

IR.271.063.2021.SA  
IR.KW-0900/21

## **Wszyscy uczestnicy postępowania**

**Dotyczy:** Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi polegające na „Świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rok 2022”.

**Sprawa:** Odpowiedzi na pytania oraz zmiana treści SWZ

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 oraz na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.), w związku z zapytaniem Wykonawcy do treści SWZ, Zamawiający zmienia treść SWZ oraz udziela wyjaśnień w następujący sposób:

- **Pytanie nr 1 – dot. Rozdział XVIII pkt 1 SWZ**

*„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 i potrzebami Zamawiającego, 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. 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.

W przypadku dokonywania zwrotów nedoręczonych przesyłek zgodnie z art. 29 ustawy Prawo pocztowe, których nadawcą będzie Zamawiający, podwykonawcy będą mogli ich dokonywać jedynie do rąk przedstawicieli Wykonawcy, pobierając stosowną opłatę za zwrot przesyłki w formie gotówkowej, co będzie stanowić koszt, którego Zamawiający nie uwzględnił szacując wartość przedmiotowego zamówienia i co w konsekwencji będzie działaniem kwalifikowanym jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Należy również zauważyć, że dane dotyczące podmiotów korzystających z usług pocztowych oraz dane dotyczące faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług objęte są tajemnicą pocztową zgodnie z art. 41 ust. 1 Prawa pocztowego. Nie mogą więc, poza przykładami wynikającymi z ustawy, być ujawniane przez operatora pocztowego podmiotom trzecim, w tym także innym operatorom. Zatem w przypadku powierzenia przez jednego operatora pocztowego przesyłki pocztowej innemu operatorowi bez zawarcia stosownej umowy o współpracę dojdzie do naruszenia tajemnicy pocztowej.

Zwracamy także uwagę, iż dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 8.05.2014 r., KIO 792/14, LEX nr 1463491). Ze zobowiązania podmiotu trzeciego musi ponadto wynikać, że potencjał podmiotu trzeciego będzie rzeczywiście wpływał na realizację zamówienia przez wykonawcę. Aktualnie przepisy ustawy wykluczają możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego jedynie dla potrzeb formalnych, tj. potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie ze strony wykonawcy musi się spotkać z negatywną oceną w kontekście przepisów art. 22 oraz art. 22a PZP. Obecnie ustawa wymaga rzeczywistego zaangażowania zasobów podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia, co powinno znaleźć wyraz w złożonym zobowiązaniu (lub innym dokumencie) (por. wyr. KIO z 28.03.2017 r., KIO 487/17).

Czy w związku z powyższym w celu zabezpieczenia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający wprowadzi do SWZ zapis o konieczności przedstawienia oryginału umowy o współpracy Wykonawców z podwykonawcami, która w szczególności będzie zawierać zobowiązanie podwykonawców mówiące o oddaniu Wykonawcom niezbędnych środków i zasobów na potrzeby realizacji zamówienia?.”

#### **Odpowiedź:**

W związku z powyższym, w rozdziale IX SWZ – „projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy” dodaje się następujące punkty:

- 23.** Wykonawca (podwykonawca, dalszy podwykonawca) zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, obowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobligowany jest dołączyć zgodę Wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.
- 24.** Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy

(podwykonawcy, dalszemu podwykonawcy) faktury / rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) dostawy lub usługi.

25. W terminie 14 dni, licząc od dnia doręczenia projektu umowy o podwykonawstwo, Zamawiający uprawniony jest do składania pisemnych zastrzeżeń do tego projektu. Zastrzeżenia mogą dotyczyć niespełniania wymagań określonych w dokumentach zamówienia, niezgodności z zapisem art. 463 ustawy, długości terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.
26. Wykonawca (podwykonawca, dalszy podwykonawca) obowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi - w terminie 7 dni, licząc od dnia jej zawarcia.
27. W terminie 14 dni, licząc od dnia doręczenia poświadczonej kopii umowy o podwykonawstwo, Zamawiający ma prawo zgłosić pisemny sprzeciw do tej umowy.
28. Wykonawca (podwykonawca, dalszy podwykonawca) zamówienia na usługi obowiązany jest przedkładać Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego.
29. Każda umowa o podwykonawstwo powinna zawierać postanowienia spójne i niekolidujące z postanowieniami umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą oraz określać w szczególności:
  - 1) precyzyjny zakres świadczeń powierzonych podwykonawcy;
  - 2) wysokość i zasady płatności (w tym termin płatności) wynagrodzenia należnego podwykonawcy;
  - 3) tryb i zasady zawierania oraz wymagania dotyczące treści umów z dalszymi podwykonawcami, zapewniające realizację przez Zamawiającego uprawnień i obowiązków wynikających z niniejszej umowy, w tym obowiązek przedkładania Zamawiającemu projektów umów oraz poświadczonych kopii umów zawartych z podwykonawcami;
  - 4) uprawnienia Zamawiającego i Wykonawcy do bezpośredniej zapłaty podwykonawcy i dalszym podwykonawcom ich wynagrodzenia;
  - 5) zapisy gwarantujące, iż okres odpowiedzialności podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za wady przedmiotu umowy o podwykonawstwo nie będzie krótszy od okresu odpowiedzialności za wady przedmiotu umowy Wykonawcy wobec Zamawiającego.
30. Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień:
  - 1) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zapłaty od Wykonawcy lub podwykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy o podwykonawstwo od zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia Wykonawcy lub odpowiednio od zapłaty przez Wykonawcę wynagrodzenia podwykonawcy;
  - 2) uzależniających zwrot kwot zabezpieczenia przez Wykonawcę podwykonawcy, od zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy Wykonawcy przez Zamawiającego.
31. Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za zgodność postanowień umowy zawartej z podwykonawcą z postanowieniami umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą i ponosi ryzyko skutków zaistniałych niezgodności. Strony ustalają, że niezłożenie przez Zamawiającego zastrzeżeń lub sprzeciwu do umów z podwykonawcami – nie zwalnia Wykonawcy z tej odpowiedzialności.
32. Postanowienia ust. 23-31 stosuje się odpowiednio do zmian umów o podwykonawstwo i dalsze podwykonawstwo.
33. Wykonanie przedmiotu umowy przy udziale podwykonawców (dalszych podwykonawców) nie pociąga za sobą możliwości naliczania dodatkowego wynagrodzenia za generalne wykonawstwo ani wprowadzania jakichkolwiek zmian do umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

34. Suma wartości usług zleczanych na rzecz podwykonawców (dalszych podwykonawców) nie może być wyższa od wartości wynagrodzenia określonego w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.
35. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, odpowiada solidarnie z Wykonawcą za szkodę Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Ponadto w Rozdziale XVIII – „informacja na temat podwykonawców”, dodaje się punkt 6 o brzmieniu:

6. Pozostałe informacje dotyczące podwykonawców zostały określone w Rozdziale IX niniejszej SWZ.

Sprawy dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zostały w uregulowane rozdziale XIX SWZ.

• **Pytanie nr 2 – dot. Rozdział IX pkt 11 SWZ**

**„11. Za datę płatności uważa się datę obciążenia rachunku Zamawiającego.”**

Zamawiający określa, iż „za datę płatności uważa się datę obciążenia rachunku Zamawiającego”. Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie momentu zapłaty nie pozwala Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi – co jest niezgodne z orzecnictwem sądów w tej sprawie oraz uniemożliwia Wykonawcy monitorowanie terminowości płatności za świadczone usługi oraz naliczanie ewentualnych odsetek za zwłokę. 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 dokonana jest dopiero z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje m.in. prawidłowe monitorowanie rozliczania stron.

Czy ze względu na to, że faktyczną możliwością dysponowania środkami jest data ich wpływu na rachunek Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza zmianę określenia dnia zapłaty według powszechnie stosowanej formy w obrocie gospodarczym: „Za dzień zapłaty strony przyjmują dzień wpływu środków na rachunek bankowy Wykonawcy”?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie dopuszcza zmiany określenia dnia zapłaty .

• **Pytanie nr 3 – dot. Rozdział IX pkt 10 SWZ**

**„10. Opłaty za usługi pocztowe będą przez Zamawiającego dokonywane przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy na podstawie poprawnie wystawionej faktury VAT. Płatność faktury VAT nastąpi nie później niż 14 dni od daty wystawienia faktury przez Wykonawcę. Faktury przesyłane będą na adres Zamawiającego najpóźniej w następnym dniu roboczym po wystawieniu danej faktury VAT.”**

Wykonawca prosi o doprecyzowanie czy pod pojęciem „prawidłowo wystawionej faktury” Zamawiający ma na myśli fakturę, zawierającą wszystkie elementy określone Ustawą o podatku od towaru i usług w artykułe 106e?

**Odpowiedź:**

Tak .

- **Działając na podstawie art. 286 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) Zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie:**
  - w rozdziale XII SWZ ust. 1 oraz w rozdziale XIV SWZ ust. 1, datę 22.12.2021 r. zastępuje się datą **23.12.2021 r.**,
  - w rozdziale XXIII SWZ ust. 2, datę 20.01.2022 r. zastępuje się datą **21.01.2022 r.**
- **W związku z powyższym, działając na podstawie art. 286 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia.**

BURMISTRZ KŁOBUCKA  
*Jerzy Zakrzewski*

**INSPEKTOR**

*mgr inż. Adam Stasiński*