

Or.272.17.2015

Ciechanów, dnia 2015-09-15

Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Starostwa Powiatowego w Ciechanowie obejmujących przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych i ich ewentualne zwroty”

Starostwo Powiatowe w Ciechanowie – Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Starostwa Powiatowego w Ciechanowie obejmujących przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych i ich ewentualne zwroty” na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 1994 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2013 r. poz. 907z późn. zm..) udziela odpowiedzi na zadane przez Wykonawców pytania dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

Pytanie Nr 1

Zamawiający w pkt. 3.3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia ustanowił terminy doręczeń dla przesyłek priorytetowych. Nadmienić więc należy, że Wykonawca rozumie, iż Zamawiający jako jednostka państwowa chce by w związku ze swoimi zadaniami, kontakt z odbiorcami przesyłek był jak najszybszy i jak najdogodniejszy. Ma to oczywiście na celu poprawne funkcjonowanie jednostki. Nie jest to jednak wytłumaczenie stawiania wymogów, które są aż tak trudne do zrealizowania. Należy zauważyć, że nawet operator wyznaczony świadczący w końcu usługi powszechne, a więc o wysokim priorytecie ma ustalone łagodniejsze wymogi dotyczące terminowości doręczeń. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego przesyłki listowe najszybszej kategorii mogą być doręczone w terminach D +1 do D+3. Nie jest to bezprawne ustanowienie zasad, ale wynika z dokładnej analizy i chęci osiągnięcia jak najwyższej jakości realizacji usługi połączonej z koniecznością jej jak najszybszej realizacji. Opisane rozwiązanie stanowi więc kompromis, który sam z siebie ustanawia wysokie standardy, gdyż operator wyznaczony przynajmniej z założenia powinien takie spełniać. Zostały one ustanowione również ogólnie przez Państwo Polskie, tak więc ewentualny argument o irrelewantności tego powołania jest bezpodstawny.

W odniesieniu do przesyłek najszybszej kategorii, dla której termin doręczenia został ustalony na poziomie D+1, wskazujemy, że doręczenie przesyłek w powyższym terminie nie może być zapewnione w pełni przez żadnego operatora pocztowego świadczącego usługi w tym operatora wyznaczonego (Pocztę Polską S.A.) . W tym miejscu warto wskazać na Raport Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej za 2014 rok, w którym wskazano, że Poczta Polska S. A dostarcza

jedynie 65,4 % przesyłek listowych najszybszej kategorii w terminie D+1 ,co stanowi odstępstwo od procentowych wskaźników przebiegu przesyłek w stosunku do deklarowanych terminów doręczeń określonych w Rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013 r. poz. 545). Co więcej, oznacza to, że operator wyznaczony, który musi działać z największą możliwą starannością, nie jest w stanie sprostać wymogom i niecałe 35% przesyłek byłoby w jego przypadku doręczona po terminie. Natomiast instytucja ta powinna służyć w przypadku jedynie niewykonania zobowiązań na ich należytych poziomie czyli choćby takim jaki jest wymagany w powołanym Rozporządzeniu.

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o złagodzenie wymogów dotyczących doręczeń, przynajmniej w takim zakresie jak wynika właśnie z powołanego rozporządzenia. Wykonawca pragnie ponadto zaznaczyć, że proponowane terminy są terminami ostatecznymi, nie oznacza to jednak, że każda przesyłka będzie dostarczana dopiero pod koniec tych terminów wręcz przeciwnie. Każdą przesyłkę Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć w jak najszybszym czasie i z pewnością część z nich będzie dostarczana w czasie D+1 (gdzie „D” to dzień nadania).

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o złagodzenie wymogów dotyczących doręczeń. Proponuje przy tym wprowadzenie zapisu do wzoru umowy, zamiast wszelkich innych zapisów dotyczących terminowości: *„Doręczenie przesyłek powinno być wykonywane w jak najkrótszym czasie, jednak nie dłużej niż wynika to z terminowości doręczeń z Rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego”*

Odpowiedź:

Doręczanie przesyłek winno odbywać się w terminach określonych w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego. Zamawiający dokonał stosownych zmian zapisów pkt 3.3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ).

Pytanie Nr 2

Zgodnie z § 5 ust.1 oraz 2 wzoru umowy, Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek każdorazowego zgłoszenia zamiaru zatrudnienia podwykonawców, przedłożenia Zamawiającemu umowy z podwykonawcami, w celu uzyskania jego zgody na danego podwykonawcę oraz wskazuje, że zakres prac podwykonawcy będzie stanowił załącznik do umowy.

Powyższe zastrzeżenia są niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W ramach zamówień publicznych, co do zasady udział podwykonawców, a także dalszych podwykonawców w realizacji zamówienia jest dopuszczalny bez ograniczeń. W przepisach art. 36a i 36bPP ustawodawca wskazuje podstawowe warunki udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Z brzmienia tych przepisów wynika, iż poza kwalifikowanymi przypadkami realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców (tj. powołania się na ich potencjał przy wykazywaniu warunków udziału w postępowaniu) wykonawca ma pełną swobodę powierzenia całości lub części przedmiotu zamówienia do realizacji podwykonawcy.

Oznacza to, iż Zamawiający nie jest uprawniony do kontrolowania czy innego ingerowania w stosunki wykonawcy z podwykonawcami, i to bez względu na etap postępowania przetargowego czy współpracy stron (czy to na etapie składania ofert, przed podpisaniem umowy, czy po jej podpisaniu i rozpoczęciu świadczenia usługi), jak również stawiania wymogu odnośnie formy czy treści umowy. W związku z powyższym wykonawca może zawrzeć swobodnie umowę z wybranym przez siebie podwykonawcą, posłużyć się dalszymi podwykonawcami, jak również zmienić podwykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, jak również dowolnie sformułować zapisy umowne i to bez względu na stanowisko Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto, z analizy powołanych przepisów nie wynika możliwość żądania przez Zamawiającego przedłożenia mu projektu umowy zawartej z podwykonawcami lub wpływania na ich wewnętrzne stosunki w inny sposób – formę umowy zawartej z podwykonawcą czy elementów jej treści itp. Analogicznie również w przypadku dalszych podwykonawców. Stąd też, wskazane zapisy są niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami PZP.

Wydaje się w związku z powyższym, że Zamawiający błędnie opiera cytowane zapisy SIWZ m. in. na przepisie art. 143b PZP (jak również innych dot. zamówień na roboty budowlane), który uprawnia Zamawiającego do uzależnienia wyboru/zmiany podwykonawcy przez wykonawcę, czy też zawarcia umowy przez wykonawcę z pierwotnym podwykonawcą, jak również konieczności wprowadzenia określonych zapisów umownych, od ich zgody w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane. Wskazać należy, iż przedmiotowe postępowanie dotyczące świadczenia usług pocztowych nie może być w żaden sposób zakwalifikowane jako zamówienie publiczne, którego przedmiotem są roboty budowlane. To oznacza, że zapisy te nie mają tu zastosowania – co więcej, nie mogą być stosowane owszako ustawodawca wskazałby, że przepisy te mają zastosowanie również w innych rodzajach zamówień, a nie zrobił tego – prawdopodobnie dlatego, że rozwiązania te są trudne do zastosowania w praktyce w umowach o świadczenie usług).

Co do konieczności sporządzenia załącznika do umowy – Wykonawca wskazuje, że realizacja usług przy pomocy podwykonawców, mimo brak wskazania w ofercie zamiaru powierzenia im części zamówienia do realizacji, stanowi jedynie nieistotną zmianę umowy, i nie jest podstawą do odstąpienia od umowy. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

Izba wskazuje, że nawet w sytuacji uznania, że usługi serwisowe byłyby świadczone przez podmiot trzeci, to samo niewypełnienie żądań Zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o podwykonawstwie w sytuacji gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych. Podanie informacji o zakresie podwykonawstwa ma wyłącznie walor informacyjny, nie rodzi żadnego zobowiązania co do sposobu wykonania zamówienia (KIO 596/13).

Konieczność zaś sporządzenia tego dokumentu pociąga za sobą analogiczna konieczność jego anektowania w razie chęci zmiany zakresu prac powierzonych podwykonawcy. Spowoduje to znaczne przedłużenie tego procesu i de facto ograniczenie swobody decyzyjnej. Wykonawca co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż aneks do umowy jest zależny od woli dwóch stron – czyli także od Zamawiającego, natomiast fakt powierzenia części zamówienia podwykonawcy powinien być zależny od woli jedynie Wykonawcy właśnie.

Wykonawcom którym zabrania się swobodnego korzystania w pełnym zakresie z podwykonawstwa w realizacji przedmiotu zamówienia, utrudnia się

jednocześnie dostęp do realizacji przedmiotu zamówienia co narusza jednocześnie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP i może być przyczynkiem do wszczęcia kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na marginesie dodać należy, że Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność za wszelkie czynności, których wykonanie powierzył Podwykonawcom, a Wykonawca odpowiada za działania i zaniedbania podwykonawców i dalszych podwykonawców jak za swoje własne, więc wskazane wymogi są bezzasadne z perspektywy ochrony interesów Zamawiającego. Znamienny jest również fakt, iż wskazani przez wykonawcę podwykonawcy (zarówno pierwotni jak również przystępujący do realizacji przedmiotu zamówienia już na etapie świadczenia usług po podpisaniu umowy) nie muszą w ogóle brać udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca może przecież samodzielnie wykonywać przedmiot zamówienia, a podwykonawcami posługiwać się jedynie wyjątkowo, celem usprawnienia procesu realizacji zamówienia (i możliwe jest, że mimo deklaracji posłużenia się podwykonawcami – nie zajdzie konieczność skorzystania z nich). Wskazane zapisy są więc bezzasadne i pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o bezwzględne usunięcie zapisów naruszających przepisy obowiązującego prawa i zasady równego traktowania i zapewnienia uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP).

Odpowiedź

Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 5 do SIWZ.

Pytanie Nr 3

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o precyzyjne wskazanie zakresu nieprawidłowości za które mogą być na niego nałożone kary umowne, uregulowane w zapisach § 6 ust.1 pkt 1 Umowy i potwierdzenie, że Zamawiający ma na myśli wyłącznie zwłokę w odbiorze przesyłek (§ 1 ust.4 i 5), gdyż Umowa w żadnym innym miejscu nie wskazuje konkretnych terminów, które Wykonawca mógłby naruszyć.

Jednocześnie Wykonawca wraca uwagę, że zastrzeżona kara umowna jest przede wszystkim za wysoka z perspektywy zakresu, specyfiki przedmiotu zamówienia oraz wysokości umowy. W orzeczeniu KIO//Uzp 1839/09 z dnia 19 lutego 2012 roku KIO badała ustalenia w zakresie kar umownych i uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu dokonanie w tym zakresie modyfikacji SIWZ. W ocenie izby, o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się.

Zdaniem Wykonawcy, konstrukcja zapisu wprowadza nierówno rzędną 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 to poza unormowania art. 353¹ k.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 prawo zamówień publicznych, nie można prawa podmiotowego nadużywać”.

Należy również podkreślić, że w PZPZ nie została uregulowana kwestia kar umownych, stąd też w tym wypadku stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego (KC) w tym zakresie, zgodnie z odesłaniem znajdującym się w art. 139 ust.1 ustawy PZP. Zastosowanie znajduje więc w tym przypadku kodeksowa regulacja zasady swobody umów (art.353¹ KC), która nie ma charakteru absolutnego, a jej granice wyznaczają m.in. właściwość stosunku prawnego czy zasady współżycia społecznego. W tej mierze wielokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu wyroku z dnia 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/UZP 1698/10 *‘Słuszne są twierdzenia odwołującego, że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego czy to zamówień publicznych nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokość, 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 w odwołaniu”.*

Wykonawca podnosi zatem wniosek wskazany na wstępie i jednocześnie zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o rewizję jego stanowiska w zakresie kar umownych i stosowne ograniczenie ich wysokości, tak by wprowadzić równorzędną i zgodną z prawem relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą. Wykonawca proponuje modyfikację zapisów § 6 ust.1 pkt 1 i 2 Umowy poprzez zmianę „ 1% kwoty brutto wynagrodzenia określonego niniejszą umową” na „ 1 % kwoty brutto miesięcznego wynagrodzenia określonego niniejszą umową ustalonego na podstawie ostatniej faktury”

Odpowiedź

Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 5 do SIWZ. Kary umowne reguluje Rozdział 8 ustawy Prawo pocztowe.

Pytanie Nr 4.

W projekcie umowy §1 pkt 4 oraz w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 8 Zamawiający określił, że:

„Przesyłki pocztowe będą dostarczane przez Wykonawcę do siedziby Zamawiającego pokój 108 - I piętro, w każdy dzień roboczy w poniedziałki w godzi 09:00 – 09:30, wtorek – piątek w godz. 08:00 – 08:30.”.

Przedmiotem zamówienia nie jest dostarczanie korespondencji adresowanej do Zamawiającego. Czy Zamawiający wykreśli zapisu dotyczące dostarczania korespondencji do siedziby Zamawiającego, biorąc pod uwagę fakt, że czynność ta nie jest przedmiotem zamówienia?

Odpowiedź

Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 5 do SIWZ.

„Zwrotne potwierdzenia odbioru i zwroty będą dostarczane przez Wykonawcę do siedziby Zamawiającego pokój 108 - I piętro, w każdy dzień roboczy w poniedziałki w godzi 09:00 – 09:30, wtorek – piątek w godz. 08:00 – 08:30.”.

Pytanie Nr 5

W celu prawidłowej realizacji usług, poprawności doręczania przesyłek oraz ewidencjonowania przesyłek rejestrowanych niezbędne jest odpowiednie przygotowanie korespondencji na etapie nadawczym. W związku z tym Wykonawca prosi o informację czy może uznać, że Zamawiający przekazując przesyłkę rejestrową zadba, aby każda z nich została kolejno wpisana w oddzielną pozycję książki nadawczej oraz oznaczona w sposób czytelny: nazwą odbiorcy wraz z jego adresem, rodzajem przesyłki, pieczętka (nazwą Zamawiającego) oraz została oklejona kodami kreskowymi służącymi do rejestrowania przesyłki?

Odpowiedź

TAK z wyłączeniem oklejenia kodami kreskowymi służącymi do rejestrowania przesyłki.

Pytanie Nr 6

W treści załącznika do formularza ofertowego Zamawiający wyodrębnił (dla każdego z rodzaju przesyłek pocztowych) pola uzupełnienia przez Wykonawcę: cena jednostkowa brutto. Ocenie w ramach kryterium cenowego podlega cena brutto obejmująca sumę wszystkich wymaganych świadczeń. W ocenie Wykonawcy sposób sporządzenia formularza cenowego jest wadliwy i narusza zasadę uczciwej konkurencyjności.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego operator wyznaczony Poczta Polska S.A. składa oferty z dwiema stawkami podatku VAT: 23 % oraz stawka zwolniona. Tym samym brak wyodrębnienia miejsca na podstawie kwoty netto oraz wysokości należnego podatku VAT w formularzu cenowym uniemożliwić będzie wykonanie umowy (zgodnie z zapisem umowy pkt 41 ppk3 ppkt 4). W szczególności należy pamiętać o treści art. 142 ust. 5 pkt 1 PZP w zakresie odnoszącym się do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług. Brak wiedzy na temat zastosowanej stawki VAT dla każdej jednostkowej pozycji formularza uniemożliwić będzie w praktyce zastosowanie art. 142 ust. 5 pkt 1.

Wykonawca zwraca uwagę na zasadę uczciwej konkurencji w odniesieniu do umożliwienia wykonawcom innym niż Poczta Polska S. A. dokonania oceny dopuszczalności zastosowania przez operatora wyznaczonego stawki VAT „zwolniona” w odniesieniu do poszczególnych oferowanych świadczeń. Możliwość zastosowania zwolnienia znacząco wpływa na wynik postępowania dając znaczną przewagę w ramach oferowanej ceny operatorowi wyznaczonemu. Tym samym w interesie publicznym w celu zachowania uczciwej konkurencji leży ujawnienie tej informacji w składanych ofertach. Dodatkowo Wykonawca informuje, że od dnia 1 lipca 2015 r. wprowadzono nowy obowiązek dla Wykonawców – art. 91n ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych. Zmianę wprowadzono ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym przystępując do udziału w postępowaniu (składając ofertę) wykonawcy winni informować n zamawiającego, czy wybór ich oferty będzie prowadzić do powstania u nich obowiązku podatkowego, w szczególności powinni wskazać:

- nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawca lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego oraz
- wartość tego towaru lub usługi bez VAT

Uwzględnienie w formularzu oferty cen netto i stawki VAT jest niezwykle ważne także z punktu widzenia procedury przetargowej w czasie której Zamawiający zobowiązany jest szczegółowo zbadać oferty, także na okoliczność błędu w obliczeniu ceny. W tym miejscu należy zasygnalizować, że przyjęte przez wykonawcę błędne stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, co zostało potwierdzone zarówno przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (Zob. w szczególności wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 1504/14, KIO 746/14, KIO 2695/12, KIO 2729/11), jak również Sądu Najwyższego, który w uchwale o sygn, akt III CZP 92/11 stwierdził, że *„podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczonej określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki VAT. (...) W tej sytuacji przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania ceny oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny (...) ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątplenia elementem cenotwórczym”*.

Warto zaznaczyć, że powyższe znajduje swe odbicie w praktycznej działalności zamawiających, którzy w toku prowadzonych przez siebie postępowań piargowych odrzucili oferty, w których wskazano błędną stawkę VAT, czego przykładem np. świadczenie usług pocztowych, kolejno dla Urzędu Miasta Milanówek (nr sprawy: TOM.271.1.23.2014), Miasta i Gminy Pleszew (nr sprawy ZP.271.49.2014), Urzędu Skarbowego w Gryficach (nr sprawy OJ/251-166/14) czy Urzędu Skarbowego w Kamieniu Pomorskim (nr sprawy: OI.251/2/14)).

W związku z powyższym, stojąc na stanowisku, że brak wyodrębnienia w formularzu kwot netto narusza zasadę uczciwej konkurencji i stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o uwzględnienie wniosku w zakresie wprowadzenia w formularzu ofertowym osobnych kolumn/rubryk, celem możliwości wpisania cen za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówieni wyrażonych również w wartości netto lub wskazania naliczonej stawki podatki VAT.

Odpowiedź

Zgodnie z wyrokiem KIO 49/11 z dnia 20 stycznia 2011 r. Zamawiający nie ma obowiązku żądania od Wykonawców wskazania wyodrębnienia kwoty podatku, lecz jedynie ujęcia jej w cenie. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby po rozważeniu charakteru przedmiotu postępowania, wymagać podania w ofertach wyłącznie ceny brutto.

Sposób określenia ceny – brutto, netto i VAT należy do Zamawiającego. Powołane przez Wykonawcę orzecznictwo KIO i żadne inne nie zmusza Zamawiającego do podania w formularzu ofertowym oprócz cen brutto - ceny netto i VAT.

Zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp każdy Wykonawca składając ofertę informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego wskazując nazwę, rodzaj dostawy lub usługi która prowadzić będzie do jego powstania oraz ma obowiązek wskazać wartość bez kwoty podatku.

Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Tym samym Zamawiający może żądać podania od Wykonawcy ceny brutto.

Zamawiający nie dokona zmian w Formularzu ofertowym.

Pytanie Nr 7.

Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o dostosowanie godzin odbioru korespondencji do możliwości logistycznych Wykonawcy i zmianę ich w przedziale od godz. 14:30 do 15:00 na od 13:30 do 15:00.

Odpowiedź

Przedmiot zamówienia nie obejmuje usługi przewozowej. Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 5 do SIWZ.

Pytanie Nr 8

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o modyfikację załącznika do formularza ofertowego poprzez dodanie do tabeli odpowiedniego wiersza umożliwiającego skalkulowanie ceny usługi odbioru korespondencji poprzez dodanie ceny za miesięczny odbiór. Wykonawca świadczy odbiór korespondencji jako odrębną usługę. Jednocześnie prosimy o uwzględnienie faktu, że usługa odbioru korespondencji jest usługą opodatkowaną podatkiem VAT.

Odpowiedź

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest świadczenie usług pocztowych, a nie usługi przewozowej.

Pytanie Nr 9

Zamawiający w pkt 11 Załącznika nr 1 do SIWZ pisze: „przesyłki pocztowe nadawanie przez Zamawiającego muszą być doręczone zgodnie z przepisami o doręczeniach określonych w Kodeksie postępowania administracyjnego”. Czy w związku z tym Zamawiający przewiduje:

a) nadawanie przesyłek zgodnie art.57 paragraf 5, pkt 2 KPA

b) nadawanie przesyłek zgodnie z art. 17 ustawy PP

Jeżeli tak wnioskujący wnosi o podanie procentowego udziału przesyłek nadawanych w w/w trybach.

Odpowiedź

Doręczenia regulują przepisy art. 39 - 47 Kodeksu postępowania administracyjnego.

Zamawiający nie przewiduje wysłanie przesyłek zgodnie art.57 § 5 pkt 2 KPA i z art. 17 ustawy PP.

Pytanie Nr 10

Czy przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych czy również inne usługi, w tym usługi pośrednictwa w świadczeniu usługi pocztowej – usługi przewozowej?

Czy Zamawiający dopuszcza nadawanie przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej przez postańca w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego?

Wykonawca wskazuje, iż w przypadku dopuszczenia nadania przesyłem przez postańca dla Zamawiającego i jego jednostek będzie wiązało się wykonywaniem dodatkowych czynności co przełoży się na wzrost pracochłonności a także wpłynie na zwiększenie kosztów ponoszonych przez Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Wykonawca prosi o odpowiedź na poniższe pytania:

- 1) Czy Zamawiający zakłada, że będzie zobowiązany do podziału korespondencji i tworzenia odrębnych dokumentów nadawczych dla przesyłek nadawanych w imieniu i na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę?
- 2) Czy Zamawiający dopuszcza możliwość nanoszenia przez Zamawiającego innych nadruków/opłat na przesyłkach, które będą nadawane u różnych operatorów?
- 3) Czy Zamawiający zakłada, iż odbiór awizowanych przesyłek, które nie byłyby realizowane przez operatora pocztowego byłyby możliwe w różnych placówkach pocztowych – zarówno u operatora wyznaczonego jak i innego operatora?
- 4) Czy Zamawiający uwzględnił, iż Prawo pocztowe (Rozdział 8) przewiduje odpowiedzialność operatora pocztowego za świadczoną przez niego usługę. W przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający nie będzie mógł dochodzić odszkodowania od pośrednika ponieważ pośrednik nie będzie realizował dla niego usługi pocztowej
- 5) Czy Zamawiający uwzględnił, iż w przypadku świadczenia usług przez pośrednika. Na Zamawiającym będzie spoczywał obowiązek uiszczenia opłaty za zwrot przesyłek do Nadawcy (po wyczerpaniu możliwości jej doręczenia adresatowi)? To element występujący w przypadkach odmowy przyjęcia

przesyłki przez adresata bądź nieodebrania przesyłki po awizacji w określonym przepisami czasie. Stawka opłaty za zwrot przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia/wydania odbiorcy, której nadanie zostało opłacone znaczkiem pocztowym, pobierana byłaby na podstawie oraz zgodnie z cennikiem usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym od Nadawcy tj. Zamawiającego. Opłata zostanie pobrana w formie gotówki, przed wydaniem przesyłki przez listonosza. Podstawę prawną do żądania zapłaty za zwrot przesyłek stanowi art. 32 Prawa Poczтового, zgodnie z którym „Przesyłkę pocztową, której nie można doręczyć adresatowi, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca nadawcy. Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie.

- 6) Czy Zamawiający jest świadomy, iż będzie zobowiązany dołączając różne druki potwierdzenia odbioru do nadawanych przesyłek – jedne wymagane przez operatora wyznaczonego, zaś drugie wymagane przez innego operatora? Wykonawca nadmienia, także że w takiej sytuacji będzie występować inny sposób wykonania usługi – właściwy dla danego operatora pocztowego, przy czym na druku potwierdzenia odbioru będzie pojawiać się nadawca przesyłki nazwa operatora pocztowego, który w imieniu i na rzecz będzie nadawał przesyłki u operatora pocztowego. Powyższe budzi ryzyko, możliwości wykorzystania takiego dowodu odbioru przesyłki w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego jako dowodu.
- 7) Czy Zamawiający analizował czy i w jaki sposób będzie dokonywał rozliczeń z pośrednikiem w zakresie zwrotu poniesionych opłat na rzecz operatora wyznaczonego za zwroty przesyłek? Jakie skutki wywoła to rozliczenie na gruncie podatku VAT? Ustawa o podatku VAT przewiduje dwie możliwości rozliczania kosztów poniesionych przez jeden podmiot ale związanych z działalnością innego podmiotu:

- a) poprzez refakturowanie (art. 8 ust.2a ustawy o VAT), bądź
b) na zasadzie zwrotu kosztów (art. 29 ust.7 pkt 3 ustawy o VAT).

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez renomowanych doradców podatkowych, a wynikających z obowiązujących przepisów oraz licznym, orzecznictwie w kwestiach podatkowych w przypadku kosztów ponoszonych przez Zamawiającego na rzecz Operatora wyznaczonego z tytułu zwrotów nieodebranych przesyłek brak będzie podstaw do refakturowania. Zamawiający jako nadawca przesyłek będzie bowiem w takiej sytuacji nabywcą i ostatecznym beneficjentem usług Operatora wyznaczonego. Zamawiający będzie wówczas występował jako nabywca usług na rzecz osoby trzeciej – faktycznego beneficjenta usługi, jak to zostało określone w art. 8 ust.2a ustawy o VAT.

Natomiast zwrot kosztów, o którym mowa w art. 29a ust.7 pkt 3 ustawy o VAT, jest dokonywany poza rozliczeniem VAT. Zgodnie ze wspomnianym przepisem, „podstawa opodatkowania nie obejmuje kwot otrzymanych od nabywcy lub usługobiorcy jako zwrot udokumentowanych wydatków poniesionych w imieniu i na rzecz nabywcy usług lub usługobiorcy i ujmowanych przejściowo przez podatnika w prowadzonej przez niego ewidencji na potrzeby podatku”. Dla zastosowania tej regulacji konieczne jest wystąpienie podatnika działającego w imieniu i na rzecz podmiotu, za który poniósł koszty.

Czy w tej sytuacji Zamawiający świadczy usługi na rzecz innego operatora pocztowego? W naszej ocenie koszty poniesione na rzecz operatora wyznaczonego będą poniesione we własnym imieniu przez Zamawiającego.

Jednym z obowiązków nałożonych na podatnika VAT jest dokumentowanie czynności podlegających opodatkowaniu VAT dokonanych na rzecz podmiotów za pomocą faktur (art. 106b ust. 1). Przepisy podatkowe szczegółowo regulują sposób wystawiania faktur, a także zakres danych, jakie powinny zostać ujęte na fakturze. Zgodnie z art. 106e ust. 1 ustawy o VAT, faktura powinna zawierać m. in. datę wystawienia, imiona i nazwiska lub nazwy podatnika i nabywcy towarów lub usług oraz ich adresy, nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, miarę i ilość (liczbę) dostarczonych towarów lub zakres wykonanych usług.

- 8) Czy Zamawiający, w przypadku dopuszczenia możliwości nadawania przesyłek przez Operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego, jest świadomy, iż faktycznym Nadawcom przesyłek będzie wówczas operator pocztowy, a nie Zamawiający? Powyższe może budzić wątpliwości adresatów przesyłek oraz organów, którym Zamawiający będzie przedstawiał dowody nadania korespondencji.
- 9) Czy Zamawiający, w przypadku dopuszczenia możliwości nadawania przesyłek przez operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego, dokona modyfikacji treści SIWZ w taki sposób, aby jednoznacznie zostały opisane wszystkie warunki świadczenia usług zarówno usług pocztowych jak usług pośrednictwa, bowiem w przypadku braku stosownych zmian, samo dopuszczenie nadawania przesyłek w imieniu i na rzecz Zamawiającego powoduje, że zapisy SIWZ będą stały w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawą Prawo pocztowe.
- 10) Czy Zamawiający akceptuje ryzyko związane z opóźnieniem nadania przesyłek przez operatora pocztowego, dla których dzień nadania przesyłki ma być ostatnim dniem zachowania terminu określonego kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej? Czy Zamawiający uwzględnił, iż to Zamawiający poniesie konsekwencje wynikające z niedochowania terminu złożenia pisma w ostatnim dniu?

Odpowiedź

Postępowanie dotyczy świadczenia usług pocztowych, a nie usługi przewozowej. Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Pytanie Nr 11

Czy Zamawiający powołując się na zapisy w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 10, wymaga aby placówki pocztowe Wykonawcy spełniały następujące warunki:

- a) oznakowane w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy, umieszczonym w obrębie witryny jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy,
- b) gdy znajdują się w lokalu, w którym prowadzona jest inna działalność gospodarcza, muszą posiadać wyodrębnione stanowisko obsługi klientów w zakresie usług pocztowych oznakowane w sposób widoczny lub logo Wykonawcy.

W celu zabezpieczenia interesów Zamawiającego, Wykonawca prosi o podanie informacji, w jaki sposób będzie wyglądała weryfikacja placówek. Jednocześnie

Wykonawca wnosi o zapis umożliwiający rozwiązanie umowy w przypadku negatywnej weryfikacji placówek Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga aby placówki pocztowe były oznakowane w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy, umieszczonym w obrębie witryny jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy

Pytanie Nr 12.

Prosimy o uszczegółowienie zapisów SIWZ w odniesieniu do wymogu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W rozdziale XII SIWZ kt 12.10 Zamawiający informuje, że wadium zostanie zatrzymane wraz z odsetkami jeśli Wykonawca między innymi nie wniesie należytego wykonania umowy. Natomiast w rozdziale XX SIWZ pkt 20.1 czytamy, iż Zamawiający nie wymaga wniesienia takiego zabezpieczenia.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmian w Rozdziale XII pkt 12.10 ppkt 2) SIWZ.

Pytanie Nr 13.

Wykonawca prosi o jednoznaczne doprecyzowanie, czy w Rozdziale XVI pkt.16.3 – Formuła oceny ofert, Zamawiający ma na myśli wartość oferty dla poszczególnych przesyłek stanowiących iloczyn ilości i ceny jednostkowej.

Odpowiedź:

Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt.16.3 SIWZ formuła oceny ofert dotyczy sumy cen jednostkowych, a nie iloczynu ilości i ceny jednostkowej.

Pytanie Nr 14

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazuje godziny doręczania przesyłek przychodzących do Zamawiającego. Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztowe art.46 ust.2 pkt 5 zobowiązany jest do doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż 5 dni w tygodniu z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy. Jednocześnie Wykonawca informuje, że zobowiązanie operatora wyznaczonego do doręczania przesyłek w określonych godzinach w istotny sposób narusza zapisy art. 46 ust.2 pkt 1 , który obliguje go do świadczenia usług powszechnych w sposób jednolity w porównywalnych warunkach. Ponadto doręczenie korespondencji do Zamawiającego nie jest przedmiotem postępowania, a a obowiązkiem ustawowym Wykonawcy jako operatora wyznaczonego i dotyczy przesyłek nadawanych za jego pośrednictwem. Dodatkowo zwracamy uwagę, że doręczenie przesyłki jest konsekwencją umowy zawartej z Nadawcą w chwili nadania, a Zamawiający występuje e tym wypadku w roli adresata i nie jest stroną umowy o nadanie. Wobec powyższego Wykonawca prosi o modyfikację zapisu w zakresie rezygnacji z określenia konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących od oddziałów Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Pytanie Nr 15

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 9 wskazał, że Wykonawca ma również odbierać przesyłki z siedziby Zamawiającego -pok.204 - II piętro w każdy dzień roboczy w godzinach 14:30 – 15:00. Wykonawca informuje, że odbiór przesyłek z siedziby Klienta nie jest usługą pocztową tym bardziej powszechną – odbiór przesyłek jest usługą transportową i opłata za nią nie może zostać wliczona w cenę jednostkową opłaty pocztowej za usługi listowe bądź paczkowe. Poczta Polska S.A jako operator wyznaczony, zobligowany jest do świadczenia usług w oparciu o zapisy wynikające z Prawa pocztowego. Zapisy łączące opłaty za usługi pocztowe i odbiór w jednej pozycji w praktyce uniemożliwia przystąpienie do przetargu i jest to sprzeczne z art. 7 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, mówiących o równym traktowaniu wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie Wykonawca informuje, że usługa transportowa podlega abonamentowej opłacie miesięcznej uzależnionej o zadeklarowanych dni odbioru w miesiącu.

Wobec powyższego zwracamy się z prośbą o uzupełnienie tabeli asortymentowo – cenowej o pozycję „odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego”.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Pytanie Nr 16

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość usunięcia zapisów w Załączniku nr 5 do SIWZ w projekcie umowy § 6 w całości, ponieważ Operator wyznaczony zgodnie z ustawą Prawo pocztowe jest ustawowo zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są prowadzonym postępowaniem. Odpowiedzialność Operatora wyznaczonego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług/umowy określa Rozdział 8 wspomnianego Prawa Poczтового.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 5 do SIWZ.

Pytanie Nr 17

Czy mając na uwadze najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślając 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 XVI 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. W

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 7u kwartalnych raportów (do 15 dnia następnego miesiąca kalendarzowego) obejmujących

informacje o liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę 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 stanowiło 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 28 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 pracy¹

Zatem w ustawie nowelizującej przyznano zamawiającemu tak uprawnienia do określania 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 czynności (art., 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp), jak i możliwości 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 znowelizowanie brzmienia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp było, zatem premiowanie tych wykonawców, którzy w swej działalności respektują zasady praworządności i dbałości o dobro wspólne i wyrównywanie ich szans 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, występujących pomiędzy podmiotami zatrudniającymi pracowników na podstawie umowy o pracę a tymi, którzy nakaz z art. 22 § 1 Kodeksu pracy omijają². W związku z tym, posługiwanie

¹ W pkt 98 preambule do dyrektywy 2014/24/UE uznaje się niezbędne, aby kryteria udzielania zamówień lub co same warunki jego realizacji dotyczyły społecznych aspektów procesu produkcji lub miały społeczny związek z zamawianymi usługami bądź robotami budowlanymi.

² Por. uzasadnienie do ustawy nowelizującej, gdzie wskazano, że *najpewniejszą ochronę prac osób wykonujących pracę najemną zapewnia umowa o pracę. Dotyczy to także aspektów dotyczących samego stosunku pracy (przede wszystkim wynagrodzenia co najmniej równego wynagrodzenia minimalnego za pracę) jak i zabezpieczenia w razie choroby, czy wypadku. Wszystkie te funkcje gwarancyjne są kosztowne. Przedsiębiorcy zatrudniający na podstawie umowy o pracę*

się kryteriami społecznymi przy ocenie ofert, nie tylko nie zaprzecza konkurencyjności, ale umożliwia pełną realizację tej zasady i rzeczywistą konkurencję pomiędzy operatorami pocztowym³. 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 zatrudnienia 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 siedziba w Warszawie (nr postępowania: 125/Błil/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 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 niniejsze pisma, ma duże znaczenie ma kryterium społecznego oraz jego walory wskazuje również najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 15 czerwca 2015 roku, sygn. Akt KIO 1040/15 Izba stwierdziła, iż zamawiający mają prawo wprowadzenia do kryteriów oceny ofert klauzul o charakterze społecznym, na które położył nacisk sam ustawodawca w ostatniej nowelizacji. Co więcej podkreśla, 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 zawiązanie 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 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 uwagi na charakter tych zamówień. *Fakt spełnienia organizacji, gdzie kreślone 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 pozwalałaby 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 obrotu gospodarczego”. Koszty

ponoszą znacznie większe koszty od przedsiębiorców angażujących personel w inny sposób, nie wspominając o działaniach na granicy prawa (w tzw. szarej strefie)

³ Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2014 r. Syg. akt KIO 2354/14

tego procesu ponoszą nie tylko pracodawcy a także pracownicy, system zabezpieczenia społecznego, system opieki zdrowotnej i w konsekwencji budżet państwa”. Wydatki publiczne winny być 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 warunków 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 być postrzegane również 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 roku sygn. akt. 2354/14 uznała – w odniesieniu do zbliżonego przedmiotu zamówienia (tj. postępowania zaświadczenie 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 zatrudnienia 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 wnioskuje do Zamawiającego o rozszerzenie kryterium oceny ofert o następujący warunek:

- Liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę – 30 %

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

$Z x$

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

$Z \text{ max}$

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 15.08.2015 r
2. $Z x$ –liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 15.08.2015 r. wynikająca z oferty badanej,
3. $Z \text{ max}$ – największa liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 15.08.2015 r. wynikająca 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, 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:

Zamawiający nie dokona zmian formuły oceny ofert.

Pytanie Nr 18

Ze względu na konieczność rzetelnego przygotowania oferty, Wykonawca wnosi o przedłużenie terminu składania ofert do dnia 25.08.2015 roku do godz. 10:00

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmian terminu składania ofert w Ogłoszeniu o zmianie Ogłoszenia o zamówieniu i Ogłoszeniu o zmianie SIWZ.

STAROSTA
Sławomir Morawski