

W związku z prowadzonym postępowaniem na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy w zakresie przyjmowania, segregowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych w 2016 roku oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych wpłynęły od wykonawców zapytania do Zamawiającego:

PYTANIE NR 1:

W § 6 ust 7 wzoru umowy Zamawiający wskazał wysokość kary umownej na 8.000 zł. W ocenie Wykonawcy zastrzeżona kara umowna jest przede wszystkim za wysoka 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 Zapytania. 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”.

Zastosowanie znajdzie 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*

CS

*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**”.*

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.

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 na poziomie 10% wynagrodzenia, zgodnie z przyjętą praktyką na rynku usług pocztowych.

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 1:

Zamawiający uwzględnia wniosek Wykonawcy. Do projektu umowy wprowadza się zmianę, ustalając wysokość kary na 10% wartości Umowy.

PYTANIE NR 2:

W Zapytaniu w § 5 ust 2 wzoru umowy termin płatności należności z tytułu faktury VAT wynosi 30 dni od dnia jej doręczenia.

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę tego terminu na 14 dni od daty dostarczenia faktury VAT. Ułatwi to Wykonawcy dokonywanie rozliczeń, pozostawiając Zamawiającemu odpowiedni czas na dokonanie płatności.

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 2:

Zamawiający uwzględnia wniosek Wykonawcy. Do projektu umowy wprowadza się zapis o 14 dniowym terminie, licząc od daty dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury, z zastrzeżeniem że taki zapis musi być umieszczony każdorazowo na dostarczonej fakturze.

PYTANIE NR 3:

Zamawiający wskazuje w § 1 ust 8 wzoru umowy, że terminy przewidziane w podanym akcie prawnym są wymagane dla usług zaliczanych do usług powszechnych

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, nieświadczane przez operatora wyznaczonego w ramach obowiązku świadczenia usług powszechnych.*

Tak więc przedmiot zamówienia nie obejmuje świadczenia powszechnych usług pocztowych, w związku z tym wspomniane zapisy nie znajdują zastosowania do realizacji 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.

Czy w związku z powyższym, Zamawiający wskazuje, że wskazana terminowość (ustanowiona w Rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego) doręczeń ma się odnosić do całości zamówienia?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 3:

Zamawiający utrzymuje dotychczasowy zapis umowny, oznaczający rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy.

PYTANIE NR 4:

Zamawiający przewiduje w § 6 ust 6 wzoru umowy możliwość jej wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym w razie nienależytego wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu umowy.

Wykonawca zwraca uwagę, iż przywołany zapis daje Zamawiającemu dominującą pozycję w kształtowaniu stosunku między stronami, a także narusza zasadę równowagi stron umowy, przyznając Zamawiającemu uprawnienie do wypowiedzenia umowy nawet w przypadkach drobnych, nieistotnych nieprawidłowości, które nie skutkowałyby szkodą po stronie Zamawiającego.

Wskazany jest zatem wyszczególnienie jakie przypadki nienależytego wykonywania umowy Zamawiający ma na myśli oraz w jakim ewentualnie natężeniu stają się one podstawą do skorzystania z tego uprawnienia. Dodatkowo wskazać należy, że dla zapewnienia pewności stosunku prawnego oraz pewności

as

świadczenia, niezbędne jest wprowadzenie zapisów, dających Wykonawcy możliwość usunięcia ewentualnych nieprawidłowości w wykonywaniu umowy. Powyższe wzmocni trwałości stosunku prawnego łączącego strony, na czym zależy każdej z nich, a prócz tego polepszy jakość współpracy, ponieważ Wykonawca będzie zwracał szczególną uwagę na kwestie będące istotnymi dla Zamawiającego.

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się z o zmianę omawianego zapisu na zapis o treści, przykładowo:

„W przypadku nienależytego wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Warunkiem do skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w zdaniu poprzednim, jest uprzednie wezwanie Wykonawcy do usunięcia uchybień i bezskutecznym upływie wyznaczonego w tym celu terminu”.

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 4:

Zamawiający nie uwzględnia wniosku o zmianę umowy. Zamawiający użył sformułowania w liczbie mnogiej „wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia”. Zamawiający pozostawia sobie prawo do decyzji o randze uchybień powstałych przez operatora. Zamawiający nie może dopuszczać do współpracy firm które zakładają nienależyte wykonywanie przez siebie usług.

PYTANIE NR 5:

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). W przypadku rzeczonoego 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 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.

Zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Poczte Polską 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 łączyć będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczte, 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.

¹ Pismo opublikowane na stronie Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Pocztowych

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

- zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym 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.

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

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) czy Zamawiający przewiduje nadawanie tzw. „przesyłek terminowych” 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), tj. odwołań, apelacji i innych przesyłek skierowanych do sądów lub organów administracji publicznej w sytuacji, w której Zamawiający jest stroną postępowania?**
- 2) czy Zamawiający potwierdza, że „przesyłki terminowe” nie przekraczają 5% całości wolumenu? (alternatywnie, Wykonawca wnosi o oszacowanie wolumenu ww. przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego)?**
- 3) czy Zamawiający dopuszcza złożenie oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A. i tym samym dopuszcza wskazany wyżej „tryb postańca”?**
- 4) w jaki sposób rozliczana będzie usługa pośrednictwa w nadawaniu przesyłek terminowych, tj. czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do umowy, czy też 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)?**

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 5:

Przedmiotowe zamówienie nie obejmuje usługi w zakresie nadawania tzw. „przesyłek terminowych”. Powyższe w żaden sposób nie ogranicza więc dostępu do zamówienia operatorom pocztowym.

ah

PYTANIE NR 6

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 Zapytania Ofertowego w zakresie punktu 6 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 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

² W 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.

³ por. 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).*

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

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.

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 określiła, 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 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 któregośkolwiek z tych elementów nie pozwalałby na należyte wykonanie zamówienia na rzecz Zamawiającego”*. Izba dodatkowo zwróciła uwagę na palący 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.

Wykonawca wnioskuje do Zamawiającego o rozszerzenie kryterium oceny ofert o następujące kryterium :

- 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 31.12.2014 r.

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

gdzie:

Z = liczba punktów za kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.12.2014 r.

Z_x = liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.12.2014 r. wynikająca z oferty badanej;

Z_{max} = największa liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.12.2014 r. wynikający z ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

29

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 w Zapytaniu Ofertowym poprzez dodanie kryterium społecznego oraz dokonanie odpowiednich zmian w dokumentacji dotyczącej Postępowania

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 6:

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy i nie zmienia kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.

PYTANIE NR 7:

W §1 pkt 3 ppkt 10 Załącznika nr 2 do Zapytania - Umow - Zamawiający pisze:

„Wykonawca będzie zwracał do siedziby Zamawiającego pokwitowane przez adresata potwierdzenie odbioru przesyłki niezwłocznie po doręczeniu przesyłki. W przypadku nieobecności adresata, Wykonawca pozostawia zawiadomienie o próbie doręczenia przesyłki (awizo) ze wskazaniem, gdzie i kiedy adresat może odebrać przesyłkę w terminie 7 kolejnych dni, licząc od dnia następnego po dniu zostawienia zawiadomienia u adresata. Jeżeli adresat nie zgłosi się po odbiór przesyłki w ww. terminie Wykonawca sporządza powtórne zawiadomienie o możliwości jej odbioru w terminie kolejnych 7 dni. Po upływie terminu odbioru przesyłka niezwłocznie zwracana jest Zamawiającemu wraz z podaniem przyczyny nie odebrania przez adresata”. Przytoczony zapis jest niezgodny z przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego w części dotyczącej terminów odbioru awizowanych przesyłek, które uprawniają do przechowywania pism przez operatora pocztowego jedynie przez okres 14 dni . W związku z tym Wykonawca wnosi o zmodyfikowanie tego postanowienia poprzez dodanie w zdaniu trzecim przed kropką po słowie „dni” następującej treści „ a w przypadku przesyłki nadanej na podstawie Kodeksu

postępowania administracyjnego w terminie nie dłuższym niż 14 dni od daty pierwszego zawiadomienia.”

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 7:

Zamawiający uwzględni uwagę Wykonawcy. Odpowiedniej zmianie ulega projekt umowy.

PYTANIE NR 8:

§3 pkt 3 Załącznika nr 2 do zapytania - Umowa – Zamawiający zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wnosi o rozszerzenie tego postanowienia również o informacje zawarte w umowie, która zostanie ewentualnie zawarta z Wykonawcą i wnosi o modyfikację tego postanowienia poprzez przyjęcie następującego jego brzmienia:

„Wszelkie informacje zawarte w niniejszej umowie oraz uzyskane w związku z jej realizacją, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 z późniejszymi zmianami) Stron niniejszej umowy, które zobowiązują się do nie ujawniania tych informacji.”

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 8:

Zamawiający nie znajduje podstaw, dla objęcia umowy zawieranej według wzoru podanego do publicznej wiadomości, ani informacji i przebiegu realizacji tej umowy, tajemnicą przedsiębiorstwa.

PYTANIE NR 9:

Zamawiający § 4 pkt 2 załącznika nr 2 Zapytania - Umowa - wskazuje, iż rodzaj i ilości przesyłek są szacunkowe i mogą ulec zmianie w zależności od potrzeb Zamawiającego i jednocześnie zaznacza, że faktyczne ilości realizowanych przesyłek w okresie obowiązywania umowy będą wynikać z aktualnych potrzeb Zamawiającego, a więc mogą odbiegać od ilości wskazanych w formularzu ofertowym i jednocześnie Zamawiający wymaga akceptacji powyższego przez

Wykonawcę. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wskazanie procentowej wysokości zobowiązania jakie Zamawiający zamierza na pewno udzielić Wykonawcy, czyli które będzie na pewno zrealizowane przez Zamawiającego. Brak wskazania tej wielkości jest bowiem sprzeczne z art. 29 ust. 2 i 34 ust. 5 P.z.p. Wykonawca wskazuje, iż w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP22/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno Zamawiający wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, co nie spełnia wymogów art. 29 ust. P.z.p., który to przepis nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Izba ponadto uznała, iż w takim przypadku „zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.” Wykonawca wnosi więc o skorzystanie w tym przypadku w drodze analogii przez Zamawiającego z prawa opcji, co jest możliwe na podstawie art. 34 ust. 5 P.z.p. , a co polega na podaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji.

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 9:

Zamawiający nie może określić ilości nadawanych przesyłek. Zamawiający działa jak urząd, gdzie liczba przesyłek, co do ich większości, zależna jest od wniosków i innych pism kierowanych do ZDMiKP, przez osoby zainteresowane, wymagających odpowiedzi lub innej obsługi.

PYTANIE NR 10:

Wykonawca wnosi o zmianę w § 5 ust.2 załącznika nr 2 Zapytania - Umowa - terminu płatności na 14 dni licząc od daty doręczenia poprawnie wystawionej faktury VAT. Przewidziany przez Zamawiającego termin zapłaty liczony od doręczenia faktury i wynoszący 30 dni godzi w dobre praktyki handlowe, zmuszając Wykonawcę wręcz do dwumiesięcznego „kredytowania” Zamawiającego, bo przecież faktura

będzie wystawiana dopiero po zakończeniu danego miesiąca świadczenia usług pocztowych.

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 10:

Zamawiający uwzględnia wniosek Wykonawcy. Odpowiedniej zmianie ulegnie projekt umowy.

p.o. DYREKTORA

Tomasz Szymański

