

1. Zamawiający w Rozdziale IV. Termin wykonywania zamówienia, ust. 2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w „Załączniku nr 8 do SIWZ: Umowa- projekt”, w § 4 ust. 4, określa warunki płatności dla przedmiotu zamówienia, wskazując nie stosowany u Wykonawcy termin płatności faktury jako 21 dni od daty otrzymania faktury.

Wykonawca informuje, iż faktury za usługi pocztowe wystawiane są za pośrednictwem scentralizowanego systemu informatycznego, którego wymogi określają takie kryteria jak termin wystawienia faktury, datę wysłania faktury do klienta, jak również termin płatności będący w ścisłej zależności z terminami sporządzenia faktury. Standardowo obowiązujący termin płatności faktury określony jako 14 dni od daty wystawienia faktury został wprowadzony ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu fakturowania wykonawcy oraz zarządzania płatnościami wynikającymi z zawartych umów. Takie rozwiązanie daje możliwość oszacowania terminów wpływu środków oraz opóźnień w ich płatnościach.

Czy w związku z powyższym Zamawiający zaakceptuje inny niż określony przez Zamawiającego w umowie termin płatności tj. liczony od dnia wystawienia faktury określony jako **21 dni od daty wystawienia faktury**, pozwalający terminowo dokonać płatności za wykonane usługi w ramach przedmiotu zamówienia?

2. Zamawiający w „Załączniku nr 8 do SIWZ: Umowa- projekt”, w § 2 ust. 8, określa: *Przedmiot (tj. Dz. U z dnia 23 listopada 2018 r. poz. 2188 ze zm.) i innych aktów prawnych związanych z realizacją usług będących przedmiotem zamówienia.*

Wykonawca wnioskuje o wyjaśnienie, doprecyzowanie co Zamawiający rozumie przez zapis w § 2 ust. 8 projektu umowy.

3. Zamawiający w „Załączniku nr 8 do SIWZ: Umowa – projekt”, w § 6 ust. 1, 2 określił odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem zamówienia przewidując, że obowiązek odszkodowawczy obejmuje naprawienie szkody w pełnej wysokości. Wykonawca wskazuje, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Zgodnie z założeniem zaproszenia do złożenia oferty, usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą wobec przesyłek, których realizacja oparta jest m.in. na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe, tym samym Wykonawca jako operator wyznaczony jest zobowiązany do stosowania w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych przepisów 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 wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej w pierwszej kolejności znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo pocztowe i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami) nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń przewidzianych ustawą na drodze sądowej. W art. 88-90 ustawodawca przewidział ścisły katalog wysokości odszkodowań oraz przypadków, kiedy operator pocztowy zobligowany jest do jego wypłaty. Rozszerzenie odpowiedzialności operatora pocztowego zostało przewidziane jedynie w art. 87 ust. 5, zgodnie z którym operator pocztowy odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte jej wykonanie:

- 1) jest następstwem czynu niedozwolonego;
- 2) nastąpiło z winy umyślnej operatora;
- 3) jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora.

Zatem jedynie w w/w przypadkach operator pocztowy może podlegać odpowiedzialności szerszej aniżeli wynikająca z przepisów prawa pocztowego.

Podkreślenia wymaga fakt, że w Kodeksie cywilnym w art. 471 występuje pojęcie "niewykonanie zobowiązania", co odnosi się dokładnie do pojęcia "niewykonanie zamówienia" w ustawie o zamówieniach publicznych. Zdarzenie to występuje tylko wtedy, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle wykonane.

W tym samym artykule Kodeksu cywilnego mamy pojęcie "nienależytego wykonania zobowiązania", a w art. 472 pojęcie „niezachowanie należytej staranności”. Oba te określenia należy przypisać pojęciu użytemu w ustawie, a mianowicie „wykonanie zamówienia z nienależyłą starannością”. Określenie to jest tak pojemne, że niemożliwe jest określenie wszystkich sytuacji, w których ono występuje. Dokonując jednak dla jasności uogólnienia, można stwierdzić, że o nienależyтым spełnieniu świadczenia możemy mówić w aspekcie niezachowania terminu spełnienia świadczenia, czy też wadliwości świadczenia. Należy do naszego uogólnienia dodać jeszcze, że w Kodeksie cywilnym pojęcie „niezachowanie należytej staranności” rozumiane jest jako synonim winy w postaci niedbalstwa. Skoro tak, to zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kodeksu cywilnego).

Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień Ogłoszenia o zamówieniu z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza wykreślenie postanowień zawartych w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku?

4. Zamawiający w „Załączniku nr 8 do SIWZ: Umowa - projekt”, w § 7 zapisał iż:

Wykonawca zgodnie z ustawą o ochronie danych osobowych z dnia 10 maja 2018 r. (Dz. U. z 2018 poz. 1000 za zm.) zobowiązuje się do podpisania umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Projekt umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych stanowi „Załącznik nr 9 do SIWZ” do Zapytania ofertowego. 3 Wykonawca informuje, iż:

Zawarcie umowy której przedmiotem są usługi pocztowe powszechne oraz usługi pocztowe nie mające charakteru powszechnego – nie wymaga zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Wykonawca jest administratorem danych osobowych przetwarzanych w związku z realizacją zadań, o których mowa w art. 12-14 ustawy z dnia 5 września 2008 r. o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej „Poczta Polska”. 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. Od 25 maja 2018 r. 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 Pocztowe.

Wykonawca, w momencie przekazania jej danych osobowych w celu świadczenia usługi, staje się administratorem tych danych, dlatego też zawieranie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych jest niezasadne.

Jednocześnie informujemy, iż kwestię pełnomocnictw reguluje prawo pocztowe i Wykonawca staje się administratorem danych pełnomocników na analogicznych zasadach, jak ma to miejsce w przypadku danych osobowych adresatów.

Powyższe dotyczy także braku konieczności zawierania umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych w zakresie przetwarzania przez Wykonawcę danych osobowych Państwa pracowników/funkcjonariuszy przekazywanych Wykonawcy w udzielanych im pełnomocnictwach pocztowych.

W związku z powyższym Wykonawca wnioskuje o wykreślenie z Zapytania ofertowego „Załącznik nr 9 do SIWZ” – Projekt umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych oraz §7 z „Załączniku nr 8 do SIWZ”: Umowa-projekt.

5. Zamawiający w § 10, Załącznika nr 8 do SIWZ: Umowa- projekt, ustanawia karę umowną za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy w wysokości 40.000 zł.

Wykonawca wskazuje, iż konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej w §10 ust. 1 wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej z tego tytułu. 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 przedmiotem 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”. Zatem punktem wyjścia dla rozważań nad dopuszczalną wysokością kary umownej powinno być określenie funkcji, jaką ta instytucja ma pełnić w obrocie gospodarczym. Celem unormowania instytucji kar umownych było zapewnienie stronie pewności poprawnego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy, a nie stworzenie jednemu z kontrahentów okazji do wzbogacenia się kosztem drugiej strony. Kara stanowi bowiem odszkodowanie umowne, odszkodowanie natomiast nie powinno przewyższać szkody ani stanowić źródła wzbogacenia się poszkodowanego. Relacja wysokości kwot, których zapłaty będzie mógł żądać Zamawiający, do rzeczywistej skali wypowiedzenia umowy wskazuje, że kara umowna w przedmiotowym zamówieniu nie spełnia funkcji kompensacyjnej (jako, że znacznie przewyższa wysokość ewentualnej szkody poniesionej z tego tytułu przez Zamawiającego), lecz stanowi przyczynek do wzbogacenia się Zamawiającego. Co więcej, ustalenie wysokości kary umownej powyżej pułapu, którego wysokość byłaby uzasadniona wagą naruszenia obowiązków Wykonawcy jest bezprzedmiotowe, gdyż nie spowoduje już dodatkowej motywacji u Wykonawcy. Kwestię motywacji jako jednego z czynników branych pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy kara umowna ma wygórowaną wysokość, poruszyła także Krajowa Izba Odwoławcza: „o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się” (orzeczenie KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 roku). Kara umowna ustalona na zbyt wysokim poziomie przestaje spełniać funkcję stymulacyjną, a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy. Ponadto wskazać należy, że wyrażona w art. 353¹ kc swoboda umów (z której Zamawiający mógłby wyciągać błędny wniosek, że wysokość kary umownej można ustalić w dowolnej wysokości), nie ma charakteru absolutnego i doznaje ograniczeń wynikających m. in. z właściwości stosunku prawnego, czy zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że nawet podpisanie umowy, w której zastrzeżono wygórowane kary umowne, nie wyłącza ochrony strony, która w wyniku nałożenia rażąco wysokich kar zostałaby pokrzywdzona. Dlatego nawet zaaprobowanie zapisów umowy w obecnym kształcie nie wyklucza możliwości miarkowania wysokości kary umownej przez sąd na podstawie art. 484 § 2, jeżeli tylko ma ona rażąco wygórowany charakter. Przewidziana w § 10 kara umowna jest zdecydowanie nieadekwatna w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego oraz charakteru świadczonych usług. 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 kary umownej poprzez: jej wykreślenie i odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych wskazanych w § 6 wzoru umowy.

6. W związku z ogłoszeniem stanu zagrożenia epidemicznego, wykonawca wdrożył procedury uwzględniające zalecenia organów administracji rządowej. Czy zamawiający uwzględni fakt, że usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia będą realizowane na podstawie: przepisów prawa powszechnie obowiązującego, zaleceń (dyspozycji) organów administracji rządowej, w tym w szczególności Głównego Inspektora Sanitarnego i innych służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo publiczne, a także wewnętrznych regulacji wykonawcy, uwzględniających wszelkie zalecenia tych służb, obowiązujące w dniu nadania przesyłki?

7. W związku z obecną sytuacją epidemiologiczną Wykonawca wnioskuję o przesunięcie terminu składania ofert oraz o możliwość złożenia oferty drogą elektroniczną na wskazany przez Zamawiającego adres.