

Warszawa dn. 2015-12-21

SZ-222-8/15/1/12/2015

Szanowni Państwo,**DOTYCZY:** Sygn. SZ-222-8/15/1/12/2015

Przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „świadczenie usług pocztowych i kurierskich w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Instytutu Transportu Samochodowego”.

Zamawiający informuje, zgodnie z art. 38 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, iż w dniu **2015-12-18** wpłynęły od uczestników postępowania 3 wnioski o udzielenie wyjaśnień. Poniżej przedstawiamy **treść zapytania wraz z odpowiedzią Zamawiającego**:

I wniosek o udzielenie odpowiedzi na zapytania do SIWZ:

1. Czy Zamawiający zgadza się aby szczegóły dotyczące przesyłek z adnotacją „opłata przetrzucona na adresata” określał załącznik do umowy? Strony określą treść załącznika w drodze porozumienia przed podpisaniem umowy?

Odpowiedź:

Tak, jest taka możliwość pod warunkiem, że treść załącznika będzie zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załączników do niej, w tym m.in. z treścią wzoru umowy, jak również będzie zgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych.

2. Czy Zamawiający dopuszcza zamianę w Załączniku 2 do SIWZ w § 5 ust. 8 i 11 treści:

„8. Płatności będą następowały w terminie 14 dnu od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury.

11. Za datę dokonania płatności uznaje się datę obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.”

Proponujemy zapis:

8. Płatności będą następowały w terminie 21 dni od dnia wystawienia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury.

11. Za datę dokonania płatności uznaje się datę uznania rachunku bankowego Wykonawcy.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmiany jak wyżej i treść umowy w § 5 ust. 8 i 11 pozostaje bez zmian.

3. Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany w Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Rozdział II pkt. 1 treści:

„1..... Nadanie przesyłek pocztowych objętych przedmiotem zamówienia następować będzie w dniu ich przekazania.....”

Proponujemy zapis:

„1..... Nadanie przesyłek pocztowych objętych przedmiotem zamówienia, w przypadku braku zastrzeżeń, następować będzie w dniu ich przekazania.....”

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmiany jak wyżej i treść Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w rozdziale II pkt. 1 pozostaje bez zmian.

4. Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany w Załączniku nr 2 do SIWZ „Wzór umowy” treści § 7 ust. 4 i usunięcie ust. 5:

„4. W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 30% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

5. W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 30% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.”

Proponujemy zapis:

„4. W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.”

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisów wzoru umowy w zakresie wysokości kar umownych.

Było:

§7 ust. 4

W przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 30% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

§7 ust. 5

W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 30% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

Jest:

§7 ust. 4

W przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 20% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

§7 ust. 5

W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 20% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

Zamawiający nie dokonuje modyfikacji zapisów w innym zakresie.

Proszę zwrócić uwagę na brak tożsamości zapisów cytowanego ust. 4 i ust. 5.

5. Czy Zamawiający wyraża zgodę aby w Załączniku nr 2 do SIWZ „Wzór umowy” w § 5 został dodany poniższy zapis?

„13. Jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie podatku od towarów i usług, Nadawca zobowiązuje się do uiszczenia opłaty według obowiązującej stawki.”

Odpowiedź

:Zgodnie z §10 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ „Na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Strony dopuszczają możliwość wprowadzenia istotnych zmian do Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, oraz określają warunki tych zmian, dopuszczając możliwość zmian Umowy w zakresie wynikającym...ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa, jeśli wpływa ona na warunki lub zakres wykonania przez Strony świadczeń wynikających z Umowy, przy czym zmiana Umowy nie spowoduje zmiany umownego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w §3 ust. 1 Umowy”;

6. W zawiązku z tym, że Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji świadczenia usług przez Podwykonawców zwracamy się z prośbą o odpowiedź na poniższe pytania:

1) Czy Zamawiający dopuszcza możliwość nanoszenia przez Zamawiającego innych nadruków/znaków opłaty na przesyłkach, które będą nadawane u różnych operatorów?

Tak Zamawiający przewiduje taką możliwość.

2) Czy Zamawiający dopuszcza, iż odbiór awizowanych przesyłek, które nie byłyby realizowane przez operatora pocztowego byłyby możliwe w różnych placówkach pocztowych – zarówno operatora wyznaczonego jak i innego operatora?

Zamawiający w §4 ust. 2 i 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, określił wymagania dotyczące placówek pocztowych”

ust. 2 „Wykonawca zapewni możliwość odbioru przez adresatów niedoręczonych pod wskazany adres przesyłek pocztowych, z wyłączeniem przesyłek kurierskich, w placówce pocztowej spełniającej wymagania określone w §4 ust. 4 Umowy”.

ust. 4 „Każda placówka pocztowa, o której mowa w §4 ust. 2 Umowy, musi spełniać następujące warunki:

- placówka pocztowa powinna być czynna co najmniej we wszystkie dni robocze (tj. od poniedziałku do piątku), z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy;

- placówka pocztowa powinna stanowić odrębne pomieszczenie lub wydzielone stanowisko obsługi, odpowiednio oznaczone nazwą Wykonawcy oraz zapewniające prawidłowe zabezpieczenie przesyłek przed dostępem osób trzecich, gwarantujące zachowanie tajemnicy pocztowej oraz ochronę danych osobowych”.

3) Czy Zamawiający uwzględnił, iż ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz 1529, ze zm. dalej: „Prawo Pocztowe”) przewiduje odpowiedzialność operatora pocztowego za świadczoną przez niego usługę. W przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Zamawiający nie będzie mógł dochodzić odszkodowania od pośrednika ponieważ pośrednik nie będzie realizował dla niego usługi pocztowej.

Tak Zamawiający uwzględnił jak wyżej. Wykonawca ponosi odpowiedzialność wobec Zamawiającego zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

4) Czy Zamawiający uwzględnił, iż w przypadku świadczenia usług przez pośrednika na Zamawiającym będzie spoczywał obowiązek uiszczenia opłaty za zwrot przesyłki do nadawcy (po wyczerpaniu możliwości jej doręczenia adresatowi)? To element występujący w przypadkach odmowy przyjęcia przesyłki przez adresata bądź nieodebrania przesyłki po

awizacji

w określonym przepisami czasie. Stawka opłaty za zwrot przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia/wydania odbiorcy, której nadanie zostało opłacone znaczkiem pocztowym, pobierana byłaby na podstawie oraz zgodnie z cennikiem usług powszechnych

w obrocie krajowym i zagranicznym od nadawcy tj. Zamawiającego. Opłata zostanie pobrana w formie gotówki, przed wydaniem przesyłki przez listonosza. Podstawę prawną do żądania zapłaty za zwrot przesyłek stanowi art. 32 Prawa Poczтового, zgodnie z którym: przesyłkę pocztową, której nie można doręczyć adresatowi, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca nadawcy. Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie.

Zgodnie z §1 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ „Przedmiotem Umowy jest świadczenie usług pocztowych i kurierskich w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Zamawiającego, polegających na....zwrocie do siedziby Zamawiającego niedoręczonych do adresata przesyłek rejestrowanych – po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia”. Zgodnie z powyższym, obowiązek uiszczenia opłaty za zwrot przesyłki do nadawcy (po wyczerpaniu możliwości jej doręczenia adresatowi, spoczywa na Wykonawcy.

5) Czy Zamawiający jest świadomy, iż będzie zobowiązany dołączать różne druki potwierdzenia odbioru do nadawanych przesyłek – jedne wymagane przez operatora wyznaczonego, zaś drugie wymagane przez innego operatora? Wykonawca nadmienia, także że w takiej sytuacji będzie następować inny sposób wykonania usługi – właściwy dla danego operatora pocztowego, przy czym na druku potwierdzenia odbioru będzie pojawiać się jako nadawca przesyłki nazwa operatora pocztowego, który w imieniu i na rzecz będzie nadawał przesyłki u operatora pocztowego. Powyższe budzi ryzyko, możliwości wykorzystania takiego dowodu odbioru przesyłki w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, jako dowodu.

Tak Zamawiający uwzględnił jak wyżej.

6) Czy Zamawiający akceptuje ryzyko związane z opóźnieniem nadania przesyłek przez operatora pocztowego, dla których dzień nadania przesyłki ma być ostatnim dniem na zachowanie terminu określonego w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej? Czy Zamawiający uwzględnił, iż to Zamawiający poniesie konsekwencje wynikające z niedochowania terminu złożenia pisma w ostatnim dniu?

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w rozdziale II pkt. 1 „Nadanie przesyłek pocztowych objętych przedmiotem zamówienia następować będzie w dniu ich przekazania przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego usługa w zakresie nadawania przesyłek specjalnych/terminowych to usługa swoistego pośrednictwa, i zgodnie z powyższym nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego musi nastąpić w terminie jej przyjęcia od nadawcy.

7. 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 siwz 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. Zamawiający nie ogranicza możliwości korzystania przy realizacji zamówienia z podwykonawców, a taki charakter miałby operator pocztowy będący stroną umowy zawartej z wykonawcą na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe. 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 („pośłańca” 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 albo choćby dochodzenia właściwego dokonywania i rozliczania tzw. zwrotów, za które (w przypadku operatora wyznaczonego) Zamawiający będzie uiszczał opłatę gotówką jako usługę świadczoną poza umową o zamówienie publiczne.

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający dopuszcza jak wyżej.

8. Czy Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację kryterium społecznego poprzez wskazanie iż wykazana liczba pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę będzie oceniana tylko i wyłącznie na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu tj. pełen etat?

Z uwagi na charakter Państwa działalności, oraz mając na względzie to, iż ustawodawca nadając ustawą nowelizującą nowe brzmienie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kładzie nacisk na fakt, że wydatki publiczne powinny wspierać rzetelnych i praworządnych uczestników rynku i ich pracowników, w naszej opinii powinniście Państwo dążyć do propagowania legalności zatrudnienia i wspierać podmioty zatrudniające pracowników na podstawie umowy o pracę. Podkreślenia w tym aspekcie wymaga bowiem to, że celem wprowadzenia kryteriów społecznych do kryteriów oceny ofert, było zatem premiowanie tych wykonawców, którzy w swojej działalności respektują zasady praworządności i dbałości o dobro wspólne i wyrównywanie ich szans w przetargach, w których konfrontują się z wykonawcami obniżającymi koszty swojej działalności kosztem wartości istotnych z punktu widzenia interesu państwa. Naturalną konsekwencją takiej postawy i dysponowaniem personelem zatrudnionym w pełnym etacie na podstawie umowy o pracę jest bowiem to, że zwiększają się koszty świadczenia danej usługi.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje kryterium społeczne:

Jest:

KRYTERIUM SPOŁECZNE.

Zamawiający określa kryterium społeczne na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

W ramach **kryterium społecznego** zostanie oceniona zadeklarowana przez Wykonawcę liczba pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym lub częściowym (min. ½ etatu) wymiarze czasu pracy, przy czym na potrzeby niniejszej oceny, etaty „częściowe” zostaną zsumowane i zaokrąglone zgodnie z zasadami matematyki do liczby pełnych etatów.

Przykład:

Wykonawca zatrudnia w ramach umowy o pracę 10 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, 5 w wymiarze 4/5 etatu, 3 w wymiarze ½ etatu i jednego w wymiarze ¼ etatu.

$10 + 5 \cdot 4/5 + 3 \cdot 1/2 + 1 \cdot 1/4 = 10 + 4 + 1,5 + 0,25 = 15,75$ pracowników

Przez **pracowników** należy rozumieć w szczególności osoby doręczające przesyłki, w tym listonoszy i kurierów, osoby przyjmujące/odbierające przesyłki od Zamawiającego

Kryterium społeczne będzie oceniana metodą punktową wg wzoru:

$$\frac{\text{liczba pracowników oferty badanej} \times 100 \text{ pkt} \times \text{Znaczenie kryterium } 15 \%}{\text{Najwyższa deklarowana liczba pracowników}}$$

Wykonawca deklaruje liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ.

Oferta może otrzymać maksymalnie 15 pkt (1%=1pkt) w zakresie kryterium społecznego.

Będzie:**KRYTERIUM SPOŁECZNE.****Zamawiający określa kryterium społeczne na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.**

W ramach **kryterium społecznego** zostanie oceniony stosunek procentowy pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym lub częściowym (min. 3/4 etatu) wymiarze czasu pracy, do ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia.

Przez **pracowników** należy rozumieć w szczególności osoby doręczające przesyłki, w tym listonoszy i kurierów, osoby przyjmujące/odbierające przesyłki od Zamawiającego.

Stosunek procentowy powinien zostać wyliczony w następujący sposób:

$$\frac{\text{Liczba pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia}^*}{100\%}$$

$$\frac{\text{Liczba pracowników, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia} + \text{ogólna liczba pracowników, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia}}{\text{powierzona realizacja zamówienia}}$$

Przy czym uzyskana wartość zostanie określona liczbą całkowitą podaną dla określenia liczby procent.

Kryterium społeczne będzie oceniana metodą punktową wg wzoru:

Stosunek procentowy oferty badanej x 100 pkt ^x Znaczenie kryterium 15 %
Najwyższy deklarowany stosunek procentowy

Wykonawca deklaruje stosunek procentowy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników do ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ.

Oferta może otrzymać maksymalnie 15 pkt (1%=1pkt) w zakresie kryterium społecznego.

II wniosek o udzielenie odpowiedzi do treści SIWZ:

Zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, która przewiduje możliwość wystawienia faktury korygującej w okresie 5 lat od momentu sporządzenia faktury pierwotnej, zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisów w załączniku nr2 do SIWZ – wzór umowy:

Faktury korygujące wystawione przez Wykonawcę zostaną nie później niż do końca następnego miesiąca po miesiącu, w którym nastąpiło nieprawidłowe wystawienie faktury pierwotnej. Faktury korygujące będą przekazane Zamawiającemu przesyłkami poleconymi priorytetowymi, nadanymi najpóźniej w następnym dniu roboczym po wystawieniu danej faktury korygującej.

Proponujemy zapis:

Faktury korygujące wystawione przez Wykonawcę zostaną nie później niż do końca następnego miesiąca po miesiącu, w którym nastąpiło nieprawidłowe wystawienie faktury pierwotnej. Zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług, wystawienie faktury korygującej możliwe będzie w terminie 5 lat od momentu wystawienia faktury pierwotnej. Faktury korygujące będą przekazane Zamawiającemu przesyłkami poleconymi priorytetowymi, nadanymi najpóźniej w następnym dniu roboczym po wystawieniu danej faktury korygującej.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje treść §5 ust. 7 wzoru umowy w następujący sposób:

Wykonawca dołoży wszelkich starań by faktury korygujące zostały wystawione nie później niż do końca następnego miesiąca po miesiącu, w którym nastąpiło nieprawidłowe wystawienie faktury pierwotnej. Zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, wystawienie faktury korygującej możliwe będzie w terminie 5 lat od momentu wystawienia faktury pierwotnej. Faktury korygujące będą przekazane Zamawiającemu przesyłkami poleconymi priorytetowymi, nadanymi najpóźniej w następnym dniu roboczym po wystawieniu danej faktury korygującej.

III wniosek o udzielenie odpowiedzi do treści SIWZ:

PYTANIE NR 1:

Zgodnie z utrwalonym już poglądem orzecznictwa (vide: KIO 2601/14, KIO 2160/14, KIO 1362/13, Sąd Okręgowy w Gliwicach sygn. akt X Ga 287/13), **jednym z warunków zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na usługi pocztowe jest uszczegółowienie zasad i warunków świadczenia usług w zakresie nadawania tzw. „przesyłek terminowych”, tj. ww. przesyłek rejestrowanych zawierających specjalistyczną korespondencję skierowaną do sądów (jak apelacja w postępowaniu cywilnym, skarga w postępowaniu administracyjnym bądź skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej) lub organów administracji publicznej (jak odwołania od decyzji w postępowaniu administracyjnym), z których nadaniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego odpowiednie przepisy prawa (np. art. 57 § 5 pkt. 2 Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, art. 165 § 2 Kodeksu prawa cywilnego, art. 83 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi oraz art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) łączą skutek wniesienia pisma do sądu/urzędu przez stronę postępowania. Zamawiający wskazuje na konieczność nadawania takich przesyłek choćby w Rozdziale I.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz §4 ust 9 wzoru umowy.**

W przypadku rzeczonoego rozwiązania wykonawca – alternatywny operator pocztowy – jest podmiotem pośredniczącym w czynności nadania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego, czyniąc to w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Opisanie 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, powszechnie akceptowanym przez szeroki zakres instytucji państwowych, jak izby skarbowe, sądy, prokuratury, ministerstwa i jednostki samorządu terytorialnego.

Co istotne – operator wyznaczony – **nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego**, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową, toteż **Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania/zawarcia umowy z operatorem wyznaczonym** (tzw. umowy międzyoperatorskiej, na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe), **a operator wyznaczony nie może odmówić przyjęcia przesyłek do nadania (zgodnie z treścią art. 48 ustawy Prawo Pocztowe)**. Jest zresztą rzeczą oczywistą, że uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie nadawania tzw. przesyłek terminowych - od zawarcia z operatorem wyznaczonym pisemnej umowy o współpracy w rozumieniu Prawa pocztowego - **wprost wyłączałoby konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zawarcie takiej umowy uzależnione jest tylko od woli operatora wyznaczonego, którego wszakże głównym i de facto jedynym konkurentem na rynku usług pocztowych jest właśnie Wykonawca** (wskazać należy, że mimo to Wykonawca wielokrotnie podejmował bezskuteczne próby zawarcia tejże z Poczta Polska S.A.). Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż jak przykładowo zauważyła Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn. KIO 2160/14: *Po pierwsze [...] Zamawiający w wyjaśnieniach*

treści siwz. [...] 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 siwz., 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 siwz., 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 siwz. 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.

Jak przy tym słusznie podnoszono w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawierającego informację o ustaleniach w trakcie kontroli postępowania prowadzonego przez Miasto Lublin¹: 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

¹ Pismo opublikowane na stronie Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczty

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 odrzucenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. **Nie jest zatem zasadnym w szczególności żądanie zawarcia przez operatora alternatywnego umowy z Poczta Polska S.A. na podstawie art. 35 Prawa pocztowego.**

Abstrahując od braku zasadności żądania zawarcia takiej umowy między operatorami pozostającymi w stosunku konkurencji, podkreślenia wymaga, że **nawet zawarcie takiej umowy nie wywoła określonych ustawą skutków.** Dla wywołania skutków w postaci zachowania terminu czy wniesienia pisma do sądu, **przesyłka musi być bowiem nadana w placówce operatora wyznaczonego.** Tymczasem z treści art. 35 ust. 1 Prawa pocztowego, w brzmieniu:

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.

- wprost wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy jedynie **dalszego przekazania przesyłki do doreczenia** (tj. sytuacji, w której przesyłka jest nadawana w sieci operatora alternatywnego, a następnie przekazywana do sieci operatora wyznaczonego). **Nie jest na jej podstawie możliwe dwukrotne nadanie tej samej przesyłki,** a tym samym nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.

Powyższe przesądza, że jedynym sposobem zapewnienia udziału innych, niż wyznaczony, operatorów pocztowych i jednoczesnego zapewnienia skutków nadania, o których mowa m.in. w przepisach art. 57 § 5 pkt 2 KPA, czy art. 165 § 2 KPC jest dopuszczenie wskazanego wyżej trybu postępowania.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza wskazaną wyżej usługę pośrednictwa w zakresie nadawania przesyłek terminowych w kształcie opisanym przez Wykonawcę, czy też oświadcza, że ofertę w niniejszym postępowaniu może złożyć wyłącznie Poczta Polska S.A.?

Odpowiedź:

Jeżeli Wykonawca nie jest operatorem wyznaczonym, wówczas przedmiotem zamówienia jest m.in. świadczenie polegające na odebraniu przesyłek specjalnych - terminowych od zamawiającego, ich dostarczenia do placówki operatora wyznaczonego i jej nadanie jako przesyłki w imieniu Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany do nadania przesyłki specjalnej u operatora wyznaczonego w dniu, w którym przesyłka ta została odebrana od Zamawiającego. Nadawcą przesyłek specjalnych jest każdorazowo Zamawiający, nie zaś Wykonawca, a zatem przesyłki muszą być nadane w ten sposób, aby adresat nie miał wątpliwości co do tożsamości nadawcy.

PYTANIE NR 2:

Jako, że wynagrodzeniem operatora alternatywnego w przypadku świadczenia usługi pośrednictwa jest **suma kosztów nadania przesyłki terminowej w placówce operatora wyznaczonego oraz własny narzut, kluczowego znaczenia w zakresie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia – pozwalającego Wykonawcy skalkulować cenę – nabiera rzetelne określenie ilości takich przesyłek.**

Wykonawca wskazuje, że stosownie do treści przepisów (m.in. art. 57 § 5 pkt. 2 Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, , art. 165 § 2 Kodeksu prawa cywilnego, art. 83 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi oraz art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), w praktyce ocena tego, czy przesyłka powinna zostać nadana w placówce operatora wyznaczonego, rozpoczyna się więc od sprawdzenia adresata przesyłki. Jeżeli jest nim:

- sąd powszechny (ale tylko cywilny - kwestia przesyłek nadawanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego nie dotyczy postępowań karnych i korespondencji do prokuratorów);
- sąd Administracyjny;
- Urząd Skarbowy / Izba Skarbowa;
- organ administracji publicznej, w tym organy administracji rządowej oraz organy jednostek samorządu terytorialnego;
- Krajowa Izba Odwoławcza;

należy rozważyć, czy jednostka Zamawiającego:

- jest stroną postępowania przed tym organem,
- ma wyznaczony termin do złożenia określonego pisma przed tym organem, gdyż **jeżeli termin taki nie został określony ani w ustawie, ani przez sam organ, dana przesyłka w każdym wypadku może zostać przyjęta do nadania przez Wykonawcę, więc nie wymaga nadania u operatora wyznaczonego.**

Z doświadczenia Wykonawcy - płynącego z wieloletniego świadczenia usług pocztowych dla zróżnicowanego zakresu instytucji państwowych, jak izby skarbowe, sądy, prokuratury, ministerstwa i jednostki samorządu terytorialnego, **ilość „przesyłek terminowych”, tj. wymagających nadania u operatora wyznaczonego nie przekracza 5% całości przesyłek rejestrowanych, przy czym:**

- w przetargu zorganizowanym przez **Powiatowy Urząd Pracy w Gdańsku** (nr postępowania: SO.255.1.2015.WD): Zamawiający wskazał, że **nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego;**
- w przetargu zorganizowanym przez **Powiatowy Urząd Pracy w Sandomierzu** (nr postępowania: OA EG-271/6/13): Zamawiający wskazał, że **nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego;**
- w przetargu zorganizowanym przez **Powiatowy Urząd Pracy w Skarżysku Kamiennej** (nr postępowania: CI.27.3.2015): Zamawiający oszacował, że przewiduje nadawanie

przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego w stosunku do **2% przesyłek** z całego wolumenu;

- w przetargu zorganizowanym przez **Dzielnice Ursynów** (nr postępowania KZP-XII-WZP.271.38.2015): Zamawiający wskazał, że **nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego**;
- w przetargu zorganizowanym przez **Dzielnice Ursus** (nr postępowania UD-XI-ZZP.271.22.WAG.2015): Zamawiający wskazał, że wolumen przesyłek nadawanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego **nie przekroczy 10%**;
- w przetargu zorganizowanym przez **Dzielnice Praga Południe** (nr postępowania UD-VI-ZP/74/14): Zamawiający oszacował, że przewiduje nadawanie przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego w stosunku do **2% przesyłek** z całego wolumenu;
- w przetargu zorganizowanym przez **Dzielnice Żoliborz** (nr postępowania UD-XVIII-ZZP.271.76.2014): Zamawiający oszacował ilość przesyłek terminowych **na poziomie 10% całego przedmiotu zamówienia**;
- w przetargu zorganizowanym przez **Izbę Skarbową w Poznaniu** prowadzonym dla wszystkich urzędów skarbowych i izb skarbowych w kraju (nr postępowania LO-260-0008/15/LO-2): Zamawiający oszacował ilość przesyłek terminowych **na poziomie 3% całego przedmiotu zamówienia**;
- w przetargu prowadzonym przez **Centrum Zakupów dla Sądownictwa**, działającym w imieniu **Sądu Apelacyjnego w Krakowie**, zorganizowanym dla wszystkich sądów powszechnych w kraju (nr postępowania ZP-01/2015): Zamawiający wskazał, że **nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego**.

Jednocześnie, należy podkreślić, że przyjęcie, iż operator alternatywny ma obowiązek pośrednictwa w wykonywaniu nieograniczonej lub też znacząco zawyżonej liczby przesyłek terminowych **zamyka postępowanie na konkurencyjność** (cena operatora alternatywnego musi uwzględniać bowiem cenę cennikową – bez upustu – operatora wyznaczonego oraz własny narzut).

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że „przesyłki terminowe” nie przekraczają 5% całości wolumenu, alternatywnie, Wykonawca wnosi o oszacowanie ilości przesyłek rejestrowanych zawierających specjalistyczną korespondencję skierowaną do sądów lub organów administracji publicznej (apelacji, odwołań, skarg, etc.), z których nadaniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego odpowiednie przepisy prawa łączą skutek wniesienia pisma do sądu/urzędu przez stronę postępowania.

Odpowiedź:

Zamawiając przewiduje konieczność nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego (dalej przesyłki terminowe/ specjalne).

Zamawiający deklaruje, że ilość przesyłek terminowych nie przekraczają 5% całego przedmiotu zamówienia.

PYTANIE NR 3:

W celu zachowania konkurencyjności, poza określeniem szacowanej ilości takich przesyłek (przykładowo: „nie więcej niż 5% całości wolumenu”) koniecznym jest także opisanie zasad uiszczania wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu poprzez alternatywnie:

- zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym – tj. **przesyłki rejestrowane wymagające nadania u operatora wyznaczonego**” lub też;
- poprzez określenie, iż wynagrodzenie za przesyłki nadawane za pośrednictwem operatora wyznaczonego (usługa pośrednictwa) pobierane jest **nie na** podstawie cen formularzowych, a na podstawie cenników operatora alternatywnego załączanych do oferty. (tak jak wskazuje sam Zamawiający choćby w rozdziale II pkt 19 Opisu Przedmiotu Zamówienia)

Stosownie do powyższego Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób rozliczana będzie usługa pośrednictwa w nadawaniu przesyłek terminowych, tj. 1) czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty, jak to Zamawiający wskazał w Opisie Przedmiotu Zamówienia pkt 19 rozdział II, czy też 2) zamawiający dokona modyfikacji formularza cenowego poprzez wyodrębnienie przesyłek, które należy nadać w placówce operatora wyznaczonego, w przykładowy sposób zaproponowany poniżej (co umożliwi wykonawcom innym niż operator wyznaczony wycenić usługę nadawania w trybach zastrzeżonych dla operatora wyznaczonego)? Wykonawca wskazuje, że brak wyodrębnienia takiej pozycji w praktyce przesądza o konieczności obciążenia zamawiającego kosztami wykonania usługi „niepocztowej” na podstawie cennika załączonego przez operatora alternatywnego do umowy. Jednocześnie wykonawca informuję, iż dodanie dodatkowej pozycji w formularzu ofertowym, nie oznacza rozliczania się z dwoma podmiotami.

Lp.	Rodzaj Przesyłek	Przedział wagowy przesyłki	Szacowa na ilość przesyłek w trakcie realizacji umowy [szt.]	Cena jednostkowa netto [zł]	Wartość netto (kolumna 4 x kolumna 5) [zł]	Stawka podatku VAT	Wartość brutto wartość netto z kolumny 6 plus kwota podatku VAT zgodnie ze stawką z kolumny 7)
1	2	3	4	5	6	7	8
	PRZESYŁKI						

	KRAJOWE						
	Przesyłki rejestrowane niebędące przesyłkami najszybszej kategorii (zwykłe) nadanie na Operatora Wyznaczonego						
1.	Gabaryt A	Do 350g	1				

Odpowiedź:

Zamawiający deklaruje, że ilość przesyłek terminowych nie przekraczają 5% całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dokonuje modyfikacji formularza cenowego poprzez wyodrębnienie kolejnej pozycji:

I.4b	Listy polecone priorytetowe ze zwrotnym poświadczeniem odbioru – wymagające nadania u operatora wyznaczonego						
	Gabaryt A	do 2000g	150				
	Gabaryt B	do 2000g	20				

Zamawiający informuje, że taki zabieg ma na celu wskazanie podstawy do wyliczenia wynagrodzenia Wykonawcy za nadawanie przesyłek rejestrowane wymagające nadania u operatora wyznaczonego.

Zamawiający nie wyraża zgody, ażeby przesyłki te były rozliczane na podstawie cennika operatora alternatywnego załączonego do oferty, na którego kształt Zamawiający nie ma wpływu.

W sytuacji kiedy Zamawiający deklaruje konieczność nadawania przesyłek terminowych w ilości do 5% całego zakresu zamówienia, wówczas niezbędne wydaje się być umieszczenie odpowiedniej pozycji w formularzu cenowym, która umożliwi należyte porównanie ofert.

Jednocześnie, Zamawiający podkreśla i zwraca szczególną uwagę na treść §11 ust. 7 „.....Zamawiający oświadcza, że może nie korzystać ze wszystkich rodzajów przesyłek wyszczególnionych w formularzu cenowym a liczba przesyłek rzeczywiście nadanych może być inna od podanej w SIWZ” i tym samym wiążąca dla Zamawiającego jest informacja zgodnie z którą ilość przesyłek terminowych nie przekroczy 5% całego wolumenu zamówienia, nie zaś wartości wskazane w formularzu cenowym.

PYTANIE NR 4:

Zamawiający zawarł w treści SIWZ w Rozdziale 13 kryterium społeczne w następującej postaci: *liczba pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym lub częściowym (min. ½ etatu) wymiarze czasu pracy -15%.*

W ocenie Wykonawcy proponowane kryterium – promujące bezwzględną liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – nie jest korzystne dla interesu publicznego, godzi także w zasadę uczciwej konkurencji wskazaną w art. 7 ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013, poz. 907, z późn. zm.), wypaczając tym samym konkurencyjność niniejszego postępowania.

Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę na fakt, że formułując zapisy s.i.w.z. dotyczące rynku usług pocztowych, należy bezwzględnie mieć na uwadze dwie istotne okoliczności: 1) dominującą pozycję niedawnego monopolisty, współfinansowanego przez państwo i mającego status tzw. operatora wyznaczonego, zatrudniającego ponad 80.000 pracowników na podstawie umów o pracę, oraz 2) spadek cen usług pocztowych do poziomu uniemożliwiającego dalsze obniżki, będący efektem rosnącej konkurencyjności. W związku z powyższym promowanie „największej liczby pracowników” skutkuje przyznaniem Poczcie Polskiej S.A. nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej, co w zasadzie rozstrzyga losy postępowania przed złożeniem ofert przez innych wykonawców.

Należy podkreślić, że **Poczta Polska S.A. konsekwentnie promuje stosowanie kryterium liczby pracowników, by wobec zrównania się oferowanych cen uzyskać bezzasadną przewagę konkurencyjną w postępowaniach przetargowych. Co istotne, Poczta Polska S.A. ma pełną świadomość wadliwości i nierzetelności proponowanego kryterium, gdyż w organizowanych przez siebie postępowaniach przetargowych zazwyczaj całkowicie rezygnuje z wprowadzenia kryterium społecznego, ograniczając się do kryterium ceny o wadze w okolicach 98% oraz symbolicznego kryterium pozacenowego w rodzaju terminu płatności o wadze 2% (zob. np. postępowanie o udzielenia zamówienia na: świadczenie usług medycznych w zakresie medycyny pracy dla pracowników Poczty Polskiej S.A. w m. Wrocław oraz m. Świdnica (numer publikacji w TED: 2015/S 232-422598); usługę doręczania i odbioru przesyłek paletowych (numer publikacji w TED: 2015/S 219-400089) oraz świadczenie usług z zakresu wykonywania czynności ekspedycyjno-rozdzielczych (numer publikacji w TED: 2015/S 217-396710)). Co szczególnie warto podkreślenia – na wprowadzenie kryterium społecznego decyduje się zazwyczaj dopiero pod wpływem wniesionych odwołań i nacisków społecznych, jak to miało miejsce np. w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątania i utrzymywania w czystości obiektów użytkowanych przez Poczta Polska S.A. (numer postępowania: 15-2198), ale i wtedy jest ono sformułowane zupełnie inaczej, niż w przedmiotowym przypadku, gdyż precyzyjnie wyznaczona jest maksymalna górna granica liczby zatrudnionych na etat, np. 400 etatów, w taki sposób, że w przypadku w którym wykonawca zadeklaruje większą liczbę etatów niż 400, do obliczenia punktacji przyjmuje się maksymalną liczbę 400 etatów, przy czym – co również nie bez znaczenia - waga ww. kryterium społecznego nie przekracza 10%, co również stoi w sprzeczności z wagą kryterium, którą we wnioskach o wyjaśnienie s.i.w.z. postuluję Poczta Polska S.A.**

Warto jednocześnie podkreślić, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się na przypadki takiego sposobu ukształtowania kryteriów oceny ofert która umożliwia bezzasadne uprzywilejowywanie jednego z wykonawców, przykładowo²: *Izba podzieliła poglądy zamawiającego, że w przedmiotowym stanie faktycznym, logicznie i racjonalnie można wytłumaczyć działanie odwołującego jedynie przypisując zamiar oraz działanie w celu takiego skonstruowania ceny oferty, aby wykorzystując kryterium „upustu” przez to samo, zdobyć przewagę konkurencyjną. Tak wysoka kwota upustu – oderwana od faktycznych kosztów zaoszczędzonych przez wykonawcę, stanowiła jedynie element kalkulacji czysto matematycznej, by uzyskać jak najwyższą ocenę punktową oferty w tym kryterium, tj. maksymalne 5 punktów. (...) Izba zgodziła się również z argumentacją zamawiającego, że celem takiego działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę konkurencyjną (...).* **W postępowaniu zaś o sygn. KIO 1688/15 Izba stwierdziła zresztą, iż Poczta Polska S.A. ma interes w kwestionowaniu zarzutów InPost, gdyż kryterium „liczby pracowników” jest dla niej dogodniejsze, niż kryterium „stosunku procentowego”.**

Należy zarazem zauważyć, że nawet w sytuacji w której jakikolwiek inny wykonawca niż Poczta Polska S.A. podjąłby się wysiłku zatrudnienia wszystkich pracowników wykonujących świadczenia na podstawie umów o pracę - nadal wybrana zostałaby nie oferta z najkorzystniejszą ceną – ale ofertą z największą ilością pracowników, i to nawet wówczas gdyby oferta Poczty Polskiej S.A. była droższa o około 10% ceny.

Przykładowo:

Kryterium	waga	wykonawca A	wykonawca B
Liczba pracowników	10%	20.000 pracowników 2,6 punktu	75.000 pracowników 10 punktów
Liczba placówek ³	15%	15 punktów	15 punktów
Cena	75%	9.100.000 zł 75 punktów	10.000.000 zł 68,25 punktów
Suma	100%	92,6 punktów	93,25 punktów

W ocenie Wykonawcy mamy zatem do czynienia z doprowadzeniem do sytuacji, gdy preferując większą liczbę pracowników preferuje się okoliczności nie mające znaczenia dla sposobu wykonywania zamówienia, irrelewantne dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający promuje w ten sposób słabszą organizację pracy, skutkującą większą liczbą pracowników, niż niezbędna do optymalnego wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem kryterium nie spełnia wymagania związania, czy też odnoszenia się do przedmiotu zamówienia. Nie mamy także do czynienia z najlepszą relacją jakości do ceny.

Podkreślamy ponadto, iż Poczta Polska w składanych ofertach wskazuje na zawyżone liczby pracowników dedykowanych do wykonania zamówienia, wypaczając tym samym przebieg postępowania przetargowego. Przykładowo, w przetargu na świadczenie usług pocztowych

² Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 640/11

³ InPost oraz PP mają porównywalne wielkościowo sieci placówek pocztowych.

dla Straży Gminnej w Człuchowie (nr ogłoszenia: 2014/S 209-370280, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 37 000, dla poleconych – 300 000, dla poleconych ZPO – 200 000), wobec sformułowania kryterium „liczba osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie **na poziomie 75 000 pracowników** (zatem spółka ta wykazała niemal wszystkich zatrudnionych przez nią na podstawie umowy o pracę⁴). Jednocześnie, w przetargu organizowanym przez Izbę Skarbową w Warszawie (nr zamówienia: PN/7/Poczta/2015, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 2200, zaś dla poleconych ZPO – 43 000) wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników Wykonawcy zaangażowanych do realizacji przedmiotu umowy z Zamawiającym, zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie **na poziomie 37 640 pracowników**. Nadto w przetargu organizowanym przez Centrum Usług Wspólnych (nr postępowania: 5-WZLO/11-WW-DD/35-WASK/2015/PN/MO, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 2500, dla poleconych – 5700, dla poleconych ZPO – 2000), wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych na umowę o pracę, związaną z bezpośrednim odbiorem i dostarczaniem przesyłek pocztowych, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień 30.06.2015 r.”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie **na poziomie 64 205 pracowników**.

Powyższe okoliczności dostrzegane są przez orzeczników KIO (vide KIO 1688/15): „Jak słusznie wskazywał w odwołaniu, przy zbliżonych postanowieniach SIWZ w zakresie społecznych kryteriów oceny ofert stosowanych przez innych zamawiających Poczta Polska S.A. wskazywała w analogicznych okresach diametralnie inne liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”. Reasumując, stosując kryterium liczby pracowników w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w sposób niemający znaczenia dla celów postępowania przetargowego promuje się wyższe zatrudnienie w oderwaniu od rachunku ekonomicznego.

Reasumując, Zamawiający mogą domagać się realizacji poprzez zamówienia publicznego celów społecznych, jednak nie mogą one być oderwane od przedmiotu zamówienia. Nie mogą wprowadzać bezzasadnych preferencji. Należy w tym zakresie przywołać treść art. 70 dyrektywy 2014/24/UE, która powinna wyznaczać kierunki wykładni przepisów wspólnotowego oraz krajowego prawa zamówień publicznych: *Instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3 i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki te mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem.* Jak dodaje się w piśmiennictwie⁵: *Ważną nowością w porównaniu z dyrektywami z 2004r. jest wyraźne zastrzeżenie, że szczególne warunki realizacji*

⁴ <http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/846501.poczta-zwalnia-pracownikow-czas-na-rozwoj-przez-ciecie-etatow.html>

⁵ Marek Szydło, Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji, Zeszyty Prawnicze nr2(42)2014 s.110–132

zamówienia określone przez instytucje zamawiające (obejmujące aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem) muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia (art. 70 dyrektywy 2014/24, art. 87 dyrektywy 2014/25), a więc nie mogą dotyczyć w szczególności ogólnej polityki (np. socjalnej) realizowanej przez wykonawcę w ramach jego przedsiębiorstwa. Zatem uzasadnienie na gruncie wspólnotowego prawa zamówień publicznych znajduje jedynie takie promowanie sposobu zatrudnienia, które znajduje uzasadnienie w przedmiocie zamówienia. Z tego względu przykładowo zatrudnienie nieproporcjonalnie wysokie, wynikające nie tyle z potrzeb Zamawiającego co ze specyfiki wykonawcy nie winno być stosowane. Dlatego też kryterium „proporcji” zatrudnienia lepiej realizuje cele powyżej opisane. Z tych samych względów zasadnym jest wprowadzenie ograniczenia, zgodnie z którym zatrudnienie powyżej określonej liczby pracowników nie ma wpływu na ocenę oferty.

Zwracamy także uwagę na jeszcze jedną okoliczność – postulat wyrównania szans podmiotów dysponujących różnym potencjałem na rynku.

Nie ma bowiem wątpliwości, że ze względu na wieloletnią działalność w warunkach absolutnego monopolu oraz przyznany mocą ustawy status operatora wyznaczonego - Poczta Polska S.A. wciąż jest podmiotem o dominującej pozycji na rynku usług pocztowych. Jak wynika z Raportu UKE na temat stanu rynku pocztowego w 2014 r., w samym tylko segmencie usług wchodzących w zakres usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym, a więc usług objętych zakresem niniejszego zamówienia, Poczta Polska S.A. posiadała w 2014 r. 68,60% udziału w wolumenie usług wchodzących w zakres usług powszechnych oraz aż 72,87% udziału w przychodach. Jednocześnie – co warto podkreślić - największą grupę usług pocztowych, zarówno jeśli chodzi o wolumen, jak i przychody, stanowiły - zastrzeżone wyłącznie dla niej - usługi powszechne. Poczta Polska zrealizowała 711,74 mln tego typu usług, co przełożyło się na 2937,11 mln zł przychodu (udział procentowy usług powszechnych w przesyłkach ogółem wyniósł odpowiednio 39,91% wolumenów oraz 63,57% przychodów). Powyższe w oczywisty sposób, musi przekładać się na dostosowaną do powyższego strukturę zatrudnienia⁶:

Liczba zatrudnionych w sektorze pocztowym w latach 2013-2014, stosownie do Raportu UKE na temat stanu rynku pocztowego w 2014 r.

	2013	2014
Poczta Polska S.A.	83468	79471
Operatorzy alternatywni	12700	12639

Jak tymczasem podkreśla się w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych koniecznym jest⁷: wyrównanie szans wynikających z nierówności potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych jakie istnieją między przedsiębiorcami sektora MŚP, a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym. Stąd też szczególnego znaczenia

⁶ Urząd Komunikacji Elektronicznej, *Raport o stanie rynku pocztowego za rok 2014*, Warszawa 2015.

⁷ „Nowe podejście do zamówień publicznych — zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne”, UZP, Warszawa, 2011 rok

nabierają rozwiązania normatywne dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienia i jego późniejszej wspólnej realizacji, które same w sobie, służąc w zamierzeniu zwiększeniu szans konkurencji o zamówienia mniejszych przedsiębiorców nie powinny kreować dodatkowych barier w dostępie do zamówienia. (...) **Państwo wszakże, zgodnie z przytoczonymi przepisami usdg, powinno stwarzać, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikro-, małych i średnich przedsiębiorców także na rynku zamówień publicznych.** Warto także zwrócić uwagę na opinię Komisji Europejskiej wyrażoną w „Europejskim kodeksie najlepszych praktyk ułatwiających dostęp małym i średnim przedsiębiorstwom do zamówień publicznych”⁸: *W istocie liczne konsultacje przeprowadzone w toku przygotowywania niniejszego „Kodeksu najlepszych praktyk”, które doprowadziły do wniosku, że ułatwienie dostępu MŚP do zamówień publicznych wymaga zmiany kultury instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień, wskazują na znaczące możliwości zwiększenia uczestnictwa MŚP w procedurach udzielania zamówień poprzez zwiększenie profesjonalizmu w dziedzinie zamówień publicznych. W tym kontekście należałoby rozważyć nie tylko kwestię sposobu stosowania istniejących ram prawnych tak, by zapewnić możliwość uczestnictwa MŚP w procedurach udzielania zamówień na równych zasadach z dużymi przedsiębiorstwami (...) W odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych, instytucja zamawiająca winna stosować takie kryteria kwalifikacji, które umożliwią jej ocenę, czy oferent posiada zdolności niezbędne do realizacji danego zamówienia, zamiast jedynie ogólnej oceny zdolności oferentów. Należy przy tym jednak dołożyć starań, aby zastosowanie tego rozwiązania nie zawężyło bezpodstawnie grupy wnioskodawców, którzy mogliby kwalifikować się do udziału w danej procedurze.*

Alternatywą względem rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego jest więc albo:

- 1) ustalenie maksymalnej górnej granicy liczby etatów, w taki sposób, że w przypadku w którym wykonawca zadeklaruje większą liczbę etatów niż ustalona, do obliczenia punktacji przyjmuje się podanie maksymalnej liczby, albo
- 2) wprowadzenie kryterium społecznego w procentowej postaci, traktowane jako procent pracowników operacyjnych wykonawcy zatrudnionych w oparciu umowę o pracę (na minimum ½ etatu) w stosunku do wszystkich pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji zamówienia.

Podkreślić należy, że „kryterium procentowe” zostało zastosowane w największym w tej części Europy przetargu na świadczenie usług pocztowych, mianowicie przetargu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz sądów powszechnych (nr post.: ZP-01/2015). W przetargu tym jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium społeczne, które zostało opisane jako procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia, zaś liczba ta ma uwzględniać osoby, którym zostanie powierzona realizacja

⁸ Bruksela, 25.6.2008, SEC(2008)2193

przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek sądowych (tj. doręczyciele-listonosze, osoby wydające korespondencję).

Należy również zaznaczyć, że wprowadzone kryterium przez Zamawiającego nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, który obejmuje świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym jak i zagranicznym. W związku z powyższym kryterium powinno dotyczyć nie tylko osób zajmujących się doręczaniem korespondencji kierowanej bądź odbieranej do i z siedziby Zamawiającego, ale również pracowników operacyjnych Wykonawcy, którzy są zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek pocztowych na terenie kraju i poza nim, z uwzględnieniem personelu podwykonawców.

Wobec powyższego, Wykonawca wnioskuję do Zamawiającego o modyfikację kryterium oceny ofert w sposób opisany powyżej z uwzględnieniem zmian dotyczących zasięgu przedmiotu zamówienia

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje kryterium społeczne:

Jest:

KRYTERIUM SPOŁECZNE.

Zamawiający określa kryterium społeczne na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

W ramach **kryterium społecznego** zostanie oceniona zadeklarowana przez Wykonawcę liczba pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym lub częściowym (min. ½ etatu) wymiarze czasu pracy, przy czym na potrzeby niniejszej oceny, etaty „częściowe” zostaną zsumowane i zaokrąglone zgodnie z zasadami matematyki do liczby pełnych etatów.

Przykład:

Wykonawca zatrudnia w ramach umowy o pracę 10 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, 5 w wymiarze 4/5 etatu, 3 w wymiarze ½ etatu i jednego w wymiarze ¼ etatu.

$10 + 5 \cdot 4/5 + 3 \cdot 1/2 = 10 + 4 + 1,5 = 16$ pracowników

Przez **pracowników** należy rozumieć w szczególności osoby doręczające przesyłki, w tym listonoszy i kurierów, osoby przyjmujące/odbierające przesyłki od Zamawiającego

Kryterium społeczne będzie oceniana metodą punktową wg wzoru:

$$\frac{\text{liczba pracowników oferty badanej} \times 100 \text{ pkt}}{\text{Najwyższa deklarowana liczba pracowników}} \times \text{Znaczenie kryterium } 15 \%$$

Wykonawca deklaruje liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę

w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ.

Oferta może otrzymać maksymalnie 15 pkt (1%=1pkt) w zakresie kryterium społecznego.

Będzie:

KRYTERIUM SPOŁECZNE.

Zamawiający określa kryterium społeczne na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

W ramach **kryterium społecznego** zostanie oceniony stosunek procentowy pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym lub częściowym (min. 3/4 etatu) wymiarze czasu pracy, do ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia.

Przez **pracowników** należy rozumieć w szczególności osoby doręczające przesyłki, w tym listonoszy i kurierów, osoby przyjmujące/odbierające przesyłki od Zamawiającego.

Stosunek procentowy powinien zostać wyliczony w następujący sposób:

Liczba pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia *

100%

Liczba pracowników, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia + ogólna liczba pracowników, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia

Przy czym uzyskana wartość zostanie określona liczbą całkowitą podaną dla określenia liczby procent.

Kryterium społeczne będzie oceniana metodą punktową wg wzoru:

$$\frac{\text{Stosunek procentowy oferty badanej} \times 100 \text{ pkt}}{\text{Najwyższy deklarowany stosunek procentowy}} \times \text{Znaczenie kryterium } 15 \%$$

Wykonawca deklaruje stosunek procentowy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników do ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ.

Oferta może otrzymać maksymalnie 15 pkt (1%=1pkt) w zakresie kryterium społecznego.

PYTANIE NR 5:

W formularzu ofertowym oraz w rozdziale 12 SIWZ Zamawiający wskazuje, że Wykonawca jest zobowiązany do podania stawki podatku VAT lub informację o zwolnieniu z podatku VAT.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający przewiduje sytuację, w której przystępujący do realizacji zamówienia wykonawca nie będzie obowiązany do naliczania podatku VAT. Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt. 17 zwolnione z podatku VAT są jedynie powszechne

usługi pocztowe. Wykonawca zwraca uwagę, że jedynym podmiotem świadczącym powszechne usługi pocztowe zgodnie z art. 45 i 46 ustawy Prawo pocztowe jest operator wyznaczony, którym zgodnie z art. 178 stawy jest do roku 2015 Poczta Polska S.A., i to **tylko w ramach obowiązku nałożonego na niego przez ustawę**. Inni Wykonawcy, jak również operator wyznaczony występujący jako jeden z podmiotów na konkurencyjnym rynku usług pocztowych świadczą usługi „wchodzące w zakres usług powszechnych”, czyli, zgodnie z art. 3 pkt. 30) Prawa pocztowego, usługi pocztowe obejmujące przesyłki listowe i paczki pocztowe, o wadze i wymiarach określonych dla usług powszechnych, oraz przesyłki dla ociemniałych, nieświadczone przez operatora wyznaczonego w ramach obowiązku świadczenia usług powszechnych.. Skoro więc przedmiotem zamówienia nie są powszechne usługi pocztowe, wykonawca realizujący zamówienie, niezależnie od jego statusu, będzie zmuszony opodatkować usługi wchodzące w ramy zamówienia. Nawet w przypadku przystąpienia Poczty Polskiej – operatora wyznaczonego, do realizacji niniejszego zamówienia, nie będzie on świadczył usług „w ramach obowiązku nałożonego na niego przez ustawę” a na podstawie indywidualnie ustalonych zapisów umowy cywilnoprawnej.

Pogląd ten znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 marca 2014 r., sygn. I FSK 733/2013 wskazał, że „*aby świadczenie usług pocztowych było objęte zwolnieniem z opodatkowania podatkiem od wartości dodanej, o którym mowa w art. 132 ust. 1 lit. a Dyrektywy 112, konieczne jest, by usługi te miały charakter powszechnych usług pocztowych. Konsekwentnie, inne usługi pocztowe należy traktować jako opodatkowane. Zdaniem sądu, należy uznać, że przepis art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT rozumiany w ten sposób, że z unormowanego tam zwolnienia korzystają wszelkie usługi pocztowe realizowane przez operatora publicznego, bez względu na ich charakter, **jest sprzeczny z art. 132 ust. 1 lit. a Dyrektywy 112.***” Sąd zwrócił również uwagę na fakt, że „Zwolnienie z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT przysługuje wtedy, gdy spełnione są dwie przesłanki. Przesłanka podmiotowa, tj. świadczenie usługi przez operatora obowiązującego od świadczenia powszechnych usług pocztowych i przesłanka przedmiotowa, tj. powszechny, a więc nie wynegocjowany indywidualnie, charakter usługi pocztowej.” W ramach przedmiotowego zamówienia nie istnieje po stronie operatora wyznaczonego obowiązek kontraktowania, nie może on więc ze zwolnienia skorzystać.

Dlatego też Wykonawca zwraca się o usunięcie z SIWZ powyższego zapisu jako niemającego zastosowania do niniejszego zamówienia. Usługi świadczone w ramach umowy, zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi, powinny być zawsze opodatkowane stawką 23%.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje modyfikacji zapisów SIWZ jak wyżej. Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym.

PYTANIE NR 6:

W § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy przewiduje się kary za nieprzestrzeganie gwarantowanych terminów doręczeń dla przesyłek pocztowych. Wykonawca zwraca uwagę, iż terminy gwarantowane są standardem w usługach kurierskich, nie w przypadku usług pocztowych. Zarówno regulamin Wykonawcy, jak i przepisy obowiązujące operatora wyznaczonego – Prawo pocztowe i rozporządzenie w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego – przewidują terminy deklarowane.

Sytuacja rodzi także niepewność ze względu na możliwość naliczenia kar umownych i odstąpienia od umowy ze względu na nienależyte wykonywanie umowy z powodu niedochowania terminów doręczeń. Wykonawca zwraca uwagę, iż terminy doręczeń są wynikiem wielu czynników i średnie wolumeny doręczeń w konkretnych terminach związane są z organizacją operatora w całej Polsce. Nie jest możliwe, by tylko wybranym klientom proponować terminy gwarantowane – wysiłek inwestycyjny i organizacyjny nie byłby proporcjonalny.

Wykonawca pragnie ponadto zaznaczyć, że deklarowane terminy są terminami ostatecznymi, nie oznacza to że każda przesyłka będzie dostarczana dopiero pod koniec tych terminów- wręcz przeciwnie. Każdą przesyłkę, Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć w jak najszybszym czasie i z pewnością znaczna część z nich będzie dostarczana w czasie D+1 (gdzie „D” to dzień nadania) Mimo to niezasadne jest obarczanie karą umową każdego przypadku niedoręczenia przesyłki w podanym terminie.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o usunięcie § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje modyfikacji zapisów wzoru umowy w ww. zakresie.

PYTANIE NR 7:

W §7 ust 2 wzoru umowy w pkt 1 oraz 2 a także w ust 4 i 5 Zamawiający ustanowił wysokość kar umownych. W ocenie Wykonawcy zastrzeżone kary umowne są przede wszystkim za wysokie z perspektywy zakresu, specyfiki przedmiotu zamówienia oraz wartości umowy. W orzeczeniu KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 r. KIO badała ustalenia w zakresie kar umownych i uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu dokonanie w tym zakresie modyfikacji treści SIWZ. W ocenie Izby, *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.*

Zdaniem Wykonawcy, konstrukcja zapisu wprowadza nierównorzędną relację w zakresie kar umownych pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, gdzie temu ostatniemu nie przyznano tak daleko idących gwarancji (w szczególności adekwatnych kar umownych). Nie jest tu więc zachowana jakakolwiek elementarna zasada równości stron. Jak wskazało KIO 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.

Należy również podkreślić, że w PZP nie została uregulowana kwestia kar umownych, stąd też w tym wypadku stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (KC) w tym zakresie, zgodnie z odesłaniem znajdującym się w art. 139 ust. 1 ustawy PZP. Zastosowanie znajdzie więc w tym przypadku kodeksowa regulacja zasady swobody umów (art. 353¹ KC), która nie ma charakteru absolutnego, a jej granice wyznaczają m.in. właściwość stosunku prawnego czy zasady współżycia społecznego. W tej mierze wielokrotnie wypowiadała się też Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu wyroku z 18 października 2010 r. (sygn. KIO/UZP/2175/10) KIO podkreśliła, iż *to zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje*.

Ponadto, jak podniesiono w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r. (sygn. KIO/UZP1698/10) „*Słuszne są twierdzenia odwołującego, że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w ocenie Izby nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. W ocenie składu orzekającego nie są to roszczenia nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnia zarzut w żądanym przez odwołującego zakresie i nakazuje modyfikację specyfikacji w sposób określony przez odwołującego się w odwołaniu*”.

Wykonawca pragnie ponadto zauważyć, że kary zastrzeżone w ust. 2 zostały już uregulowane przez Zamawiającego uprzednio. Nadmienić bowiem należy w szczególności, że określone w ustawie Prawo Pocztowe wartości terminowości doręczeń jak i sama terminowość odnosi się wyłącznie do terminów deklarowanych, na co wprost wskazuje jej treść, **zgodnie z którą terminy gwarantowane zastrzeżone są dla usług kurierskich**. Nadto, operatorzy pocztowi mogą określić gwarantowane terminy doręczeń w swoich regulaminach. Zarówno Wykonawca jak i jego największy konkurent, Poczta Polska S.A., nie posiadają w swoich regulaminach zapisów wskazujących na gwarantowany termin doręczenia przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym. Mając to na uwadze, Wykonawca wskazuje,

że odszkodowanie za niezachowanie terminu gwarantowanego jest tożsame z przekroczeniem terminu doręczenia przesyłki kurierskiej, więc oznacza to, że zostało uregulowane w art. 88 ust 4 pkt 4 Prawa pocztowego, zaś Zamawiający wspomniał o nim w ust 1 pkt 3 omawianego paragrafu. Kolejny zapis tj. odszkodowanie za zaginięcie przesyłki kurierskiej jest powszechnie traktowane jako utrata przesyłki, tak więc kwestia ta została uregulowana przez ustawodawcę w art. 88 ust 4 pkt 1 oraz pkt 3 zaś przez Zamawiającego w ust 1 pkt 1 i 2.

Przepisy powszechnie obowiązującego prawa to fakt, na który ani Zamawiający ani Wykonawca nie mają wpływu, zaś są zobowiązani do ich przestrzegania.

W związku z powyższym, ocena Wykonawcy co do rażąco wygórowanej wysokości kar umownych zastrzeżonych przez Zamawiającego jest słuszna i zasadna. Trafny jest również argument o drastycznie nierównorzędnej pozycji stron umowy, które cytowane zapisy wzoru umowy wprowadzają.

Prócz tego, Wykonawca wnosi o zmianę okoliczności będących uzasadnieniem obciążenie Wykonawcy karą umowną z ust 4. Dotychczasowy zapis pozwala na naliczenie kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn **niezależnych od Zamawiającego. W tym katalogu mieszczą się więc przyczyny zależne od Wykonawcy oraz niezależne od żadnej ze stron.** Zdaniem Wykonawcy, zasadne jest przyznanie takiej możliwości wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności, za które wyłącznie Wykonawca ponosi winę. W przeciwnym razie prawo do odstąpienia od umowy pojawi się w przypadku zaprzestania wykonywania umowy np. poprzez wystąpienie siły wyższej w postaci choćby klęski żywiołowej.

Wykonawca, celem uregulowania powyższych kwestii w sposób jednakowy dla każdej ze stron, proponuje zastąpienie zakwestionowanego zapisu zapisem o następującej treści:

*„W przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn **zależnych od Wykonawcy**, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną (...).”*

W ten sposób zapis będzie tożsamy z rozwiązaniem zastosowanym w ust 5.

Czy wobec powyższego, Zamawiający dopuszcza możliwość rewizji swojego stanowiska w zakresie kar umownych i stosownego ograniczenia ich wysokości , zakresu stosowania itp., tak by wprowadzić zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą i pozbawienia kar umownych charakteru rażąco wygórowanych? Wykonawca proponuje ustalenie kary umownej za odstąpienie lub rozwiązanie umowy przez dowolną ze stron z winy Wykonawcy na poziomie 10% wynagrodzenia, zgodnie z przyjętą praktyką na rynku usług pocztowych. Odnośnie kar z ust 2, Wykonawca wnosi o usunięcie tego zapisu, jako że odszkodowanie dotyczące tych przypadków zostało już uregulowane w umowie **w najwyższej dozwolonej ustawowo wysokości.**

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisów wzoru umowy w zakresie wysokości kar umownych.

Było:

§7 ust. 4

W przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 30% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

§7 ust. 5

W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 30% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

Jest:

§7 ust. 4

W przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 20% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

§7 ust. 5

W przypadku odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 20% kwoty wynagrodzenia brutto określonej w §3 ust. 1 Umowy, niezależnie od kar umownych z innych tytułów.

Zamawiający nie dokonuje modyfikacji zapisów w innym zakresie.

PYTANIE NR 8:

W treści pkt I.3 ppkt g SIWZ a także w §1 ust 2 pkt 7 wzoru umowy znajduje się zapis dotyczący usługi kurierskiej z zastosowaniem „opłaty przerzuconej na adresata”.

Wykonawca wskazuje, że podana usługa **nie jest wyszczególniona w ustawie Prawo pocztowe a zasady jej świadczenia mogą być ewentualnie ustanowione przez każdego z operatorów pocztowych z osobna**. Stanowi to sprzeczność z zapisami SIWZ i załączników, które wskazują, że usługi mają być świadczone za zasadach określonych powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zgodnie zaś z dyspozycją dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, powinien być on opisany jednoznacznie i wyczerpująco. Wskazać należy, że Zamawiający nie spełnił tego warunku gdyż pozostawia znaczną dyskrecjonalność dla danego Wykonawcy co do sposobu świadczenia tego typu usług.

Wykonawca mając świadomość trudności jakie mogą być spowodowane świadczeniem usług z opłatą przerzuconą na adresata, wnosi o ich usunięcie z zakresu przedmiotu zamówienia. Prócz wymaganej jasności, spowoduje to także zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia gdyż konkurenci Wykonawcy, przede wszystkim operator wyznaczony – Poczta Polska S.A., wiedząc o zwiększeniu konkurencji, będą zmuszeni do obniżenia proponowanych cen ofertowych.

Odpowiedź:

Przedmiotem zobowiązania nie są wyłącznie świadczenia uregulowane w ustawie – Prawo Pocztowe → patrz pytanie Wykonawcy nr 1, a dotyczące usługi pośrednictwa.

Zamawiający wyraża zgodę aby szczegóły dotyczące przesyłek z adnotacją „opłata przerzucona na adresata” określał załącznik do umowy lub regulamin świadczenia usług obowiązujący u Wykonawcy.

Zamawiający wymaga ażeby adresat takiej przesyłki mógł „odpowiedzieć” Zamawiającemu bez konieczności ponoszenia kosztów.

Zamawiający nie widzi możliwości rezygnowania z rozwiązań do tej pory praktykowanych z uwagi na brak odpowiednich regulacji przyjętych u Wykonawców.

Zamawiający nie przewiduje świadczenia „usług kurierskich z zastosowaniem „opłaty przerzuconej na adresata”, co wynika z treści zapytania Wykonawcy.

PYTANIE NR 9:

Czy Zamawiający będzie skłonny dodać do § 12 postanowienie, iż wszelkie spory między stronami będą rozstrzygane w pierwszej kolejności polubownie?

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje modyfikacji zapisów wzoru umowy w ww. zakresie.

PYTANIE NR 10:

Zamawiający w Opisie przedmiotu Zamówienia jako parametry przesyłek kurierskich wymienił przesyłki do 50kg i wymiar maksymalny jednego boku 150cm oraz sumy wymiarów 250cm.

Czy Zamawiający zgadza się, że zgodnie z przepisami maksymalny ciężar paczki może wynosić 31,25kg i każda paczka powyżej tej wagi powinna być odpowiednio przygotowana do załadunku, np.. na palecie?

Czy Zamawiający posiada odpowiednio przygotowane miejsce do załadunku takiej przesyłki? Jednocześnie informujemy, że przyjęte maksymalne wymiary dla zwykłych przesyłek kurierskich to 220 cm suma i 140 cm najdłuższy bok. Powyżej tych wielkości cena przesyłek wzrasta i oznaczana jest jako gabaryt. Czy Zamawiający może skorygować zapis o maksymalnych wymiarach, czy ewentualnie wskazać ilość przesyłek gabarytowych w zamówieniu?

Odpowiedź:

Zamawiający posiada odpowiednio przygotowane miejsce do załadunku takiej przesyłki.

PYTANIE NR 11:

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje, że będzie nadawał przesyłki kurierskie z gwarancją doręczenia do godziny 9:00, natomiast nie zostały one uwzględnione w formularzu cenowym, wykonawca wnosi o usunięcie wspomnianych przesyłek z opisu przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał odpowiednich modyfikacji poprzez usunięcie z treści wzoru umowy zapisów dotyczących przesyłek kurierskich z gwarancją doręczenia do godziny 9:00 – zmieniono §4 ust. 7 pkt 3 wzoru umowy.