

Prezydent Miasta Lublin informuje, że w postępowaniu na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym wpłynęły następujące zapytania:

Pytanie 1:

„Zamawiający powierza wykonawcy przetwarzanie danych osobowych. Czy w przypadku powierzenia przez wybranego Wykonawcę przesyłki pocztowej innemu operatorowi wymaga zawarcia pomiędzy wybranym wykonawcą a innym operatorem umowy dotyczącej przetwarzania danych osobowych, gwarantującej realizację obowiązków wskazanych w § 6 wzoru umowy?”.

Ad pytanie 1:

Zamawiający informuje, że wymagania dotyczące powierzenia i przetwarzania danych osobowych zostały uregulowane w § 6 wzoru umowy „*Powierzenie przetwarzania danych osobowych*” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający w treści § 6 wzoru umowy nie zawarł wymogu zawarcia przez Wykonawcę umowy z podwykonawcą dotyczącej przetwarzania danych osobowych. Wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę odpowiada za zgodną z przepisami prawa realizację umowy. Zgodnie z zapisami umowy, Wykonawca zobowiązuje się umożliwić Zamawiającemu przeprowadzenie kontroli procesu przetwarzania i ochrony danych. W przypadku stwierdzenia łamania przez Wykonawcę warunków bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych przetwarzanych w wyniku realizacji umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość rozwiązania Umowy.

Pytanie 2:

„W związku z zapisem § 6 Wykonawca wnosi o doprecyzowanie czy Zamawiający wymaga, aby osoby, które będą po stronie Wykonawcy realizowały przedmiot zamówienia były zatrudnione na umowę o pracę?”.

Ad pytanie 2:

Zamawiający informuje, że wymagania dotyczące powierzenia i przetwarzania danych osobowych zostały uregulowane w § 6 wzoru umowy „*Powierzenie przetwarzania danych osobowych*” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający we wzorze umowy nie określił rodzaju umowy jaką Wykonawca powinien zawrzeć z osobami, które będą realizowały przedmiot zamówienia po stronie Wykonawcy. Określone w § 6 zasady przetwarzania danych osobowych zobowiązują Wykonawcę do przestrzegania przepisów regulujących warunki bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych. Wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę odpowiada za zgodną z przepisami prawa realizację umowy, w tym za wszelkie szkody wyrządzone osobom trzecim, które powstały w związku z nienależytym przetwarzaniem powierzonych do przetwarzania danych osobowych. Wykonawca został nadto zobowiązany do umożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenia kontroli procesu przetwarzania i ochrony danych. W przypadku stwierdzenia łamania przez Wykonawcę warunków bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych przetwarzanych w wyniku realizacji umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość rozwiązania Umowy.

Pytanie 3:

„Czy w przypadku świadczenia usług odbioru przesyłek zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy oraz § 2 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest nadać odebrane przesyłki w swojej placówce pocztowej, czy też może nadawać otrzymane przesyłki w placówkach pocztowych dowolnych operatorów wedle swojego uznania?”.

Ad pytanie 3:

Zamawiający informuje, że poprzez świadczenie usługi odbioru, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający rozumie nadanie odebranych od Zamawiającego przesyłek w placówce wykonawcy. Także § 2 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ odnosi się do „*odbioru*

przygotowanych do nadania przez Zamawiającego przesyłek wraz z dokumentami nadawczymi przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy, tj. po okazaniu właściwego upoważnienia, bezpośrednio z siedziby Zamawiającego w Lublinie przy ul. Wieniawskiej 14 (parter, portiernia, tel. 81 466-12-62)”.

Zamawiający w § 1 ust. 5 określił, iż wymaga by przedmiot zamówienia był realizowany zgodnie z przepisami obowiązującego prawa, w tym ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1529). Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawstwa na zasadach określonych w ustawie i SIWZ, co oznacza, że Wykonawca może zlecić wykonanie przedmiotu Umowy podwykonawcom, pod warunkiem, że posiadają oni uprawnienia do wykonywania przedmiotu Umowy jeśli wymagane jest to stosownymi przepisami prawa.

Jedynie w § 5 wzoru umowy Zamawiający dopuścił sytuację, w której część przesyłek pocztowych wymagających nadania u operatora wyznaczonego zostanie nadana przez wykonawcę (jeśli wykonawca nie będzie operatorem wyznaczonym) na rzecz i w imieniu Zamawiającego, ale na koszt wykonawcy w placówce innej niż placówka wykonawcy, tj. w placówce nadawczej operatora wyznaczonego. Dopuszczalność zastosowania powyższego rozwiązania została potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 31 października 2014 r. (KIO 2160/14).

Pytanie 4:

„Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, w jaki sposób Zamawiający będzie weryfikował, iż przesyłki zaoferowane przez wykonawców spełniają wymagania w zakresie spełniania terminów doręczeń podanych w załączniku nr 1.”.

Ad pytanie 4:

Zamawiający informuje, że terminowość doręczeń będzie weryfikował każdorazowo po otrzymaniu informacji od adresata przesyłki oraz na bieżąco na podstawie dokumentów potwierdzających realizację doręczeń, tj. „zwrotnych potwierdzeń odbioru” oraz realizacji zwrotów.

Pytanie 5:

„Zamawiający wymaga złożenia przed podpisaniem umowy regulaminu świadczeń usług wobec takiego wymagania wnosimy o wyjaśnienie czy usługi zaoferowane w niniejszym postępowaniu mają być zgodne np. w zakresie terminów doręczeń z przedłożonym przed podpisaniem umowy regulaminem?”.

Ad pytanie 5:

Zamawiający informuje, że Wykonawca przystępując do postępowania podejmuje zobowiązanie, iż przedmiot zamówienia realizowany będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, umową i wymaganiami SIWZ. Wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym terminów doręczeń przesyłek, Zamawiający określił w SIWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 1 SIWZ. Zamawiający informuje, że zgodnie z treścią § 16 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 SIWZ „[...] w przypadku gdy zapisy Regulaminu świadczenia usług Wykonawcy zawierają zapisy korzystniejsze dla Zamawiającego od zapisów niniejszej Umowy zastosowane będą zapisy Regulaminu Świadczenia Usług Wykonawcy”, o ile postanowienia regulaminu świadczeń usług wykonawcy nie będą sprzeczne z umową i SIWZ, w tym z treścią § 2 ust. 2 wzoru umowy: „2. Wykonawca zobowiązany jest do stosowania przez cały okres obowiązywania Umowy cen jednostkowych usług netto podanych w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy”.

Pytanie 6:

„Czy Zamawiający wymaga przedłożenia wraz z ofertą listy placówek (pkt awizacyjnych wykonawcy), o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ oraz w SIWZ pkt. 13.2?”.

Ad pytanie 6:

Zamawiający informuje, że wymagania dotyczące dokumentów, które mają być złożone przez Wykonawców wraz z ofertą zostały określone w pkt 10. „Opis sposobu przygotowania oferty”, podpunkt 10.5. SIWZ. Zamawiający nie wymaga przedłożenia wraz z ofertą listy placówek (pkt awizacyjnych wykonawcy).

Pytanie 7:

„W jaki sposób Zamawiający będzie weryfikował, iż przedłożona liczba placówek (pkt awizacyjnych) spełnia wymagania SIWZ pkt 13.2 oraz załącznik nr 1 do SIWZ pkt 14?”.

Ad pytanie 7:

Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisem pkt 14 SIWZ „*Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*” wykonawca, którego oferta zostanie wybrana zobowiązany jest przed podpisaniem umowy przedłożyć:

„[...] uzgodniony z Biurem Obsługi Kancelaryjnej wykaz placówek pocztowych

„[...] uzgodniony z Biurem Obsługi Kancelaryjnej wykaz punktów awizacyjnych.”.

Zamawiający – po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed zawarciem umowy – zastrzega sobie możliwość zweryfikowania danych zawartych w przedłożonych przez Wykonawcę do uzgodnienia wykazach co do wymagań określonych w SIWZ. poprzez przeprowadzenie kontroli w placówkach pocztowych i punktach awizacyjnych.

Pytanie 8:

„Wykonawca wnosi o modyfikację formy płatności „z góry” na opłatę „z dołu” w przypadku korzystania maszyny do frankowania. Zaproponowana zmiana jest dla Zamawiającego korzystna z pkt widzenia ekonomicznego i organizacyjnego. Zamawiający nie będzie musiał angażować swoich środków finansowych przed nadaniem przesyłek. Proponujemy ustawienie maszyny do frankowania w dowolnym określonym przez Zamawiającego dniu do poziomu limitu. Po zakończeniu określonego okresu rozliczeniowego Wykonawca wystawi fakturę zgodnie z podanymi w załączniku nr 1 do SIWZ terminami za faktycznie nadane przesyłki.”.

Ad pytanie 8:

Zamawiający informuje, że nie dokonuje zmiany zapisów w § 8 ust. 6 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że w § 13 ust. 3 pkt 11 wzoru umowy dopuścił zmianę warunków płatności przy użyciu maszyny do frankowania z formy opłaty „z góry” na formę opłaty „z dołu” w przypadku wniosku jednej ze Stron o zmianę formy płatności z formy opłaty „z góry” na opłatę „z dołu”, z zastrzeżeniem, że zmiana postanowień Umowy może nastąpić wyłącznie za zgodą obu Stron wyrażoną w formie pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.

Pytanie 9:

„Czy w świetle postanowień § 13 ust. 4 Zamawiający dopuszcza zmniejszenie liczby punktów awizacyjnych, o których mowa § 2 ust.1 pkt 14 lit. b wzoru umowy w ten sposób, że wykonawca będzie dysponować mniejszą liczbą punktów niż liczba przyjęta dla potrzeb ustalenia punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert.”.

Ad pytanie 9:

Zamawiający informuje, że w świetle postanowień § 13 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający nie dopuszcza zmniejszenia liczby punktów awizacyjnych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 17 lit. b.

Pytanie 10:

„Czy w świetle postanowień § 13 ust. 4 Zamawiający dopuszcza zmianę lokalizacji punktów awizacyjnych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 17 lit. b wzoru umowy w ten sposób, że wykonawca nie będzie dysponować żadną placówką w przynajmniej jednej z dzielnic wskazanych w 13.2 SIWZ”.

Ad pytanie 10:

Przewidywane w § 13 dopuszczalne zmiany warunków umowy dotyczą ewentualnej zmiany lokalizacji placówki awizacyjnej z zastrzeżeniem, że zmiana ta będzie zgodna z wymaganiami, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 14-16. Zgodnie z § 13 ust. 1 wzoru umowy powyższa zmiana może nastąpić wyłącznie za zgodą obu Stron wyrażoną w formie pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.

Pytanie 11:

„Czy w odniesieniu do wymogu by punkty awizacyjne były czynne przez 5 dni w tygodniu (pkt 13.2 SIWZ) Zamawiający dopuszcza, by jeżeli w danym tygodniu w wypadku dzień ustawowo wolny od pracy inny niż niedziela, liczba dni, w których ma być czynny punkt awizacyjny uległa zmniejszeniu o liczbę dni ustawowo wolnych od pracy przypadających w tym tygodniu innych niż niedziela.”.

Ad pytanie 11:

Zamawiający informuje, że dopuszcza by jeżeli w tygodniu wypadał dzień ustawowo wolny od pracy – inny niż niedziela, liczba dni, w których ma być czynny punkt awizacyjny uległa zmniejszeniu o liczbę dni ustawowo wolnych od pracy przypadających w tym tygodniu.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ „[...] dni robocze to dni liczone od poniedziałku do piątku, natomiast dni wolne od pracy to: dni ustawowo wolne od pracy wskazane w Ustawie z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. z 1951 r. Nr 4 poz. 28 ze zm.)”.

Pytanie 12:

„Wykonawca wnosi o możliwość rozszerzenia zapisu § 8 ust. 2 i 7 poprzez dodanie podpunktu 2a i 7a iż „opłaty (cena jednostkowa) za przesyłki mogą być niższe niż podane w formularzu cenowym”.

Ad pytanie 12:

Zamawiający informuje, że nie dokonuje zmiany zapisów w § 8 ust. 2 i 7 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Zamawiający podtrzymuje, że zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ: „Wykonawca zobowiązany jest do stosowania przez cały okres obowiązywania umowy cen jednostkowych usług netto podanych w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy”.

Pytanie 13:

„Czy i w jaki sposób Zamawiający będzie weryfikował, że Wykonawca (i jego podwykonawca) spełnia wszystkie wymagania w zakresie przestrzegania tajemnicy pocztowej?”.

Ad pytanie 13:

Zamawiający informuje, że zgodnie z SIWZ Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi spełniać warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zgodnie z ustawą Prawo pocztowe, działalność pocztowa jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672, z późn. zm.) i wymaga wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Zgodnie z art. 7 Prawa pocztowego działalność pocztową w zakresie objętym obowiązkiem wpisu do rejestru może wykonywać przedsiębiorca, który zapewnia warunki do przestrzegania tajemnicy pocztowej, o której mowa w art. 41. Organem właściwym w sprawach wpisu do rejestru jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę odpowiada za zgodną z przepisami prawa realizację umowy, w tym za wszelkie szkody wyrządzone osobom trzecim, które powstały w związku z nienależytym wykonaniem umowy. Wykonawca jest odpowiedzialny za działania i zaniechania podwykonawców, z których pomocą wykonuje przedmiot Umowy jak za własne działania oraz ponosi pełną odpowiedzialność za jakość i terminowość usług, które wykonuje przy pomocy podwykonawców.

Pytanie 14:

„Potwierdzenie odbioru wskazane w pkt 1.2.3.1 załącznika nr 7 Formularz do SIWZ nie występuje, jako samodzielna usługa każdorazowo musi odnosić się bądź do przesyłki listowej (najszybszej lub nie będącej najszybszą w kategorii) bądź paczki pocztowej (najszybszej lub niebędącej przesyłką najszybszej kategorii) wobec powyższego wykonawca wnosi albo doprecyzowanie, do jakich usług są to potwierdzenia odbioru albo wykreślenie pozycji z formularza cenowego.”.

Ad pytanie 14:

Zamawiający wyjaśnia, że „Potwierdzenie odbioru przesyłki rejestrowanej” wskazane w pkt. 1.2.3.1. Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ odnosi się do usług nadawanych przez Zamawiającego „za zwrotnym potwierdzeniem odbioru”.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ, § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz Formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, w ramach przedmiotu umowy Zamawiający będzie nadawał „za zwrotnym potwierdzeniem odbioru” przesyłki rejestrowane:

1. W obrocie krajowym:

1) listowe polecone (pkt 1.2.1.2. Formularza cenowego):

- a) nie będące przesyłkami najszybszej kategorii,
- b) będące przesyłkami najszybszej kategorii;

2) listowe polecone „TERMINOWE”, dla których (zgodnie z art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 12 12 § 6 pkt 2 Ordynacji Podatkowej i art. 165 § 2 Kpc) istotny jest termin nadania (pkt 1.2.1.4 Formularza cenowego):

- a) nie będące przesyłkami najszybszej kategorii
- b) będące przesyłkami najszybszej kategorii

3) niebędące przesyłką listową (paczki pocztowe) będące przesyłkami najszybszej kategorii (pkt 1.2.1.6 Formularza cenowego).

2. W obrocie zagranicznym:

1) listowe polecone w obszarze Europy będące przesyłkami najszybszej kategorii (pkt 1.2.2.2.1. Formularza cenowego)

2) listowe polecone poza obszarem Europy będące przesyłkami najszybszej kategorii (pkt 1.2.2.2.2. Formularza cenowego)

3) niebędące przesyłką listową (paczki pocztowe) w obszarze Europy będące przesyłkami

najszybszej kategorii (pkt 1.2.2.4.1. Formularza cenowego).

Pytanie 15:

„W związku z zapisami § 2 ust. 18 wnosimy o doprecyzowanie, iż bezpłatne druki zwrotnego potwierdzenia odbioru dotyczą przesyłek innych niż nadawane w trybie KPA, KC oraz ordynacji podatkowej, które to dokumenty określają szczegółowe wymagania dla druków potwierdzenia odbioru. Zamawiający nadając przesyłkę podejmuje decyzję o zastosowaniu określonego wzoru potwierdzenia odbioru.”.

Ad pytanie 15:

Zamawiający informuje, że zgodnie z treścią § 2 ust. pkt 18 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zobowiązanie Wykonawcy do „zapewnienia bezpłatnych druków „zwrotnego potwierdzenia odbioru” na przesyłki krajowe i zagraniczne, druków pomocniczych na paczki krajowe i zagraniczne, oraz naklejek „priorytet” i „potwierdzenie odbioru” dla przesyłek nadawanych przez Zamawiającego w ramach niniejszej Umowy” dotyczy wszystkich rodzajów przesyłek nadawanych przez Zamawiającego „za zwrotnym potwierdzeniem odbioru”, zgodnie z pkt 3 SIWZ, § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz Formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.

Zamawiający podkreśla jednakże, że zgodnie z zapisami § 4 ust. 3 „Zamawiający zastrzega sobie prawo stosowania druków własnego nakładu, w szczególności pocztowej książki nadawczej i zwrotnych potwierdzeń odbioru, sporządzonych zgodnie ze standardami dla usług pocztowych”. Zamawiający nie wyklucza więc stosowania dla części przesyłek nadawanych za zwrotnym potwierdzeniem odbioru druków własnego nakładu, sporządzonych zgodnie ze standardami dla usług pocztowych. Ponadto zgodnie z treścią § 5 wzoru umowy Zamawiający dopuszcza sytuację, w której część przesyłek pocztowych wymagających nadania u operatora wyznaczonego zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego oraz dopuszcza, aby na przesyłce oprócz danych umieszczonych przez Zamawiającego znajdowały się informacje związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców lub informacje związane z obiegiem przesyłek pocztowych, pod warunkiem, że informacje te nie będą zmieniały ani zakrywały danych Zamawiającego, w szczególności nazwy i danych adresowych nadawcy (Zamawiającego) na przesyłce i na dowodzie nadania, nie będą zakrywać innych znaków (znaków spraw, znaków graficznych) umieszczonych przez Zamawiającego oraz nie będą naruszać obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z § 3 pkt 1 lit c wzoru umowy, Zamawiający zobowiązuje się do określenia rodzaju nadawanych przesyłek, co w przypadku przesyłek za zwrotnym potwierdzeniem odbioru może oznaczać naklejenie odpowiedniego druku.

Pytanie 16:

„Zamawiający w § 2 ust 1 pkt 7 ppkt b) Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór zaznaczył, że w ramach zawartej w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umowy na świadczenie usług pocztowych Wykonawca zobowiązuje się do „nadawania przesyłek objętych przedmiotem zamówienia w dniu ich odbioru przez Wykonawcę od Zamawiającego: z zastosowaniem przepisu art. 57 § 5 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji Podatkowej i art. 165 § 2, Kodeksu postępowania cywilnego dla przesyłek terminowych”. W § 5 zaś Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór zatytułowanym Podwykonawcy w ust. 3 rzeczono § 5 Zamawiający wskazał, że „dopuszcza sytuację, w której część przesyłek pocztowych wymagających nadania u operatora wyznaczonego zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego”.

Zgodnie z obecnie już utrwalonym poglądem orzecznictwa, jednym z warunków zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na usługi pocztowe jest

uszczegółowienie zasad wykonywania tzw. przesyłek terminowych, o których mowa w art. 57 § 5 pkt 2 kpa oraz ew. art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej lub też innych analogicznych przepisów odnoszących się do skutku zachowania terminu do wniesienia pisma poprzez nadanie przesyłki w sieci operatora wyznaczonego (tzw. przesyłki terminowe). W przypadku rzeczonożego rozwiązania wykonawca – alternatywny operator pocztowy - jest podmiotem dokonującym czynności nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, ale czyni to w imieniu i na rzecz zamawiającego. Opisane wyżej rozwiązanie jest jedynym obecnie dostępnym na rynku usług pocztowych rozwiązaniem zapewniającym udział innych operatorów pocztowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający wymaga, aby nadawane były przesyłki terminowe. Należy dodać, iż rozwiązanie to kilkakrotnie było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jak przykładowo zauważała Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn. KIO 2160/14: Po pierwsze – w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 22 sierpnia 2014 r. dopuścił możliwość, aby wykonawca zamówienia odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. Po drugie – InPost skorzystał z tej możliwości i wskazał wprost w ofercie, że w zakresie dotyczącym przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej, zamierza powierzyć wykonywanie zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Po trzecie – ponieważ Poczta Polska jako operator wyznaczony ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych, nie może odmówić przyjęcia takich przesyłek nadawanych fizycznie przez InPost w imieniu i na rzecz Zamawiającego. (...) Poczta Polska podnosiła, że rozwiązanie zaakceptowane przez Zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 pzp, a zatem przepis odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia. Aktualnie zaś, pomimo dopuszczenia przez Zamawiającego doręczania wąskiej kategorii przesyłek przez wykonawcę zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego, forsuje taką interpretację s.i.w.z., jakby takiego rozwiązania nie dało się zastosować z uwagi na status Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego. Interpretacji takiej nie sposób zaakceptować, gdyż prowadziłoby to do wniosku, że całe postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jest fikcją, gdyż przedmiotowe zamówienie może zostać udzielone wyłącznie Poczcie Polskiej. Przede wszystkim w oczywisty sposób jest to sprzeczne z intencją Zamawiającego uzewnętrzniona w postaci dokonywanych w toku postępowania zmian i wyjaśnień treści s.i.w.z., które konsekwentnie zmierzały do rzeczywistego otwarcia prowadzonego postępowania na konkurencję, a co Poczta Polska bezskutecznie usiłowała zablokować. Do tożsamyh wniosków Izba doszła w wyroku w sprawie o sygn. KIO 2601/14: Izba konsekwentnie stoi na stanowisku, iż dopuszczenie nawet w ramach wyjaśnień treści s.i.w.z. wykonania części zamówienia dotyczącej przesyłek specjalnych jako tzw. usługi pośrednictwa umożliwia złożenie oferty przewidującej wykonanie zamówienia w taki sposób i nie powoduje jej niezgodności z treścią siwz. Zamawianym / dopuszczonym w ramach przedmiotu zamówienia jest świadczenie polegające na odebraniu przesyłek specjalnych od zamawiającego, ich zanieśenie do placówki Poczty Polskiej i ich nadanie jako przesyłek w imieniu zamawiającego jako przesyłki zamawiającego. (...) Przedmiotem zamówienia przestaje być w tym przypadku jedynie świadczenie usług pocztowych, ale wykonawcy część zamówienia mogą wykonać również w inny, dopuszczony przez zamawiającego, sposób, przy którym osiągnięte zostaną wszystkie cele zamówienia oraz zachowane zostaną zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z przepisów ustawy. (...) przedmiotowe odwołanie jest kolejną dokonywaną w ramach środków ochrony prawnej próbą Odwołującego [Poczty Polskiej] zmierzającą do niedopuszczenia do udzielenia zamówienia na usługi pocztowe wykonawcom innym, niż operator wyznaczony.

Zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Pocztcę Polską S.A. jak i orzecznictwo, czynność operatora alternatywnego obejmująca nadanie przesyłki u

operatora wyznaczonego w imieniu i na rzecz zamawiającego nie jest usługą pocztową, a usługą pośrednictwa w nadawaniu przesyłek (przesyłka nie jest nadawana w sieci pocztowej operatora alternatywnego, vide: KIO 2601/14, KIO 2160/14, KIO 1362/13, Sąd Okręgowy w Gliwicach sygn. akt X Ga 287/13). Jak dodaje Izba (KIO 2601/14): w takim przypadku stronami usługi pocztowej w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, są Zamawiający i operator wyznaczony. Przy czym Poczta Polska nie jest żadnym podwykonawcą części przedmiotu zamówienia, który zakontraktują Zamawiający i InPost, a których łączył będzie w tym przypadku inny stosunek umowy dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczcie, nadawaniu ich i opłacaniu. Jak podkreślała przy tym Izba w tym samym wyroku: Niestety za dopuszczeniem obsługi przesyłek specjalnych w taki sposób nie następowały żadne postanowienia lub modyfikacje SIWZ dostosowujące całość postanowień specyfikacji do tego typu rozszerzenia przedmiotu zamówienia i eliminujące wszelkie wątpliwości, co do jego wariantowego charakteru, sposobu jego wykonywania oraz rozliczania. Przywołujemy przy tym stanowisko Miasta Lublin prezentowane w trakcie postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa UZP[1]: uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie tzw. przesyłek terminowych od zawarcia z operatorem wyznaczonym pisemnej umowy o współpracy w rozumieniu Prawa pocztowego ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zawarcie takiej umowy uzależnione jest tylko od woli operatora wyznaczonego. Zatem operator pocztowy który nie miał zawartej umowy o współpracę z operatorem wyznaczonym lub przyrzeczenia zawarcia takiej umowy, w istocie nie mógł złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, Poczta Polska S.A. nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową. Zarazem zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania umowy o podwykonawstwo zawartej z operatorem wyznaczonym.

Biorąc pod uwagę powyższe istnieją dwa możliwe sposoby nabywania usług odnoszących się do tzw. przesyłek terminowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia:

- wyłączenie takich przesyłek do odrębnego postępowania;
- lub też opisanie sposobu wykonywania usługi pośrednika w postępowaniu obejmującym szerszy wolumen usług pocztowych.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt umiejscowienia przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ regulacji dotyczących nadawania przesyłek terminowych przez podmiot inny niż operator wyznaczony w paragrafie dotyczącym podwykonawców, zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie czy Zamawiający wymaga aby wykonawcę niebędącego operatorem wyznaczonym łączyła w zakresie nadawania tzw. przesyłek terminowych (tj. przesyłek o których mowa w art. 57 § 5 pkt 2 kodeksu postępowania administracyjnego, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej oraz art. 165 § 2 kodeksu postępowania cywilnego) umowa o podwykonawstwo w rozumieniu art. 2 pkt 9b) Prawa zamówień publicznych?”.

Ad pytanie 16:

Zamawiający informuje, że zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych, usług towarzyszących (z wyłączeniem przesyłek listowych nierejestrowanych) polegających na potwierdzaniu odbioru przesyłek pocztowych doręczonych i realizacji zwrotów przesyłek pocztowych niedoręczonych adresatom Zamawiającemu oraz usługi odbioru przygotowanych do nadania przesyłek pocztowych z siedziby Zamawiającego przy ul.

Wieniawskiej 14 w Lublinie, we wszystkie dni robocze i przewóz przesyłek pocztowych wraz z dokumentami nadawczymi do punktu nadawczego. Wymagania co do sposobu świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia Zamawiający zawarł w SIWZ, w tym w szczególności we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Zamawiający w § 1 ust. 5 określił, iż wymaga by przedmiot zamówienia był realizowany zgodnie z przepisami obowiązującego prawa, w tym ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1529). Zamawiający informuje, że – zgodnie z art. 35 Prawa pocztowego – wymaga, aby Wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę o świadczenie usług pocztowych, po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzył dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej.

Zamawiający dopuścił możliwość realizacji przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawstwa na zasadach określonych w ustawie, co oznacza, że Wykonawca może zlecić wykonanie przedmiotu Umowy podwykonawcom w granicach prawa oraz pod warunkiem, że posiadają oni uprawnienia do wykonywania przedmiotu Umowy jeśli wymagane jest to stosownymi przepisami prawa. Możliwość powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy odnosi się do Wykonawcy, co oznacza, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za działania podwykonawcy jak za własne. Wykonawca, z którym Zamawiający zawrze umowę o świadczenie usług pocztowych, w przypadku wykonywania przedmiotu Umowy przy pomocy podwykonawców, jest odpowiedzialny za działania i zaniechania podwykonawców, z których pomocą wykonuje przedmiot Umowy jak za własne działania oraz ponosi pełną odpowiedzialność za jakość i terminowość usług, które wykonuje przy pomocy podwykonawców.

Zamawiający w § 5 wzoru umowy dopuścił sytuację, w której część przesyłek pocztowych wymagających nadania u operatora wyznaczonego zostanie nadana przez Wykonawcę (jeśli wykonawca nie będzie operatorem wyznaczonym) na rzecz i w imieniu Zamawiającego, ale na koszt Wykonawcy. Dopuszczalność zastosowania powyższego rozwiązania została potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 31 października 2014 r. (KIO 2160/14), w którym KIO nie powiązała zamiaru powierzenia wykonywania tej części zamówienia operatorowi wyznaczonemu z koniecznością zawarcia z nim pisemnej umowy o współpracę.

W ocenie Zamawiającego przedmiot zamówienia został opisany w sposób, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców. Zamawiający uwzględnił w szczególności wymagania wynikającymi wprost z przepisów prawa, które dokładnie określają sposób nadania pisma i tym samym zachowania terminu do jego wniesienia (art. 57 § 5 pkt 2 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, art. 12 § 6 pkt 2 ustawy Ordynacja podatkowa, art. 165 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego) jak też zasady doręczeń (art. 39, art. 44 § 1 pkt 1, art. 44 § 2 i 3 oraz art. 46 § 1 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego oraz art. 144, art. 150 § 1 pkt 1, art. 150 § 1a i § 2 oraz art. 152 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa). Zamawiający dodatkowo nie narzuca szczegółowo sposobu realizacji świadczenia usług gdyż mogłoby to utrudniać uczciwą konkurencję. Wykonawca, prowadząc działalność gospodarczą na własny rachunek i na własne ryzyko, kalkulując ofertę winien uwzględnić wszelkie elementy wpływające na cenę, w tym również zapewnienie nadawania przesyłek objętych przedmiotem zamówienia w dniu ich odbioru przez Wykonawcę od Zamawiającego w sposób, o którym mowa w § 2 ust. 1. Zamawiający podkreśla, że w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ wyodrębnił dodatkowo spośród przesyłek rejestrowanych w obrocie krajowym (będących przesyłkami najszybszej kategorii w gabarycie A i gabarycie B, oraz niebędących

przesyłkami najszybszej kategorii w gabarycie A i gabarycie B): w pkt. „1.2.1.3. Przesyłki listowe polecone TERMINOWE – dla których (zgodnie z art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 12 § 6 pkt 2 Ord. Podatk. i art. 165 § 2 Kpc)”, w pkt. „1.2.1.4. Przesyłki listowe polecone „TERMINOWE” z potwierdzeniem odbioru – dla których (zgodnie z art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 12 § 6 pkt 2 Ord. Podatk. i art. 165 § 2 Kpc) istotny jest termin nadania”.

Zamawiający zastrzegł w tym zakresie, że nie dopuszcza sytuacji, w której przesyłki pocztowe wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia zostaną nadane przez inny podmiot, w wyniku czego na dowodzie nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający. Zamawiający dopuścił, aby na przesyłce oprócz danych umieszczonych przez Zamawiającego znajdowały się informacje związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców lub informacje związane z obiegiem przesyłek pocztowych, pod warunkiem, że informacje te nie będą zmieniały ani zakrywały danych Zamawiającego, w szczególności nazwy i danych adresowych nadawcy (Zamawiającego) na przesyłce i na dowodzie nadania, nie będą zakrywać innych znaków (znaków spraw, znaków graficznych) umieszczonych przez Zamawiającego oraz nie będą naruszać obowiązujących przepisów prawa.

Z uwagi na charakter działalności Zamawiającego, usługi objęte przedmiotem zamówienia muszą być prowadzone zgodnie z obowiązującymi powszechnie przepisami prawa, w szczególności z przepisami opisującymi procedury prowadzonych przez Zamawiającego postępowań w zakresie terminów, doręczania pism oraz traktowania zwrotnego potwierdzenie odbioru jako dokumentu urzędowego, stosownie m. in. do art. 39, art.44, art. 46, art. 76, art. 76 a ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (j.t. Dz. U. z 2013 r, poz. 267, z późn. zmianami) oraz art. 12, art. 144, art. 150, art. 152 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (j.t. Dz. U. z 2012 r., poz. 749, , z późn. zmianami). Zamawiający, jako jednostka samorządu terytorialnego, a tym samym organ administracji publicznej, zobowiązany jest do stosowania wymienionych wyżej przepisów prawa, które wyraźnie określają sposób nadania pisma i tym samym zachowania terminu do jego wniesienia, oraz sposoby doręczenia pism. Z uwagi na powyższe regulacje, szczególnie te dotyczące terminów, zwrotne potwierdzenie odbioru stosowane przy nadawanej korespondencji ma dla Zamawiającego przymiot dokumentu urzędowego, istotnego w prowadzonych przez niego postępowaniach.

Pytanie 17:

„Zamawiający w § 4 ust. 8 Załącznika nr 1 – Umowa wzór zaznaczył, że „Zamawiający będzie pokrywał bieżące koszty użytkowania maszyny do frankowania, w szczególności koszty: wprowadzenia do programu urządzenia frankującego danych z Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy, eksploatacji i serwisu (realizacja przeglądów technicznych, realizacja napraw, zakup materiałów eksploatacyjnych).” W § 4 ust. 9 Załącznika nr 1 – Umowa wzór Zamawiający wskazał jednak, że „Inne niż wymienione w ust. 8 kwestie techniczne związane z uruchomieniem maszyny do frankowania spoczywają na Wykonawcy.”

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie, czy po stronie Wykonawcy leżą jedynie kwestie techniczne związane z uruchomieniem maszyny do frankowania? Czy też Wykonawca zobowiązany będzie również pokryć koszty związane z uruchomieniem maszyny do frankowania, w tym koszty związane z przygotowaniem matryc maszyny frankującej do stemplowania przesyłek pocztowych?”

Ad pytanie 17:

Zamawiający informuje, że – zgodnie z § 4 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ – Zamawiający będzie pokrywał bieżące koszty użytkowania maszyny do

frankowania, w szczególności koszty: wprowadzenia do programu urządzenia frankującego danych z Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy, eksploatacji i serwisu (realizacja przeglądów technicznych, realizacja napraw, zakup materiałów eksploatacyjnych). Przez zakup materiałów eksploatacyjnych Zamawiający rozumie także zamówienie matryc maszyny frankującej do stemplowania przesyłek pocztowych, zamówienia innych pieczęci do nanoszenia znaku opłaty pocztowej na przesyłce pocztowej.

Pytanie 18:

„Zamawiający w § 2 ust. 1 pkt 3) Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór zaznaczył, że w ramach zawartej Umowy Wykonawca zobowiązuje się do: *„przyjmowania od Zamawiającego przygotowanych do nadania we własnym zakresie przesyłek pocztowych w innych dniach niż dni robocze, w co najmniej jednej placówce pocztowej Wykonawcy zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta Lublin”*. Zamawiający nie wskazał jednak w jakich godzinach powinna być czynna placówka pocztowa Wykonawcy, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 3) Załącznika nr 1 do SIWZ.

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie w jakich godzinach w dni inne niż robocze powinna być czynna placówka pocztowa, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 3) Załącznika nr 1 do SIWZ?

Ad pytanie 18:

Zamawiający informuje, że zapisy w § 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ mają na celu umożliwienie nadania Zamawiającemu przesyłek pocztowych w innych dniach niż dni robocze, w co najmniej jednej placówce pocztowej Wykonawcy zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta Lublin. Zamawiający nie określił we wzorze umowy dodatkowych wymagań, w szczególności godzin otwarcia placówki pocztowej w dniach innych niż dni robocze.

Pytanie 19:

„Zamawiający w § 2 ust. 1 pkt 23) Załącznika nr 1 do SIWZ wskazał, że Wykonawca w ramach zawartej Umowy zobowiązuje się do: *„przeprowadzania na wniosek Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w przypadku braku zwrotnego potwierdzenia przesyłki rejestrowanej.”* Zgodnie zaś z § 2 ust. 1 pkt 24) Załącznika nr 1 do SIWZ Wykonawca zobowiązany będzie do *„udzielania na piśmie odpowiedzi Zamawiającemu na wniosek, o którym mowa pkt. 23 w terminie 14 dni od dnia jego złożenia”*.

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany terminu 14 dni, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 24) Załącznika nr 1 do SIWZ na termin 30 dni?”

Ad pytanie 19:

Zamawiający informuje, że nie dokonuje zmiany zapisów wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Pytanie 20:

„Zamawiający w § 9 ust. 4 Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór zastrzegł, że *„W przypadku nie dotrzymania terminu przewidzianego na uruchomienie maszyny do frankowania, o którym mowa w § 8 ust. 15, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu za każdy dzień zwłoki karę umowną w wysokości 500 zł (pięćset złotych).”*

W ocenie Wykonawcy kara umowna przewidziana w § 9 ust. 4 Załącznika nr 1 do SIWZ –

Umowa wzór jest rażąco wygórowana. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2631/12; KIO 2655/12 „*umowa winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jakie zostały określone w SIWZ. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹k.c., dowolnie sformułować postanowienia umowne także w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jednak, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, do których w przypadku regulacji dotyczących umowy odwołuje się p.z.p., **nie można prawa podmiotowego nadużywać**”.*

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie, czy Zamawiający zgadza się na obniżenie wysokości kary umownej, o której mowa w § 9 ust. 4 Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór do kwoty 100 zł za każdy dzień zwłoki w uruchomieniu maszyny do frankowania?

Ad pytanie 20:

Zamawiający informuje, że nie dokonuje zmiany zapisów § 9 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Zamawiający wyjaśnia, że z uwagi na dużą liczbę i różnorodność wysyłanych przesyłek nie dopuszcza – poza przypadkami wskazanymi we wzorze umowy (awaria maszyny do frankowania lub konieczność nadania przesyłek we własnym zakresie: § 2 ust. 1 pkt 1-3, § 3 pkt 5 i 6, § 8 ust. 6 pkt 2-5) – możliwości alternatywnego świadczenia usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia, tj. bez użycia maszyny frankującej. Będąca własnością Zamawiającego maszyna do frankowania umożliwi Zamawiającemu bieżącą kontrolę środków finansowych wydatkowanych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem udziału w kosztach poszczególnych komórek organizacyjnych Zamawiającego oraz możliwością monitorowania rodzaju nadawanych przesyłek. Zamawiający przewiduje 14-dniowy termin na uruchomienie maszyny do frankowania, z zastrzeżeniem, że w tym okresie znak opłaty nanoszony będzie poprzez nadruk lub odcisk pieczęci w sposób uzgodniony z Wykonawcą, tj. w sposób określony w § 8 ust. 6 pkt 3 we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Pytanie 21:

„Zamawiający w § 14 ust. 1 pkt 3) Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór zastrzegł, że „*Niezależnie od podstaw odstąpienia od Umowy przewidzianych w przepisach prawa, Zamawiający zastrzega sobie również prawo do odstąpienia od Umowy w przypadkach, gdy: Wykonawca będzie wykonywał Umowę w sposób nienależyty, w szczególności dopuści się rażącego naruszenia postanowień Umowy*”.

Zamawiający nie precyzuje jednak w treści Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór co należy rozumieć pod pojęciami „nienależyte wykonywanie Umowy” oraz „rażące naruszenie postanowień Umowy”.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie:

1) Czy pod pojęciem nienależytego wykonywania umowy Zamawiający rozumie niewykonanie bądź nienależyte wykonanie usługi pocztowej, z tytułu którego Zamawiający może dochodzić odszkodowania w ramach postępowania reklamacyjnego, o którym mowa w Rozdziale 8 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo Pocztove?

2) Czy pod pojęciem rażącego naruszenia postanowień Umowy Zamawiający rozumie uporczywe naruszenie przez Wykonawcę postanowień Umowy?

3) Czy jednorazowe nienależyte wykonanie usługi pocztowej bądź naruszenie

postanowień Umowy będzie skutkowało uprawnieniem Zamawiającego do odstąpienia od umowy, czy też nienależyte wykonanie usługi pocztowej (naruszanie postanowień Umowy) musi mieć charakter ciągły?

4) Czy Zamawiający dopuszcza możliwość, że w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania Umowy bądź naruszenia postanowień Umowy wezwie najpierw Wykonawcę do zaniechania naruszeń z jednoczesnym wskazaniem o jakiego rodzaju naruszenia postanowień Umowy chodzi lub jakiego rodzaju nienależyte wykonanie Umowy zostało stwierdzone przez Zamawiającego po stronie Wykonawcy oraz wyznaczy termin do ustosunkowania się przez Wykonawcę do stwierdzonych naruszeń? Dopiero brak ustosunkowania się do wezwania do zaniechania naruszeń i dalsze nienależyte wykonywanie Umowy bądź naruszanie postanowień Umowy skutkowałoby prawem po stronie Zamawiającego do odstąpienia od Umowy.”.

Ad pytanie 21:

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z treścią art. 87 ustawy Prawo pocztowe „Do odpowiedzialności operatorów pocztowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

Zamawiający informuję, że nienależyтым wykonaniem zobowiązania będzie sytuacja, gdy świadczenie zostanie wprawdzie spełnione, lecz nie będzie ono prawidłowe, gdyż odbiegało będzie w jakimś stopniu, większym lub mniejszym, od świadczenia wymaganego. Innymi słowy – z przypadkiem nienależytego wykonania zobowiązania będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy wprawdzie świadczenie zostanie spełnione, lecz interes Zamawiającego nie zostanie zaspokojony w sposób wynikający z treści umowy. Przy czym każde, nawet najlżejsze uchybienie zobowiązaniu przez Wykonawcę, bez względu na to, na czym by ono polegało, stanowić będzie nienależyte wykonanie. W orzecznictwie przyjęto, że nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany (wyrok SA w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r., V ACa 88/09, LEX nr 523881).

Pojęcie nienależytego wykonania zobowiązania jest z jednej strony bardzo ogólne, a z drugiej pojemne i nie sposób wyczerpująco wskazać wszystkich sytuacji, w których z nienależyтым wykonaniem zobowiązania będziemy mieli do czynienia. Z nienależyтым spełnieniem świadczenia będziemy mieli do czynienia, gdy np. nie zostanie zachowany termin, miejsce, sposób i jakość wykonania zobowiązania, a także gdy świadczenie nie zostanie wykonane w całości lub gdy przedmiot świadczenia nie będzie odpowiadał treści zobowiązania. Termin „*rażące naruszenie postanowień umowy*” należy do zakresu tzw. klauzul generalnych, dopuszczonych do stosowania przez polskie prawo cywilne, np.: cel społeczno-gospodarczy prawa (art.354 § 1 kc), należyta staranność (art.472 kc), nadużycie prawa (art.5 kc), zasady współzycia społecznego (art.354 § 1 kc). Zostają one stworzone dla okoliczności wyjątkowych, których system prawa nie może uznać za wykonanie zobowiązania oraz których przewidzieć nie można, a podlegają one ocenie wyłącznie na tle konkretnej sytuacji, która może w przyszłości zaistnieć.

Zważywszy sens i istotę takich regulacji, zdefiniowanie, czy też doprecyzowanie określenia „*rażące naruszenie przez Wykonawcę postanowień umowy*” poprzez stworzenie zamkniętego katalogu przypadków, nie będzie w praktyce możliwe. O wystąpieniu okoliczności rażącego naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy sankcjonowanych odstąpieniem od umowy oraz naliczeniem kary umownej, będzie można mówić w sytuacjach szczególnych i jednoznacznych, kiedy wskutek działania bądź zaniechania Wykonawcy (jednorazowego bądź wielokrotnego, powtarzalnego,

uciaźliwego) dojdzie do naruszenia bądź naruszeń warunków umowy, sprzeciwiających się istocie umowy, uniemożliwiających bądź znacznie utrudniających realizację umowy, podważających sens kontynuowania stosunku zobowiązaniowego, zwłaszcza w przypadku niezapewnienia przez Wykonawcę stałości i pewności jego realizacji, zgodnie z celem umowy.

Pytanie 22:

„Zamawiający w § 14 ust 3 Załącznika nr 1 do SIWZ – Umowa wzór wskazał, że *„W przypadku naruszenia zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy przez jedną ze Stron, z przyczyn leżących po jej stronie, druga Strona może od Umowy odstąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie, z obowiązkiem dokonania płatności za usługi wykonane i za czynności będące przedmiotem Umowy będące w toku”*”

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie, czy jednorazowe naruszenie zobowiązań wynikających z Umowy będzie uprawniała każdą ze stron Umowy do odstąpienia od Umowy?”.

Ad pytanie 22:

Zamawiający informuje, że zapisy umowy wiążą strony tej umowy. Zgodnie z treścią § 14 ust. 3. wzoru umowy *„W przypadku naruszenia zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy przez jedną ze Stron, z przyczyn leżących po jej stronie, druga Strona może od Umowy odstąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie, z obowiązkiem dokonania płatności za usługi wykonane i za czynności będące przedmiotem Umowy będące w toku”*.

Zamawiający informuje, że naruszenie zobowiązań wynikających z umowy to nienależyte wykonanie zobowiązania, w szczególności „rażące naruszenie postanowień umowy”. Pojęcie nienależytego wykonania zobowiązania jest z jednej strony bardzo ogólne, a z drugiej pojemne i nie sposób wyczerpująco wskazać wszystkich sytuacji, w których z nienależytym wykonaniem zobowiązania będziemy mieli do czynienia. Z nienależytym spełnieniem świadczenia będziemy mieli do czynienia, gdy np. nie zostanie zachowany termin, miejsce, sposób i jakość wykonania zobowiązania, a także gdy świadczenie nie zostanie wykonane w całości lub gdy przedmiot świadczenia nie będzie odpowiadał treści zobowiązania.

Termin „rażące naruszenie postanowień umowy” należy do zakresu tzw. klauzul generalnych, dopuszczonych do stosowania przez polskie prawo cywilne, np.: cel społeczno-gospodarczy prawa (art.354 § 1 kc), należyta staranność (art.472 kc), nadużycie prawa (art.5 kc), zasady współżycia społecznego (art.354 § 1 kc). Zostają one stworzone dla okoliczności wyjątkowych, których system prawa nie może uznać za wykonanie zobowiązania oraz których przewidzieć nie można, a podlegają one ocenie wyłącznie na tle konkretnej sytuacji, która może w przyszłości zaistnieć.

O wystąpieniu okoliczności rażącego naruszenia postanowień umowy przez jedną ze stron sankcjonowanych odstąpieniem od umowy oraz naliczeniem kary umownej, będzie można mówić w sytuacjach szczególnych i jednoznacznych, kiedy skutek działania bądź zaniechania strony (jednorazowego bądź wielokrotnego, powtarzalnego, uciążliwego) dojdzie do naruszenia bądź naruszeń warunków umowy, sprzeciwiających się istocie umowy, uniemożliwiających bądź znacznie utrudniających realizację umowy, podważających sens kontynuowania stosunku zobowiązaniowego, zwłaszcza w przypadku niezapewnienia przez stronę stałości i pewności jego realizacji, zgodnie z celem umowy.

Zapisy SIWZ pozostają bez zmian

Ż up. PREZYDENTA MIASTA LUBLIN

Elżbieta Laszyńska
DYREKTOR
Biura Zamówień Publicznych