

Świętochłowice, dnia 27.12.2019 r.

Uczestnicy postępowania

Dotyczy: odpowiedzi na pytania Wykonawcy do ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne nr sprawy: 3201-09/2019 dla zamówienia „Świadczenie usług pocztowych dla Ośrodka pomocy Społecznej w Świętochłowicach w obrocie krajowym i zagranicznym w 2020 roku”.

### **Pytanie I**

#### **Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ – Umowa § 1 ust.16, § 3 ust.1 oraz § 3 ust. 7 zastrzega realizację zamówienia w cenach z formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.**

Wykonawca jako operator pocztowy i wyznaczony, zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, w tym także usług o charakterze powszechnym, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Przepisy zamieszczone w rozdziale IV ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych. Zatem w przypadku zmian cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w treści zaproszenia, Wykonawca realizując zamówienia w cenach wynikających z formularza, 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 operaterze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Ponadto zauważyć należy, iż Wykonawca zawierając umowę musi uwzględnić obowiązującą aktualnie stawkę podatku VAT. Natomiast wystawiając fakturę VAT za wykonane zamówienie publiczne musi naliczyć podatek w wysokości obowiązującej w dacie wystawienia faktury, a nie w dacie podpisywania umowy czy też składania oferty przetargowej. W efekcie w przypadku ustawowej zmiany przepisów w zakresie podatków, w tym w szczególności skutkującej objęciem podatkiem VAT usług dotychczas nieopodatkowanych lub zmiany stawek podatku VAT, wykonawca zamówienia publicznego będzie musiał zmniejszyć kwotę należnego wynagrodzenia netto, ponieważ zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadniczo nie jest możliwa zmiana ceny realizacji zamówienia podana w ofercie, na podstawie której został wybrany dany wykonawca, a nieprzewidziana w SIWZ bądź ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku Wykonawcy jako operatora wyznaczonego, zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, w przypadku zmiany przepisów w zakresie podatku VAT doszłoby do sytuacji świadczenia tych usług w wysokości niższej aniżeli obowiązujące opłaty.

Zgodnie z art. 144 ustawy Pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W szczególności mając na uwadze zapis § 7 ust. 1 projektu umowy, Zamawiający podaje informacje w zakresie

zmiany cen w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, które jednak w ocenie Wykonawcy stawiają Zamawiającego na pozycji uprzywilejowanej poprzez zapis „dopuszcza się zmianę wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku (...) jeżeli zmiana ta będzie korzystna dla Zamawiającego”.

Zakładając, że ostatecznie Zamawiający w treści załączników do zaproszenia dopuszcza zmiany do umowy wskazane w § 7 ust. 1 wzoru umowy, których możliwości przewidział i wskazał, to jednak niedostatecznie opisał warunki dokonania zmian umowy – co w świetle przepisów, jak również aktualnego orzecznictwa, jest niewystarczające dla dokonania zmiany umowy, która zostanie uznana za nieważną.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę istotnych postanowień umowy poprzez modyfikację § 1 ust. 16, § 3 ust. 1 oraz § 3 ust. 7 umowy stanowiącej załącznik nr 7 i rozwinięcie zapisów dotyczących zmian cen, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

"Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku:

- zmiany „cen jednostkowych brutto” w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu oferty (stanowiącym załącznik nr 1 do umowy) w sytuacji spowodowanej zmianami tych cen w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe; jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie cen jednostkowych poszczególnych usług, Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT.

**Odpowiedź:** Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku:

- zmiany „cen jednostkowych brutto” w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu oferty (stanowiącym załącznik nr 1 do umowy) w sytuacji spowodowanej zmianami tych cen w sposób **obowiązujący** przez Prawo pocztowe, jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie cen jednostkowych poszczególnych usług, Zamawiający po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT.

### **Pytanie II**

#### **Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ – Umowa § 3 ust. 5 określa termin płatności.**

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 terminu płatności za zrealizowane usługi pocztowe wg proponowanego zapisu: „Termin płatności faktury VAT wynosi 14 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury?”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę terminu płatności umowy.

### **Pytanie III**

#### **Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ w § 3 ust. 5 i 7 – Wzór Umowy określa termin obciążenia rachunku.**

Czy z uwagi na praktykę obrotu gospodarczego popartą orzecznictwem sądów, zgodnie z którą zapłata należności ma na celu umożliwienie Wykonawcy swobodnego korzystania z należnych mu pieniędzy, co jest możliwe dopiero w chwili wpływu środków na konto Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza zmianę zapisu "za dzień zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego" na „za dzień zapłaty przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy”?

Ponadto termin zapłaty należności cywilnoprawnych reguluje art. 454 Kodeksu Cywilnego, który

regulując miejsce wykonania zobowiązania traktuje także o chwili spełnienia świadczenia, co nie budzi wątpliwości chociażby ze względu na orzecznictwo Sądu Najwyższego. W przypadku zobowiązań cywilnoprawnych zasadą jest, że zapłata dokonywana jest dopiero z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje m.in. prawidłowe monitorowane rozliczenia stron.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację treści umowy dotyczącej terminu obciążenia rachunku.

#### **Pytanie IV**

#### **Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ w § 6 ust. 2 – załącznik nr 8 do ogłoszenia umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych.**

Legalność przetwarzania danych przez Wykonawcę jest zapewniona poprzez wypełnienie dyspozycji art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych – przetwarzanie danych jest niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa (w związku z ustawą Prawo Pocztove), a od 25 maja 2018 r. na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) Rozporządzenia 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 - przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku ciążącego na administratorze (w związku z ustawą Prawo Pocztove).

Wykonawca jest operatorem pocztowym w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, 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.

Wykonawca, w momencie przekazania jemu danych osobowych w celu świadczenia usługi, staje się administratorem tych danych. Wykonawca jako administrator danych osobowych przetwarza dane Klientów (osób korzystających z usług pocztowych, przekazane każdorazowo przez nadawców przesyłek) w zbiorze danych „Klienci Poczty Polskiej”, zarejestrowanym przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (numer księgi 075442).”

**Pytanie: Czy Zamawiający dopuszcza usunięcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych z postępowania przetargowego, a zastąpienie jej poprzez wprowadzanie do istotnych postanowień umowy następującego zapisu:**

**Przy realizacji Umowy Strony zobowiązane są postępować zgodnie z przepisami Rozporządzenia 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 (zwane dalej RODO).**

**Z uwagi na fakt, iż Wykonawca jest operatorem pocztowym w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, tj. przedsiębiorcą uprawnionym do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych, zgodnie art. 6 ust. 1 lit. c) RODO, Wykonawca, w momencie przekazania mu przez Zamawiającego danych osobowych w celu świadczenia usług objętych przedmiotem umowy, staje się administratorem tych danych (w związku z ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe) i przetwarza dane Zamawiającego zgodnie z przepisami RODO, w tym w szczególności art. 32 RODO.**

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie tego zapisu do umowy.

## Pytanie V

### **Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ – wzór umowy – § 7 ust. 2 określił wysokość kary umownej w przypadku odstąpienia od wykonania umowy.**

**Pytanie:** Pragniemy wskazać, iż w przypadku, kiedy Zamawiający zobligowany jest do stosowania ustawy Pzp (czyli jak w przedmiotowej sprawie), winien znaleźć zastosowanie art. 145 Pzp, który przewiduje jedyną możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.

Podkreślić ponadto należy, iż zastrzeżenie kary umownej z tytułu rozwiązania umowy 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 takiej kary wygórowanej mamy do czynienia w zapisach Załącznika nr 7 do SIWZ – Wzór umowy).

**Pytanie:** Czy Zamawiający dopuszcza ich wykreślenie z projektu umowy - i w jego miejsce wprowadzenie postanowienia regulującego odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku na które Zamawiający powołuje się w & 1 ust. 2.

**Pytanie:** Czy Zamawiający dopuszcza możliwość obniżenia wysokości kary umownej (kara umowna wskazana przez Zamawiającego jest rażąco wygórowana) za odstąpienie od realizacji przedmiotu umowy (np. do 2 % wartości brutto)?;

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów dotyczących kar umownych.

## Pytanie VI

### **Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ – wzór umowy – § 8 ust. 3 zastrzega prawo wcześniejszego wypowiedzenia umowy z jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia w przypadku nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę, to jest dostarczania uszkodzonych przesyłek opóźnienia w dostarczaniu niezgodnego z umową przepakowania przesyłek dostarczanych przez Wykonawcę. W takim przypadku Wykonawcy nie będą przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia dotyczące kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy wynagrodzeniem ofertowym, a kwotą wykorzystaną w okresie obowiązywania umowy a także roszczenia odszkodowawcze jak i kary umowne.**

**Pytanie 1:** Czy zatem Zamawiający dopuszcza ich wykreślenie z projektu umowy - i w jego miejsce wprowadzenie postanowienia regulującego odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku na które Zamawiający powołuje się w & 1 ust. 2 ?

**Pytanie 2:** W przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie czy Zamawiający dopuszcza możliwość w § 8 pkt. 3 doprecyzowania na końcu zdania: Powyższe może mieć zastosowanie po uprzednim *przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego z Wykonawcą*?

**Odpowiedź:** Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację zapisów dotyczących wprowadzenia postanowienia regulującego odpowiedzialność operatora pocztowego na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe.

## Pytanie VII

### **Zamawiający w formularzu cenowym Załącznik nr 1 do SIWZ (pkt. 9 i 10) uwzględnił listy polecane priorytetowe zagraniczne, nie wskazując strefy i błędnie wskazuje przedziały**

**wagowe przesyłek.**

**Pytanie:** Czy Zamawiający doprecyzuje wagę oraz strefy przesyłek dla wyszczególnionych pozycji co pozwoli Wykonawcy na przedstawienie atrakcyjnej oferty Zamawiającemu.

**Odpowiedź:** Zamawiający zmienia treść ogłoszenia w ten sposób, iż w załączniku nr 1 Formularza oferty pozycja 9 i 10 tabeli wykreśla formaty przesyłek S,M i L pozostawiając wagi i wskazuje się strefę A.

Pozostałe zapisy ogłoszenia pozostają bez zmian. Powyższe zmiany należy uwzględnić w ofercie.

**Zamawiający informuje, iż termin składania i otwarcia ofert ulega przesunięciu. Oferty należy składać: do dnia 30 grudnia 2019 r. do godziny 13:30. Otwarcie nastąpi w tym samym dniu o godz. 14:00.**