

Uczestnicy postępowania

Dot.: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych dla Urzędu Miasta i Gminy w Staszowie w 2016r.”

Zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013r. poz. 907 z późn. zm.) w odpowiedzi na zapytania dotyczące w/w zamówienia wyjaśniam:

Pytania I

„Wykonawca na podstawie art. 38 ust.1 ustawy z dnia 20 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2013r. poz. 907 z późn. zm.) dalej ustawa pzp zwraca się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie następujących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych dla Urzędu Miasta i Gminy w Staszowie w 2016r.”:

Pytanie nr 1:

Odnosnie punktu I. 1 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ) Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, jakie inne usługi pocztowe w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych – poza wymienionymi w ppkt 1) do ppkt 6)- będą wchodzić w zakres przedmiotu zamówienia. Zaznaczamy, iż udzielenie odpowiedzi jest konieczne dla przygotowania oferty i jej należytego skalkulowania.

Pytanie nr 2:

Odnosnie punktu I.1 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ) Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie ppkt 4 – mowa jest o przesyłkach pobraniowych czy Zamawiający pod pojęciem tym rozumie: przesyłki pocztowe z usługą pobrania – priorytetowe i ekonomiczne.

Pytanie nr 3:

Nawiązując do punktu III.2 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ) zgodnie, z którym Zamawiający wymaga, aby punkty odbioru niedoręczonych pod adres przesyłek (awizowanych) znajdowały się na terenie danej gminy lub gminy sąsiadującej, Wykonawca zwraca się z zapytaniem w jaki sposób (jakimi dokumentami) należy wykazać spełnienie powyższego wymogu.

Pytanie nr 4:

Wobec wskazania przez Zamawiającego w punkcie IV Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ) orientacyjnych ilości przesyłek przewidzianych do wysłania w okresie od 01.01.2016 do 31.12.2016 r., wnosimy o wskazanie jakie wartości minimum lub maksimum i maksimum w zakresie ilości nadawanych przesyłek Zamawiający szacuje dla niniejszego postępowania. Wykonawca podkreśla, iż zgodnie z orzecznictwem – w przypadku usług pocztowych – Zamawiający może określić szacunkowe ilości usług, zobowiązany jest jednakże zagwarantować minimalną ilość usług, a dopuszczalny poziom różnicy pomiędzy ilościami szacunkowymi, a ilościami minimalnymi wynosi ok. 10 % do 20% (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009r., sygn. akt KIO/UZP 843-09 oraz wyrok KIO z dnia 1 marca 2011r., sygn. akt KIO 298/11).

W przypadku niemożności wskazania ilości minimum wnosimy o wskazanie ilości nadanych przesyłek w okresie trzech ostatnich lat celem pozyskania informacji o zakresie zamówienia i dokonania wyceny oferty.

Pytanie nr 5:

Wobec warunku o którym mowa w punkcie VIII Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ) w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie przyjęcia przesyłek poprzez sortowanie, przemieszczanie aż do doręczania, wydania lub zwrotu przesyłek (tj. doręczyciele – listonosze, osoby wydające korespondencje, osoby odbierające korespondencje z siedziby Zamawiającego) z uwzględnieniem personelu podwykonawców, wnosimy o doprecyzowanie w jaki sposób Wykonawca winien wykazać spełnienie niniejszego warunku.

Pytanie nr 6:

Wnosimy o wyjaśnienie brzmienia § 3 Projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ), odnośnie zasad odbioru przez Wykonawcę z siedziby Zamawiającego przesyłek do wyekspediowania. Czy ma on następować całkowicie nieodpłatnie? Wyjaśniamy, iż żaden z wykonawców działających na rynku nie świadczy usług

nieodpłatnie – powyższe może i dla wykonawcy i dla zamawiającego mieć konsekwencje na gruncie podatkowym.

Usługa ta może być płatna w sposób jawny – np. poprzez wyszczególnienie lub wliczona do ceny usług innych ryczałtowo. Niemniej jednak żaden z wykonawców nieodpłatnie usług dla zamawiającego nie świadczy. Wnosimy o zmianę zapisu.

Pytanie nr 7:

W § 10 ust. 3 i ust.4 Projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) przewidziane zostały kary umowne, tj. 1) kara umowna w wysokości 1.000,00 zł brutto za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego nie wywiązania się przez Wykonawcę z obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, których ilość nie może być mniejsza niż wskazany w umowie procent ogólnej liczby osób, którym Wykonawca powierzył realizację usług stanowiących przedmiot zamówienia; 2) kara umowna w wysokości 500,00 zł brutto za każdy dzień opóźnienia Wykonawcy w przedłożeniu Zamawiającemu pisemnego oświadczenia z którego będzie wynikał procent osób, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym została powierzona realizacja przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to z zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego. Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współzycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolości.

Wykonawca bynajmniej nie neguje wprowadzenia do umowy zapisów o karach umownych, niemniej jednak podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, który nie może pozostawiać w sprzeczności z naturą stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współzycia społecznego.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o dokonanie odpowiedniej zmiany § 10 ust.3 i ust.4 Projektu umowy poprzez odpowiednie obniżenie wysokości kar umownych do takich wysokości, aby uniknąć sytuacji gdy wielkość kary umownej nałożonej przez Zamawiającego przewyższy wynagrodzenie Wykonawcy. Taki sposób kształtowania umowy zwiększa bezpodstawnie ryzyka po stronie Wykonawców i zmusza ich do skalkulowania tego elementu w cenie oferty.

Pytanie 8:

W § 14 ust. 2 Projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) zamieszczony został zapis, w myśl którego „Jeżeli Wykonawca nie odbierze od Zamawiającego przesyłek w dniu i czasie, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, zapłaci każdorazowo Zamawiającemu karę umowną w wysokości brutto 50,00 zł (słownie złotych: pięćdziesiąt złotych 00/100) za każde jednodniowe opóźnienie w odbiorze przesyłek pocztowych”.

Podobnie jak w pytaniu 7 powyżej wskazujemy, iż zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienia Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego. Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współzycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolości.

Wykonawca nie podważa samej konstrukcji kary umownej jako formy odszkodowania na rzecz Zamawiającego z tytułu opóźnienia się Wykonawcy w odbiorze przesyłek pocztowych, zwraca jednak uwagę, że zastrzeżona kara w wysokości 50,00 zł za każde jednodniowe opóźnienie jest rażąco wygórowana.

Wprowadzenie przez Zamawiającego za ledwie jednodniowego opóźnienia w odbiorze przesyłek pocztowych, pociągającego za sobą nałożenie na Wykonawcę tak rażąco wysokiej kary umownej, tj. 50,00 zł za każde jednodniowe opóźnienie w odbiorze przesyłek, bezwzględnie należy uznać, za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, które może być uzasadnioną podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę brzmienia § 14 ust.2 Projektu umowy albo poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 10,00 zł za każde jednodniowe opóźnienie w odbiorze przesyłek albo poprzez wydłużenie okresu opóźnienia w odbiorze przesyłek z jednego dnia do 5 dni.

Pytanie 9:

W § 16 ust. 1 Projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) dopuszczone zostały zmiany treści zawartej umowy w stosunku do treści oferty w dwóch przypadkach, tj.:1) w zakresie zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ustawowej stawki podatku od towarów i usług (VAT); 2) w zakresie sposobu spełniania przez

Wykonawcę świadczenia usług pocztowych w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego wpływających na sposób spełnienia świadczenia. Tym samym nie przewidziano możliwości dokonania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadkach: zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze Wykonawca zwraca się z wnioskiem o dokonanie zmiany treści § 16 ust. 1 Projektu umowy poprzez określenie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w ww. przypadkach.

Zaznaczamy przy tym, iż postanowienia których dotyczą zapytania wskazują na uprzywilejowanie jednego z wykonawców. Zamawiający celem zagwarantowania równego dostępu wykonawcom do zamówienia winien tak ukształtować postanowienia siwz by ofertę mogli złożyć ci z wykonawców którzy dają rękojmię należytej realizacji zamówienia. Zakwestionowane postanowienia eliminują z udziału w postępowaniu pytającego – nie wynikają przy tym z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.”

Odpowiedzi Zamawiającego I:

Ad.1. Obowiązują zapisy SIWZ, a w szczególności zapisy § 5 projektu umowy.

Ad.2. Tak Zamawiający pod pojęciem „przesyłek pobraniowych” rozumie: przesyłki pocztowe z usługą pobrania – priorytetowe i ekonomiczne.

Ad.3. Zgodnie z zapisami SIWZ.

Wykonawca poprzez złożenie oferty w postępowaniu potwierdza, że spełnia ten wymóg.

Ad.4. Obowiązują zapisy SIWZ, Zamawiający informuje, że wskazane ilości przesyłek są wyliczone na podstawie wysłanych przesyłek z tut. Urzędu w ostatnich 12 miesiącach.

Ad.5. Obowiązują zapisy SIWZ, a w szczególności zapisy § 10 ust.1 umowy, oraz zał. Nr 1 SIWZ - formularza oferty.

Ad.6. Obowiązują zapisy SIWZ.

Ad.7. Obowiązują zapisy SIWZ. Przyjęte w SIWZ kary umowne zostały wprowadzone w trosce o jakość świadczonych usług. Przy właściwej realizacji przedmiotu umowy Wykonawca w żaden sposób nie będzie narażony na wskazane w projekcie umowy sankcje karne.

Ad.8. Obowiązują zapisy SIWZ. Patrz odpowiedź na pytanie 7.

Ad.9. Obowiązują zapisy SIWZ.

Pytania II:

„Działając w imieniu Wykonawcy, na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm., dalej zwana PZP), niniejszym wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej SIWZ):

PYTANIE NR 1:

Zamawiający wskazuje w Opisie Przedmiotu Zamówienia, że przewiduje nadawanie przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego.

W celu zachowania konkurencyjności, poza określeniem szacowanej ilości takich przesyłek (jak określił to Zamawiający- ok. 4% ogólnej liczby przesyłek) koniecznym jest także opisanie zasad uiszczania wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu poprzez alternatywnie:

- zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym – tj. **przesyłki rejestrowane wymagające nadania u operatora wyznaczonego**” lub też;
- poprzez określenie, iż wynagrodzenie za przesyłki nadawane za pośrednictwem operatora wyznaczonego (usługa pośrednictwa) pobierane jest **nie na** podstawie cen formularzowych, a na podstawie cenników operatora alternatywnego załączanych do oferty (tak jak wskazał to Zamawiający w § 5 ust 2 wzoru umowy)

Stosownie do powyższego Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób rozliczana będzie usługa pośrednictwa w nadawaniu przesyłek terminowych, tj. 1) czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty/umowy, czy też 2) zamawiający dokona modyfikacji formularza cenowego poprzez wyodrębnienie przesyłek, które należy nadać w placówce operatora wyznaczonego, w przykładowy sposób zaproponowany poniżej (co umożliwi wykonawcom innym niż operator wyznaczony wycenić usługę nadawania w trybach zastrzeżonych dla operatora wyznaczonego)? Wykonawca wskazuje, że brak wyodrębnienia takiej pozycji w praktyce przesądza o

konieczności obciążenia zamawiającego kosztami wykonania usługi „niepocztowej” na podstawie cennika załączonego przez operatora alternatywnego do umowy.

listy rejestrowane

nadanie na Operatora Wyznaczonego

1

PYTANIE NR 2:

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

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

Co istotne – operator wyznaczony – **nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego**, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową, toteż **Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania/zawarcia umowy z operatorem wyznaczonym (tzw. umowy międzyoperatorskiej, na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe), a operator wyznaczony nie może odmówić przyjęcia przesyłek do nadania (zgodnie z treścią art. 48 ustawy Prawo Pocztowe).** Jest zresztą rzeczą oczywistą, że uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie nadawania tzw. przesyłek terminowych - od zawarcia z operatorem wyznaczonym pisemnej umowy o współpracy w rozumieniu Prawa pocztowego - **wprost wyłączałoby konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zawarcie takiej umowy uzależnione jest tylko od woli operatora wyznaczonego, którego wszakże głównym i de facto jedynym konkurentem na rynku usług pocztowych jest właśnie Wykonawca** (wskazać należy, że mimo to Wykonawca wielokrotnie podejmował bezskuteczne próby zawarcia tejsze z Poczta Polska S.A.). Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż jak przykładowo zauważyła Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn. KIO 2160/14: *Po pierwsze [...] Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz. [...] dopuścił możliwość, aby wykonawca zamówienia odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. Po drugie – InPost skorzystał z tej możliwości i wskazał wprost w ofercie, że w zakresie dotyczącym przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej, zamierza powierzyć wykonywanie zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Po trzecie – ponieważ Poczta Polska jako operator wyznaczony ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych, nie może odmówić przyjęcia takich przesyłek nadawanych fizycznie przez InPost w imieniu i na rzecz Zamawiającego. (...) Poczta Polska podnosiła, że rozwiązanie zaakceptowane przez Zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 pzp, a zatem przepis odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia. Aktualnie zaś, pomimo dopuszczenia przez Zamawiającego doręczania wąskiej kategorii przesyłek przez wykonawcę zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego, forsuje taką interpretację siwz., jakby takiego rozwiązania nie dało się zastosować z uwagi na status Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego. Interpretacji takiej nie sposób zaakceptować, gdyż **prowadziłoby to do wniosku, że całe postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jest fikcją, gdyż przedmiotowe zamówienie może zostać udzielone wyłącznie Poczcie Polskiej.** Przede wszystkim w oczywisty sposób jest to sprzeczne z intencją Zamawiającego uzewnętrzniona w postaci dokonywanych w toku postępowania zmian i wyjaśnień treści siwz., które konsekwentnie zmierzały do rzeczywistego otwarcia prowadzonego postępowania na konkurencję, a co Poczta Polska bezskutecznie usiłowała zablokować. Do tożsamyh wniosków Izba doszła w wyroku w sprawie o sygn. KIO 2601/14: *Izba konsekwentnie stoi na stanowisku, iż dopuszczenie nawet w**

ramach wyjaśnienia treści siwz. wykonania części zamówienia dotyczącej przesyłek specjalnych jako tzw. usługi pośrednictwa umożliwia złożenie oferty przewidującej wykonanie zamówienia w taki sposób i nie powoduje jej niezgodności z treścią siwz. Zamawianym / dopuszczonym w ramach przedmiotu zamówienia jest świadczenie polegające na odebraniu przesyłek specjalnych od zamawiającego, ich zanieśenie do placówki Poczty Polskiej i ich nadanie jako przesyłek w imieniu zamawiającego jako przesyłki zamawiającego. (...) Przedmiotem zamówienia przestaje być w tym przypadku jedynie świadczenie usług pocztowych, ale wykonawcy część zamówienia mogą wykonać również w inny, dopuszczony przez zamawiającego, sposób, przy którym osiągnięte zostaną wszystkie cele zamówienia oraz zachowane zostaną zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z przepisów ustawy. (...) przedmiotowe odwołanie jest kolejną dokonywaną w ramach środków ochrony prawnej próbą Odwołującego [Poczty Polskiej] zmierzającą do niedopuszczenia do udzielenia zamówienia na usługi pocztowe wykonawcom innym, niż operator wyznaczony.

Jak przy tym słusznie podnoszono w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawierającego informację o ustaleniach w trakcie kontroli postępowania prowadzonego przez Miasto Lublin¹: uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie tzw. przysyłek 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 bowiem nadana w placówce operatora wyznaczonego**. Tymczasem z treści art. 35 ust. 1 Prawa pocztowego, w brzmieniu:

*Operator pocztowy, **który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej**, może po **przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi** innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej.*

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

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

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

PYTANIE NR 3:

W § 10 ust 4 wzoru umowy Zamawiający wskazuje wysokość kary umownej za nieterminowe dostarczenie oświadczenia o liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. W ocenie Wykonawcy 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 SIWZ. W ocenie Izby, *o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się.*

Zdaniem Wykonawcy, konstrukcja zapisu wprowadza nierównorzędną relację w zakresie kar umownych pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, gdzie temu ostatniemu nie przyznano tak daleko idących gwarancji (w szczególności adekwatnych kar umownych). Nie jest tu więc zachowana jakakolwiek elementarna zasada równości stron. Jak wskazało KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2631/12; KIO 2655/12 „umowa winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie może prowadzić do

nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jakie zostały określone w SIWZ. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹k.c., dowolnie sformułować postanowienia umowne także w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jednak, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, do których w przypadku regulacji dotyczących umowy odwołuje się p.z.p., nie można prawa podmiotowego nadużywać”.

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

Ponadto, jak podniesiono w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r. (sygn. KIO/UZP1698/10) „*Słuszne są twierdzenia odwołującego, że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w ocenie Izby nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współzycia społecznego. W ocenie składu orzekającego nie są to roszczenia nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnił 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 tak by wprowadzić zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą i pozbawienia tej kary umownej charakteru rażąco wygórowanej?

PYTANIE NR 4:

Zamawiający wymaga od wykonawców uzupełnienia w Wykazie cen jednostkowych brutto proponowanych cen jednostkowych za poszczególne usługi wyrażonych jedynie w wartości brutto, nie wyodrębniając osobnych kolumn na uzupełnienie cen za poszczególne przesyłki wyrażonych w wartości netto oraz naliczonego podatku VAT. Wykonawca zwraca uwagę, iż taka sytuacja nie jest korzystna z perspektywy interesów Zamawiającego.

Brak rozbicia cen za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówienia na cenę netto, naliczony podatek od towarów i usług (VAT) oraz wynikową cenę brutto pozbawia Zamawiającego możliwości porównania proponowanych cen ofertowych do cen, które powinny obowiązywać w przypadku np. obniżenia stawki podatku VAT.

Dodatkowo, taka zmiana ułatwi kalkulację samym wykonawcom, jak również wprowadzi większą klarowność i transparentność co do obliczania ceny, co pozwoli uniknąć błędów i omyłek rachunkowych. W ocenie Wykonawcy będzie to również element pełniejszej realizacji elementarnej dla Prawa zamówień publicznych zasady jawności postępowania (wyrażonej w art. 8 ustawy PZP).

Przede wszystkim zaś, w ślad za treścią wzoru umów, w następującym brzmieniu: Strony dopuszczają możliwość zmian Umowy, poprzez odpowiednią zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług, oraz z racji tego, że formularz ofertowy stanowi załącznik do umowy i to na podstawie tego formularza obliczane jest wynagrodzenie wybranego wykonawcy, w ocenie Wykonawcy niezbędnym jest, aby zastosowana stawka podatku VAT wynikała z treści tej oferty, w

przeciwnym razie zmiana umowy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług nie będzie możliwa, lub nie będzie w pełni transparentna, co w skrajnym wypadku może doprowadzić nawet do wykorzystania niewiedzy Zamawiającego w tym zakresie.

W związku z powyższym, 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 zamówienia wyrażonych również w wartości netto oraz wskazania naliczonej stawki podatku VAT.

PYTANIE NR 5:

Zgodnie z pkt 8 formularza ofertowego Zamawiający wskazuje, że w przypadku braku opisu części zamówienia przewidzianej do wykonania przez podwykonawcę - Zamawiający uzna, że Wykonawca zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców. Ponadto, w § 20 wzoru umowy zaznacza, że Wykonawca nie może bez zgody Zamawiającego powierzyć wykonywania niniejszej umowy lub jej części innym podmiotom, co stanowi ograniczenie podwykonawstwa.

Powyższe zastrzeżenia jest niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Wykonawca wskazuje, że realizacja usług przy pomocy podwykonawców, mimo braku wskazania w ofercie zamiaru powierzenia im części zamówienia do realizacji, stanowi jedynie nieistotną zmianę umowy oraz oferty. 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 wykonywać 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).

Wskazanie wymaganego zakresu nie rodzi więc żadnych zobowiązań co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia- Wykonawca nie jest bowiem w stanie przewidzieć jakich środków będzie potrzebował do należytego wykonania usług- szczególnie w tak długim okresie czasu. Stwarzanie zapisów załącznika do siwz w taki sposób, by Wykonawca nie mógł określić sposobu realizacji usługi, bez obawy o konsekwencje takiego zobowiązania stanowi ewidentny brak poszanowania praw podmiotowych odnośnie możliwości powierzenia przedmiotu zamówienia podwykonawcom. W ramach zamówień publicznych, co do zasady udział podwykonawców, a także dalszych podwykonawców w realizacji zamówienia jest bowiem dopuszczalny bez ograniczeń. W przepisach art. 36a i 36b PZP ustawodawca wskazuje podstawowe warunki udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Z brzmienia tych przepisów wynika, iż poza kwalifikowanymi przypadkami realizacji przedmiotu 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. Wskazane zastrzeżenie w SIWZ, będzie stanowiło właśnie ograniczenie prawa do swobody decydowania o podwykonawcach w dowolnym momencie realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, Wykonawca wnosi o usunięcie tego zapisu z formularza ofertowego oraz wzoru umowy i pozostawienie jedynie wymogu wskazania w ofercie części zamówienia do powierzenia podwykonawcom. Wzór umowy w obecnej treści uniemożliwia bowiem udział podwykonawców- Zamawiający może jedynie zakazać cesji zobowiązań umownych jednak nie ich podpowiedzenia osobom trzecim.

Prócz powyższego, Zamawiający w Rozdziale 23 pkt 3c SIWZ wymaga podania nazw i adresów podwykonawców.

Wskazać należy, że żądanie zgłaszania zamiaru zawarcia umowy i wskazania konkretnych nazw/firm podwykonawców uzasadnione jest jedynie w sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych. Żądanie takie wystosowane w sytuacji, gdy Wykonawca sam spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu, a podwykonawcami posługuje się jedynie wyjątkowo, celem usprawnienia procesu realizacji zamówienia (i możliwe jest, że mimo deklaracji posłużenia się podwykonawcami – nie zajdzie konieczność skorzystania z nich), jest bezzasadne i pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

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.

W związku z powyższym, Wykonawca wnosi o usunięcie również powyższego zapisu z SIWZ”

Odpowiedzi Zamawiającego II:

Ad.1. Obowiązują zapisy SIWZ.

Ad.2. Obowiązują zapisy SIWZ. Wykonawca wyłoniony w postępowaniu ponosi odpowiedzialność za realizację przedmiotu umowy.

Ad.3. Obowiązują zapisy SIWZ. Patrz odpowiedź na pytanie I. 7.

Ad.4. Obowiązują zapisy SIWZ.

Ad.5. Zamawiający wprowadza następujące zmiany w projekcie umowy, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ:

- ***Wprowadza się do projektu umowy § 5; § 6; § 7 o treści:***

„§ 5

1. Zamawiający dopuszcza realizację części zadań przedmiotu umowy za pomocą Podwykonawców.
2. Zakres usług, które Wykonawca będzie wykonywał za pomocą Podwykonawców (jeżeli dotyczy).....
3. W pozostałym zakresie Wykonawca będzie realizował usługi samodzielnie.

§ 6

1. W razie realizowania przedmiotu umowy za pomocą Podwykonawców, do zawarcia przez Wykonawcę umowy z Podwykonawcą jest wymagana zgoda Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez Wykonawcę umowy z Podwykonawcą lub jej projektu, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.
2. Do zawarcia przez Podwykonawcę umowy z dalszym Podwykonawcą jest wymagana zgoda Zamawiającego i Wykonawcy. Przepis ust. 1 niniejszego paragrafu stosuje się odpowiednio.

§ 7

1. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi stanowiące przedmiot niniejszej umowy, w przypadku uchylecia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę zamówienia na usługi.
2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi.
3. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy.
4. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty Zamawiający umożliwi Wykonawcy zgłoszenie pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, o których mowa w ust. 1. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag, nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji.
5. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, Zamawiający może:
 - 1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, jeżeli Wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo
 - 2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości Zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo
 - 3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, jeżeli Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.
6. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, o których mowa w ust. 1, Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.”

- ***Dotychczasowy § 5; § 6; § 7 otrzymuje numerację odpowiednio: §8, §9, §10***
- ***w § 10 po zmianie numeracji (dotychczasowy § 7) wprowadza się zmiany:***
 - ***w ust. 1 na końcu tekstu kropkę zastępuję się przecinkiem i dodaje się tekst:***
„z zastrzeżeniem ust. 3 poniżej.”
 - ***Dotychczasowy ust. 3 otrzymuje nr 7.***
 - ***Wprowadza się nowy ust. 3; ust 4; ust 5; ust 6, o treści:***

3. „Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego należnego wynagrodzenia za usługi stanowiące przedmiot niniejszej umowy jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom, biorącym udział w realizacji usług objętych niniejszą umową.
4. W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 3, wstrzymuje się wypłatę należnego wynagrodzenia za odebraną usługę w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.
5. Dowodami zapłaty mogą być przykładowo dowody uznania rachunku Podwykonawcy/ dalszego Podwykonawcy oraz złożone przez te podmioty oświadczenia potwierdzające dokonaną płatność. Wskazane dokumenty/oświadczenia powinny zostać złożone Zamawiającemu w oryginale oraz powinny w swej treści zawierać odwołanie do przedmiotowej umowy, umowy o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo, wskazanie wysokości wynagrodzenia wynikającego z umowy o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo oraz nazwę zamówienia za które zostało wypłacone, a także termin w którym nastąpiło dokonanie płatności.
6. W sytuacji realizacji przez Podwykonawcę/dalszego Podwykonawcę na rzecz Wykonawcy kilku umów o podwykonawstwo Zamawiający w celu udokumentowania dokonania zapłaty Podwykonawcy wymaga wystawienia dowodu zapłaty, o którym mowa w ust. 5 każdorazowo do każdej z realizowanych przez Podwykonawcę/dalszego Podwykonawcę, na rzecz Wykonawcy umowy o podwykonawstwo.”

- *Dotychczasowy § 8; §9; §10; §11; §12; §13; §14; §15; otrzymuje numerację odpowiednio: §11; §12; §13; §14; §15; § 16; §17; §18*

- *Dotychczasowy § 16 otrzymuje numerację §19 i nowe brzmienie o treści:
"§ 19*

1. Wszystkie zmiany niniejszej umowy, wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności.
2. Zamawiający zgodnie z art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość dokonywania zmian w treści zawartej umowy w stosunku do treści oferty:
 - 1) w zakresie zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ustawowej stawki podatku od towarów i usług (VAT), z zastrzeżeniem, że zmiana ta nie może prowadzić do zwiększenia wynagrodzenia netto.
 - 2) w zakresie sposobu spełniania przez Wykonawcę świadczenia usług pocztowych w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego wpływających na sposób spełnienia świadczenia.
3. Wszystkie postanowienia wymienione w ust. 2 stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody.”

- *Dotychczasowy § 17; §18; §19 otrzymuje numerację odpowiednio §20; § 21; §22.*

- *Skreśla się brzmienie dotychczasowego § 20.*

- *Dotychczasowy § 21; § 22; § 23; otrzymuje numerację odpowiednio § 23; § 24; § 25.*

W związku z wyjaśnieniem treści SIWZ działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp (tekst jednolity Dz. U. z 2013r. poz. 907 z późn. zm.), zmieniam treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia - projekt umowy, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ w zakresie określonym w odpowiedzi na pytanie **II. 5.**

Ww. dokument po zmianie został udostępniony na stronie www.bip.staszow.pl w zakładce Zamówienia Publiczne -2015 przy przedmiotowym postępowaniu (poz. 50).

Zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy, informuję że w wyniku zmiany treści SIWZ przedłużam termin składania ofert do dnia **21.12.2015 r.** do godz. **12⁰⁰** (pkt. 17.2 SIWZ), otwarcie ofert nastąpi w dniu **21.12.2015r.** o godz. **12¹⁵** (pkt. 17.3 SIWZ).

Miejsce składania i otwarcia ofert pozostają bez zmian w stosunku do zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

W pozostałym zakresie specyfikacja istotnych warunków zamówienia pozostaje niezmienną.

BURMISTRZ MIASTA I GMINY STASZÓW