

Brzeg, dnia 18 stycznia 2016r.

Uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne  
w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie  
usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym  
na potrzeby Powiatowego Urzędu Pracy w Brzegu

Znak sprawy: OR-3411-01/2016

Dotyczy: przetarg nieograniczony, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Powiatowego Urzędu Pracy w Brzegu.”

Na podstawie art. 38 ust 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający informuje, że dnia 15 stycznia 2016r. wpłynęły wnioski od Wykonawców o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Zamawiający udziela w przedmiotowym postępowaniu następującej odpowiedzi:

**PYTANIE NR 1:**

Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w ust 15 oraz w Załączniku nr 8 do SIWZ ISTOTNE POSTANOWIENIA, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ust. 15 zawarł zapis: „Przesyłki pocztowe polecane, których adresatem jest Sąd oraz w sytuacji, gdy Zamawiającemu niezbędne jest uzyskanie potwierdzenia nadania, które ma moc dokumentu urzędowego, Wykonawca zobowiązany jest odebrać w tym samym dniu, w którym Zamawiający zgłosi mu taką konieczność oraz nadać w tym samym dniu w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego tj. Poczty Polskiej S.A. Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania potwierdzenia przesyłki, a otrzymane potwierdzenie niezwłocznie dostarczyć Zamawiającemu.” Dodatkowo w Załączniku nr 7 do SIWZ SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ust. 20 Zamawiający zawarł zapis: „Zamawiający nie dopuszcza możliwości wyłączenia nadania części przesyłek w sposób inny niż określony w art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 12 § 2 Ordynacji podatkowej z zakresu przedmiotu zamówienia i niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dopuszcza możliwość sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego lub ich oznakowania w sposób określony w w/w ustawach w celu wydzielenia i nadania ich przez Wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego.”

Czy Zamawiający przewiduje nadawanie przesyłek w trybie art. 57 § 5 pkt 2 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego, art. 165 § 2 – Kodeks postępowania cywilnego (dalej „przesyłki terminowe”)?

Czy Zamawiający wymaga aby nadawane przez niego przesyłki terminowe miały moc dokumentu urzędowego zgodnie z art. 17 ustawy Prawo Pocztove?

Tak.

W związku z tym, że Zamawiający przewiduje możliwość nadawania przesyłek terminowych przez operatora alternatywnego dla przesyłek terminowych jako „pośrednika to prosimy o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

- a) Czy Zamawiający zakłada konieczność nanoszenia przez Zamawiającego innych nadruków/znaków opłaty na przesyłkach, które będą nadawane u różnych operatorów?
- b) Czy Zamawiający zakłada, iż odbiór awizowanych przesyłek, które nie byłyby realizowane przez operatora pocztowego byłby możliwy w różnych placówkach pocztowych – zarówno operatora wyznaczonego jak i innego operatora?
- c) Czy Zamawiający uwzględni, iż ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz 1529, ze zm. dalej: „Prawo Pocztowne”) przewiduje odpowiedzialność operatora pocztowego za świadczoną przez niego usługę? W przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Zamawiający nie będzie mógł dochodzić odszkodowania od pośrednika ponieważ pośrednik nie będzie realizował dla niego usługi pocztowej.
- d) Czy Zamawiający uwzględni, iż w przypadku świadczenia usług przez pośrednika na Zamawiającym będzie spoczywał obowiązek uiszczenia opłaty za zwrot przesyłki terminowej 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 Pocztownego, 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.
- e) Czy Zamawiający jest świadomy, iż będzie zobowiązany dołączać 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 następować inny sposób wykonania usługi – właściwy dla danego operatora pocztowego, przy czym na druku potwierdzenia odbioru będzie pojawiać się jako nadawca przesyłki nazwa operatora pocztowego, który w imieniu i na rzecz będzie nadawał przesyłki u operatora wyznaczonego. Powyższe budzi ryzyko, możliwości wykorzystania takiego dowodu odbioru przesyłki w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, jako dowodu.
- f) Czy Zamawiający, w przypadku dopuszczenia możliwości nadawania przesyłek przez operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego, jest świadomy, iż faktycznym nadawcą przesyłek będzie wówczas operator pocztowy, a nie Zamawiający? Powyższe może budzić wątpliwości adresatów przesyłek oraz organów, którym Zamawiający będzie przedstawiał dowody nadania korespondencji.
- g) Czy Zamawiający, w przypadku dopuszczenia możliwości nadawania przesyłek przez operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego, dokona modyfikacji treści OPZ w taki sposób, aby jednoznacznie zostały opisane wszystkie warunki świadczenia usług

zarówno usług pocztowych jak i usługi pośrednictwa, bowiem w przypadku braku stosownych zmian, samo dopuszczenia nadawania przesyłek w imieniu i na rzecz Zamawiającego powoduje, że zapisy OPZ będą stały w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawą Prawo pocztowe.

h) Czy Zamawiający akceptuje ryzyko związane z opóźnieniem nadania przesyłek przez operatora pocztowego, dla których dzień nadania przesyłki ma być ostatnim dniem na zachowanie terminu określonego w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej?

#### **ODPOWIEDŹ NR 1:**

Zamawiający przewiduje nadawanie przesyłek terminowych przez operatora alternatywnego dla przesyłek terminowych.

- a. Zamawiający zakłada konieczność nanoszenia przez Zamawiającego innych nadruków/znaków opłaty na przesyłkach, które będą nadawane u różnych operatorów, pod warunkiem, że koszty przesyłki zaoficerowane w formularzu cenowym wybranego Wykonawcy nie ulegną zwiększeniu.
- b. Odbiór wszystkich awizowanych przesyłek musi być możliwy wyłącznie w placówkach pocztowych Wykonawcy także w przypadku przesyłek terminowych.
- c. Z chwilą przejścia przez Wykonawcę przesyłek do nadania, Wykonawca przejmuje za przesyłki odpowiedzialność, jaka spoczywa na operatorze pocztowym.
- d. Zamawiający uwzględni przestrzeganie art. 32 Prawa pocztowego w stosunku do wykonawcy.
- e. Zamawiający przewiduje i dopuszcza taką możliwość.
- f. Z chwilą przejścia przez Wykonawcę przesyłek do nadania, Wykonawca przejmuje za przesyłki odpowiedzialność, jaka spoczywa na operatorze pocztowym. Dopuszcza się możliwość nadawania przesyłkę przez operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Wykonawca nie zmieni jednak danych Zamawiającego na kopercie, tj. Zamawiającego każdorazowo będzie figurował, jako nadawca przesyłki. Zamawiający nie przewiduje żadnych zmian w SIWZ w zakresie wskazanym w niniejszym pytaniu z wyjątkiem tych, które wynikają z udzielonych odpowiedzi Wykonawcom. Zamawiający nie dopuszcza, w przypadku nadawania przesyłek przez operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego, aby na dowodzie nadania przesyłki figurował inny podmiot niż Zamawiający.
- g. J.w.
- h. Zamawiający stanowczo nie akceptuje ryzyka związanego z opóźnieniem nadania przesyłek przez operatora pocztowego, dla których dzień nadania przesyłki ma być ostatnim dniem na zachowanie terminu określonego w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej.

**PYTANIE NR 2:**

Zamawiający w Załączniku nr 8 do SIWZ ISTOTNE POSTANOWIENIA, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ust. 40 wprowadził zapis: „Należności z tytułu prawidłowo wystawionych faktur VAT Zamawiający będzie regulował przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze w terminie do 14 dni kalendarzowych od daty jej doręczenia do siedziby Zamawiającego.”

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. Wobec powyższego Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację powołanych powyżej warunków określonych przez Zamawiającego w ust. 40 Załącznika nr 8 do SIWZ ISTOTNE POSTANOWIENIA, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO na następujące:” Należności wynikające z faktur VAT, Zamawiający regulować będzie przelewem na konto wskazane na fakturze w terminie 21 dni od daty jej wystawienia.. Dodatkowo Wykonawca zobowiązuje się wysyłać faktury najpóźniej w następnym dniu roboczym po ich wystawieniu przesyłką poleconą priorytetową.”

**ODPOWIEDŹ NR 2:**

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację ust. 40 Załącznika nr 8 do SIWZ.

**PYTANIE NR 3:**

Zamawiający w Załączniku nr 8 do SIWZ ISTOTNE POSTANOWIENIA, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ust. 51 pkt c) dopuścił zmiany postanowień zawartej umowy między innymi w przypadku zmiany stawki podatku VAT zastrzegając, iż Wykonawca naliczy należny podatek VAT, przy założeniu, iż ceny jednostkowe netto wskazane w ofercie Wykonawcy nie ulegną zmianie.

Poczta Polska, jako operator pocztowy i wyznaczony zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, w tym także usług o charakterze powszechnym, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Przepisy zamieszczone w rozdziale IV ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych. Zatem w przypadku zmian 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, Poczta Polska, realizując zamówienia w cenach wynikających z formularza, zmuszona 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 ciążyące na Poczcie Polskiej, jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Poczty Polskiej na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć. Ponadto zauważyć należy, iż Wykonawca – Poczta Polska zawierając umowę musi uwzględnić

obowiązującą aktualnie stawkę podatku VAT. Natomiast wystawiając fakturę VAT za wykonane zamówienie publiczne musi naliczyć podatek w wysokości obowiązującej w dacie wystawienia faktury, a nie w dacie podpisywania umowy czy też składania oferty przetargowej. W efekcie w przypadku ustawowej zmiany przepisów w zakresie podatków w tym szczególności skutkującej objęciem podatkiem VAT usług dotychczas nieopodatkowanych lub zmiany stawek podatku VAT wykonawca zamówienia publicznego będzie musiał zmniejszyć kwotę należnego wynagrodzenia netto ponieważ, zgodnie z art. 144 Pzp nie jest możliwa zmiana ceny realizacji zamówienia podana w ofercie, na podstawie której został wybrany dany wykonawca, a nie przewidziana w SIWZ bądź ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku Poczty Polskiej, jako operatora wyznaczonego, zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, w przypadku zmiany przepisów w zakresie podatku VAT doszłoby do sytuacji świadczenia tych usług w wysokości niższej aniżeli ceny obowiązujące na podstawie powszechnego cennika (cen jednakowych dla każdej osoby czy podmiotu).

Ponadto wskazania wymaga, iż zgodnie z art. 144 ustawy Pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający w Załączniku nr 8 do SIWZ ISTOTNE POSTANOWIENIA, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO w ust. 51 przewidział możliwość zmiany, jednakże nie opisał warunków zmian umowy - co świetle przepisów jak również aktualnego orzecznictwa jest niewystarczające dla dokonania zmiany umowy, która zostanie uznana za nieważną.

Czy zatem, Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie obecnego zapisu ust. 51 Załącznika nr 8 do SIWZ i wprowadzenie w to miejsce zapisu o treści : „Dopuszczalne zmiany postanowień zawartej umowy oraz określenie warunków tych zmian:

- a) z powodu zaistnienia omyłki pisarskiej lub rachunkowej, nie wynikającej z zamierzonego działania strony i nie powodującej roszczeń z tytułu tej pomyłki,
- b) w zakresie aktualizacji danych Wykonawcy poprzez zmianę w szczególności nazwy przedsiębiorstwa, zmianę adresu siedziby, zmianę formy prawnej Wykonawcy,
- c) w przypadku zmiany „cen jednostkowych brutto” w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (stanowiącym załącznik do umowy) ulegną zmianie ceny w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe tj. na podstawie cennika usług powszechnych zatwierdzonego przez Prezesa UKE. Jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie cen jednostkowych poszczególnych usług, Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty za świadczone usługi w wysokości obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT.”
- d) w przypadku zmiany wysokości stawki podatku VAT Zamawiający, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu ze strony Wykonawcy o zaistnieniu tego zdarzenia, zobowiązuje się do uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT”
- e) gdy zaistnieje inna, niemożliwa do przewidzenia w momencie zawarcia umowy okoliczność prawna, ekonomiczna lub techniczna, za którą żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkująca brakiem możliwości należytego wykonania umowy, zgodnie ze

Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy.”?

**ODPOWIEDŹ NR 3:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie obecnego zapisu ust. 51 Załącznika nr 8 do SIWZ i wprowadzenie w to miejsce zapisu proponowanego przez Wykonawcę.

**PYTANIE NR 4:**

Zamawiający w pkt 35 istotnych postanowień umowy (IPU) stanowiących załącznik nr 8 do siwz ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelne zasady zamówień publicznych co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę do nałożenia kar (brak w umowie opisanego procesu weryfikacji należytego wykonania umowy i sposobu wspólnej weryfikacji prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia), co świadczy o tym, że Zamawiający stawia się na pozycji uprzywilejowanej zakłócając jedną z naczelnych zasad prawa wynikających, zarówno z prawa zamówień publicznych (równości stron postępowania), jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego).

Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w §5 ust 1 pkt d), g), h) , j) wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej z tego tytułu.

Jak wskazuje bowiem orzecznictwo np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku (Sygn. akt: IV CSK 416/13) "w przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest – na podstawie art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego – zmniejszenie kary umownej przez sąd, na żądanie dłużnika. Zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej opierać się może na łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego podstaw miarkowania. Jest tak wtedy, gdy kara umowna po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części pozostaje nadal rażąco wygórowana". W takiej sytuacji dany wykonawca będzie korzystał z możliwości miarkowania kary wskazanej w art. 484 § 2 kodeksu cywilnego, zwłaszcza mając na uwadze, iż przy tak ogólnym i niedoprecyzowanym sposobie formułowania podstawy do skorzystania z kary umownej można przyjąć, iż Zamawiający będzie korzystał ze swojego uprawnienia w sytuacji zrealizowania przez wykonawcę znaczącej części przedmiotu zamówienia w danym okresie rozliczeniowym, czy wręcz w okresie trwania umowy.

Zasadność takiego stanowiska znowu znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 lutego 2014 roku (Sygn. akt: I ACa 710/13) "możliwość miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna

ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika; jeżeli zaś strony w umowie różnicowały karę umowną w zależności od stopnia niewykonania zobowiązania lub rodzaju i wagi konkretnego uchybienia, to dłużnik nie może powoływać się na wykonanie zobowiązania w znacznej części jako na przesłankę miarkowania. Będzie tak wówczas gdy kara umowna ustalona jest w postaci stawki dziennej lub tygodniowej. Z kolei przy przesłance rażąco wygórowanej kary umownej należy się kierować stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych - a nie relacją kary do świadczenia głównego, do interesu wierzyciela oraz do szkody".

Zatem punktem wyjścia dla rozważań nad dopuszczalną wysokością kary umownej powinno być określenie funkcji, jaką ta instytucja ma pełnić w obrocie gospodarczym. Celem unormowania instytucji kar umownych było zapewnienie stronie pewności poprawnego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy, a nie stworzenie jednemu z kontrahentów okazji do wzbogacenia się kosztem drugiej strony. Kara stanowi bowiem odszkodowanie umowne, odszkodowanie natomiast nie powinno przewyższać szkody ani stanowić źródła wzbogacenia się poszkodowanego. Relacja wysokości kwot, których zapłaty będzie mógł żądać Zamawiający, do rzeczywistej skali niewykonania lub nienależytego wykonania usługi wskazuje, że kara umowna w przedmiotowym zamówieniu nie spełnia funkcji kompensacyjnej (jako że znacznie przewyższa wysokość ewentualnej szkody poniesionej z tego tytułu przez Zamawiającego), lecz stanowi przyczynek do wzbogacenia się Zamawiającego.

Co więcej, ustalanie wysokości kary umownej powyżej pułapu, którego wysokość byłaby uzasadniona wagą naruszenia obowiązków Wykonawcy jest bezprzedmiotowe, gdyż nie spowoduje już dodatkowej motywacji u Wykonawcy. Kwestię motywacji jako jednego z czynników branych pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy kara umowna ma wygórowaną wysokość, poruszyła także Krajowa Izba Odwoławcza: „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” (orzeczenie KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 r.). Kara umowna ustalona na zbyt wysokim poziomie przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywującą dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy.

Praktykę obciążania Wykonawcy karą w wysokości nieadekwatnej do stopnia niewywiązywania się z obowiązków umownych, przy jednoczesnym braku wyznaczenia odpowiedniego terminu na usunięcie naruszeń zakwestionowała KIO w wyroku z dnia 6 września 2011 r.; Sygn. akt KIO 1800/11 : „Zamawiający w ogóle nie uwzględnił możliwości niezwłocznego usunięcia ewentualnych usterek przez Wykonawcę. Fakt ten sugerowałby, iż celem Zamawiającego nie jest dążenie do należytego wykonania umowy, a samo karanie Wykonawcy nawet za drobne i możliwe niezwłocznie do usunięcia usterki, co narusza art. 5 kc, art. . 3531 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp.”. Zgodnie z cytowanym orzeczeniem, represyjny charakter kary umownej nie powinien dominować nad jej odszkodowawczą funkcją.

Ponadto wskazać należy, że wyrażona w art. 3531 k.c. swoboda umów (z której Zamawiający mógłby wyciągać błędny wniosek, że wysokość kary umownej można ustalić w dowolnej wysokości), nie ma charakteru absolutnego i doznaje ograniczeń wynikających m.in. z właściwości stosunku prawnego czy zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że nawet podpisanie umowy, w której zastrzeżono wygórowane kary umowne, nie wyłącza ochrony strony, która w wyniku nałożenia rażąco wysokich kar zostałaby pokrzywdzona.

Dlatego nawet zaaprobowanie zapisów umowy w obecnym kształcie nie wyklucza możliwości miarkowania wysokości kary umownej przez sąd na podstawie art. 484 § 2, jeżeli tylko ma ona rażąco wygórowany charakter.

Sama praktyka rynku pocztowego wypracowała ponadto powszechnie przyjęte i stosowane wysokości kar, które operator, nie chcąc stracić zaufania u obecnych oraz potencjalnych klientów, jest w stanie respektować. Są one niższe niż te zaproponowane przez Zamawiającego, można zatem stwierdzić że w warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia również byłyby wystarczające.

Przewidziane w pkt 35 IPU kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Przy tak znacznej ilości, nienależyte wykonanie jedynie kilku czynności (składowych danej usługi) pozbawiałoby Wykonawcę znacznej części należnego wynagrodzenia, co jest powodem, iż przedmiotowe zamówienie traci dla niego sens ekonomiczny i uniemożliwia mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o powtórny analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- ich wykreślenie i odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych wskazanych w §16 wzoru umowy, bądź ograniczenie wysokości kar umownych co najmniej do poziomu 2 % wartości i kwot wskazanych w pkt 35 IPU wzoru umowy, co pozwoli na pozbawienie ich charakteru rażąco wygórowanych, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu Zamawiającego,
- uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

#### **ODPOWIEDŹ NR 4:**

Zapisy dotyczące kar umownych pozostają bez zmian.

#### **PYTANIE NR 5:**

Na mocy nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r. do art. 142 został dodany ust. 5, który nakłada na zamawiającego obowiązek wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego mechanizmów korekty wynagrodzenia z uwagi na wystąpienie pewnych zmian stanu prawnego, dotyczących elementów kosztotwórczych wynagrodzenia wykonawcy. Wskazany przepis zobowiązuje zamawiającego do ujęcia w umowie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Na gruncie art. 142 ust. 5 nie określono mechanizmu zmiany wynagrodzenia.. Redakcja omawianego przepisu wskazuje jednakże, iż



nie chodzi w tym przypadku o wprowadzenie do umowy warunków zmiany umowy, o których mowa w art. 144 ust. 1 p.z.p., lecz mechanizmu działającego niejako automatycznie, na podobieństwo klauzuli waloryzacyjnej.

Wprawdzie przepis ten ogranicza się tylko i wyłącznie do ustanowienia obowiązku wprowadzenia stosownych postanowień do umowy, bez określania ich szczegółowej treści, niemniej konieczne jest wprowadzenie zasad waloryzacji przez zamawiającego, na co wskazuje KIO np. KIO 413/15 z dnia 16 marca 2015 r.

„Zamawiający uchybił obowiązkowi określenia zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Ograniczył się do przepisania treści ww. przepisu, ze wskazaniem, że ciężar wykazania wpływu zmian na koszt wykonania zamówienia spoczywa na wykonawcy”.

**W świetle powyższych uwag, wnosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający w celu realizacji obowiązku ustawowego dopuszcza uzupełnienie treści IPU o następujące postanowienia:**

Strony dopuszczają możliwość zmiany postanowień Umowy w następującym zakresie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia tych zmian spowodowana jest:

a) zmianą stawki podatku od towarów i usług, pod warunkiem, iż Wykonawca wykaże zmianą stawki podatku od towarów i usług realnie zwiększyła koszty Wykonawcy przy realizacji przedmiotu umowy. W takim przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmiany wysokości stawki podatku od towarów i usług złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmiany stawki podatku na zwiększenie kosztów realizacji Umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą stawki podatku od towarów i usług a wzrostem kosztów realizacji Umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy Wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmian na wzrost kosztów realizacji Umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto, przy czym wynagrodzenie umowne netto pozostanie bez zmian. Wynagrodzenie brutto Wykonawcy ulega zmianie w przypadku wejścia w życie zmiany przepisów w zakresie wysokości podatku od towarów i usług (VAT) mających zastosowanie w czasie realizacji niniejszej umowy. Wówczas, wynagrodzenie brutto Wykonawcy za część prac wykonywaną po terminie wprowadzenia zmiany ulegnie stosownym zmianom natomiast wartość wynagrodzenia netto pozostanie bez zmian.

b) zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę pod warunkiem, że zmiana ta skutkować będzie zwiększeniem kosztów po stronie Wykonawcy związanych z realizacją Umowy. W takim przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmiany minimalnego wynagrodzenia na zwiększenie kosztów realizacji Umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia a wzrostem kosztów realizacji Umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy Wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmiany na wzrost kosztów realizacji Umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto,

c) zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, pod warunkiem wykazania przez Wykonawcę rzeczywistego wpływu zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne na zwiększenie kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy; W takim przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmian złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne na zwiększenie kosztów realizacji Umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą zasad przyznawania a wzrostem kosztów realizacji Umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy Wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmian w zakresie podlegania lub zmian wysokości składek na wzrost kosztów realizacji Umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto(...)

#### **ODPOWIEDŹ NR 5:**

Zamawiający dopuszcza zmianę postanowień umowy w następujących przypadkach:

Dodaje się pkt.

51 a) Wynagrodzenie należne Wykonawcy ustalone w pkt 25 ISTOTNYCH POSTANOWIENIŃ, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO może ulec zmianie w przypadku zmiany:

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

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

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

#### **PYTANIE NR 6:**

Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie formularza oferty Załącznik nr 1 do SIWZ – PRZESYŁKI ZAGRANICZNE LISTOWE":

- a) W pozycji 7. "nierejestrowane (ekonomiczne) - poprzez wskazanie kraju docelowego;
- b) W pozycji 8. "nierejestrowane (priorytetowe) - poprzez wskazanie kontynentu docelowego;

#### **ODPOWIEDŹ NR 6:**

Zamawiający nie dopuszcza doprecyzowania formularza oferty Załącznik nr 1 do SIWZ PRZESYŁKI ZAGRANICZNE LISTOWE w poz. 7 i 8. Domyślnie ... mogą to być kraje unii europejskiej.

#### **PYTANIE NR 7:**

Opisując kryteria oceny ofert w SIWZ, Zamawiający wskazał następujące kryteria: a) cena – 70%, b) liczba placówek poniżej minimum – 20%, c) kryterium społeczne (liczba pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę) – 10%.

W ocenie Wykonawcy proponowane kryterium społeczne – promujące bezwzględną liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy pracę – nie jest korzystne dla interesu publicznego, godzi także w zasadę uczciwej konkurencji wskazaną w art. 7 ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013, poz. 907, z późn. zm.), wypaczając tym samym konkurencyjność niniejszego postępowania.

Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę na fakt, że formułując zapisy s.i.w.z. dotyczące rynku usług pocztowych, należy bezwzględnie mieć na uwadze dwie istotne okoliczności:

1) dominującą pozycję niedawnego monopolisty, współfinansowanego przez państwo i mającego status tzw. operatora wyznaczonego, zatrudniającego ponad 80.000 pracowników na podstawie umów o pracę, oraz 2) spadek cen usług pocztowych do poziomu uniemożliwiającego dalsze obniżki, będący efektem rosnącej konkurencyjności. W związku z powyższym promowanie „największej liczby pracowników” skutkuje przyznaniem Poczcie Polskiej S.A. nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej, co w zasadzie rozstrzyga losy postępowania przed złożeniem ofert przez innych wykonawców.

Należy podkreślić, że Poczta Polska S.A. konsekwentnie promuje stosowanie kryterium liczby pracowników, by wobec zrównania się oferowanych cen uzyskać bezzasadną przewagę konkurencyjną w postępowaniach przetargowych. Co istotne, Poczta Polska S.A. ma pełną świadomość wadliwości i nierzetelności proponowanego kryterium, gdyż w organizowanych przez siebie postępowaniach przetargowych zazwyczaj całkowicie rezygnuje z wprowadzenia kryterium społecznego, ograniczając się do kryterium ceny o wadze w okolicach 98% oraz symbolicznego kryterium pozacenowego w rodzaju terminu płatności o wadze 2% (zob. np.

postępowanie o udzielenia zamówienia na: świadczenie usług medycznych w zakresie medycyny pracy dla pracowników Poczty Polskiej S.A. w m. Wrocław oraz m. Świdnica (numer publikacji w TED: 2015/S 232-422598); usługę doręczania i odbioru przesyłek paletowych (numer publikacji w TED: 2015/S 219-400089) oraz świadczenie usług z zakresu wykonywania czynności ekspedycyjno-rozdzielczych (numer publikacji w TED: 2015/S 217-396710)). Co szczególnie warto podkreślić – na wprowadzenie kryterium społecznego decyduje się zazwyczaj dopiero pod wpływem wniesionych odwołań i nacisków społecznych, jak to miało miejsce np. w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątnięcia i utrzymywania w czystości obiektów użytkowanych przez Poczta Polska S.A. (numer postępowania: 15-2198), ale i wtedy jest ono sformułowane zupełnie inaczej, niż w przedmiotowym przypadku, gdyż precyzyjnie wyznaczona jest maksymalna górna granica liczby zatrudnionych na etat, np. 400 etatów, w taki sposób, że w przypadku w którym wykonawca zadeklaruje większą liczbę etatów niż 400, do obliczenia punktacji przyjmuje się maksymalną liczbę 400 etatów, przy czym – co również nie bez znaczenia - waga ww. kryterium społecznego nie przekracza 10%, co również stoi w sprzeczności z wagą kryterium, którą we wnioskach o wyjaśnienie s.i.w.z. postulują Poczta Polska S.A.

Warto jednocześnie podkreślić, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się na przypadki takiego sposobu ukształtowania kryteriów oceny ofert która umożliwia bezzasadne uprzywilejowywanie jednego z wykonawców, przykładowo: Izba podzieliła poglądy zamawiającego, że w przedmiotowym stanie faktycznym, logicznie i racjonalnie można wytłumaczyć działanie odwołującego jedynie przypisując zamiar oraz działanie w celu takiego skonstruowania ceny oferty, aby wykorzystując kryterium „upustu” przez to samo, zdobyć przewagę konkurencyjną. Tak wysoka kwota upustu – oderwana od faktycznych kosztów zaoszczędzonych przez wykonawcę, stanowiła jedynie element kalkulacji czysto matematycznej, by uzyskać jak najwyższą ocenę punktową oferty w tym kryterium, tj. maksymalne 5 punktów. (...) Izba zgodziła się również z argumentacją zamawiającego, że celem takiego działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę konkurencyjną (...).W postępowaniu zaś o sygn. KIO 1688/15 Izba stwierdziła zresztą, iż Poczta Polska S.A. ma interes w kwestionowaniu zarzutów InPost, gdyż kryterium „liczby pracowników” jest dla niej dogodniejsze, niż kryterium „stosunku procentowego”.

Należy zarazem zauważyć, że nawet w sytuacji w której jakkolwiek inny wykonawca niż Poczta Polska S.A. podjąłby się wysiłku zatrudnienia wszystkich pracowników wykonujących świadczenia na podstawie umów o pracę - nadal wybrana zostałaby nie oferta z najkorzystniejszą ceną – ale ofertą z największą ilością pracowników, i to nawet wówczas gdyby oferta Poczty Polskiej S.A. była droższa o około 10% ceny.

Przykładowo:

Kryterium	waga	wykonawca A	wykonawca B
Liczba pracowników	10%	20.000 pracowników	
		2,6 punktu	75.000 pracowników
		10 punktów	
Liczba placówek	15%	15 punktów	15 punktów
Cena	75%	9.100.000 zł	
		75 punktów	10.000.000 zł
		68,25 punktów	
Suma	100%	92,6 punktów	93,25 punktów

W ocenie Wykonawcy mamy zatem do czynienia z doprowadzeniem do sytuacji, gdy preferując większą liczbę pracowników preferuje się okoliczności nie mające znaczenia dla sposobu wykonywania zamówienia, irrelevantne dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający promuje w ten sposób słabszą organizację pracy, skutkującą większą liczbą pracowników, niż niezbędna do optymalnego wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem kryterium nie spełnia wymagania związania, czy też odnoszenia się do przedmiotu zamówienia. Nie mamy także do czynienia z najlepszą relacją jakości do ceny.

Podkreślamy ponadto, iż Poczta Polska w składanych ofertach wskazuje na zawyżone liczby pracowników dedykowanych do wykonania zamówienia, wypaczając tym samym przebieg postępowania przetargowego. Przykładowo, w przetargu na świadczenie usług pocztowych dla Straży Gminnej w Człuchowie (nr ogłoszenia: 2014/S 209-370280, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 37 000, dla poleconych – 300 000, dla poleconych ZPO – 200 000), wobec sformułowania kryterium „liczba osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 75 000 pracowników (zatem spółka ta wykazała niemal wszystkich zatrudnionych przez nią na podstawie umowy o pracę). Jednocześnie, w przetargu organizowanym przez Izbę Skarbową w Warszawie (nr zamówienia: PN/7/Poczta/2015, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 2200, zaś dla poleconych ZPO – 43 000) wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników Wykonawcy zaangażowanych do realizacji przedmiotu umowy z Zamawiającym, zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 37 640 pracowników. Nadto w przetargu organizowanym przez Centrum Usług Wspólnych (nr postępowania: 5-WZLO/11-WW-DD/35-WASK/2015/PN/MO, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 2500, dla poleconych – 5700,

dla poleconych ZPO – 2000), wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych na umowę o pracę, związaną z bezpośrednim odbiorem i dostarczaniem przesyłek pocztowych, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień 30.06.2015 r.”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 64 205 pracowników.

Powyższe okoliczności dostrzegane są przez orzeczników KIO (vide KIO 1688/15): „Jak słusznie wskazywał w odwołaniu, przy zbliżonych postanowieniach SIWZ w zakresie społecznych kryteriów oceny ofert stosowanych przez innych zamawiających Poczta Polska S.A. wskazywała w analogicznych okresach diametralnie inne liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”. Reasumując, stosując kryterium liczby pracowników w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w sposób niemający znaczenia dla celów postępowania przetargowego promuje się wyższe zatrudnienie w oderwaniu od rachunku ekonomicznego.

Reasumując, Zamawiający mogą domagać się realizacji poprzez zamówienia publicznego celów społecznych, jednak nie mogą one być oderwane od przedmiotu zamówienia. Nie mogą wprowadzać bezzasadnych preferencji. Należy w tym zakresie przywołać treść art. 70 dyrektywy 2014/24/UE, która powinna wyznaczać kierunki wykładni przepisów wspólnotowego oraz krajowego prawa zamówień publicznych: Instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3 i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki te mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem. Jak dodaje się w piśmiennictwie : Ważną nowością w porównaniu z dyrektywami z 2004r. jest wyraźne zastrzeżenie, że szczególne warunki realizacji zamówienia określone przez instytucje zamawiające (obejmujące aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem) muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia (art. 70 dyrektywy 2014/24, art. 87 dyrektywy 2014/25), a więc nie mogą dotyczyć w szczególności ogólnej polityki (np. socjalnej) realizowanej przez wykonawcę w ramach jego przedsiębiorstwa. Zatem uzasadnienie na gruncie wspólnotowego prawa zamówień publicznych znajduje jedynie takie promowanie sposobu zatrudnienia, które znajduje uzasadnienie w przedmiocie zamówienia. Z tego względu przykładowo zatrudnienie nieproporcjonalnie wysokie, wynikające nie tyle z potrzeb Zamawiającego co ze specyfiki wykonawcy nie winno być stosowane. Dlatego też kryterium „proporcji” zatrudnienia lepiej realizuje cele powyżej opisane. Z tych samych względów zasadnym jest wprowadzenie ograniczenia, zgodnie z którym zatrudnienie powyżej określonej liczby pracowników nie ma wpływu na ocenę oferty.

Zwracamy także uwagę na jeszcze jedną okoliczność – postulat wyrównania szans podmiotów dysponujących różnym potencjałem na rynku.

Nie ma bowiem wątpliwości, że ze względu na wieloletnią działalność w warunkach absolutnego monopolu oraz przyznany mocą ustawy status operatora wyznaczonego - Poczta Polska S.A. wciąż jest podmiotem o dominującej pozycji na rynku usług pocztowych. Jak wynika z Raportu UKE na temat stanu rynku pocztowego w 2014 r., w samym tylko segmencie usług wchodzących w zakres usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym, a więc usług objętych zakresem niniejszego zamówienia, Poczta Polska S.A. posiadała w 2014 r. 68,60% udziału w wolumenie usług wchodzących w zakres usług powszechnych oraz aż 72,87% udziału w przychodach. Jednocześnie – co warto podkreślić - największą grupę usług pocztowych, zarówno jeśli chodzi o wolumen, jak i przychody, stanowiły - zastrzeżone wyłącznie dla niej - usługi powszechne. Poczta Polska zrealizowała 711,74 mln tego typu usług, co przełożyło się na 2937,11 mln zł przychodu (udział procentowy usług powszechnych w przesyłkach ogółem wyniósł odpowiednio 39,91% wolumenów oraz 63,57% przychodów). Powyższe w oczywisty sposób, musi przekładać się na dostosowaną do powyższego strukturę zatrudnienia :

Liczba zatrudnionych w sektorze pocztowym w latach 2013-2014, stosownie do Raportu UKE na temat stanu rynku pocztowego w 2014 r.

	2013	2014
Poczta Polska S.A.	83468	79471
Operatorzy alternatywni	12700	12639

Jak tymczasem podkreśla się w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych koniecznym jest: wyrównanie szans wynikających z nierówności potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych jakie istnieją między przedsiębiorcami sektora MŚP, a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym. Stąd też szczególnego znaczenia nabierają rozwiązania normatywne dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienia i jego późniejszej wspólnej realizacji, które same w sobie, służąc w zamierzeniu zwiększeniu szans konkurowania o zamówienia mniejszych przedsiębiorców nie powinny kreować dodatkowych barier w dostępie do zamówienia. (...) Państwo wszakże, zgodnie z przytoczonymi przepisami usdg, powinno stwarzać, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikro-, małych i średnich przedsiębiorców także na rynku zamówień publicznych. Warto także zwrócić uwagę na opinię Komisji Europejskiej wyrażoną w „Europejskim kodeksie najlepszych praktyk ułatwiających dostęp małym i średnim przedsiębiorstwom do zamówień publicznych”: W istocie liczne konsultacje przeprowadzone w toku przygotowywania niniejszego „Kodeksu najlepszych praktyk”, które doprowadziły do wniosku, że ułatwienie dostępu MŚP do

zamówień publicznych wymaga zmiany kultury instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień, wskazują na znaczące możliwości zwiększenia uczestnictwa MŚP w procedurach udzielania zamówień poprzez zwiększenie profesjonalizmu w dziedzinie zamówień publicznych. W tym kontekście należałoby rozważyć nie tylko kwestię sposobu stosowania istniejących ram prawnych tak, by zapewnić możliwość uczestnictwa MŚP w procedurach udzielania zamówień na równych zasadach z dużymi przedsiębiorstwami (...) W odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych, instytucja zamawiająca winna stosować takie kryteria kwalifikacji, które umożliwią jej ocenę, czy oferent posiada zdolności niezbędne do realizacji danego zamówienia, zamiast jedynie ogólnej oceny zdolności oferentów. Należy przy tym jednak dołożyć starań, aby zastosowanie tego rozwiązania nie zawęziło bezpodstawnie grupy wnioskodawców, którzy mogliby kwalifikować się do udziału w danej procedurze.

Alternatywą względem rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego jest więc albo:

- 1) ustalenie maksymalnej górnej granicy liczby etatów, w taki sposób, że w przypadku w którym wykonawca zadeklaruje większą liczbę etatów niż ustalona, do obliczenia punktacji przyjmuje się podanie maksymalnej liczby, albo
- 2) wprowadzenie kryterium społecznego w procentowej postaci, traktowane jako procent pracowników operacyjnych wykonawcy zatrudnionych w oparciu umowę o pracę (na minimum  $\frac{1}{2}$  etatu) w stosunku do wszystkich pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji zamówienia.

Podkreślić należy, że „kryterium procentowe” zostało zastosowane w największym w tej części Europy przetargu na świadczenie usług pocztowych, mianowicie przetargu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz sądów powszechnych (nr post.: ZP-01/2015). W przetargu tym jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium społeczne, które zostało opisane jako procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia, zaś liczba ta ma uwzględniać osoby, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek sądowych (tj. doręczyciele-listonosze, osoby wydające korespondencję).

Należy również zaznaczyć, że wprowadzone kryterium przez Zamawiającego nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, który obejmuje świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym jak i zagranicznym. W związku z powyższym kryterium powinno dotyczyć również pracowników operacyjnych Wykonawcy, którzy są zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu



zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek pocztowych na terenie kraju i poza nim, z uwzględnieniem personelu podwykonawców.

Wykonawca wnioskuję do Zamawiającego o modyfikację kryterium oceny ofert w sposób opisany powyżej z uwzględnieniem zmian dotyczących zasięgu przedmiotu zamówienia.

#### **ODPOWIEDŹ NR 7:**

Zamawiający pozostawia zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez zmian.

Zamawiający miał prawo jako kryterium oceny ofert zastosować procent osób zatrudnionych na umowę o pracę, wynika to z art. 91 ust.2 gdzie jako kryterium oceny ofert wpisano kryterium społeczne, wynika to również z art. 29 ust.4 pzp. Ponadto jak orzekło KIO w wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r., sygn.akt 1607/15: Ustawodawca we wprowadzonym przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232) art. 91 ust. 2 p.z.p., określił - w przykładowym katalogu kryteriów oceny ofert - kryteria społeczne. Brak jest jakichkolwiek wątpliwości, że kryterium odnoszące się do aspektu zatrudniania osób do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę stanowi wypełnienie aspektów społecznych określonych przez ustawodawcę, w szczególności w oparciu o treść uzasadnienia do projektu tej ustawy.

Tak samo orzekło KIO w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 1607/14. KIO podkreśliło w tym wyroku, że kryterium to stanowi tylko 10% oceny ofert, ponadto mając na uwadze, że doręczanie przesyłek pocztowych wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych, co wymaga spełnienia szeregu wymogów i dużej odpowiedzialności, to osoby zatrudnione na umowę o pracę dają większą rękojmię wykonania tego poprawnie.

#### **PYTANIE NR 8**

W treści SIWZ znajdują się sprzeczne zapisy dotyczące wadium: Zamawiający raz wskazuje, że nie żąda wniesienia wadium, w innym miejscu zaś – że wymagane jest wniesienie wadium w kwocie 19.000 zł. Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie i jednoznaczne wskazanie czy wadium jest wymagane i w jakiej kwocie.

#### **ODPOWIEDŹ NR 8:**

Zamawiający modyfikuje SIWZ.

ROZDZIAŁ XVI SIWZ WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM otrzymuje brzmienie:

Zamawiający wymaga wniesienia wadium w niniejszym postępowaniu.

**PYTANIE NR 9:**

Zamawiający przewiduje w treści SIWZ – istotnych postanowieniach umowy możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy.

Wykonawca zwraca uwagę, iż przywołane zapisy dają Zamawiającemu silną pozycję w kształtowaniu stosunku między stronami, a także narusza zasadę równowagi stron umowy, przyznając Zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy nawet w przypadkach drobnych, nieistotnych nieprawidłowości, które nie skutkowałyby szkodą po stronie Zamawiającego.

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

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się z o zmianę omawianych zapisów, poprzez, przykładowo, dodanie do treści istotnych postanowień umowy zapisu ustępu o treści:

„Z uprawnienia do odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia, Zamawiający może skorzystać po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do należytego świadczenia usług, zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i po bezskutecznym upływie wyznaczonego w tym celu terminu”.

**ODPOWIEDŹ NR 9:**

Zamawiający modyfikuje Załącznik Nr 8 do SIWZ pkt 45 zamieszczając w miejsce dotychczasowej treści następującą treść:

Zamawiający może rozwiązać umowę w sprawie udzielenia niniejszego zamówienia w trybie natychmiastowym, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do należytego świadczenia usług, zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i po bezskutecznym upływie wyznaczonego w tym celu terminu, w przypadku:

- a) zaprzestania wykonywania umowy przez Wykonawcę przez okres dłuższy niż 4 dni, uprawnienie to przysługuje w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia przez Zamawiającego zaprzestania wykonywania umowy przez Wykonawcę przez okres dłuższy niż 4 dni,
- b) zaprzestania prowadzenia działalności przez Wykonawcę, uprawnienie to przysługuje w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia powyższej okoliczności przez Zamawiającego,

- c) wykonawca nie posiada aktualnej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, uprawnienie to przysługuje w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia powyższej okoliczności przez Zamawiającego,
- d) rażącego naruszenia postanowień umowy. W takim przypadku Zamawiający wyznaczy wykonawcy odpowiedni termin do zaprzestania naruszania umowy i prawidłowego jej wykonywania pod rygorem odstąpienia od umowy po bezskutecznym upływie w/w terminu.

#### **PYTANIE NR 10:**

W pkt 44 Istotnych Postanowień Umowy, Zamawiający wymienił przypadki, w których może wypowiedzieć umowę, w związku z nienależytym świadczeniem usługi przez wykonawcę.

Wykonawca zwraca uwagę, że ze względu na pewność obrotu gospodarczego, powinien mieć prawo do wypowiedzenia się co do przypadków ewentualnego nienależytego wykonywania umowy, tym bardziej, że powyższe może być efektem działania siły wyższej. Dodatkowo wskazać należy, że dla zapewnienia pewności stosunku prawnego oraz pewności świadczenia usługi, niezbędne jest wprowadzenie zapisów, dających Wykonawcy możliwość usunięcia ewentualnych nieprawidłowości w wykonywaniu umowy w konkretnym terminie.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o uzupełnienie ww. zapisu o zdanie: „po wcześniejszym pisemnym wezwaniu do należytego wykonywania umowy i upływie wyznaczonego terminu”, tak by finalnie ww. zapis otrzymał brzmienie: „Umowa w sprawie udzielenia niniejszego zamówienia może być rozwiązana przed upływem terminu jej obowiązywania, tj. 31.12.2017 r. przez Zamawiającego z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, po wcześniejszym pisemnym wezwaniu wykonawcy do należytego wykonywania umowy i upływie wyznaczonego do tego terminu, polegającego w szczególności na:”

#### **ODPOWIEDŹ NR 10:**

Zamawiający pozostawia zapisy SIWZ bez zmian.

#### **PYTANIE NR 11:**

W pkt 53 Istotnych Postanowień Umowy, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedkładania <<kwartalnych raportów>> nt. liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o sprecyzowanie, jako formę ma posiadać wskazany przez Zamawiającego <<kwartalny raport>>?

**ODPOWIEDŹ NR 11:**

Zamawiający pozostawia zapisy SIWZ bez zmian.

Raport dotyczy liczby wszystkich osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek (tj. doręczyciele – listonosze, osoby wydające korespondencję), z uwzględnieniem personelu podwykonawców, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy.

Działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych informuję, że zmianie ulegają zapisy SIWZ, które otrzymują brzmienie:

I. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie Nr 5

Dodaje się pkt. 51 a) o treści: Wynagrodzenie należne Wykonawcy ustalone w pkt 25 ISTOTNYCH POSTANOWIENIŃ, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO może ulec zmianie w przypadku zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług ,

b) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

- jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

II. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie Nr 8

ROZDZIAŁ XVI SIWZ WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM otrzymuje brzmienie:

Zamawiający wymaga wniesienia wadium w niniejszym postępowaniu.

III. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie Nr 9

Zamawiający modyfikuje Załącznik Nr 8 do SIWZ pkt 45 zamieszczając w miejsce dotychczasowej treści następującą treść:

Zamawiający może rozwiązać umowę w sprawie udzielenia niniejszego zamówienia w trybie natychmiastowym, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do należytego świadczenia usług,

zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i po bezskutecznym upływie wyznaczonego w tym celu terminu, w przypadku:

- a) zaprzestania wykonywania umowy przez Wykonawcę przez okres dłuższy niż 4 dni, uprawnienie to przysługuje w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia przez Zamawiającego zaprzestania wykonywania umowy przez Wykonawcę przez okres dłuższy niż 4 dni,
- b) zaprzestania prowadzenia działalności przez Wykonawcę, uprawnienie to przysługuje w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia powyższej okoliczności przez Zamawiającego,
- c) wykonawca nie posiada aktualnej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, uprawnienie to przysługuje w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia powyższej okoliczności przez Zamawiającego,
- d) rażącego naruszenia postanowień umowy. W takim przypadku Zamawiający wyznaczy wykonawcy odpowiedni termin do zaprzestania naruszania umowy i prawidłowego jej wykonywania pod rygorem odstąpienia od umowy po bezskutecznym upływie w/w terminu.

Zważywszy, że powyższa zmiana treści SIWZ nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający nie przedłuży terminu składania ofert.

Zamawiający informuje, że udzielone odpowiedzi i modyfikacje będą wiążące dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i zostanie przekazana wykonawcom, którzy otrzymali SIWZ, oraz zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem <http://pup.brzeg.sisco.info/>, zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2015r., poz. 2164 ze zm.).

**Zastępca Dyrektora**  
Powiatowego Urzędu Pracy  
w Brzegu

**Jolanta Markiewicz**

