

**Do wykonawcy, który zwrócił się
o wyjaśnienie treści SIWZ**

**Do wykonawców, którym
zamawiający przekazał SIWZ**

**Do zamieszczenia na stronie
internetowej**

**WYJAŚNIENIA ZAMAWIAJĄCEGO DOTYCZĄCE
TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SIWZ) 3**

dotyczy: postępowania o udzielenia zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług pocztowych”

Na podstawie art. 38 ust. 1a i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” zamawiający, w odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców dotyczące treści SIWZ, udziela następujących wyjaśnień:

TREŚĆ ZAPYTAŃ WRAZ Z ODPOWIEDZIAMI/ WYJAŚNIENIAMI:

Pytanie 1:

Wnosimy o wyjaśnienie, czy w przypadku przesyłek rejestrowanych za potwierdzeniem odbioru (tryb procesowy) Zamawiający dopuszcza możliwość usługi pośrednictwa w nadawaniu w/w przesyłek u operatora wyznaczonego (tzn. nadawanie przez pośtańca w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego).

Czy w takiej sytuacji operator wyznaczony, który będzie wykonywał usługi pocztowe (nadanie i zwrot) w zakresie ww. przesyłek będzie traktowany jako podwykonawca?

Ponadto 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 siwz 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.

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.

Należy mieć także na uwadze, iż Prawo pocztowe (Rozdział 8) przewiduje odpowiedzialność operatora pocztowego za świadczoną przez niego usługę. W przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Zamawiający nie będzie mógł dochodzić odszkodowania od pośrednika ponieważ pośrednik nie będzie realizował dla niego usługi pocztowej.

Podkreślenia ponadto wymaga, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 Prawa pocztowego usługa doręczania przesyłek od nadawcy do adresata ma charakter usługi pocztowej. Natomiast usługa odbierania od Zamawiającego i nadawania w placówkach operatora wyznaczonego korespondencji ma inny, mieszany charakter, w skład tej usługi wchodzi bowiem świadczenie usługi reprezentacji przy zawieraniu umowy, jak również usługa płatnicza (operator uiszcza bowiem zapłatę za przesyłkę w placówce operatora wyznaczonego zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o usługach płatniczych) oraz usługa przewozu przesyłek do placówki operatora wyznaczonego. Należy zauważyć, iż nawet jeśli wykonawca wskazuje, iż sam ponosi koszty nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, to ze względu na zastosowaną konstrukcję prawną, w której wykonawca zawiera w imieniu nadawcy umowę o świadczenie usług pocztowych w placówce operatora wyznaczonego, płatność ta dokonywana jest w imieniu nadawcy, a nie wykonawcy, tym samym niewątpliwie elementem takiej usługi jest świadczenie usługi płatniczej.

Odpowiedź na pytanie 1:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych. Zgodnie z treścią pkt. 2 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ), Zamawiający wymaga aby przesyłki były realizowane na zasadach określonych w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.). Oznacza, to że Wykonawca powinien świadczyć usługi pocztowe zgodnie z przepisami obowiązujących ustaw i postanowieniami przyszłej umowy. Jednocześnie zamawiający wyjaśnia, iż nie stawia żadnych ograniczeń w przedmiocie korzystania przez Wykonawcę z pomocy podwykonawców przy realizacji zamówienia (zob.: rozdz. XVIII pkt 10 SIWZ). Do Wykonawcy należy wybór podwykonawców, forma współpracy, kwestia regulacji stosunków z podwykonawcą itp. – ważne jest przede wszystkim to, żeby przy realizacji usług będących przedmiotem zamówienia, Wykonawca realizując rzeczne usługi przy pomocy podwykonawców, nie naruszał przepisów obowiązujących ustaw i działał zgodnie z postanowieniami przyszłej umowy w sprawie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający informuje, że każdorazowo Wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłową realizację postanowień umowy, pod rygorem zapłacenia kar umownych w niej przewidzianych. Zamawiający nie przewiduje również ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów związanych z realizacją postanowień umowy, poza określonymi w umowie (ofercie wybranego Wykonawcy).

Pytanie 2:

Zdaniem Poczty Polskiej S.A., budzącym wątpliwości Wykonawcy stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy doszło do przypadku naruszenia umowy (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 naczelnych zasad prawa wynikających, zarówno z prawa zamówień publicznych (równości stron postępowania), jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego).

Pragniemy zwrócić uwagę, iż usługi pocztowe stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą m.in. na zasadach określonych w Ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo Pocztove (Dz. U. poz. 1529), a także w oparciu o Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej. Poczta Polska jako operator wyznaczony jest zobowiązana do stosowania w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych zapisów 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 niewykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej w pierwszej kolejności znajdują zastosowanie przepisy w/w ustawy i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami) nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń na drodze sądowej.

Wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.

W art. 88 - 90 ustawy Prawo pocztowe ustawodawca przewidział ścisły katalog wysokości odszkodowań oraz przypadków, kiedy operator pocztowy zobligowany jest do jego wypłaty. Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia przewidział odpowiedzialność operatora na podstawie ustawy prawo pocztowe, zatem w przypadku naruszenia postanowień umowy zastosowanie znajdują ww. regulacje, które w zupełności zabezpieczają interes Zamawiającego.

Ponadto wskazać należy, iż określone w §5 IPU, a w szczególności w ust 1 pkt 6) tego paragrafu, kary umowne są rażąco wygórowane.

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".

Pytanie: Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień ogłoszenia z przepisami obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający wykreśli zapisy dotyczących kar umownych zawarte w §5, a w szczególności w ust 1 pkt 6) istotnych postanowień umowy i w ich miejsce pozostawi postanowienia regulujące odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe i aktach wykonawczych

Odpowiedź na pytanie 2:

Zamawiający nie podziela stanowiska Wykonawcy wyrażonego w treści pytania. Zamawiający nie dokona modyfikacji § 5 ust. 1 „Istotnych dla stron postanowień (...)” (załącznik nr 5 do SIWZ). Kary, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1-7 (załącznik nr 5 do SIWZ) mają charakter dyscyplinujący Wykonawcę – zostały zastrzeżone w celu ułatwienia Zamawiającemu dochodzenia roszczeń i ochrony jego interesów. W tym miejscu należy podkreślić, że ww. kary ustalone są dla wszystkich Wykonawców zgodnie z zasadą równego traktowania; nie dokonują rozróżnień ze względu na status Wykonawcy, tzn. obowiązują jednakowo wszystkich – operatorów pocztowych i wyznaczonego operatora pocztowego. Dodatkowo należy mieć na względzie, że postanowienia § 5 ust. 1 (załącznik nr 5 do SIWZ) nie wyłączają możliwości stosowania przepisów regulujących odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe (por.: § 5 ust. 2 załącznik nr 5 do SIWZ). Podobnie przepisy art. 88-90 ustawy Prawo pocztowe, regulujące kwestię odpowiedzialności odszkodowawczej, nie wykluczają możliwości zastrzeżenia przez strony umowy kary na zasadach ogólnych (por.: art. 87 ust. 1 ustawy jak wyżej), tym bardziej że wyżej wskazane przepisy regulują odpowiedzialność odszkodowawczą, natomiast załącznik nr 5 do SIWZ reguluje kwestię dodatkowego zastrzeżenia umownego jakim jest kara umowa – a zatem są to dwie różne instytucje.