisu na poniższy: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca podczas rejestracji przesyłek Zamawiającego nanosił w książce nadawczej na każdej stronie w pierwszej pozycji unikalny nr identyfikacyjny, pod którym zarejestrowano daną przesyłkę. Unikalny numer identyfikacyjny winien być wpisany w całości dla każdej pierwszej przesyłki na stronie. Zamawiający nie dopuszcza wpisania kilku znaków. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu instrukcję lub formatkę, która w sposób jednoznaczny i szybki pozwoli określić nr dla pozostałych przesyłek na stronie”. Powyższy wniosek Wykonawcy podyktowany jest rozwiązaniami organizacyjnymi i technologicznymi stosowanymi w br. placówkach nadawczych Wykonawcy. Wykonawca proponuje ponadto

przydzielenie zakresu numerycznego z narzędzia wspierającego proces nadawczy i bezpośredni nadruk na adresowanej przesyłce poleconej oraz w Książce Nadawczej ze strony Zamawiającego. Czy Zamawiający przewiduje możliwość korzystania z udostępnionego bezpłatnie przez Wykonawcę, narzędzia do nadawania przesyłek w wersji elektronicznej oraz ich śledzenia, dzięki któremu proces przygotowywania korespondencji ulegnie uproszczeniu?

### **Odpowiedź**

*Zamawiający nie dokona modyfikacji OWZ w wyżej wskazanym zakresie.*

### **Pytanie nr 5**

Czy Zamawiający uzna za dopuszczalne nadawanie przesyłek Zamawiającego przez wyłonionego w przetargu Wykonawcę u innego operatora pocztowego bez zawarcia z nim stosownej umowy, o której mowa w art. 35 ust. 1 Prawa pocztowego i w konsekwencji uzna za dopuszczalne świadczenie przez Wykonawcę usług w formie, w której Wykonawca w istocie jest pośrednikiem pomiędzy Zamawiającym, a innym operatorem (w tym operatorem wyznaczonym)?

W ocenie składającego zapytanie, umowa o której mowa w art. 35 Prawa pocztowego jest jedynym sposobem zapewnienia świadczenia usługi zgodnie z wymogami i potrzebami Zamawiającego, przy pełnym zachowaniu warunków konkurencyjności postępowania i jednoczesnego zapewnienia skutków, o których mowa m.in. w przepisach art. 57 § 5 pkt 2 KPA, czy art. 165 § 2 KPC, art. 17 ustawy Prawo pocztowe. Zgodnie z art. 35. ust 1. ustawy Prawo pocztowe operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej. Istotna w przedmiotowej sprawie jest również regulacja ust. 2, zgodnie z którą w umowie o współpracę operatorzy pocztowi określają w szczególności:

- zakres współpracy;
- wynagrodzenie za wykonane przez operatora pocztowego czynności związane z realizacją umowy;
- zakres i sposób przekazywania informacji w sprawie zabezpieczenia przesyłek pocztowych w celu zapewnienia bezpieczeństwa obrotu pocztowego oraz zatrzymania i zabezpieczenia przesyłek pocztowych w przypadkach, o których mowa w art. 36;
- zasady przekazywania operatorowi pocztowemu, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, przesyłek niedoręczalnych oraz przesyłek pocztowych, których dotyczy prawo zastawu;
- zasady przekazywania przesyłek pocztowych zwróconych z powodu niewłaściwego doręczenia do oddawczej skrzynki pocztowej;
- terminy wykonania przez operatora pocztowego czynności określonych w umowie;
- zasady odpowiedzialności za naruszenie warunków umowy.

W świetle powyższych regulacji stwierdzić należy, iż umowa zawarta pomiędzy operatorami na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe może, a nawet powinna szczegółowo regulować zasady współpracy między stronami, w tym precyzyjnie określać terminy wykonania przez danego operatora

pocztowego (w tym operatora wyznaczonego) czynności określonych w umowie. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie aby w pisemnej umowie pomiędzy operatorami terminy wykonania określonych usług były zbieżne z terminami przewidzianymi w przepisach art. 57 § 5 pkt 2 KPA, czy art. 165 § 2 KPC, czy art. 17 ustawy Prawo pocztowe. Inaczej mówiąc operatorzy pocztowi mogą tak ukształtować warunki współpracy (w tym zakresie zastosowanie znajduje zasada swobody umów), aby spełniać warunek stawiany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, np. poprzez ustalenie iż, nadanie (w tym dalsze przekazanie przesyłki do doręczenia) musi nastąpić w terminie jej przyjęcia od nadawcy, co pozwala na zachowanie skutków przewidzianych w przytoczonych wyżej przepisach.

Zamawiający nie ogranicza możliwości korzystania przy realizacji zamówienia z podwykonawców, a taki charakter miałby operator pocztowy będący stroną umowy zawartej z wykonawcą na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe. Ponadto takie uregulowanie stosunków pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, zapewnia spełnianie innych wymogów Zamawiającego, w tym w szczególności wymóg konieczności realizacji zamówienia zgodnie z ustawą Prawo pocztowe i aktami wykonawczymi. Przyjęcie innego trybu np. świadczenie usług w charakterze pośrednika („postańca” przekazującego przesyłki od zamawiającego do innego operatora) powoduje, iż w świetle przepisów ustawy Prawo pocztowe Zamawiający nie jest stroną dla końcowego operatora pocztowego realizującego usługę doręczenia przesyłki, co pozbawia go faktycznej możliwości dochodzenia odszkodowań czy składania reklamacji w przypadku jej nienależytego wykonania albo choćby dochodzenia właściwego dokonywania i rozliczania tzw. zwrotów, za które (w przypadku operatora wyznaczonego) Zamawiający będzie uiszczał opłatę gotówką jako usługę świadczoną poza umową o zamówienie publiczne.

### **Odpowiedź**

*Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w oparciu o obowiązujące przepisy, w tym przepisy ustawy z dnia 12 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2016 r., poz. 1113 ze zm.). W związku z powyższym, Zamawiający uzna za dopuszczalne nadawanie przesyłek Zamawiającego przez wyłonionego w postępowaniu Wykonawcę u innego operatora wyłącznie przy uwzględnieniu art. 35 ust. 1 ustawy Prawo Pocztowe. Jednakże Zamawiający nie uzna za dopuszczalne nadawanie wskazanych przesyłek u innego operatora bez zawartej umowy wskazanej w art. 35 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe. Należy zaznaczyć, że odpowiedzialność za świadczone usługi będzie ponosił Wykonawca na podstawie zawartej umowy. Zamawiający wskazuje, że wybrany w postępowaniu Wykonawca jest zobowiązany do zachowania terminowości i prawidłowości realizacji zamówienia oraz ochrony danych osobowych zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz, że nie jest dopuszczalne ponoszenie przez Zamawiającego żadnych dodatkowych kosztów związanych z realizacją umowy, w tym realizacją usług w oparciu o art. 35 ustawy Prawo Pocztowe. Jednocześnie Zamawiający będzie rozliczał się tylko z wybranym w postępowaniu Wykonawcą na podstawie wystawionej przez niego miesięcznej faktury, która będzie zawierała specyfikację korespondencji zawierającej rodzaj, ilość i cenę. Ofertę w niniejszym postępowaniu może złożyć każdy podmiot, który spełnia wymagania określone w SIWZ w oparciu o obowiązujące przepisy.*

### **Pytanie nr 6**

Czy w przypadku powierzenia przez jednego operatora pocztowego przesyłki pocztowej innemu operatorowi bez zawarcia stosownej umowy, o której wyżej, Zamawiający uzna, że działanie to stanowi naruszenie tajemnicy pocztowej? Zgodnie z art. 41 ust. 1 Prawa pocztowego dane dotyczące podmiotów korzystających z usług pocztowych oraz dane dotyczące faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług objęte są tajemnicą pocztową. Nie mogą więc, poza przykładami wynikającymi z ustawy być ujawniane przez operatora pocztowego podmiotom trzecim, w tym także innym operatorom.

### **Odpowiedź**

*Zamawiający nie dopuszcza żadnych odstępstw od obowiązującego Prawa Pocztowego, które mogłoby doprowadzić do naruszenia tajemnicy pocztowej.*

### **Pytanie nr 7**

Zamawiający w § 4 pkt. 3, 4 i 5). wzoru umowy (Załącznik nr 5 do OWZ) ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelną zasadę 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 naczelną 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 § 4 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 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 (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. 353<sup>1</sup> 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. 353<sup>1</sup> 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 została 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 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 w pkt. 1) § 4, bądź ograniczenie wysokości kar umownych co najmniej do poziomu 5% wartości i kwot wskazanych w § 4 pkt. 3 i pkt. 5) wzoru umowy.

### **Odpowiedź**

*Zamawiający informuje, że kary umowne określone w § 4 pkt 3, 4, 5 wzoru umowy (załącznik nr 5 do OWZ) nie naruszają przepisów prawa. Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do kształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353<sup>1</sup> KC, dowolnie kształtować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb (wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 113/13, KIO 117/13). Należy zaznaczyć, że kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej, ale także rolę stymulacyjną, tj. dyscyplinującą Wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 843/09).*

*Ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności na jakie kara została zastrzeżona, cel kary, sposób jej kształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony (wyr. SA w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 26/14).*

### **Pytanie nr 8**

Zamawiający w § 4 pkt. 2) wzoru 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 założeniem zaproszenia do złożenia oferty, usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą wobec przesyłek, 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", 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). Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień zaproszenia z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza wykreślenie lub chociażby złagodzenie wygórowanej w ocenie Wykonawcy postanowień zawartych w § 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku?

**Odpowiedź**

*Zamawiający nie dopuszcza wykreślenia lub złagodzenia postanowień w tym zakresie zawartych we wzorze umowy.*

**Pytanie 9**

Czy Zamawiający przewiduje płatność gotówką za jakiegokolwiek rodzaju usług, bądź jej etapy, objęte przedmiotem zamówienia, np. za ew. zwroty przesyłek do Zamawiającego?

**Odpowiedź**

*Zamawiający nie przewiduje płatność gotówką za jakiegokolwiek rodzaju usług, bądź jej etapy, objęte przedmiotem zamówienia.*

STAROSTA

*W. Rychlik*

Wojciech Rychlik