

Wyjaśnienie treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia

„Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek oraz ewentualnych zwrotów na rzecz Urzędu Miasta i Gminy w Swarzędzu.”

Do siedziby zamawiającego wpłynęły „pytania” o wyjaśnienie treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zapytanie nr 1

Zgodnie z obecnie już utrwalonym poglądem orzecznictwa, jednym z warunków zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na usługi pocztowe jest uszczegółowienie zasad wykonywania tzw. przesyłek terminowych, o których mowa w art. 57 § 5 pkt 2 kpa oraz ew. art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej lub też innych analogicznych przepisów odnoszących się do skutku zachowania terminu do wniesienia pisma poprzez nadanie przesyłki w sieci operatora wyznaczonego (tzw. przesyłki terminowe). Zamawiający przewiduje w rozdziale IV pkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia, że przewiduje nadawanie takich przesyłek. W przypadku rzeczonożego rozwiązania wykonawca – alternatywny operator pocztowy – jest podmiotem dokonującym czynności nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, ale czyni to w imieniu i na rzecz zamawiającego. **Opisane 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.** Należy dodać, iż rozwiązanie to kilkakrotnie było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jak przykładowo zauważała Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn. KIO 2160/14: *Po pierwsze – w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz. z 22 sierpnia 2014 r. 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 zaniesienie 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.

Zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Poczta Polska S.A. jak i orzecznictwo, czynność operatora alternatywnego obejmująca nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego w imieniu i na rzecz zamawiającego **nie jest usługą pocztową**, a usługą pośrednictwa w nadawaniu przesyłek (przesyłka nie jest nadawana w sieci pocztowej operatora alternatywnego, vide: KIO 2601/14, KIO 2160/14, KIO 1362/13, Sąd Okręgowy w Gliwicach sygn. akt X Ga 287/13). Jak dodaje Izba (KIO 2601/14): w takim przypadku stronami usługi pocztowej w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, są Zamawiający i operator wyznaczony. **Przy czym Poczta Polska nie jest żadnym podwykonawcą części przedmiotu zamówienia**, który zakontraktują Zamawiający i InPost, a których łączył będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczta, nadawaniu ich i opłacaniu. Jak podkreślała przy tym Izba w tym samym wyroku: *Niestety za dopuszczeniem obsługi przesyłek specjalnych w taki sposób nie następowały żadne postanowienia lub modyfikacje SIWZ dostosowujące całość postanowień specyfikacji do tego typu rozszerzenia przedmiotu zamówienia i eliminujące wszelkie wątpliwości, co do jego wariantowego charakteru, sposobu jego wykonywania oraz rozliczania.* Jak przy tym słusznie podnoszono w piśmie Prezesa UZP 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 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 nadana w placówce operatora wyznaczonego. Tymczasem z art. 35 Prawa pocztowego wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy dalszego przekazania przesyłki do doręczenia (przesyłka jest nadawana w sieci operatora alternatywnego a następnie przekazywana do sieci operatora wyznaczonego). Nie jest możliwe dwukrotne nadanie tej samej przesyłki, w ramach tej umowy nie powstaje zatem nadanie przesyłki i nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.

Reasumując, Poczta Polska S.A. nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową. Zarazem zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania umowy zawartej z operatorem wyznaczonym (art. 35 Prawa pocztowego). Wynagrodzeniem operatora alternatywnego jest w przypadku świadczenia usługi pośrednictwa jest suma kosztów nadania przesyłki w placówce operatora wyznaczonego oraz własny narzut. Skoro zarazem mamy do czynienia z usługą „niepocztową” której koszt stanowi częściowo wynagrodzenie uiszczane operatorowi wyznaczonemu, kluczowego znaczenia dla w zakresie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w takim przypadku nabiera rzetelne określenie ilości takich przesyłek (należy przypomnieć iż są te jedynie przesyłki wymagające urzędowego potwierdzenia terminu **nadania**, np. apelacja - zwyczajowo jest to nie więcej niż 5% przesyłek nadawanych u zamawiających), a także określenie zasad dokonywania rozliczeń. 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).

Biorąc pod uwagę powyższe, w każdym przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje nadawanie tzw. przesyłek terminowych obok innych usług pocztowych, koniecznym jest opisanie podstawowych zasad sposobu usługi pośrednika.

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

- zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym lub też

¹Pismo opublikowane na stronie Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczty

- 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. (Zamawiający sam wskazuje nawet w rozdziale II 7 opz i § 2 ust 2 wzoru umowy, że przesyłki spoza formularza ofertowego będą wyceniane zgodnie z cennikiem Wykonawcy)

Brak wyodrębnienia takiej pozycji w praktyce przesądza o konieczności obciążenia Zamawiającego kosztami wykonania usługi „niepocztowej” na podstawie cennika załączonego przez operatora alternatywnego do oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie:

- **czy Zamawiający przewiduje nadawanie przesyłek wymagających zastosowania trybów wskazanych w art. 57 § 5 pkt. 2 KPA, art. 12 § 6 pkt. 2 Ordynacji podatkowej lub ew. innych analogicznych przepisów (np. art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego)?**
- **czy Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A.?**
- **jeśli tak, to na jakich zasadach dokonywane będą rozliczenia usługi pośrednictwa przy wykonywaniu tzw. przesyłek terminowych. Czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty, czy też zamawiający dokona modyfikacji siwz poprzez wyodrębnienie takiej pozycji w formularzu ofertowym? Wykonawca zwraca uwagę, iż negatywna odpowiedź na to pytanie oznaczać będzie rażące ograniczenie konkurencyjności postępowania, a nieracjonalne wylczenie przesyłek nadawanych przez operatora wyznaczonego skutkować może także podjęciem kroków przewidzianych przez ustawę o regionalnych izbach obrachunkowych.**

Na marginesie należy dodać także, że Zamawiający zaznacza w pkt 3 rozdziału IV Opisu Przedmiotu Zamówienia, iż nie dopuszcza możliwości sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek do nadania u operatora wyznaczonego. Stwierdzić należy, że wydzielenie takich przesyłek leży w interesie Zamawiającego. W sytuacji bowiem gdy Zamawiający jest stroną np. postępowania podatkowego i zależy mu na złożeniu pisma w terminie (art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej) winien taką przesyłkę wydzielić i wskazać operatorowi pocztowemu, że powinna być ona doręczona przez operatora wyznaczonego. Inaczej, Wykonawca nie będzie wiedział które przesyłki wymagają nadania u operatora wyznaczonego. W przeciwnym wypadku negatywne skutki procesowe poniesie Zamawiający, który nie poinformuje operatora pocztowego o charakterze przesyłki.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie, w jaki sposób Zamawiający zamierza wyodrębnić tego rodzaju przesyłki w celu wydzielenia i nadania przez Wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego.

Odpowiedź nr 1

Zamawiający zwraca uwagę, że w zapisach SIWZ rozdział 2 pkt IV ppkt 2 i rozdział 5 pkt IV ppkt 2 załącznika nr 1 do umowy, została już zawarta informacja o konieczności nadawania także przesyłek wymagających zastosowania trybów wskazanych w art.57§5 pkt. 2 KPA, art.12§6 pkt.2 Ordynacji podatkowej oraz ewentualnie innych analogicznych przepisów np. art.165 §2 Kodeksu Postępowania Cywilnego, dla których konieczne jest pośrednictwo operatora wyznaczonego.

Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A.

Zamawiający w pierwszej kolejności podkreśla, że zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych.

Zamawiający w formularzu cenowym wskazał ogólną liczbę wszystkich przesyłek jakie nadawane są u Zamawiającego. Wśród tych przesyłek są również przesyłki, które wymagają nadania u operatora wyznaczonego. Obecna struktura organizacyjna Zamawiającego oraz organizacja pracy kancelarii, która prowadzi ewidencję nadawanych przesyłek pocztowych nie pozwala wyodrębnić przesyłek, które muszą być nadane u operatora wyznaczonego. Prowadzenie takiego rejestru wiązałoby się ze zmianą organizacji pracy kancelarii Zamawiającego oraz pozostałych komórek organizacyjnych Zamawiającego. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że Zamawiający nie jest zobligowany do prowadzenia takiego rejestru żadnymi przepisami prawa.

Wynagrodzenie operatora alternatywnego będzie rozliczane według cen jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym złożonym przez wykonawcę.

Zapytanie nr 2

Zamawiający w Rozdziale 2 ust. V. pkt 1, 2 SIWZ przedstawił następujące wymogi dotyczące placówek:

- „1. Placówki zdawczo-odbiorcze Wykonawcy powinny być czynne we wszystkie dni robocze min. 5 dni w tygodniu.
2. Placówki odbiorcze Wykonawcy w powiecie poznańskim powinny być zlokalizowane w każdej gminie a

w pozostałej części kraju w każdej gminie lub gminie sąsiedniej.”

Punktem odniesienia przy stawianiu wymagań w przedmiocie placówek musi być zawsze powszechnie obowiązujące prawo. Kwestia placówek pocztowych jest poruszona na gruncie ustawy Prawa Pocztowe, a ściślej w art. 3 pkt 15 tejże ustawy, zaś niejako „posiłkowo” również w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego. To na podstawie tych dwóch aktów prawnych najwięksi operatorzy pocztowi budowali własną strukturę w zakresie placówek pocztowych, nie sposób więc oczekiwać, by sieci te zostały z dnia na dzień dostosowane do wymagań Zamawiającego w tym zakresie, ponieważ koszty takiego dostosowania znacznie przewyższają ewentualne zyski wykonawców, jakie Ci uzyskaliby z tytułu wykonywania niniejszego zamówienia. Tym samym żaden operator pocztowy, w tym operator wyznaczony, nie posiada placówek czynnych przez 8 godzin dziennie, co jest łatwo weryfikowalne, chociażby za pośrednictwem witryn internetowych tych operatorów, ale również w toku analizy wniosków o wyjaśnienie SIWZ składanych w innych przetargach, np. w przetargu zorganizowanym przez Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku, nr sprawy, WAG-VIII.272.12.2015.AD, gdzie Poczta Polska S.A. zadała następujące pytanie:

Wykonawca wnosi o zmianę wyrażenia „minimum 8 godzin dziennie” na wyrażenie „minimum 5 godzin dziennie”. Prosimy również o zmianę wyrażenia w ust. 7 projektu umowy.

Na dzień dzisiejszy Poczta Polska S.A. wypełnia obligatoryjne wymogi (warunki) ustawowe określone w paragrafie 24 Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, tj.:

- jedna stała placówka pocztowa operatora wyznaczonego, licząc średnio w skali kraju, przypada na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko-wiejskich,
- jedna placówka operatora wyznaczonego, licząc średnio w skali kraju, przypada na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich,
- w każdej gminie powinna być uruchomiona co najmniej jedna stała placówka pocztowa operatora wyznaczonego.

Paragraf 25 ww. Rozporządzenia zobowiązuje Poczta Polska S.A., jako operatora wyznaczonego, do tego, aby **placówki pocztowe były czynne we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej przez 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, to liczba ta może być odpowiednio niższa.**

W aktach prawa powszechnego regulujących działalność operatorów pocztowych brak jest zapisów dotyczących liczby godzin, w ciągu których powinna być czynna placówka operatora pocztowego każdego dnia (dot. to również zapisów odnoszących się do operatora wyznaczonego, którym jest obecnie Poczta Polska S.A.).

Poczta Polska S.A. dostosowuje godziny pracy placówek pocztowych przede wszystkim do występującego zapotrzebowania na usługi na danym terenie, ale także bierze pod uwagę uzyskiwane efekty finansowe oraz istniejące możliwości organizacyjne i operacyjne. Ww. przesłanki nie w każdym przypadku wskazują na potrzebę funkcjonowania placówek przez minimum 8 godzin każdego dnia, dlatego też nie wszystkie placówki Poczty Polskiej S.A. są czynne taką liczbą godzin. Dotyczy to w szczególności obszarów wiejskich.

Co ważne, zamawiający zgodził się na powyższe i zmniejszył wymóg w przedmiocie godzin otwarcia placówek. Ponadto, wymóg łączenia w wypadku każdej placówki zadań zdawczych i odbiorczych - czego wymaga Zamawiający - również **nie znajduje podstawy w ustawie Prawo pocztowe**. Definicja placówki pocztowej z art. 3 pkt 15 brzmi: *jednostka organizacyjna operatora pocztowego lub agenta pocztowego, w której można zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub która doręcza adresatom przesyłki pocztowe lub kwoty pieniężne określone w przekazach pocztowych, albo inne wyodrębnione i oznaczone przez operatora pocztowego miejsce, w którym można zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub odebrać przesyłkę pocztową lub kwotę pieniężną określoną w przekazie pocztowym.*

Wykonawca zwraca uwagę, iż ustawodawca używa w tym przepisie alternatywy i **nie tworzy w żaden sposób wymogu, by placówka pocztowa łączyła w sobie funkcje odbiorcze i zdawcze.**

Podobnie akt wykonawczy ustawy - wskazane powyżej rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego: reguluje on placówki odbiorcze i zdawcze oddzielnie w §2:

4) placówce nadawczej - rozumie się przez to placówkę pocztową operatora wyznaczonego, w której zawierana jest umowa;

5) placówce oddawczej - rozumie się przez to placówkę pocztową operatora wyznaczonego, która doręcza adresatowi przesyłkę pocztową;

Regulacja taka skonstruowana jest w sposób, który **nie tworzy motywacji do powoływania jedynie placówek zdawczo-odbiorczych**. Stąd wymóg przedstawiony przez Zamawiającego **nie znajduje oparcia w realiach rynku pocztowego**, tworzonych przez wiele lat jedynie przez Poczta Polska, a po względnym otwarciu na konkurencję - przez innych operatorów pocztowych w odwołaniu jednak do

wysokich wymagań Prawa pocztowego. Tworzenie placówek spełniających obie funkcje **nie zawsze jest poza tym racjonalne z gospodarczego i organizacyjnego punktu widzenia.**

W związku z powyższym, czy Zamawiający doprecyzuje, że wymogi dotyczące placówek pocztowych w powiecie poznańskim i reszty kraju dotyczą wyłącznie placówek odbiorczych – zgodnie z cytowanym wyżej Rozporządzeniem?

Odpowiedź nr 2

Zamawiający zwraca uwagę, że wymagania jakie powinny spełniać placówki Wykonawcy zawarte są w Rozdziale 2 pkt VI SIWZ a zapis zamieszczony w rozdziale 2 pkt IV ppkt 2 dotyczy placówek odbiorczych.

Zapytanie nr 3

Zgodnie z SIWZ (rozdział I pkt 1.3. Opisu Przedmiot Zamówienia) Zamawiający wskazuje, że w przypadku zgłaszania reklamacji zastosowanie mają unormowania zawarte w rozporządzeniu w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowej i przekazu pocztowego.

Wykonawca wskazuje, że rozporządzenie to już nie obowiązuje i zostało zastąpione przez Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej. W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o modyfikację SIWZ i uwzględnienie aktualnego stanu prawnego.

Odpowiedź nr 3

Zamawiający w SIWZ rozdział 2, pkt.1 ppkt. 3 oraz w załączniku nr 1 do umowy, pkt.1 ppkt. 3 zmienia zapis: „Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 r. w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz.U. z 2013, nr 183, poz.1468) na: „Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej (Dz. U. z 2013 r., poz.1468).

Zapytanie nr 4

Zamawiający wskazuje w § 7 ust 1 wysokość odszkodowania, które będzie należne zgodnie z przepisami Prawa Pocztowego. Wykonawca wnioskuję, że Zamawiający zapewne ustalając ich wysokość opierał się na art. 88 ust 1 Prawa Pocztowego:

*„Art. 88. 1. Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usługi **powszechnej** przysługuje odszkodowanie:*

- 1) za utratę przesyłki poleconej – w wysokości żądanej przez nadawcę, nie wyższej jednak niż pięćdziesięciokrotność opłaty pobranej przez operatora wyznaczonego za traktowanie przesyłki pocztowej jako przesyłki poleconej;*
- 2) za utratę paczki pocztowej – w wysokości żądanej przez nadawcę, nie wyższej jednak niż dziesięciokrotność opłaty pobranej za jej nadanie;*
- 3) za utratę przesyłki z zadeklarowaną wartością – w wysokości żądanej przez nadawcę, nie wyższej jednak niż zadeklarowana wartość przesyłki;*
- 4) za ubytek zawartości lub uszkodzenie paczki pocztowej lub przesyłki poleconej – w wysokości żądanej przez nadawcę lub w wysokości zwykłej wartości utraconych lub uszkodzonych rzeczy, nie wyższej jednak niż maksymalna wysokość odszkodowania, o którym mowa w pkt 1 lub 2;*
- 5) za ubytek zawartości przesyłki z zadeklarowaną wartością – w wysokości zwykłej wartości utraconych rzeczy;*
- 6) za uszkodzenie zawartości przesyłki z zadeklarowaną wartością – w wysokości zwykłej wartości rzeczy, których uszkodzenie stwierdzono.”*

Wykonawca wskazuje, że powyższe zapisy dotyczą jedynie niewykonania lub nienależytego wykonania usługi powszechnej. 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.* Tak więc odszkodowanie nie może się opierać na przepisach wskazanych przez Zamawiającego. **Odpowiednie przepisy zostały wskazane w art. 88 ust 4 Prawa pocztowego:**

„4. Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej nie będącej usługą powszechną przysługuje odszkodowanie:

- 1) za utratę, ubytek lub uszkodzenie przesyłki pocztowej nie będącej przesyłką z korespondencją*

- w wysokości nie wyższej niż zwykła wartość utraconych lub uszkodzonych rzeczy,
- 2) za utratę, ubytek lub uszkodzenie przesyłki pocztowej z zadeklarowaną wartością - w wysokości żądanej przez nadawcę, nie wyższej jednak niż zadeklarowana wartość przesyłki,
- 3) za utratę przesyłki z korespondencją - w wysokości dziesięciokrotności opłaty za usługę nie niższej jednak niż pięćdziesięciokrotności opłaty za traktowanie przesyłki listowej jako polecanej, określonej w cenniku usług powszechnych,
- 4) za opóźnienie w doręczeniu przesyłki pocztowej w stosunku do gwarantowanego terminu doręczenia - w wysokości nie przekraczającej dwukrotności opłaty za usługę (...)"

W związku z powyższym, Wykonawca wnosi o zmianę zapisów umowy w ten sposób by dostosować je do właściwych zapisów Prawa Poczтового - Zamawiający nie może bowiem ustanawiać wysokości odszkodowania sprzecznego z zapisami powszechnie obowiązującego prawa.

Odpowiedź nr 4

W pierwszej kolejności wskazać należy, że sformułowane przez Zamawiającego zapisy umowne dotyczące wysokości odszkodowania nie pozostają w sprzeczności z zapisami obowiązującego prawa. Zgodnie z §7 ust.1 Zamawiającemu przysługuje odszkodowanie w przypadkach określonych w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe - w tym na zasadach określonych w art. 88 ustawy Prawo Pocztové. Z treści § 7 ust 1 umowy wyraźnie wynika, że Zamawiający **w szczególności** naliczać będzie odszkodowanie w przypadkach i wysokościach określonych w pkt. a-f. Przedmiotowe zapisy umowy (pkt. a-f) korespondują z treścią art. 88 ust.1 pkt.1-6 ustawy Prawo pocztowe przy czym nie wyłączają pozostałych postanowień art.88. W przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej nie będącej usługą powszechną zastosowanie znajdą odpowiednie zapisy ustawy Prawo pocztowe.

Jednakże celem wyjaśnienia wątpliwości wykonawcy Zamawiający dokonuje zmiany treści § 7 ust.1 zdanie drugie umowy, zastępując dotychczasowy zapis: „W szczególności Zamawiający naliczać będzie odszkodowanie w następujących przypadkach i wysokościach:” zapisem o treści następującej:” W szczególności w przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania usługi powszechnej Zamawiający będzie naliczać odszkodowanie w następujących przypadkach i wysokościach:”

Zapytanie nr 5

Zamawiający zastrzegł w pkt. 17 SIWZ osobiste wykonania kluczowych części zamówienia- nie wskazał jednak w żadnym miejscu siwz jakie elementy zamówienia mają być wykonane osobiście. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o usunięcie wskazanego zapisu ze specyfikacji.

Odpowiedź nr 5

Zamawiający wykreśla zapisy pkt. 17 SIWZ.

Zapytanie nr 6

Zamawiający wskazał w rozdziale VIII pkt. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia, że:

„Nie podlegają zmianie zapisy umowy w przypadku wprowadzenia przez ustawodawcę przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym, z którymi postanowienia umowy pozostałyby w sprzeczności.”

Powyzsze zastrzezenie spowoduje niezgodnosc zapisow umowy z przepisami prawa, a brak zmiany takich zapisow moze w skrajnych przypadkach doprowadzic nawet do niewaznoscí umowy. Zamawiajacy nie ma zadnego interesu by przez takie zaniechanie spowodowac zakonczenie realizacji zamowienia. Trwalosc i pewnosc jego realizacji lezy bowiem interesie obu stron. W zwiazku z powyzszym, Wykonawca wnosi o usunięcie tego zapisu i zastapienie go zobowiazaniem stron do poczynienia wszelkich starań, by w przypadku zmiany powszechnie obowiązującego prawa, dostosowac umowe do przepisow w ten sposob by nie byla z nimi spreczna.

Odpowiedź nr 6

Intencją Zamawiającego było wskazanie, iż w przypadku zmiany przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym, którymi zapisy umowy pozostawałyby w sprzeczności obowiązują przepisy bezwzględnie obowiązujące wobec czego nie ma konieczności zmiany zapisów umowy i w ten sposób należy interpretować komentowany zapis.

Zapytanie nr 7

Zamawiający wskazuje w § 2 ust 8 wzoru umowy, że „**W przypadku zmiany cennika opłat za usługi pocztowe świadczone przez operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. Z 2012 r poz 1529), Wykonawca zobowiązany będzie stosować ceny wynikające z cennika”.**

Zamawiający może mieć na myśl zmianę cennika usług powszechnych lub zmianę cennika zwykłego operatora pocztowego jakim jest Poczta Polska.

W żadnym jednak wypadku, Wykonawca nie może być zobowiązany do stosowania cen które

nie zostały zaproponowane przez niego. Ceny mogą się zmienić w przypadkach określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych.

Jak już wykazał Wykonawca powyżej, usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia nie są usługami powszechnymi. Prócz tego, Wykonawca nie ma żadnego wpływu na kształt cenników innych Operatorów pocztowych. Nie może dojść więc do sytuacji, w której to podmiot trzeci, zmieniając ceny doprowadzi do zmiany umowy pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Co więcej, taka zmiana byłaby prawdopodobnie niekorzystna dla Zamawiającego. Zamawiający w przetargu otrzyma bowiem zapewne lepszą ofertę cenową niż w standardowym cenniku danego Wykonawcy- w przeciwnym razie, zamówienia publiczne nie miałyby racji bytu, każdy Zamawiający traciłby bowiem na nich poprzez płacenie wyższych kwot niż ustalone w cennikach Operatorów. Z drugiej zaś strony, to Wykonawcy mają świadomość konieczności konkurowania poprzez obniżanie cen gdyż ich celem jest realizacja zamówienia.

W związku z powyższym, wymóg korzystania z innego cennika jest prócz tego że bezzasadny i bezprawny- także pozbawiony korzyści dla Zamawiającego. Wykonawca wnosi o usunięcie tego zapisu z wzoru umowy.

Odpowiedź nr 7

Zamawiający nadaje nowe brzmienie §2 ust.8 umowy: W przypadku zmiany cennika opłat za usługi powszechne świadczone przez operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2012 r. poz.1529) Wykonawca, będący operatorem wyznaczonym, zobowiązany będzie stosować ceny za usługi powszechne wynikające z cennika. Wykonawca zawiadomi Zamawiającego o zmianie cennika w terminie 7 dni od wprowadzenia zmian.

Zapytanie nr 8

SIWZ rozdział 1, ust. 7 pkt 7.2: „Stawki i ceny wymienione przez Wykonawcę są stawkami i cenami stałymi w okresie realizacji umowy i nie będą podlegały w tym okresie waloryzacji.”

Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, iż jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych (które objęte są przedmiotem zamówienia) nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Art. 57 ustawy Prawo pocztowe wyznacza ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych. Zatem w przypadku zmian cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, w świetle postanowień zawartych w SIWZ, Wykonawca zmuszony będzie do świadczenia powszechnych usług pocztowych z naruszeniem przepisów ustawowych, nie tylko z zakresu Prawa pocztowego, ale także cywilnego, czy antymonopolowego. Taki stan rzeczy byłby niedopuszczalny zarówno ze względu na ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno przewidzieć.

Czy w związku z faktem, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo pocztowe, operator wyznaczony ustala wysokość opłat za świadczone usługi powszechne czyniąc to na podstawie „kosztów ich świadczenia” oraz w sposób przejrzysty i niedyskryminujący (art. 53 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe) – możliwe jest wprowadzenie w treści SIWZ zapisów dopuszczających możliwość zmiany cen jednostkowych świadczenia usług, zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a wprowadzonych na podstawie stosownych aktów wewnętrznych Wykonawcy?

Wychodząc naprzeciw intencjom ochrony interesów Zamawiającego, Wykonawca poddaje pod rozwagę uzupełnienie treści wzoru umowy w par. 4 o zapis następującej treści:

„W przypadku zmiany obowiązujących cenników przez Wykonawcę, na usługi będące przedmiotem zamówienia - i braku ich akceptacji ze strony Zamawiającego, umowa ulega rozwiązaniu ze skutkiem albo na ostatni dzień miesiąca kalendarzowego po miesiącu, w którym Wykonawca poinformował Zamawiającego o zmianie cenników, albo na dzień wskazany przez Zamawiającego z tym zastrzeżeniem, iż dzień ten Zamawiający wskazać musi nie później niż w ciągu 5 dni od dnia kiedy dowiedział się o zmianie obowiązujących cenników. W okresie trwania wypowiedzenia umowy, ceny za wykonane usługi Wykonawca będzie naliczał zgodnie z obowiązującymi u Wykonawcy cennikami. Akceptacja nowych cenników przez Zamawiającego dla swej skuteczności wymaga wyraźnego oświadczenia na piśmie, złożonego przez osoby uprawnione do działania w imieniu Zamawiającego. Brak takiego pisemnego oświadczenia uznaje się za brak akceptacji nowych cenników skutkujący rozwiązaniem umowy”.

Powyższa propozycja nie stanowiłaby zmiany istotnych postanowień umowy i jest zgodna zarówno z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i przepisami Kodeksu cywilnego.

Ponadto mając na uwadze, iż zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniu społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę”, Wykonawca wnosi o dopisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz we wzorze umowy postanowień o treści:

1. Wysokość wynagrodzenia ulegnie zmianie w przypadku:
 - a) zmiany stawki podatku VAT,
 - b) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

2. W przypadku zmiany stawki podatku VAT, wynagrodzenie za usługi świadczone od dnia wejścia w życie zmiany będzie uwzględniała stawkę podatku VAT po zmianie. Za datę świadczenia usługi uważa się datę nadania przesyłki lub datę zwrócenia niedoręczonej przesyłki do nadawcy.

3. W przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, każda ze stron umowy może zwrócić się do drugiej strony z propozycją dokonania zmiany wysokości wynagrodzenia. W terminie 14 dni od otrzymania propozycji strony zobowiązane są przeprowadzić negocjacje, których przedmiotem będzie dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia oraz – jeżeli uznają, że zmiana taka będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę – dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia.”

Wykonawca prosi także o odpowiednie dostosowanie zapisów w dalszej części SIWZ oraz zapisów umowy.

Odpowiedź nr 8

Zamawiający wykreśla zapis SIWZ rozdział 1, ust.7 pkt 7.2 i nadaje nowe brzmienie §2 ust.8 umowy: W przypadku zmiany cennika opłat za usługi powszechne świadczone przez operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2012 r. poz.1529) Wykonawca, będący operatorem wyznaczonym, zobowiązany będzie stosować ceny za usługi powszechne wynikające z cennika. Wykonawca zawiadomi Zamawiającego o zmianie cennika w terminie 7 dni od wprowadzenia zmian.

Ponadto Zamawiający wyjaśnia, iż we wzorze umowy w § 4 ust.2 przewidział zmiany umowy, o których mowa w art. 142 ust. 5 pzp. Zamawiający nie przewiduje dalszego doprecyzowania postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 pzp.

Zapytanie nr 9

SIWZ rozdział 1, ust. 8 – Ocena ofert

Czy mając na uwadze najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślające walor kryteriów oceny ofert o **charakterze społecznym**, na które położył nacisk sam ustawodawca w ostatniej nowelizacji ustawy Pzp (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, Dz. U. dnia 18 września 2014 r., dalej jako „ustawa nowelizująca”) Zamawiający dokona modyfikacji treści SIWZ w zakresie rozdziału 1 ust. 8 SIWZ poprzez dodanie obok wymienionych kryteriów, kryterium „społecznego”, przez które należy rozumieć liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy (cały etat), którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia (dalej jako „**kryterium społeczne**”) oraz w związku z powyższym dokona odpowiednich zmian dokumentacji dotyczącej Postępowania. Wykonawca wskazuje, iż konsekwencją wprowadzenia wskazanego kryterium powinno być m.in. równoczesne przewidzenie mechanizmów weryfikacyjnych dotyczących poziomu zatrudnienia podczas realizacji zamówienia. Jako przykład ww. mechanizmu weryfikacyjnego Wykonawca wskazuje na możliwość zamieszczenia we wzorze umowy zastrzeżenia o następującej treści:

„Wykonawca zobowiązuje się do przekazywania Zamawiającemu kwartalnych raportów (do 15 dnia następnego miesiąca kalendarzowego) obejmujących informacje o liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia.”

Wykonawca wskazuje, iż ustawodawca nadając ustawą nowelizującą nowe brzmienie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, położył wyraźny nacisk na posługiwanie się kryteriami społecznymi w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej, co potwierdził również w uzasadnieniu do ustawy, gdzie wskazane zostało, że *obecna sytuacja, w której zamówienia publiczne są udzielane podmiotom omijającym nakaz z art. 22 § 11 Kodeksu pracy jest demoralizująca. Okazuje się, bowiem, że pomimo jasnego nakazu przepisu prawa, to samo państwo, które to prawo ustanowiło wspiera omijających przepisy. Innymi słowy samo państwo lekceważy ustanowione przez siebie prawo. Z pragmatycznego punktu widzenia skutki są nawet dalej idące. Praworządni przedsiębiorcy są stopniowo eliminowani z rynku zamówień publicznych.*

Tolerowanie nieformalnego zatrudnienia na rynku zamówień publicznych niesie za sobą osłabienie pewności obrotu gospodarczego. Koszty tego procesu ponoszą nie tylko pracodawcy, ale także ich pracownicy, system zabezpieczenia społecznego, system opieki zdrowotnej i w konsekwencji -

*budżet państwa. [...] Obecny stan wymaga pilnej i radykalnej poprawy. **Wydatki publiczne powinny wspierać rzetelnych i praworządnych uczestników rynku i ich pracowników.***

Stanowisko ustawodawcy, o którym mowa powyżej, jest wynikiem treści dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych 2014/24/UE, która nałożyła na Państwa Członkowskie obowiązek podejmowania działań, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego przestrzegali stosownych przepisów z zakresu prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy². Zatem w ustawie nowelizującej przyznano zamawiającemu tak uprawnienie do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp), jak i możliwość takiego kształtowania kryteriów oceny ofert, które uwzględniać będą m.in. aspekty społeczne.

Podkreślenia w tym aspekcie wymaga, bowiem to, że celem wprowadzenia kryteriów społecznych do kryteriów oceny ofert, zrealizowanym poprzez znowelizowane brzmienie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp 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. Co za tym idzie, społeczne kryterium oceny ofert w postaci zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, ma w takiej sytuacji niwelować dysproporcję związaną z możliwością wyceny usług, występującą pomiędzy podmiotami zatrudniającymi pracowników na podstawie umowy o pracę a tymi, którzy nakaz z art. 22§1 Kodeksu Pracy omijają³. W związku z tym, posługiwanie się kryteriami społecznymi przy ocenie ofert, nie tylko nie zaprzecza konkurencyjności, ale umożliwia pełną realizację tej zasady i rzeczywistą konkurencję między operatorami pocztowymi⁴. Ponadto analiza niniejszego Postępowania pozwala na stwierdzenie, iż ustanowienie tego rodzaju kryterium jest zasadne z uwagi na przedmiot Postępowania i charakter czynności wchodzących w zakres niniejszego zamówienia, tj. ze względu na ochronę tajemnicy korespondencji. Zaznaczenia wymaga również fakt, iż wiele analogicznych postępowań na świadczenie usług pocztowych jest obecnie prowadzonych (po wejściu w życie ustawy nowelizującej) z zastosowaniem kryterium społecznego oceny ofert lub podkreśla się w nich wymóg zatrudniania osób wykonujących dane zamówienie na podstawie umów o pracę. Przykładowo są to postępowania prowadzone przez: (i) Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie (nr postępowania: ZP/01/2015), (ii) Komendę Główną Policji, z siedzibą w Warszawie (nr postępowania: 125/BłiI/15/TG), czy też (iii) Narodowy Bank Polski, z siedzibą w Warszawie (nr postępowania: DKRZ-WPO-RS-243-041-DA-15). Wskazać zatem należy, iż stanowisko Zamawiającego zajęte dotychczas w Postępowaniu, mówiące o tym, że przedmiot niniejszego zamówienia lub charakter wykonywanych w nim czynności nie wypełnia dyspozycji normy wyrażonej w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, jest odosobnione. Jednocześnie takie zachowanie Zamawiającego powoduje, iż de facto nie dąży on do popularyzacji umów o pracę oraz nie realizuje wszystkich funkcji zamówień publicznych, na które wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w powołanych poniżej wyrokach. Jak podkreślono na wstępie niniejszego pisma, na duże znaczenie kryterium społecznego oraz jego walory wskazuje również najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1040/15 Izba stwierdziła, iż zamawiający mają prawo wprowadzania do kryteriów oceny ofert klauzul o charakterze społecznym, na które położył nacisk sam ustawodawca w ostatniej nowelizacji. Co więcej podkreśliła, że zamówienia publiczne muszą realizować także społeczne obowiązki państwa, w tym obowiązki związane z zatrudnieniem i jego promocji. Ponadto wskazała, iż w żadnym stopniu kryterium społeczne nie narusza zasad uczciwej konkurencji – każdy z wykonawców ma dowolność, co do przyjętej przez siebie polityki zatrudnienia i strategii budowania przez siebie treści oferty, tj. czy zdecyduje się na zawiązywanie współpracy na podstawie umowy o pracę, co rodzić będzie większe koszty czy też zdecyduje się na cywilnoprawne formy współpracy, umożliwiające obniżenie kosztów i zaoferowanie niższej ceny. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba wyraźnie stwierdziła, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę jest dopuszczalny zgodnie z art. 29 ust. 4 ustawy Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pocztowe z uwagi na charakter tych zamówień. „*W ocenie Izby fakt spełnienia tych przesłanek*

21W pkt 98 preambule do dyrektywy 2014/24/UE uznaje się za niezbędne, aby kryteria udzielenia zamówienia lub co najmniej same warunki jego realizacji dotyczyły społecznych aspektów procesu produkcji lub miały społeczny związek z zamawianymi usługami bądź robotami budowlanymi.

3por. uzasadnienie do ustawy nowelizującej, gdzie wskazano, że *najpełniejszą ochronę prac osób wykonujących pracę najemną zapewnia umowa o pracę . Dotyczy to tak aspektów dotyczących samego stosunku pracy (przede wszystkim wynagrodzenia co najmniej równego wynagrodzeniu minimalnemu za pracę), jak i zabezpieczenia w razie choroby, czy wypadku. **Wszystkie te funkcje gwarancyjne są kosztowne. Przedsiębiorcy zatrudniający na podstawie umowy o pracę ponoszą znacznie większe koszty od przedsiębiorców angażujących personel w inny sposób, nie wspominając o działaniach na granicy prawa (w tzw. szarej strefie).***

4Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2354/14.

jest oczywisty. **Świadczenie usług pocztowych niewątpliwie wymaga takiej organizacji, gdzie określone jest miejsce, czas realizacji zadań, a w dodatku po stronie wykonawcy musi istnieć atrybut w postaci możliwości sprawowania kierownictwa nad zaangażowanym personelem.** Brak któregokolwiek z tych elementów nie pozwalałby na należyte wykonanie zamówienia na rzecz Zamawiającego". Izba dodatkowo zwróciła uwagę na pałacy problem „eliminacji z rynku zamówień publicznych” praworządnych przedsiębiorców oraz na fakt, że „**tolerowanie nieformalnego zatrudnienia na rynku zamówień publicznych niesie za sobą osłabienie pewności obrotu gospodarczego**”. „Koszty tego procesu ponoszą nie tylko pracodawcy, ale także ich pracownicy, system zabezpieczenia społecznego, system opieki zdrowotnej i w konsekwencji budżet państwa”. Mając powyższe na uwadze Izba zaapelowała: „Obecny stan wymaga pilnej i radykalnej poprawy. Wydatki publiczne powinny wspierać rzetelnych i praworządnych uczestników rynku i ich pracowników. Stąd, w przypadku gdy charakter zamówienia publicznego to uzasadnia, potrzebne jest wyraźne upoważnienie zamawiających do stawiania warunku angażowania personelu na podstawie umowy o pracę (...) **Zamówienia publiczne muszą być postrzegane także jako instrument realizacji społecznych obowiązków państwa, w tym obowiązku ochrony stosunku pracy i jego promocji (...)**” Można oczekiwać, że Zamawiający, który jest instytucją powołaną do ochrony stosunku pracy nie pozostawi tego apelu bez odpowiedzi.

Podobnie, KIO w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 r., sygn. akt 2354/14, uznała – w odniesieniu do zbliżonego przedmiotu zamówienia (tj. postępowania na świadczenie usług pocztowych i usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji) za dopuszczalny wymóg, aby osoby realizujące usługę w zakresie personalizowania, wydruku, konfekcjonowania i kopertowania były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Krajowa Izba Odwoławcza ww. orzeczeniu podkreśliła, że „regulacja w oparciu, o którą Zamawiający wprowadził do SIWZ wskazany wymóg zatrudniania pracowników ma charakter klauzuli społecznej dopuszczonej do polskiej ustawy Pzp przez ustawodawcę krajowego, a także wskazywanej jako jak najbardziej pożądaną także przez ustawodawcę europejskiego. Stosowanie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tej klauzuli potwierdza też działania polskiego ustawodawcy nakierowane na ochronę stosunku pracy.”

Wykonawca wnioskuję do Zamawiającego o rozszerzenie kryterium oceny ofert o następujący warunek:
- Liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę – 30%

Sposób obliczania kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.05.2015 r.

$$Z = \frac{Zx}{Z \max} \times 30 \text{ punktów}$$

gdzie:

1. Z = liczba punktów za kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.08.2015 r.
2. Zx = liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.08.2015 r. wynikająca z oferty badanej;
3. Z max = największa liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.08.2015 r. wynikający z ofert, które nie podlegają odrzuceniu.
4. Przez działalność operacyjną Zamawiający rozumie działalność Wykonawcy związaną z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem w zakresie: odbierania i dostarczania korespondencji, obsługi korespondencji w placówkach pocztowych, spedycji i transportu, czynności ekspedycyjno-rozdzielczych, z uwzględnieniem osób zatrudnionych u wykonawcy i jego podwykonawców.

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów. Punkty będą liczone do dwóch miejsc po przecinku.

Podsumowując powyższe, Wykonawca wnosi o dokonanie wskazanej modyfikacji SIWZ poprzez dodanie kryterium społecznego oraz dokonanie odpowiednich zmian w dokumentacji dotyczącej Postępowania.

Odpowiedź nr 9

Zamawiający określił kryteria oceny ofert w postaci ceny i terminu płatności i nie przewiduje możliwości wprowadzenia dodatkowych kryteriów oceny ofert.

Zapytanie nr 10

SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) rozdział 2, ust. 3: „Przedmiot zamówienia wykonywany

będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności: ... - Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 r. w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz. U. 2003, nr 183, poz. 1468).

Wykonawca zwraca uwagę, że przywołany akt prawny został zastąpiony Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej (Dz. U. z 2013r. poz. 1468). Przywołane Rozporządzenie zostało także wskazane w załączniku nr 1 do umowy w przedmiocie zamówienia.

Wykonawca sugeruje dokonanie stosownej zmiany.

Odpowiedź nr 10

Zamawiający w SIWZ rozdział 2, pkt.1 ppkt. 3 oraz w załączniku nr 1 do umowy, pkt.I ppkt. 3 zmienia zapis: „Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 r. w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz.U. z 2013, nr 183, poz.1468) na: „Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej (Dz. U. z 2013 r., poz.1468).

Zapytanie nr 11

SIWZ - formularz ofertowy oraz formularz cenowy:

- poz. 11 - zwrot przesyłki rejestrowanej gab. A waga do 350 gram do nadawcy po wyczerpaniu możliwości doręczenia odbiorcy - mając na uwadze fakt, że przesyłką rejestrowaną może być list polecony lub paczka, czy na potrzeby kalkulacji Wykonawca może przyjąć, że Zamawiający miał na myśli przesyłkę listową krajową, która uprzednio nadana została jako przesyłka rejestrowane nie będąca przesyłką najszybszej kategorii?
- - poz. 20 - potwierdzenie odbioru przesyłki rejestrowanej w obrocie krajowym - czy Wykonawca na potrzeby kalkulacji może przyjąć, że Zamawiający miał na myśli potwierdzenie odbioru do przesyłki listowej krajowej rejestrowanej nie będącej przesyłką najszybszej kategorii?

Odpowiedź nr 11

Zamawiający w SIWZ w formularzu cenowym oraz w załączniku nr 2 do umowy poz. 11 na potrzeby kalkulacji wskazuje, że miał na myśli przesyłkę listową krajową, która uprzednio została a nadana jako przesyłka rejestrowana nie będąca przesyłką najszybszej kategorii.

Zamawiający w SIWZ w formularzu cenowym oraz w załączniku nr 2 do umowy poz. 20 na potrzeby kalkulacji wskazuje, że miał na myśli potwierdzenie odbioru do przesyłki listowej krajowej rejestrowanej nie będąca przesyłką najszybszej kategorii.

Zapytanie nr 12

SIWZ rozdział 5 (umowa) par. 2 ust. 5: „Wykonawca wystawiać będzie faktury do 7-go dnia każdego następnego miesiąca, po upływie miesiąca rozliczeniowego, płatną przelewem w terminie ... dni od daty jej doręczenia Zamawiającemu. Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień obciążenia rachunku bankowego dokonującego płatności.”

Mając na uwadze fakt, że wynagrodzenie wykonawcy będzie płacone przez Zamawiającego w formie opłaty „z dołu” i okres kredytowania dla przesyłek nadanych w pierwszym dniu okresu rozliczeniowego będzie wynosił ponad 50 dni, czy Zamawiający zgadza się na zmianę zapisu na: „Wykonawca wystawiać będzie faktury do 7-go dnia każdego następnego miesiąca, po upływie miesiąca rozliczeniowego, płatną przelewem w terminie ... dni od daty jej doręczenia Zamawiającemu. Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy”.

Odpowiedź nr 12

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SIWZ rozdział 5 (umowa) §2 ust. 5 w proponowanym przez Wykonawcę zakresie.

Zapytanie nr 13

SIWZ rozdział 5 (umowa) par. 6 Rozliczenie po zakończeniu umowy.

Mając na uwadze możliwość występowania przesyłek zwrotnych w okresie całego miesiąca po zakończeniu realizacji umowy, Wykonawca proponuje wydłużenie terminu końcowego rozliczenia umowy z 1 do 2 miesięcy.

Odpowiedź nr 13

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SIWZ rozdział 5 (umowa) §6 w proponowanym przez Wykonawcę zakresie.

Zapytanie nr 14

SIWZ rozdział 5 (umowa) par. 7 ust. 2 lit. b: „Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną: b) za każdy przypadek nie odebrania przesyłek w przewidzianym w umowie dniu i czasie w wysokości 150,00 zł”

a) Czy Zamawiający dopuszcza następujące przyczyny nie odebrania przesyłek

w przewidzianym w umowie dniu i czasie, za które nie będzie obciążał Wykonawcy :

- działania siły wyższej, oraz innych zakłóceń w pracy Wykonawcy o charakterze stałym, a zatem okoliczności uniemożliwiających wykonanie usługi odbioru przesyłek w całości lub w jakiegokolwiek części, do których zalicza się zwłaszcza: władcze działania organów państwowych, samorządowych oraz organizacji międzynarodowych, zmianę przepisów prawa, działania wojenne i inne operacje wojskowe, rozruchy, niepokoje społeczne, strajki, ograniczenia i zakazy wydane przez właściwe władze, stany nadzwyczajne w tym stan wojenny lub wyjątkowy na całości lub na jakiegokolwiek części terytorium Polski, konflikty zbrojne, ataki terrorystyczne, działalność przestępczą osób trzecich, lokauty, powodzie, pożary, awarie energetyczne oraz działanie innych sił przyrody,

- nadzwyczajnych okoliczności o charakterze zewnętrznym pozostających poza kontrolą Wykonawcy, których nie można przewidzieć, a które ze względu na wywierane skutki uniemożliwiają bądź znacznie utrudniają wykonanie usługi odbioru przesyłek.

b) Czy Zamawiający dopuszcza zmianę zapisu dotyczącego kwoty 150,00 zł na następujący :

„za każdy przypadek nie odebrania przesyłek w przewidzianym w umowie dniu i czasie karą umowną w wysokości 200% opłaty za jeden odbiór”?

Odpowiedź nr 14

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SIWZ rozdział 5 (umowa) §7 ust.2 lit.b w proponowanym przez Wykonawcę zakresie.

Zapytanie nr 15

SIWZ rozdział 5 (umowa) par. 7 ust. 4: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne.”

Zasady odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej określają przepisy Ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztowe (Dz. U. z 29 grudnia 2012 roku, poz. 1529) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 r. w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz. U. 2003, nr 183, poz. 1468). Zdaniem Wykonawcy przytoczone akty prawne w sposób wyczerpujący określają odpowiedzialność operatorów pocztowych. Czy w związku z tym Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie ust. 4?

Ewentualnie Wykonawca poddaje pod rozagę Zamawiającego zmianę ust. 4 na: „Zamawiający może dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, z wyłączeniem odszkodowania z tytułu utraconych korzyści”?

Licząc na odpowiedź w trybie pilnym oraz powołując się na art. 38 ust. 6 ustawy PZP, zwracam się z uprzejmą prośbą o przeanalizowanie konieczności zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odpowiedź nr 15

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SIWZ rozdział 5 (umowa) §7 ust.4 w proponowanym przez Wykonawcę zakresie.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami, Zamawiający w celu możliwości ich uwzględnienia przez Wykonawców w składanych ofertach przetargowych i zgodnie z art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych **przedłuża termin składania ofert przetargowych do dnia 05.10. 2015r. do godz. 10:00** (Biuro Obsługi Interesanta – Kancelaria Urzędu, parter). **Otwarcie ofert nastąpi dnia 05.10.2015r. o godz. 10:30** w pokoju 410.

Zamawiający zobowiązuje Wykonawców do wprowadzenia stosownych zmian w składanych ofertach przetargowych.

Marian Szkudlarek

.....
(podpis Kierownika Zamawiającego)