

Znak sprawy AZP.26.98.04/11/23/R.2023

Sprawa: dotyczy zapytania ofertowego „Świadczenie na rzecz Miejskiego Zarządu Lokalami w Radomiu usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym, w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych (listowych i paczek) oraz ich zwrotów świadczonych w dni robocze od poniedziałku do piątku w okresie: od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r. oraz świadczenie usług odbioru przesyłek pocztowych od Zamawiającego” nr postępowania 07/11/23/R

Odpowiedzi na pytania:

Pytanie 1

W załączniku nr 4 Istotne postanowienia umowy w § 5 Zamawiający określił przewidywane zmiany do umowy, ich zakres, charakter oraz warunki dokonywania tych zmian.

Zamawiający przewiduje możliwość dokonywania zmian postanowień umowy w enumeratywnie wyliczonych przypadkach.

Wykonawca jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia (na co wskazuje sam Zamawiający w ogłoszeniu) nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Art. 53 i nast. 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, w świetle postanowień zawartych we wzorze umowy, Wykonawca zmuszony będzie do świadczenia powszechnych usług pocztowych z naruszeniem przepisów ustawowych, nie tylko z zakresu prawa pocztowego, ale także cywilnego, czy antymonopolowego. Taki stan rzeczy byłby niedopuszczalny, zarówno ze względu ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Ponadto zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Zamawiający w ogłoszeniu przewidział możliwość zmiany umowy we wskazanych przypadkach, jednakże nie opisał warunków (sposobu wprowadzenia) zmian – co w świetle przepisów, jak również aktualnego orzecznictwa jest niewystarczające dla dokonania zmiany umowy, która nie zostanie uznana za nieważną.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę postanowień Załącznik nr 4 Istotne postanowienia umowy poprzez dodanie do § 5 postanowień o następującym brzmieniu:

Zamawiający dopuszcza zmiany cen jednostkowych brutto w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym, w sytuacji spowodowanej zmianami cen tych pozycji,

zgodnie z przedłożonym przez Wykonawcę dokumentem zatwierdzającym te zmiany przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę cen jednostkowych brutto.

Pytanie 2

Dotyczy załącznika nr 4 - Istotne postanowienia umowy § 4 ust 3. Zamawiający określa wysokość kary umownej:

Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% maksymalnej łączonej wartości przedmiotu umowy brutto w przypadku rozwiązania umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

Wykonawca nie neguje wprowadzenia kar umownych w postanowieniach umowy jako takich, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w jego ocenie nie stoi w sprzeczności z naturą stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Podkreślić należy, że ustanawianie w umowie wysokich kar umownych, bezwzględnie należy uznać, za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o powtórny analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez ich **wykreślenie** lub **zmniejszenie ich** do 1% niewykorzystanego wynagrodzenia.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienił w ubiegłym roku zapisy § 4 ust 3 Istotnych postanowień umowy i obniżył wysokość kary do 2% łącznego wynagrodzenia. Zamawiający nie wyraża zgody na ponowne obniżenie wysokości kar.

Pytanie 3

Dotyczy załącznika nr 4 - Istotne postanowienia umowy § 9

W przypadku wyboru oferty złożonej przez Poczta Polska, Wykonawcę wnosi o usunięcie zapisu z § 9 (Ochrona danych osobowych) istotnych postanowień umowy, ponieważ są to zapisy stosowane przy powierzaniu przetwarzania danych osobowych podmiotowi przetwarzającemu.

Poczta Polska S.A. 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. Przesłankę legalności przetwarzania danych stanowi dla Poczty Polskiej S.A. wypełnienie.

dyspozycji 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, tj. przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze, w związku z przywołaną powyżej ustawą Prawo Pocztove. Poczta Polska S.A., w momencie przekazania jej danych osobowych w celu świadczenia usługi pocztowej, staje się administratorem tych danych, dlatego też zawieranie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych jest niezasadne.

Odpowiedź:

Zamawiający wykreśli § 9 z załącznika nr 4 - Istotnych postanowień umowy tylko w przypadku świadczenia usługi przez operatora wyznaczonego.

Pytanie 4

Zamawiający w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przewiduje nadawanie przesyłek zgodnie z:

- 1) zasadami określonymi w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r., poz. 735 z późn. zm.);
- 2) zasadami określonymi w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2021 r., poz. 1540 z późn. zm.);
- 3) zasadami określonymi z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2021 r., poz. 1805 z późn. zm.).

Wobec powyższego Wykonawca wniosku o potwierdzenie, że przesyłki objęte przedmiotem zamówienia powinny być realizowane zgodnie z:

art. 57 § 5 pkt. 2 KPA; art. 12 § 6 pkt. 2 Ordynacji; art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, wobec których dla wywołania określonych w przepisach skutków wymagane jest pośrednictwo operatora wyznaczonego?

Czy Zamawiający wymaga, aby potwierdzenia nadania przesyłek objętych przedmiotem zamówienia posiadały moc dokumentu urzędowego (w rozumieniu z art. 17 ustawy Prawo pocztowe)?

Odpowiedź:

Tak.