

ZAMAWIAJĄCY
Gmina Sońsk

ul. Ciechanowska 20
06-430 Sońsk
Powiat ciechanowski

Nr sprawy: IP.271.15.2018

Sońsk, dn. 13 luty 2018 r.

Wszyscy Wykonawcy

dotyczy: przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Gminy Sońsk obejmujących przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych i ich ewentualne zwroty”

Zamawiający Gmina Sońsk informuje, że wpłynęły od Wykonawców pytania dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które przedstawiamy poniżej.

Zamawiający Gmina Sońsk **na podstawie art. 38 ust. 1, 2 i 4** ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2017 poz. 1579) udziela następujących odpowiedzi na pytania Wykonawców:

Wykonawca 1

Pytanie 1

Zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 1 pkt. 4 pisze „Zwrotne potwierdzenia odbioru i zwroty będą dostarczane przez Wykonawcę do siedziby Zamawiającego : sekretariat urzędu, pokój nr 8- I piętro, w każdy dzień roboczy w godzinach 8:00-10:00”

Wykonawca informuje, że zgodnie z ustawą Prawo Pocztove (art. 46 ust. 2 pkt. 5) Wykonawca 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 art. 46 ust. 2 pkt. 1, który obliguje go do świadczenia usług powszechnych w sposób jednolity w porównywalnych warunkach. Ponadto doręczanie korespondencji do Zamawiającego nie jest przedmiotem postępowania, a obowiązkiem ustawowym Wykonawcy jako operatora wyznaczonego i dotyczy przesyłek nadanych za jego pośrednictwem. Dodatkowo zwracamy uwagę, że doręczenie przesyłki jest konsekwencją umowy zawartej z Nadawcą w chwili jej nadania, natomiast Zamawiający występuje w tym wypadku w roli adresata i nie jest stroną umowy o nadawanie. Wobec powyższego Wykonawca prosi o **wykreślenie** zapisu w zakresie rezygnacji z określania konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą

Odp. pytanie 1:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 1 ust. 4. Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem Wykonawcy, że Zamawiający jest jedynie adresatem zwrotów i potwierdzeń odbioru, a nie jest ich Nadawcą.

Pytanie 2

Zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 3 pkt. 3 pisze : „Ceny jednostkowe brutto są niezmiennie w okresie realizacji zamówienia”

Wykonawca jako operator wyznaczony, zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Zgodnie z art. 57 ustawy Prawo pocztowe operator wyznaczony jest zobligowany do przedłożenia Prezesowi UKE projektu cennika usług powszechnych, który co do zasady nie może przekroczyć maksymalnych rocznych poziomów opłat za usługi powszechne określonych w decyzji, o której mowa w art. 55 ust. 1 Prawa pocztowego, dotyczącym przystępności cenowej tych usług. Natomiast przepisy art. 53 i 54 ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych.

Zatem w przypadku zmiany cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, zwłaszcza wiążącej strony w dłuższym okresie czasu, w świetle istotnych postanowień zawartych w SIWZ, Wykonawca zmuszony będzie do świadczenia powszechnych usług pocztowych z naruszeniem przepisów ustawowych – nie tylko z zakresu prawa pocztowego, ale także cywilnego, czy antymonopolowego. Taki stan rzeczy byłby niedopuszczalny, zarówno ze względu na ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze publicznym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę zapisów w SIWZ - Wymagane warunki realizacji w następującym brzmieniu: Zaoferowana cena oferty musi uwzględniać wszystkie wyszczególnione powyżej warunki. Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia „Formularza cenowego” o określenia w nim cen na wszystkie elementy zamówienia. Cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich pozycji „Formularza cenowego”, zawierająca wszystkie koszty wykonania zamówienia – wszelkie zmiany stawki podatku VAT od towarów i usług oraz zmiany cen jednostkowych pod warunkiem zatwierdzenia ich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztove.

Odp. pytanie 2

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 3 ust. 3. Zamawiający przewidział w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 4 ust. 3 sytuacje, po zaistnieniu których istnieje możliwość zmian w umowie w zakresie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, dlatego obawy Wykonawcy są zdaniem Zamawiającego bezpodstawne.

Pytanie 3

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian zapisów w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 4 pkt. 2 ?

Zamawiający określił termin płatności na 14 dni od daty doręczenia faktury do Nadawcy.

Wykonawca informuje, iż faktury za usługi pocztowe wystawiane są za pośrednictwem scentralizowanego systemu informatycznego, którego wymogi określają takie kryteria jak termin wystawienia faktury, datę wysłania faktury do klienta, jak również termin płatności będący w ścisłej zależności z terminami sporządzania faktury. Termin płatności faktury od daty wystawienia z tytułu świadczonych usług został wprowadzony ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu fakturowania wykonawcy. Takie rozwiązanie daje możliwość oszacowania terminów wpływu środków oraz opóźnień w ich płatnościach.

Czy w związku z powyższym Zamawiający zaakceptuje inny niż określony przez Zamawiającego w umowie termin płatności tj. liczony od dnia wystawienia faktury określony jako 21 dni od daty wystawienia faktury VAT, pozwalający terminowo dokonać płatności za wykonane usługi w ramach przedmiotu zamówienia?

Odp. pytanie 3

Zamawiający zaakceptuje inny niż 14 dniowy termin płatności faktury od dnia jej wystawienia, np. 21 dniowy termin płatności faktury.

Pytanie 4

Wykonawca prosi o usunięcie zapisów w dotyczących kar umownych/odszkodowania:

Zamawiający w **SIWZ w pkt. 19, ppkt. 19.2 oraz w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 5 pkt. 2** określił odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem zamówienia, przewidując także nieuzasadnione dla Wykonawcy kary umowne.

Wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Zgodnie z założeniem zaproszenia do złożenia oferty, usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą wobec przesylek, których realizacja oparta jest m.in. na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe, tym samym Wykonawca jako operator wyznaczony jest zobowiązany do stosowania w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych przepisów Rozdziału 8 ustawy Prawo pocztowe. Zgodnie z art. 87 w/w ustawy do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zatem w przypadku wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej w pierwszej kolejności znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo pocztowe i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami) nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń przewidzianych ustawą na drodze sądowej. W art. 88-90 ustawodawca przewidział ścisły katalog wysokości odszkodowań oraz przypadków, kiedy operator pocztowy zobligowany jest do jego wypłaty.

Rozszerzenie odpowiedzialności operatora pocztowego zostało przewidziane jedynie w art. 87 ust. 5, zgodnie z którym operator pocztowy odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte jej wykonanie:

- 1) jest następstwem czynu niedozwolonego;
- 2) nastąpiło z winy umyślnej operatora;
- 3) jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora.

Zatem jedynie w w/w przypadkach operator pocztowy może podlegać odpowiedzialności szerszej aniżeli wynikająca z przepisów prawa pocztowego.

Podkreślenia wymaga, że w Kodeksie cywilnym w art. 471 występuje pojęcie "niewykonanie zobowiązania", co odnosi się dokładnie do pojęcia "niewykonanie zamówienia" w ustawie o zamówieniach publicznych. Zdarzenie to występuje tylko wtedy, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle wykonane.

W tym samym artykule Kodeksu cywilnego mamy pojęcie "nienależytego wykonania zobowiązania", a w art. 472 pojęcie "niezachowanie należytej staranności". Oba te określenia należy przypisać pojęciu użytemu w ustawie, a mianowicie "wykonanie zamówienia z nienależyłą starannością". Określenie to jest tak pojemne, że niemożliwe jest określenie wszystkich sytuacji, w których ono występuje. Dokonując jednak dla jasności uogólnienia, można stwierdzić, że o nienależytym spełnieniu świadczenia możemy mówić w aspekcie niezachowania terminu spełnienia świadczenia, czy też wadliwości świadczenia. Należy do naszego uogólnienia dodać jeszcze, że w Kodeksie cywilnym pojęcie "niezachowanie należytej staranności" rozumiane jest jako synonim winy w postaci niedbalstwa. Skoro tak, to zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kodeksu cywilnego).

Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień zaproszenia z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza wykreślenie lub chociażby złagodzenie wygórowanej w ocenie Wykonawcy postanowień zawartych w § 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku?

Odp. pytanie 4

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ w pkt 19 ppkt 19.2 oraz zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ w § 5 ust. 2.

Pytanie 5

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji zapisów w Załączniku nr 4 do SIWZ w § 6 pkt. 3 w sposób następujący:

„Strony dołożą starań w celu polubownego rozstrzygnięcia sporów. W razie nie osiągnięcia porozumienia między stronami dla rozpatrzenia sporów właściwy jest sąd Powszechny dla siedziby Wykonawcy”

Odp. pytanie 5

Zamawiający podtrzymuje zapisy zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ § 6 ust. 3. Zamawiający wierzy, że Wykonawca składając ofertę dołoży wszelkich starań, aby przedmiot umowy wykonać w sposób należyty, z dołożeniem należytej staranności i rzetelności, w związku z czym nie będzie konieczności rozwiązywania sporów na drodze sądowej.

Pytanie 6

W związku z zapisami w SIWZ pkt. 18 dotyczący wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, Wykonawca informuje, iż warunek postawiony przez Zamawiającego jest nadmierny i nieracjonalny, gdyż żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku usług pocztowych nie jest w stanie go spełnić, a tym samym zapewnić, przy obejmującym zasięgiem cały kraj zamówieniu, iż w realizacji zamówienia udział brać będą jedynie pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę, tym bardziej, że Prawo Pocztove dopuszcza posiadanie sieci agencji pocztowych.

Żaden wykonawców funkcjonujących na rynku nie będzie w stanie złożyć oferty i podjąć się realizacji zamówienia na warunkach określonych w SIWZ.

W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia, w tym również obowiązek wynikający z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym uniemożliwić złożenie oferty. Określenie przez Zamawiającego pkt. 18 w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania warunku, przy uwzględnieniu

specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych.

Fakt, że Wykonawca będący jednocześnie Operatorem Wyznaczonym może w ogóle nie złożyć oferty w realiach niniejszej sprawy, powinien zostać uznany za okoliczność świadcząca o tym, że przewidziany przez Zamawiającego wymóg, nie znajdujący oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i w specyfice przedmiotowego postępowania, może utrudniać udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że przepis ustawy Pzp wymaga jedynie uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji. Tym bardziej, że orzecznictwo, co do opisu przedmiotu zamówienia w takich okolicznościach, jest jednoznaczne, np. w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: „Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwiania takiej konkurencji”.

Postawienie ww. wymogu, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawcę, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 29 ust. 2, z uwagi na niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisać przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Wobec powyższego, ww. wymóg należy uznać za warunek nadmierny, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy.

Ponadto nadmienić należy iż z opinii Inspektora GIODO wydanej po zadaniu pytania przez Prezesa UZP dotyczącego żądania od wykonawcy kopii umów potwierdzających zawarcie umowy o pracę wynika że takie żądanie narusza kwestię ochrony danych osobowych pracowników. Zamawiający może jedynie wymagać od wykonawców złożenia oświadczenia lub kopii zanonimizowanych umów. Umowy takie nie pozwalałyby na skuteczną weryfikację. Zamawiający nie miałby bowiem gwarancji, że zanonimizowane umowy dotyczą właśnie osób realizujących zamówienie.

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisów SIWZ pkt. 18 lub zmianę oraz uzupełnienie zapisów w Formularzu Ofertowym Załącznik nr 6 do SIWZ zapisów w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga zatrudnienia większości osób na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawców pracowników wykonujących czynności w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych i kurierskich oraz ich ewentualnych zwrotów „

lub

„ Zamawiający wymaga zatrudnienia co najmniej 50% osób na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawców pracowników wykonujących czynności w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych i kurierskich oraz ich ewentualnych zwrotów „

W związku z powyższym, Wykonawca wnioskuje o wykreślenie zapisu w SIWZ pkt. 19.2.

Taka modyfikacja SIWZ pozwoli na złożenie oferty wszystkim potencjalnym wykonawcom

Odp. pytanie 6

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ ust. 18. Zamawiający nie podziela opinii Wykonawcy, jakoby zapisy zawarte w SIWZ w ust. 18 naruszały zasadę uczciwej konkurencji. Ustawodawca nowelizując ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej „ustawą” wprowadził art. 29 ust. 3a w celu ochrony pracowników wykonujących usługi lub dostawy w sposób ciągły przed zatrudnianiem ich na umowy „śmieciowe”. Zamawiający ma prawo wskazać Wykonawcy lub Podwykonawcy jakie czynności mają wykonywać osoby zatrudnione na umowę o pracę. Ma również ustawowe prawo w trakcie realizacji zamówienia do wykonywania czynności kontrolnych wobec wykonawcy odnośnie spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. W związku z tym ma również prawo żądać od wykonawcy oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów i dokonywania ich oceny, żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów, przeprowadzania kontroli na miejscu wykonywania świadczenia. Kopie umowy/umów powinny zostać zanonimizowane w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. w szczególności bez adresów, nr PESEL pracowników). Imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji. Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania. Zatem zapisy w SIWZ zawarte przez Zamawiającego nie mają służyć ograniczeniu uczciwej konkurencji, a jedynie ochronie osób wykonujących przedmiot zamówienia zatrudnionych przez wykonawcę. Przytoczone przez Wykonawcę opinie i wyroki sądów są nieadekwatne do obecnie obowiązujących przepisów ustawy pzp.

Zamawiający zastrzega, iż pozostałe zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia, które zostały określone w SIWZ i które nie były przedmiotem powyższych pytań pozostają bez zmian.

Kierownik Zamawiającego

Wójt Gminy Sońsk

Marzena Ślubowska