

Sosnowiec, dnia 22 listopada 2021 roku

L.dz.82/2021/DP/KP/S/e-mail2415/2021

Do wykonawców
ubiegających się o udzielenie zamówienia

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia pod nazwą: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym w zakresie przesyłek pocztowych – zwykłych (Część A) oraz poleconych (Część B)”

**Wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia
(podstawa: § 17 ust. 10 Regulaminu udzielania zamówień sektorowych
o wartości równej lub przekraczającej 130 000 złotych)**

W związku z otrzymaniem w dniu 18 listopada br. wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), przekazuję treść zapytań oraz wyjaśniam:

I. SWZ, rozdział 3, pkt 4.5:

Zamawiający określił:

4.5. Zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował minimum jedną stałą placówką, zlokalizowaną w miejscowości, w której znajduje się siedziba zamawiającego, tj. w mieście Sosnowiec, czynną w dni robocze – od poniedziałku do piątku, w godzinach: 8⁰⁰ – 16⁰⁰; w stałej placówce wykonawca winien zapewnić nadawcom niezakłócone nadawanie przesyłek pocztowych, brak ingerencji osób trzecich podczas nadawania przesyłek, zachowanie tajemnicy korespondencji oraz ochronę danych osobowych;

d) wykonawca wskaże placówkę pocztową zlokalizowaną najbliżej siedziby zamawiającego, w celu zapewnienia nadawania przesyłek po godzinie 15⁰⁰, w każdym przypadku zaistnienia takiej konieczności;

PYTANIE 1: Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał minimum jedną stałą placówkę oznakowaną w sposób widoczny nazwą lub logo wykonawcy, co umożliwi jej łatwą identyfikację przez mieszkańców, potencjalnych odbiorców przesyłek zgodnie z charakterem prowadzonej działalności pocztowej, w miejscu jego zamieszkania. Jeżeli placówka znajduje się w np. centrum handlowym wystarczy, aby była oznaczona tzw. „wyspa”.

Zgodnie z § 24 Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, operator wyznaczony ma obowiązek zapewnić odpowiednią liczbę placówek pocztowych przypadającą na określoną liczbę mieszkańców. Dotychczasowe długoletnie doświadczenie Wykonawcy w realizacji usług pocztowych dla mieszkańców Sosnowca, potencjalnych odbiorców oraz stosowana praktyka codziennego doręczania korespondencji na terenie całego kraju, a także umożliwienie odbioru przesyłek awizowanych wszystkim potencjalnym odbiorcom gwarantuje satysfakcjonujący poziom obsługi i zabezpieczenia wymagania adresatów w zakresie sposobu doręczania i możliwości odbioru przesyłek.

Wykonawca pragnie również zauważyć, że brak jest w treści postanowień SWZ narzędzi weryfikujących fakt spełnienia przez Wykonawcę tego wymogu.

Zamawiający nie wskazał bowiem, w jaki sposób zweryfikuje spełnianie przez wszystkie punkty odbiorcze, wskazane przez Wykonawców, postawionych – przez Zamawiającego – warunków co do wyraźnego i widocznego oznaczenia oraz posiadania wyodrębnionego stanowiska obsługi klientów w zakresie usług pocztowych. Zamawiający nie ma również możliwości zweryfikowania, czy obsługa klienta będzie prowadzona w sposób zapewniający ochronę danych osobowych i informacji przekazywanych w trakcie obsługi przez pracownika punktu i klienta.

Wykonawca zauważa, że jedynym zabezpieczeniem prawdziwości składanych przez Wykonawców oświadczeń, byłoby wprowadzenie do treści SWZ zapisów upoważniających Zamawiającego do weryfikacji liczby posiadanych przez Wykonawców punktów odbiorczych i spełnienia przez wszystkie te punkty warunków stawianych przez Zamawiającego, na każdym etapie badania ofert, jak i na etapie realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania.

Wykonawca argumentuje to sytuacją, w której żaden z Wykonawców składających ofertę nie będzie mógł zweryfikować prawdziwości oświadczenia złożonego przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Czy w celu weryfikacji prawdziwości składanych oświadczeń przez Wykonawców, Zamawiający wymagać będzie dołączenia do dokumentacji wykazu placówek o których mowa w SWZ z podaniem dokładnej nazwy placówki, adresu pod którym się mieści i numerem telefonu stacjonarnego umożliwiającego kontakt z placówką?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 1:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy Rozdziału 3, pkt 4.5. i 4.7., ppkt 4. SWZ dotyczące wymaganej ilości stałych placówek; jednocześnie zamawiający przypomina, iż przywołane przez wykonawcę w treści pytania Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji, odnosi się do operatorów wyznaczonych, a nie wszystkich podmiotów mogących świadczyć usługi pocztowe w obrocie krajowym; ponadto zamawiający wyjaśnia, iż weryfikacja „prawdziwości oświadczenia złożonego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza”, należy do zamawiającego, a nie innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

PYTANIE 2: Wykonawca posiada placówki usytuowane w pobliżu siedziby Zamawiającego czynne do godziny 19:00. Czy Zamawiający wymaga godziny granicznej do której wskazana placówka powinna być otwarta?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 2:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy Rozdziału 3, pkt 4.7., ppkt 4. SWZ, tym samym nie wskazuje godziny granicznej do której ma być otwarta placówka, w której nadawane będą przesyłki po godz. 15⁰⁰.

II. Załącznik nr 1A, 1B do SWZ, wzór umowy § 3, pkt 3:

Zamawiający określił termin płatności faktury VAT.

3. Za okres rozliczeniowy przyjmuje się jeden miesiąc kalendarzowy; do dnia 7-go każdego miesiąca po miesiącu rozliczeniowym wykonawca wystawi fakturę VAT wraz ze specyfikacją wykonanych usług; należność płatna będzie przelewem bankowym w terminie 30 dni od daty otrzymania przez zamawiającego faktury prawidłowo wystawionej przez wykonawcę, na rachunek bankowy wskazany na fakturze, przy czym Wykonawca będący czynnym podatnikiem podatku VAT obowiązany jest podać rachunek bankowy, który określony został w wykazie podmiotów, o którym mowa w art. 96b ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 roku; za datę dokonania płatności uznaje się datę obciążenia rachunku bankowego zamawiającego.

PYTANIE 3: Czy ze względu na obowiązujące regulacje wewnętrzne u Wykonawcy i ze względu na fakt, iż poniższa propozycja zapewnia wystarczający czas na dokonanie płatności, Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany zapisu o terminie płatności na:

„Termin płatności faktur VAT wynosi 14 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury pod warunkiem, że doręczenie przesyłki z fakturą do siedziby Zamawiającego nastąpi w ciągu 4 dni roboczych od dnia jej wystawienia. W przeciwnym wypadku termin płatności faktury wynosi 10 dni kalendarzowych licząc od dnia doręczenia Zamawiającemu przesyłki z fakturą.”?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 3:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy § 3, pkt 3 projektu umowy w sprawie zamówienia (odpowiednio Załącznik nr 1A lub 1B do SWZ) dotyczące terminu płatności.

III. Załącznik nr 1A, 1B do SWZ, wzór umowy § 4, pkt 4:

Zamawiający określił:

d) zamawiającemu przysługuje możliwość korzystania z programów rabatowych (opustowych) oferowanych przez wykonawcę w toku realizowanej umowy.

PYTANIE 4: Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z propozycją dopuszczenia możliwości świadczenia usług w zakresie ich przyjmowania z wykorzystaniem systemu informatycznego, który automatycznie dopuszcza możliwość korzystania z bezpłatnej internetowej aplikacji elektronicznej. Aplikacja dokonuje automatycznego przekazywania i odbierania plików z informacjami o zarejestrowanych usługach, komunikując się bezpośrednio z placówką pocztową wskazaną w umowie.

Dzięki aplikacji Zamawiający będzie miał możliwość wygenerowania nalepek adresowych gotowych do druku czy książki nadawczej, ułatwi ona również dostęp do dokumentacji związanej z obsługą przesyłek oraz umożliwi Zamawiającemu przygotowanie raportu z nadanych przesyłek. Aplikacja umożliwi ponadto elektroniczne potwierdzenie książki nadawczej jak również składanie reklamacji w formie elektronicznej, co usprawnia proces i skraca okres oczekiwania na jej rozpatrzenie. W razie potrzeby, istnieje możliwość importu danych o przesyłkach za pomocą integracji aplikacji z WbAPI lub XML zgodny z wymaganiami Wykonawcy oraz z plików XLS.

Czy Zamawiający jest zainteresowany wykorzystaniem powyższej aplikacji przy świadczeniu usług?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 4:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy § 4, pkt 4 projektu umowy w sprawie zamówienia (odpowiednio Załącznik nr 1A lub 1B do SWZ) dotyczące możliwości korzystania z programów rabatowych; ponadto zamawiający wyjaśnia, iż udostępnienie przez wykonawcę bezpłatnej, internetowej aplikacji nie jest wymogiem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym zainteresowanie zamawiającego przedmiotowym tematem – na etapie składania ofert – nie jest istotne.

PYTANIE 5: W związku z wyrażaniem przez Zamawiającego chęci korzystania z programów rabatowych stosowanych przez Wykonawcy. Wykonawca informuje, że możliwość skorzystania ze stosowanych przez niego taryf specjalnych wiąże się, z koniecznością zrealizowania przez klienta szeregu dodatkowych czynności związanych z przygotowaniem lub opracowaniem przesyłek, oraz nadaniem przez klienta określonego wolumenu w okresie miesiąca kalendarzowego. Klient ubiegający się o zastosowanie taryfy specjalnej.

W przypadku przesyłek nierejestrowanych poza nadaniem określonego wolumenu wymagane jest:

- 1) maszynowe nanoszenie adresu, zgodne z Polskimi Normami, gwarantujące jego odczytywanie przez czytnik listowych maszyn rozdzielczych,
- 2) ostemplowanie przesyłek nierejestrowanych datą nadania (odcisk z maszyny do frankowania) lub umieszczenie napisów informujących o odstąpieniu od ich stemplowania i po uzgodnieniu z Wykonawcą naniesienie daty i miejsca nadania,
- 3) posortowanie przesyłek nierejestrowanych według kategorii na ekonomiczne i priorytetowe,
- 4) posortowanie przesyłek nierejestrowanych według kodów pocztowych w zakresie uzgodnionym z Wykonawcą, minimum do drugiej cyfry kodu pocztowego,
- 5) nadanie przesyłek nierejestrowanych w uzgodnionej z Wykonawcą placówce pocztowej nadawczej,
- 6) sporządzanie przez nadawcę zestawień ilościowo-wartościowych przesyłek nierejestrowanych, według kategorii, rodzajów gabarytów oraz przedziałów wagowych, zgodnie z cennikiem w dwóch egzemplarzach, z których jeden jest przeznaczony dla pocztowej placówki nadawczej albo przekazanie ich do pocztowej placówki nadawczej przy wykorzystaniu systemu Elektroniczny Nadawca* albo uzgodnionego z Poczta Polska formatu elektronicznej książki nadawczej,
- 7) informowanie placówki pocztowej nadawczej o planowanym nadaniu.

W przypadku przesyłek rejestrowanych miejscowych poza nadaniem określonego wolumenu wymagane jest:

- 1) wydzielanie przez nadawcę w osobny strumień, na etapie nadawania, przesyłek poleconych miejscowych z całej partii nadawanych przesyłek poleconych,
- 2) sporządzanie przez nadawcę pocztowej książki nadawczej dla przesyłek poleconych miejscowych (w dwóch egzemplarzach, z których jeden jest przeznaczony dla placówki pocztowej nadawczej) albo przekazanie jej przy wykorzystaniu systemu Elektroniczny Nadawca albo uzgodnionego z Wykonawcą formatu elektronicznej książki nadawczej; pocztowa książka nadawcza nie może obejmować przesyłek innych niż przesyłki polecone miejscowe,
- 3) przekazanie przesyłek poleconych miejscowych do nadania zgodnie z kolejnością wpisów w pocztowej książce nadawczej.

Wykonawca informuje, że rabaty naliczane są niezależnie od siebie.

W związku z powyższym, czy Zamawiający przewiduje wykonywanie dodatkowych czynności, umożliwiających zastosowanie taryf rabatowych?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 5:

Zamawiający wyjaśnia, iż możliwość korzystania z programów rabatowych (upustowych) przewidziana została na etapie realizacji umowy; zamawiający po udzieleniu zamówienia, zapozna się z wymaganymi przez wykonawcę warunkami pozwalającymi na uzyskanie upustów, a następnie podejmie decyzję o ich ewentualnym przyjęciu i realizacji.

IV. Załącznik nr 1A, 1B do SWZ, wzór umowy § 7, pkt 2, ppkt 2, 3) i pkt 4, ppkt 2):

Zamawiający wskazuje:

- 2) Prawidłowego adresowania przesyłek – w sposób czytelny i zgodny ze standardami określonymi w normach, tj. umieszczania na przesyłce listowej nazwy odbiorcy wraz z jego adresem oraz umieszczenia na stronie adresowej każdej nadawanej przesyłki nadruku (pieczęci) z pełną nazwą i adresem zamawiającego;
- 3) Umieszczania na poszczególnych przesyłkach oznaczeń wskazanych przez wykonawcę;
- 2) Prawidłowego adresowania przesyłek – w sposób czytelny i zgodny ze standardami określonymi w normach, tj. umieszczania na przesyłce listowej nazwy odbiorcy wraz z jego adresem (umieszczania przedmiotowych danych również w pocztowej książce nadawczej), określenia rodzaju przesyłki (polecona / polecona ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru – ZPO) oraz umieszczenia na stronie adresowej każdej nadawanej przesyłki nadruku (pieczęci) z pełną nazwą i adresem zamawiającego;

PYTANIE 6: Zwracamy uwagę, iż zgodnie z art.20 Ustawy Prawo Pocztowe z dnia 23 listopada 2012r. operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, jest obowiązany do oznaczenia przyjętej przesyłki pocztowej informacją potwierdzającą przyjęcie przez niego opłaty za usługę pocztową albo sposób jej uiszczenia oraz umożliwiającą jego identyfikację.

Wobec tego Wykonawca przyjmując do nadania przesyłki Zamawiającego zobligowany jest do ich oznaczenia w sposób umożliwiający jego identyfikację. Dopiero tak oznaczona przesyłka mogłaby zostać nadana w placówce np. Poczty Polskiej S.A., która rzecz jasna również musiałaby ją oznaczyć swoim znakiem opłaty pocztowej. Zatem stroną zawartej umowy o świadczenie usług pocztowych z operatorem wyznaczonym byłby Wykonawca – nie Zamawiający co odpowiada definicji nadawcy określonej w art. 3 pkt 10) ustawy Prawo Pocztowe, zgodnie z którym nadawca to podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej.

Zatem: Czy Zamawiający wyraża zgodę na sytuację, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot w imieniu i na rzecz Zamawiającego, w wyniku czego na przesyłkach listowych lub dowodzie nadania przesyłek będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający (na kopercie wraz z danymi Zamawiającego będą dodatkowo dane podmiotu realizującego usługę na rzecz Zamawiającego)?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 6:

Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z zapisem Rozdziału 16 pkt 4 SWZ, wykonawca może powierzyć do wykonania podwykonawcom całość lub część zamówienia; w konsekwencji zamawiający wyraża zgodę na sytuację, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot w imieniu i na rzecz zamawiającego, w wyniku czego na przesyłkach listowych lub dowodzie nadania przesyłek będzie figurował inny podmiot niż zamawiający, jak również zgadza się na to, aby na kopercie wraz z danymi zamawiającego wskazane zostały dodatkowo dane podmiotu realizującego usługę na rzecz zamawiającego.

V. Załącznik nr 1A, 1B do SWZ, wzór umowy § 10, pkt 1, 2, 7:

Zamawiający w par. 10 wprowadził zapisy dot. kar umownych:

1. W przypadku nieterminowego odbioru przesyłek przygotowanych do wyekspediowania, zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar umownych w wysokości 50,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.
2. Zamawiający obciąża wykonawcę karą umowną w przypadku odstąpienia od umowy lub wypowiedzenia umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca w wysokości 10% wartości zamówienia netto, określonej w § 3 pkt 1 umowy.
7. Wykonawca upoważnia zamawiającego do potrącenia ewentualnych kar umownych z faktur obejmujących wynagrodzenie wykonawcy.

PYTANIE 7: Czy Zamawiający zamierza dopuścić katalog wyjątków, w których brak odebrania przesyłek nie narazi Wykonawcę na konieczność zapłaty wygórowanej kary nieadekwatnej do dokonanego przewinienia? Do wyjątków należy zaliczyć z pewnością działanie siły wyższej oraz innych zakłóceń w pracy Wykonawcy o charakterze stałym, a zatem okoliczności uniemożliwiających wykonanie usługi w całości lub w jakiegokolwiek części, przykładowo: władcze działania organów państwowych, samorządowych oraz organizacji międzynarodowych, zmianę przepisów prawa, działania wojenne i inne operacje wojskowe, rozruchy, niepokoje społeczne, strajki, ograniczenia i zakazy wydane przez właściwe władze, stany nadzwyczajne, w tym stan wojenny lub wyjątkowy na całości lub na jakiegokolwiek części terytorium Polski, konflikty zbrojne, ataki terrorystyczne, działalność przestępczą osób trzecich, lokauty, powodzie, pożary, awarie energetyczne oraz działanie innych sił przyrody.

Czy Zamawiający uwzględni sugestię Wykonawcy i zmodyfikuje zapis w załączniku do SWZ wzór umowy § 10 pkt 1, zgodnie z poniższą propozycją: „Zamawiającemu przysługuje kara umowna za niezgłoszenie się po odbiór przesyłek w oznaczonym dniu, w wysokości 200% opłaty za jeden odbiór”?

Uwzględniając powyższe Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu z wzór umowy § 6 pkt 3:

3. W przypadku, gdy wykonawca nie odbierze od zamawiającego przesyłek w wyznaczonym dniu i czasie, zamawiający ma prawo zlecić usługę innemu operatorowi, a kosztami obciążyć wykonawcę.

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 7:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy § 10 projektu umowy w sprawie zamówienia (odpowiednio Załącznik nr 1A lub 1B do SWZ) dotyczące kar umownych.

PYTANIE 8: Kara umowna z tytułu odstąpienia nie odpowiada literalnemu brzmieniu przepisów 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 (kara umowna). Nadto art. 484 Kc stanowi m.in. iż, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej;

to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (a z przypadkiem kary wygórowanej mamy do czynienia we wzorze umowy w SWZ). Należy pamiętać, iż w przypadku kiedy Zamawiający zobligowany jest do stosowania ustawy Pzp (czyli, jak w przedmiotowym postępowaniu), winien znaleźć zastosowanie art. 145 Pzp, który przewiduje jedyną możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w reżimie Pzp. Podkreślenia wymaga, że w Kodeksie cywilnym w art. 471 występuje pojęciem „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 (471) 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 nienależytą starannością”. Określenia 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 spełnieniu 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 k.c.). Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień SWZ z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza wykreślenie zapisu o karach umownych z wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności operatora wyznaczonego na zasadach określonych w ustawie Prawo Pocztove z dnia 23 listopada 2012 roku?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 8:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy § 10 projektu umowy w sprawie zamówienia (odpowiednio Załącznik nr 1A lub 1B do SWZ) dotyczące kar umownych; ponadto zamawiający przypomina, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest na podstawie „Regulaminu udzielania zamówień sektorowych o wartości równej lub przekraczającej 130 000 złotych” o przedmiotowym fakcie zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia (pkt 1 Rozdziału 2 SWZ).

Interpretacja przedstawiona w zapytaniu jakoby "kara umowna z tytułu odstąpienia nie odpowiada literalnemu brzmieniu przepisów art. 483 kodeksu cywilnego" jest błędna. Wykonawca zdaje się nie rozróżniać kar umownych naliczanych w związku z niewykonaniem zobowiązania od tych naliczanych na skutek jego nienależytego wykonania. Wypada podkreślić, że kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy jest typowym przykładem kary związanej z niewykonaniem zobowiązania. Jej zadaniem jest rekompensowanie szkody jakiej dozna strona w związku z niewykonaniem zobowiązania, które nastąpi właśnie w następstwie odstąpienia od umowy. Natomiast kara umowna z tytułu nieterminowego odbioru przesyłek gotowych do wyekspediowania liczona za każdy dzień zwłoki, jest typowym przykładem kary związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania.

PYTANIE 9: W załączniku nr 1A, 1B do SWZ ogólne warunki umowy Zamawiający zastrzega, że płatność na podstawie wystawionej faktury może być pomniejszona o kwoty należnych Wykonawcy kar umownych określonych w § 10 umowy.

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 1A, 1B § 10 pkt 6, 7 zwrotu: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 9:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy § 10 projektu umowy w sprawie zamówienia (odpowiednio Załącznik nr 1A lub 1B do SWZ) dotyczące kar umownych.

Zarówno prawo zamawiającego do naliczenia kar umownych w przypadkach przewidzianych w umowie, jak i prawo do ich potrącenia z należnego wykonawcy wynagrodzenia, w żaden sposób nie wyłączają uprawnienia wykonawcy do podjęcia działań zmierzających do zweryfikowania wysokości naliczonych kar i prawidłowości ich potrącenia w toku nego-

cyjacji z zamawiającym, a w braku uzyskania porozumienia, do zainicjowania stosownego postępowania sądowego, o czym mowa w § 17 (18) projektu umowy w sprawie zamówienia (odpowiednio Załącznik nr 1A lub 1B do SWZ).

VI. Załącznik nr 1A, 1B do SWZ, wzór umowy § 8 pkt 1, 2:

Zamawiający określił termin doręczania przesyłek:

1. Wykonawca zobowiązuje się doręczać przesyłki pocztowe – do każdego wskazanego przez zamawiającego adresu w Polsce (w tym do skrzytek pocztowych oraz przegródek pocztowych).
2. Przesyłki doręczane będą z zachowaniem deklarowanego terminu: nie później niż w dniu po dniu nadania.

PYTANIE 10: Terminy doręczania przesyłek pocztowych (w tym potwierdzeń odbioru, będących przesyłką zwykłą) uregulowane są Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz.U. z 201 r. poz. 545).

Nie są to terminy gwarantowane a deklarowane.

Dla priorytetu – przewidywany termin realizacji usługi to następny dzień roboczy po dniu nadania (D+1) pod warunkiem nadania do godziny 15:00,

Dla ekonomii – przewidywany termin realizacji usługi to trzy dni robocze po dniu nadania (D+3).

W związku z powyższym czy Zamawiający zmodyfikuje w/w zapisy i dostosuje do obowiązujących w tym zakresie przepisów?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 10:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy § 8, pkt 1 i 2 projektu umowy w sprawie zamówienia (odpowiednio Załącznik nr 1A lub 1B do SWZ) dotyczące terminu doręczeń przesyłek; jednocześnie zamawiający przypomina, iż prowadzone postępowanie dotyczy świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym w zakresie przesyłek pocztowych zwykłych i poleconych, a nie wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego; usługi objęte przedmiotem nin. zamówienia mogą być realizowane przez szerszy krąg podmiotów – nie tylko operatorów wyznaczonych, wobec czego przywołany przez wykonawcę akt prawny nie znajduje zastosowania, a wymóg dostarczania przesyłek z zachowaniem terminu deklarowanego jest prawidłowy.

PYTANIE 11: 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 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:

- 1) zakres współpracy;
- 2) wynagrodzenie za wykonane przez operatora pocztowego czynności związane z realizacją umowy;
- 3) 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;
- 4) zasady przekazywania operatorowi pocztowemu, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, przesyłek niedoręczalnych oraz przesyłek pocztowych, których dotyczy prawo zastawu;
- 5) zasady przekazywania przesyłek pocztowych zwróconych z powodu niewłaściwego doręczenia do oddawczej skrzynki pocztowej;
- 6) terminy wykonania przez operatora pocztowego czynności określonych w umowie;
- 7) 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. 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. W przypadku dokonywania zwrotów niedoręczonych przesyłek zgodnie z art. 29 ustawy Prawo pocztowe, których nadawcą będzie Zamawiający, podwykonawcy będą mogli ich dokonywać jedynie do rąk przedstawicieli Wykonawcy, pobierając stosowną opłatę za zwrot przesyłki w formie gotówkowej, co będzie stanowić koszt, którego Zamawiający nie uwzględniał szacując wartość przedmiotowego zamówienia i co w konsekwencji będzie działaniem kwalifikowanym jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Należy również zauważyć, że 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 zgodnie z art. 41 ust. 1 Prawa pocztowego. Nie mogą więc, poza przykładami wynikającymi z ustawy, być ujawniane przez operatora pocztowego podmiotom trzecim, w tym także innym operatorom. Zatem w przypadku powierzenia przez jednego operatora pocztowego przesyłki pocztowej innemu operatorowi bez zawarcia stosownej umowy o współpracę dojdzie do naruszenia tajemnicy pocztowej.

Zwracamy także uwagę, iż dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 8.05.2014 r., KIO 792/14, LEX nr 1463491). Ze zobowiązania podmiotu trzeciego musi ponadto wynikać, że potencjał podmiotu trzeciego będzie rzeczywiście wpływał na realizację zamówienia przez wykonawcę. Aktualnie przepisy ustawy wykluczają możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego jedynie dla potrzeb formalnych, tj. potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie ze strony wykonawcy musi się spotkać z negatywną oceną w kontekście przepisów art. 22 oraz art. 22a PZP. Obecnie ustawa wymaga rzeczywistego zaangażowania zasobów podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia, co powinno znaleźć wyraz w złożonym zobowiązaniu (lub innym dokumencie) (por. wyr. KIO z 28.03.2017 r., KIO 487/17).

Czy w związku z powyższym w celu zabezpieczenia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający wprowadzi do SWZ zapis o konieczności przedstawienia oryginału umowy o współpracy Wykonawców z podwykonawcami, która w szczególności będzie zawierać zobowiązanie podwykonawców mówiące o oddaniu Wykonawcom niezbędnych środków i zasobów na potrzeby realizacji zamówienia ?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE 11:

Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z zapisem Rozdziału 16 pkt 4 SWZ, wykonawca może powierzyć do wykonania podwykonawcom całość lub część zamówienia; w konsekwencji zamawiający wyraża zgodę na sytuację, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot w imieniu i na rzecz zamawiającego, zatem zamawiający uzna za dopuszczalne nadawanie przesyłek zamawiającego przez wyłonionego w niniejszym postępowaniu wykonawcę u innego operatora pocztowego, bez obowiązku okazania dokumentu potwierdzającego zawarcie z tym operatorem stosownej umowy.

Ponadto zamawiający informuje, iż w przedmiotowym postępowaniu nie występuje sytuacja tożsama z opisaną w przytoczonym w zapytaniu wyroku KIO, albowiem zamawiający nie ustanowił warunku dotyczącego zdolności technicznej w zakresie doświadczenia.

Przedmiotowe wyjaśnienia stają się wiążące dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i stanowią integralną część SWZ, udostępnionej przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

KOORDYNATOR ZESPÓŁU
ds. zamówień publicznych

mgr Beata Plachta-Durzyńska

KIEROWNIK DZIAŁU
Pracownictwo Administracyjne

Jolanta Dziubdziela

PREZES ZARZĄDU

Paweł Kopeczyński