

**Wykonawcy
uczestniczący w postępowaniu**

Dotyczy: "Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Gminy Halinów w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych. Paczek oraz ich ewentualnych zwrotów." - Nr postępowania ZP.271.22.2019.

**Treść zapytań i wyjaśnienia zapisów treści
specyfikacji istotnych warunków zamówienia**

Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zw. dalej „ustawą PZP”, Zamawiający przekazuje wszystkim Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu treść pytań i odpowiedzi dotyczących zapisów treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z otrzymanym ogłoszeniem o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dot. świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Gminy Halinów w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych. Paczek oraz ich ewentualnych zwrotów Nr postępowania ZP..271.22.2019 [REDAKTOWANE] zwraca się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

Pytanie 1

SIWZ (zał nr 5 do umowy) rozdz. XXI, umowa § 1- pkt. 3 i § 5 pkt.4

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany zapisu SIWZ rozdz. XXI. pkt.2 oraz umowy § 1- pkt. 3 i § 5 pkt.4

Należy zwrócić uwagę, iż w umowie (§ 4) Zamawiający wskazał 12-miesięczny okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, natomiast 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. Zgodnie z art. 57 ustawy Prawo pocztowe operator wyznaczony jest zobligowany do przedłożenia Prezesowi UKE projektu cennika usług powszechnych, który co do zasady nie może przekroczyć maksymalnych rocznych poziomów opłat za usługi powszechne określonych w decyzji, o której mowa w art. 55 ust. 1 Prawa pocztowego, dotyczącym przystępności cenowej tych usług. Natomiast przepisy art. 53 i 54 ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych.

Zatem w przypadku zmiany cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w SIWZ, 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 ciążące na Wykonawcy jako operatorze publicznym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć. Czy w związku z tym Zamawiający uwzględni zmianę cen jednostkowych pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztowe”?

Odpowiedź

Zamawiający nie przewiduje w tym zakresie zmiany zapisów SIWZ oraz IPU.

Pytanie 2

Załącznik nr 5 umowa § 2 pkt.3 , załącznik nr 6 do SIWZ pkt.7

Zamawiający wskazuje godziny doręczania przesyłek przychodzących do Zamawiającego. Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztowe art. 46 ust.2 pkt. 5 zobowiązany jest do doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż 5 dni w tygodniu z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy. Jednocześnie Wykonawca informuje, że zobowiązanie operatora wyznaczonego do doręczania przesyłek w określonych godzinach w istotny sposób narusza zapisy art. 46 ust. 2 pkt. 1, który obliuguje go do świadczenia usług powszechnych w sposób jednolity w porównywalnych warunkach. Ponadto, doręczanie korespondencji do Zamawiającego nie jest przedmiotem postępowania, a obowiązkiem ustawowym Wykonawcy jako operatora wyznaczonego i dotyczy przesyłek nadanych za jego pośrednictwem. Dodatkowo zwracamy uwagę, że doręczenie przesyłki jest konsekwencją umowy zawartej z Nadawcą w chwili jej nadania, natomiast Zamawiający występuje w tym wypadku w roli adresata i nie jest stroną umowy o nadawanie. Wobec powyższego Wykonawca prosi o modyfikację zapisu w zakresie rezygnacji z określania konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do oddziałów Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie wskazanego punktu w umowie ?

Odpowiedź

Zamawiający nie przewiduje w tym zakresie zmiany zapisów SIWZ oraz IPU.

Pytanie 3

umowa § 5 pkt.6

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisu umowy § 5 pkt.6 na następujący:

„należności wynikające z faktur , Nadawca regulować będzie przelewem na konto wskazane na fakturze w terminie do 14 dni od daty jej wystawienia. Na przelewie Nadawca zobowiązany jest określić tytuł wpłaty 'FV Nr _____ Umowa ID nr..... . Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego Poczty”

Odpowiedź

Zamawiający nie przewiduje modyfikacji w tym zakresie.

Pytanie 4

Umowa § 11

Zamawiający w § 11 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 nienależytą 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 § 11 umowy ppktl) i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku?

W załączniku nr 5 do SIWZ § 11 pkt.2 Ogólne warunki umowy Zamawiający zastrzega, że płatność na podstawie wystawionej faktury może być pomniejszona o kwoty należnych Wykonawcy kar umownych określonych w § 11 umowy oraz zwrotu należnych Zamawiającemu opłat.

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 5 § 11 ust. 2 zwrotu: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

Odpowiedź

Zamawiający nie przewiduje w tym zakresie zmiany zapisów IPU.

Pytanie 5

Umowa § 14 pkt.2

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany zapisów § 14 pkt 2 umowy o następującym brzmieniu: „Spory mogące wyniknąć pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, rozstrzygać będzie sąd właściwy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa?”

Pytanie 6

SIWZ rozdz.XXI pkt. 2 ppkt h)

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość usunięcia zapisu. SIWZ rozdz.XXI pkt. 2 ppkt h) ?

Odpowiedź

Zamawiający nie przewiduje w tym zakresie zapisów IPU.

Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić udzielone odpowiedzi na pytania podczas sporządzania i składaniu oferty.

Burmistrz Halinowa
/-/ Adam Ciszkowski