

Wszyscy uczestnicy postępowania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych w latach 2019/2020 w obrocie krajowym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek i ich ewentualnych zwrotów na potrzeby Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m. st. Warszawy.
Nr postępowania: ZP/US/8/18.

W związku z wpłynięciem zapytania od Wykonawcy dotyczącego ww. postępowania, Komisja Przetargowa przedstawia poniżej treść pytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego.

Pytanie 1:

Zamawiający zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 2 pkt 7 Wzoru umowy wymaga od Wykonawcy niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o każdym przypadku niewykonania usługi (np. zgubieniu przesyłki). Ponadto, po zakończeniu okresu rozliczeniowego Zamawiający wymaga przedłożenia informacji o niewykonanych usługach, w rozbiciu ilościowo - kwotowym dla poszczególnych siedzib Zamawiającego. Dodatkowo, w przypadku nie zastosowania się do przywołanych wymagań, Zamawiający w § 10 ust. 6 pkt 4 Wzoru umowy nakłada na Wykonawcę karę umowną.

Wykonawca informuje, że żadne regulacje prawne nie nakładają na operatora pocztowego obowiązku monitorowania przesyłek. Natomiast ustawa Prawo pocztowe, wraz z aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie, określają możliwość wniesienia reklamacji z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usługi wraz z wysokością należnego odszkodowania, jednocześnie precyzując tryb postępowania wyjaśniającego i termin udzielenia odpowiedzi przez operatora pocztowego. Ponadto, mając znaczną ilość zawartych umów na usługi pocztowe swym zakresem odpowiadające przedmiotowemu postępowaniu, Wykonawca nie jest w stanie weryfikować czy określona przesyłka spełnia przesłanki określone w ustawie Prawa pocztowego dla przesyłki zagubionej, a tym samym nie jest możliwe sporządzenie wykazu, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 7 Wzoru umowy.

Dodatkowo, Wykonawca potwierdza, że wykonuje realizowane usługi pocztowe z należytą starannością zabezpieczającą interesy Nadawców przesyłek. Postanowienia § 3 ust. 2 pkt 7 Wzoru umowy co prawda nie stoją w sprzeczności z ustawą Prawo pocztowe, nie mniej jednak nie mają w niej również

odzwierciedlenia.

Warto także zwrócić uwagę, iż usługi pocztowe winny być świadczone w porównywalnych warunkach dla każdego Nadawcy.

W związku z faktem, że Zamawiający formułuje warunki zdecydowanie surowsze od warunków przewidzianych w powszechnie obowiązującym prawie wnioskujemy o wykreślenie pkt 7 z § 3 ust. 2 Wzoru umowy.

Odpowiedź na pytanie 1:

Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie pkt 7 z ust. 2 § 3.

Pytanie 2:

Zamawiający w § 6 Wzoru umowy wymaga złożenia faktury VAT wraz z dokumentacją rozliczeniową za dany okres rozliczeniowy.

Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że przekazywanie faktur VAT i specyfikacji wykonanych usług w danym okresie rozliczeniowym może nastąpić w odrębnych strumieniach przesyłek.

Odpowiedź na pytanie 2:

Zamawiający dopuszcza złożenie dokumentacji rozliczeniowej i faktury za dany miesiąc odrębnymi kanałami komunikacji. Skuteczne złożenie faktury wymaga jednak przedłożenia dokumentacji rozliczeniowej w terminie wynikającym z umowy, tj. do 15 dnia następnego miesiąca (zgodnie z § 6 ust. 4 umowy).

Pytanie 3:

Zamawiający w § 6 ust. 8 Wzoru umowy zastrzega sobie odpowiednie wydłużenie terminu płatności w przypadku niezłożenia faktury w terminie, o którym mowa w ust. 4, w razie związanego z tym braku środków na wypłatę wynagrodzenia.

Wykonawcy przysługuje należne mu wynagrodzenie za dany okres rozliczeniowy zgodnie z wystawioną fakturą i powinien je otrzymać w nieprzekraczalnym terminie określonym w § 6 ust. 6 Wzoru umowy. Obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie środków finansowych na pokrycie należności z tytułu świadczonych usług. Ponadto, Zamawiający w § 10 ust. 6 pkt. 2 Wzoru umowy ustanowił karę umowną z tytułu nieterminowego przekazania faktury VAT wraz z dokumentacją rozliczeniową, co skutkowałoby podwójnym nałożeniem konsekwencji na Wykonawcę z tego samego przewinienia.

W związku z powyższym ponownie wnioskujemy o wykreślenie ust. 8 z § 6 Wzoru umowy.

Odpowiedź na pytanie 3:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie § 6 ust. 8 umowy.

Nieprzedstawienie przez Wykonawcę niezbędnej do określenia wysokości należnego wynagrodzenia dokumentacji rozliczeniowej uniemożliwia wypłatę wynagrodzenia. Zamawiający funkcjonuje w ustawowych realiach planowania budżetowego. Jeżeli brak współpracy po stronie Wykonawcy doprowadzi do sytuacji,

w której środki finansowe zaplanowane na dane zamówienie publiczne wygasną (ze względu na koniec roku budżetowego), może dojść do przejściowego braku możliwości ich wypłaty (do czasu zatwierdzenia planu finansowego na nowy okres budżetowy). Postanowienie umowne umożliwia jedynie "odpowiednie", w takim przypadku, wydłużenie terminu płatności.

Pytanie 4:

W związku z doprecyzowaniem postanowień § 10 ust. 6 Wzoru umowy Wykonawca wnioskuję o rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych.

Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej przez Zamawiającego zwłaszcza w pkt 1 i 4 § 10 ust. 6 Wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej 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 różnicowały 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), 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. 3531 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. 3531 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 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 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 kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się o powtórny analizę przedstawionych powyżej kwestii i modyfikację pkt. 1 i 4 § 10 ust. 6 Wzoru umowy oraz dodanie pkt. 5 w § 10 ust. 6 Wzoru umowy.

Proponujemy zapis § 10 ust. 6 pkt 1,415 Wzoru umowy.

Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną w wysokości:

- 1) 50,00 zł za każdy przypadek naruszenia obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2,

- 2) (-.-),
- 3) (...)
- 4) 50,00 zł za każdy przypadek naruszenia obowiązków, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 1 i 4,
- 5) zgodnie z Rozdziałem 8 ustawy Prawo pocztowe za każdy przypadek naruszenia obowiązków, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 3.

Odpowiedź na pytanie 4:

Zamawiający przychylił się częściowo i zmienia zapis § 10 ust. 6 pkt 4 i 5 wzoru umowy.

Pytanie 5:

Wykonawca jest operatorem pocztowym w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2017 r., późn. 1481), tj. przedsiębiorcą uprawnionym do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Zgodnie z dyspozycją art. 42 ww. ustawy informacje lub dane objęte tajemnicą pocztową mogą być zbierane, utrwalane, przechowywane, opracowywane, zmieniane, usuwane lub udostępniane tylko wówczas, gdy czynności te dotyczą świadczonej usługi pocztowej albo są jej niezbędne do jej wykonania lub przepisy odrębne stanowią inaczej.

Dane osobowe pozyskane przez Wykonawcę do realizacji usługi, przetwarzane są w zbiorze, którego administratorem jest Wykonawca i to Wykonawca decyduje o środkach przetwarzania przekazanych danych. W związku z powyższym nie ma konieczności zawierania z Wykonawcą w tym zakresie umowy powierzenia.

Jednocześnie informujemy, że zgodnie z art. 41 ustawy Prawo pocztowe, tajemnica pocztowa obejmuje informacje przekazywane w przesyłkach pocztowych, informacje dotyczące realizowania podmiotów korzystających z usług pocztowych oraz dane dotyczące faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług.

W świetle powyższego, Wykonawca zwraca szczególną uwagę na fakt, iż Zamawiający jest administratorem danych osobowych stanowiących zawartość korespondencji, do której Wykonawca nie ma dostępu na mocy tajemnicy pocztowej. Natomiast w ramach świadczenia usług pocztowych, Wykonawca staje się administratorem danych osobowych zawartych na stronie adresowej przesyłki, tj. danych Zamawiającego jako Nadawcy oraz adresatów przesyłek i jest zobligowany do ich przetwarzania zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, które w pełni wyczerpuje całość tematyki dot. ochrony danych osobowych.

Wobec powyższego wnioskujemy o modyfikację § 4 i § 10 ust. 6 pkt. 3 Wzoru umowy.

Proponujemy zapis § 4 Wzoru umowy:

Wykonawca, realizując usługi, które są przedmiotem umowy, przetwarza dane na

podstawie ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2017 r. póź. 1481 ze zm.), zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, oraz ustawą z dnia 10 maja 2018 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2018, poz.1000).

Jednocześnie wnioskujemy o zastąpienie zapisu § 10 ust. 6 pkt 3 Wzoru umowy sformułowaniem: Za każdy przypadek naruszenia obowiązków wynikających z § 4 zostanie naliczone odszkodowanie na zasadach ogólnych.

Odpowiedź na pytanie 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę § 4 i § 10 ust. 6 pkt 3. Przepisy ustawy Prawo pocztowe nie uchylają obowiązku przetwarzania danych otrzymywanych od kontrahentów zgodnie z przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679. Art. 42 ustawy Prawo pocztowe reguluje zakres uprawnień operatora pocztowego do przetwarzania danych osobowych usługobiorców. Nie precyzuje jednak kwestii podmiotu, który powierza te dane operatorowi pocztowemu. Jednocześnie kara umowna przewidziana w § 10 ust. 6 pkt 3 wzoru umowy nie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo pocztowe (art. 87 ust. 1 tej ustawy) i jest niezbędna do właściwego zabezpieczenia interesu Zamawiającego i odbiorców jego przesyłek.

UWAGA:

Zamawiający zmienia termin składania i otwarcia ofert z dnia 11.01.2019 r. na dzień 14.01.2019 r.

Termin składania ofert: 14.01.2019 r. do godz. 12:00, otwarcie ofert: 14.01.2019 r. o godz. 12:30. Licytacja odbędzie się 14.01.2019 r. zaraz po otwarciu ofert.

Kierownik Działu Zamówień
Publicznych

Agnieszka Ziemska
- 1863 -