

Zamawiający:

Gmina Ustka, ul. Dunina 24, 76-270 Ustka

NIP: 839 00 30 153

Tel. (059) 814 60 44 do 46

Fax.: (059) 814 42 57

Wykonawcy**Zapytania Wykonawców**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego na "Świadczenie usług pocztowych"

Działając na podstawie przepisu art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), Zamawiający informuje, iż w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły zapytania dot. następującej kwestii:

Pytania Wykonawców:**1. Punkt 22.1 SIWZ – Kryteria oceny ofert**

Czy mając na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślające walor kryteriów oceny ofert o charakterze społecznym, na które położył nacisk sam ustawodawca w jednej z ostatnich nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z dnia 18 września 2014 roku, dalej jako „ustawa nowelizująca”), Zamawiający dokona modyfikacji treści SIWZ w zakresie zapisów punktu 22.1 SIWZ poprzez dodanie zamiast kryterium „Odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego” kryterium „społeczne”, przez które należy rozumieć liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy (cały etat), którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia (dalej jako „kryterium społeczne”) oraz w związku z powyższym dokona odpowiednich zmian dokumentacji dotyczącej Postępowania.

Wykonawca wskazuje, iż ustawodawca nadając ustawą nowelizującą nowe brzmienie art. 91 ust. 2 ustawy, położył wyraźny nacisk na posługiwanie się kryteriami społecznymi w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej, co potwierdził również w uzasadnieniu do ustawy, gdzie wskazane zostało, że obecna sytuacja, w której zamówienia publiczne są udzielane podmiotom omijającym nakaz z art. 22 § 11 Kodeksu pracy jest demoralizująca. Okazuje się bowiem, że pomimo jasnego nakazu przepisu prawa, to samo państwo, które to prawo ustanowiło wspiera omijających przepisy. Innymi słowy samo państwo lekceważy ustanowione przez siebie prawo. Z pragmatycznego punktu widzenia skutki są nawet dalej idące. Praworządni przedsiębiorcy są stopniowo eliminowani z rynku zamówień publicznych. Tolerowanie nieformalnego zatrudnienia na rynku zamówień publicznych niesie za sobą osłabienie pewności obrotu gospodarczego. Koszty tego procesu ponoszą nie tylko pracodawcy, ale także ich pracownicy, system zabezpieczenia społecznego, system opieki zdrowotnej i w konsekwencji - budżet państwa. [...] Obecny stan wymaga pilnej i radykalnej poprawy. Wydatki publiczne powinny wspierać rzetelnych i praworządnych uczestników rynku i ich pracowników.

Stanowisko ustawodawcy, o którym mowa powyżej, jest wynikiem treści dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych 2014/24/UE, która nałożyła na Państwa Członkowskie obowiązek podejmowania działań, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego przestrzegali

stosownych przepisów z zakresu prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy¹. Zatem w ustawie nowelizującej przyznano Zamawiającemu tak uprawnienie do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp), jak i możliwość takiego kształtowania kryteriów oceny ofert, które uwzględniać będą m.in. aspekty społeczne.

Podkreślenia w tym aspekcie wymaga bowiem to, że celem wprowadzenia kryteriów społecznych do kryteriów oceny ofert, zrealizowanym poprzez znowelizowane brzmienie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, było zatem premiowanie tych wykonawców, którzy w swojej działalności respektują zasady praworządności i dbałości o dobro wspólne i wyrównywanie ich szans w przetargach, w których konfrontują się z wykonawcami obniżającymi koszty swojej działalności kosztem wartości istotnych z punktu widzenia interesu państwa. Co za tym idzie, społeczne kryterium oceny ofert w postaci zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, ma w takiej sytuacji niwelować dysproporcję związaną z możliwością wyceny usług, występującą pomiędzy podmiotami zatrudniającymi pracowników na podstawie umowy o pracę a tymi, którzy nakaz z art. 22 § 1 Kodeksu Pracy omijają². W związku z tym, posługiwanie się kryteriami społecznymi przy ocenie ofert, nie tylko nie zaprzecza konkurencyjności, ale umożliwia pełną realizację tej zasady i rzeczywistą konkurencję między operatorami pocztowymi³. Ponadto analiza niniejszego Postępowania pozwala na stwierdzenie, iż ustanowienie tego rodzaju kryterium jest zasadne z uwagi na przedmiot Postępowania i charakter czynności wchodzących w zakres niniejszego zamówienia, tj. ze względu na ochronę tajemnicy korespondencji. Zaznaczenia wymaga również fakt, iż wiele analogicznych postępowań na świadczenie usług pocztowych było prowadzonych (po wejściu w życie ustawy nowelizującej) z zastosowaniem kryterium społecznego oceny ofert lub podkreśla się w nich wymóg zatrudniania osób wykonujących dane zamówienie na podstawie umów o pracę. Przykładowo są to postępowania prowadzone przez: (I) Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie (nr postępowania: ZP/01/2015), (II) Komendę Główną Policji, z siedzibą w Warszawie (nr postępowania: 125/BŁi/15/TG), czy też (III) Narodowy Bank Polski, z siedzibą w Warszawie (nr postępowania: DKRZ-WPO-RS-243-041-DA-15). Brak określenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kryterium społecznego powoduje, iż de facto nie dąży on do popularyzacji umów o pracę oraz nie realizuje wszystkich funkcji zamówień publicznych, na które wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w powołanych poniżej wyrokach. Jak podkreślono na wstępie niniejszego pisma, na duże znaczenie kryterium społecznego oraz jego walory wskazuje również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1040/15 Izba stwierdziła, iż Zamawiający mają prawo wprowadzania do kryteriów oceny ofert klauzul o charakterze społecznym, na które położył nacisk sam ustawodawca w ostatniej nowelizacji. Co więcej pokreśliła, że zamówienia publiczne muszą realizować także społeczne obowiązki państwa, w tym obowiązki związane z zatrudnieniem i jego promocją. Ponadto wskazała, iż w żadnym stopniu kryterium społeczne nie narusza zasad uczciwej konkurencji – każdy z

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

2 por. uzasadnienie do ustawy nowelizującej, gdzie wskazano, że najpełniejszą ochronę prac osób wykonujących pracę najemną zapewnia umowa o pracę. Dotyczy to tak aspektów dotyczących samego stosunku pracy (przede wszystkim wynagrodzenia co najmniej równego wynagrodzeniu minimalnemu za pracę), jak i zabezpieczenia w razie choroby, czy wypadku. Wszystkie te funkcje gwarancyjne są kosztowne. Przedsiębiorcy zatrudniający na podstawie umowy o pracę ponoszą znacznie większe koszty od przedsiębiorców angażujących personel w inny sposób, nie wspominając o działaniach na granicy prawa (w tzw. szarej strefie)

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

wykonawców ma dowolność co do przyjętej przez siebie polityki zatrudnienia i strategii budowania przez siebie treści oferty, tj. czy zdecyduje się na zawiązywanie współpracy na podstawie umowy o pracę, co rodzić będzie większe koszty, czy też zdecyduje się na cywilnoprawne formy współpracy, umożliwiające obniżenie kosztów i zaoferowanie niższej ceny. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba wyraźnie stwierdziła, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę jest dopuszczalny zgodnie z art. 29 ust. 4 ustawy Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pocztowe z uwagi na charakter tych zamówień. „W ocenie Izby fakt spełnienia tych przesłanek jest oczywisty. Świadczenie usług pocztowych niewątpliwie wymaga takiej organizacji, gdzie określone jest miejsce, czas realizacji zadań, a w dodatku po stronie wykonawcy musi istnieć atrybut w postaci możliwości sprawowania kierownictwa nad zaangażowanym personelem. Brak któregośkolwiek z tych elementów nie pozwalałby na należyte wykonanie zamówienia na rzecz Zamawiającego”. Na uwagę zasługuje fakt, iż sam Zamawiający w punkcie 3.6 SIWZ wskazał, iż wymaga od Wykonawcy i podwykonawców zatrudniania na umowę o pracę osób wykonujących usługi pocztowe o ile mieszczą się one w zakresie art. 22 § 1 Kodeksu Pracy nie promując jednocześnie Wykonawców zatrudniających większą ilość pracowników na umowę o pracę.

Izba dodatkowo zwróciła uwagę na palący problem „eliminacji z rynku zamówień publicznych” praworządnych przedsiębiorców oraz na fakt, że „tolerowanie nieformalnego zatrudnienia na rynku zamówień publicznych niesie za sobą osłabienie pewności obrotu gospodarczego”. „Koszty tego procesu ponoszą nie tylko pracodawcy, ale także ich pracownicy, system zabezpieczenia społecznego, system opieki zdrowotnej i w konsekwencji budżet państwa”. Mając powyższe na uwadze Izba zaapelowała: „Obecny stan wymaga pilnej i radykalnej poprawy. Wydatki publiczne powinny wspierać rzetelnych i praworządnych uczestników rynku i ich pracowników. Stąd, w przypadku gdy charakter zamówienia publicznego to uzasadnia, potrzebne jest wyraźne upoważnienie zamawiających do stawiania warunku angażowania personelu na podstawie umowy o pracę (...) Zamówienia publiczne muszą być postrzegane także jako instrument realizacji społecznych obowiązków państwa, w tym obowiązku ochrony stosunku pracy i jego promocji (...)”.

Podobnie KIO w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 r., sygn. akt 2354/14 uznała – w odniesieniu do zbliżonego przedmiotu zamówienia (tj. postępowania na świadczenie usług pocztowych i usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji) za dopuszczalny wymóg, aby osoby realizujące usługę w zakresie personalizowania, wydruku, konfekcjonowania i kopertowania były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Krajowa Izba Odwoławcza ww. orzeczeniu podkreśliła, że „regulacja, w oparciu o którą Zamawiający wprowadził do SIWZ wskazany wymóg zatrudniania pracowników ma charakter klauzuli społecznej dopuszczanej do polskiej ustawy Pzp przez ustawodawcę krajowego, a także wskazywanej jako jak najbardziej pożądana także przez ustawodawcę europejskiego. Stosowanie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tej klauzuli potwierdza też działania polskiego ustawodawcy nakierowane na ochronę stosunku pracy.”

Zamawiający jako jedno z kryterium oceny ofert przyjął kryterium „Odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego” gdzie 40 pkt. otrzyma Wykonawca, który zagwarantuje bezpłatny odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego. Wykonawca pragnie wskazać, że zastosowane rozwiązanie jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia ogłoszonego przez Zamawiającego na „Świadczenie usług pocztowych” oraz jest niezgodne z ustawą Prawo pocztowe, zgodnie z którą: „Usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe (...) realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych (...)” (art. 2 ust. 1 pkt 1). Usługa odbioru korespondencji z siedziby Zamawiającego jest odpłatną usługą umowną świadczoną na odrębnych zasadach i jako taka

nie mieści się w katalogu określonym jako świadczenie usług pocztowych. Dodatkowo odbiór przesyłek jest usługą transportową (a nie pocztową), opodatkowaną stawką podstawową. Opłata za usługę odbioru przesyłek z siedziby Zamawiającego nie może zostać wliczona w cenę jednostkową opłaty pocztowej za usługi listowe bądź paczkowe. Wykonawca jako operator wyznaczony, zobligowany jest do świadczenia usług w oparciu o zapisy wynikające z Prawa pocztowego. Zapisy łączące opłaty za usługi pocztowe i odbiór w jednej pozycji w praktyce uniemożliwia Wykonawcy przystąpienie do postępowania i jest to sprzeczne z art. 7 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, mówiącym o równym traktowaniu wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie Wykonawca informuje, że usługa transportowa podlega abonamentowej opłacie miesięcznej uzależnionej o zadeklarowanych dni odbioru w miesiącu.

Wykonawca wnioskuję zatem do Zamawiającego o zmianę kryterium „Odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego – 40%” na kryterium:

- Liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę – 40 %

Sposób obliczania kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych”.

Z_x

$Z = \frac{Z_x}{Z_{max}} \times 20$ punktów

Z_{max}

gdzie:

Z = liczba punktów za kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych”,

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

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

Przez działalność operacyjną zamawiający rozumie działalność wykonawcy związaną z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem w zakresie:

- przyjmowania, przemieszczania i doręczania korespondencji,
- obsługi korespondencji w placówkach pocztowych,
- spedycji i transportu przesyłek,
- czynności ekspedycyjno – rozdzielczych.

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów. Punkty będą liczone do dwóch miejsc po przecinku.

Podsumowując powyższe, Wykonawca wnosi o dokonanie wskazanej modyfikacji SIWZ poprzez dodanie kryterium społecznego z jednoczesnym wykreśleniem kryterium „Odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego” oraz dokonanie odpowiednich zmian w dokumentacji dotyczącej postępowania.

Jednocześnie wnosimy o dopisanie do Formularza cenowego dodatkowej pozycji o nazwie „Odbiór przesyłek z siedziby Zamawiającego”, która pozwoli Wykonawcom przystępującym do postępowania na wycenę opłaty za usługę odbioru przesyłek z jednoczesnym wskazaniem dni i przedziału czasowego, w trakcie którego korespondencja powinna być odbierana przez Wykonawcę z siedziby Zamawiającego.

2. Załącznik nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia pkt. 4

Wykonawca pragnie zwrócić uwagę Zamawiającego, iż zgodnie z art. 3 pkt. 14 ustawy Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2017 r. Nr 1481) paczka pocztowa to przesyłka rejestrowana,

niebędącą przesyłką listową, o masie do 20 000 g. Wykonawca wnosi do Zamawiającego o dostosowanie zapisów załącznika nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia pkt. 4 w zakresie masy paczek pocztowych do bezwzględnie obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy Prawo pocztowe.

3. Załącznik nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia pkt. 12

Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu poprzez dodanie zastrzeżenia o następującej treści: „W przypadku uzasadnionych zastrzeżeń w stosunku do już odebranych przesyłek (np. nieprawidłowe opakowanie, brak pełnego adresu, niezgodność wpisów w dokumentach nadawczych z wpisami na przesyłkach, brak znaków opłaty itp.) Wykonawca bez zbędnej zwłoki wyjaśnia je z Zamawiającym. Brak możliwości wyjaśnienia zastrzeżeń, o których mowa lub ich usunięcia w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego powoduje, iż nadanie przesyłek przez Wykonawcę nastąpi w dniu następnym, a w przypadku braku możliwości usunięcia niezgodności Zamawiający wycofa przesyłkę przeznaczoną do nadania”.

4. Załącznik nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia pkt. 13

W Opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł zapis:

„Wykonawca będzie dostarczał Zamawiającemu pokwitowane przez adresata „potwierdzenie odbioru” niezwłocznie po dokonaniu doręczenia przesyłki, nie później jednak, niż w ciągu 7 dni roboczych od dnia doręczenia.”

Na podstawie art. 47 ustawy Prawo pocztowe Minister właściwy do spraw łączności określił warunki wykonywania usług powszechnych, obejmujące m. in. wskaźniki czasu przebiegu przesyłek w obrocie krajowym (Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013r w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013r, poz. 545). W załączniku nr 1 do wymienionego Rozporządzenia określony został czas przebiegu przesyłek listowych niebędących przesyłkami listowymi najszybszej kategorii (m. in. potwierdzenie odbioru) na poziomie D+5 (97% przesyłek) oraz D+3 (85% przesyłek), gdzie D+X oznacza liczbę dni od dnia nadania przesyłki do dnia jej doręczenia. W załączniku wskazano również udział liczby przesyłek pocztowych doręczonych w określonym terminie do ogólnej liczby nadanych przesyłek pocztowych, wyrażony w procentach.

Ze względu na wskaźniki procentowe, zgodnie z którymi Wykonawca, będący operatorem wyznaczonym, zobowiązany do stosowania wymienionego Rozporządzenia, nie jest zobligowany do zachowania terminu 7-dniowego w 100%. Wykonawca wnioskuje, aby Zamawiający zmodyfikował zapis dotyczący terminu doręczania potwierdzeń odbioru oraz uwzględnił przepisy Rozporządzenia.

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę zapisu na:

„Wykonawca będzie dostarczał Zamawiającemu pokwitowane przez adresata „potwierdzenie odbioru” niezwłocznie po dokonaniu doręczenia przesyłki.”

5. Załącznik nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia pkt. 14

Wykonawca wnosi do Zamawiającego o dopisanie po słowach „(pierwsze awizo) o próbie dostarczenia przesyłki” słowa „rejestrowanej”.

6. Załącznik nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (tabela określająca rodzaje usług pocztowych jakie będą zlecane wykonawcy oraz średnie ilości danej korespondencji w skali roku) pkt. 9 oraz Załącznik nr 1a do SIWZ – Formularz cenowy pkt. 9

Wykonawca wnosi do Zamawiającego o dopisanie po słowach „List polecony zagraniczny”

słowa „priorytetowy”. Wniosek podyktowany jest zmianą do artykułu 13 Światowej Konwencji Pocztovej, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2014 roku i polega na rezygnacji krajów członkowskich Światowego Związku Pocztovej ze świadczenia fakultatywnej usługi polecenia dla przesyłek ekonomicznych. Tym samym, została zlikwidowana kategoria ekonomiczne przesyłki listowe polecane w obrocie zagranicznym. Usługa przesyłka polecana jest świadczona tylko jako usługa priorytetowa.

7. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 1 ust. 1

Wykonawca wnosi do Zamawiającego o dopisanie po słowach „w obrocie krajowym i zagranicznym” treści „w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztovej (t.j. Dz. U. z 2017 r. Nr 1481)”

8. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 1 ust. 3

Wykonawca wnosi zmianę zapisu na następujący:

„Wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługi pocztowe zgodnie z:

- 1) powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności:
 - a) ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztovej (t.j. Dz. U. z 2017 r. Nr 1481),
 - b) aktami wykonawczymi wydanymi na podstawie przepisów ustawy wskazanej w lit. a),
- 2) innymi aktami prawnymi związanymi z realizacją usług będących przedmiotem zamówienia, w szczególności regulaminami świadczenia usług pocztowych obowiązującymi na dzień nadania przesyłek”.

9. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 2 ust. 2

Wykonawca wnosi o wykreślenie słów „(z wyłączeniem przesyłek z zadeklarowaną wartością)”.

10. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 2 ust. 3 a) i b)

Wykonawca wnosi o wykreślenie słów „w terminie 7 dni od zawarcia umowy”.

11. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 2 ust. 5

Wykonawca wnosi o wykreślenie słów „pocztowych, przesyłek pobraniowych i paczek nadawanych na warunkach szczególnych”. Formularz cenowy nie wskazuje, iż Zamawiający zamierza korzystać z takich usług.

12. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 2 ust. 6

Wykonawca prosi o doprecyzowanie co Zamawiający miał na uwadze wskazując, iż okresie trwania zamówienia zamierza utrzymywać placówki / stanowiska pocztowe Wykonawcy? Jednocześnie, czy na etapie podpisywania umowy z Wykonawcą wyłonił w postępowaniu Zamawiający dopuszcza dodanie w formie załączników do umowy:

- wykazu placówek Wykonawcy wyznaczonych do przyjmowania przesyłek nadawanych przez Zamawiającego oraz zwrotu przesyłek Zamawiającego po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia,
- zasad prawidłowego adresowania przesyłek nadawanych u Wykonawcy
- wzorów prawidłowych druków Zwrotnych Potwierdzeń Odbioru

13. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 3 ust. 5

W załączonym wzorze umowy Zamawiający określa warunki płatności dla przedmiotu zamówienia, wskazując niestosowany u Wykonawcy termin płatności faktury jako 14 dni od daty otrzymania faktury.

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 sporządzenia faktury. Standardowo obowiązujący termin płatności faktury określony jako 14 dni od daty wystawienia faktury został wprowadzony ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu fakturowania wykonawcy oraz zarządzania płatnościami wynikającymi z zawartych umów. 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?

14. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 3 ust. 8

Przepisy prawa nie przewidują instytucji „prawidłowej” faktury VAT. Ustawa o podatku od towarów i usług w art. 106e wymienia niezbędne elementy, która musi zawierać faktura. W przypadku błędów lub braków w fakturze podatnik zobowiązany jest zgodnie z art. 106j wystawić fakturę korygującą bądź notę korygującą – zgodnie z art. 106k.

Faktura korygująca/nota księgowa nie dokumentuje odrębnego, niezależnego zdarzenia gospodarczego, lecz odnosi się ściśle do stanu zaistniałego w przeszłości. Punktem odniesienia do faktury korygującej/noty księgowej jest zatem faktura pierwotna. W związku z tym należy przyjąć kurs waluty z dnia poprzedzającego dzień wystawienia faktury pierwotnej. Faktura korygująca/nota księgowa powinna bowiem oprócz elementów korygowanych odzwierciedlać stan, w którym była wystawiona faktura pierwotna. Powyższe potwierdza stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach w interpretacji. W świetle powyższych uwag stwierdzić należy, że brak jest podstaw do wprowadzenia pojęcia prawidłowości faktury, a ewentualny błąd bądź brak w jej treści nie może mieć wpływu na umowny termin płatności.

Wnosimy zatem o wykreślenie zapisów § 3 ust. 8 załącznika nr 6 SIWZ - Umowa.

15. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 3 ust. 9

Wnosimy do Zamawiającego o zmianę słowa „obciążenia” na słowo „uznania”

16. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 3 ust. 10

Wykonawca wnosi o nadanie ust. 10 brzmienia: „za nieterminowe regulowanie należności Wykonawca będzie naliczać odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych oraz zastrzega sobie prawo wstrzymania świadczenia usług do czasu uregulowania należności. Odsetki ustawowe za niezapłacone w terminach faktury w transakcjach handlowych płacone będą przez Zamawiającego na podstawie noty odsetkowej”.

1) w przypadku zalegania przez Zamawiającego z płatnościami przez okres dłuższy niż 21 dni od wskazanego w pkt. 5 terminu zapłaty, usługa począwszy od następnego okresu rozliczeniowego będzie realizowana z zastosowaniem formy płatności „z góry”, na ogólnie obowiązujących zasadach. Ponowne zastosowanie formy opłaty „z dołu” nastąpić może począwszy od następnego okresu rozliczeniowego, po uregulowaniu zaległych należności wraz z odsetkami,

2) w przypadku opóźnienia Zamawiającego w zapłacie za faktury, Wykonawca ma prawo do zaliczenia otrzymanych płatności na poczet zaległych należności, w tym odsetek, bez względu na tytuł podanej płatności.

17. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 3 ust. 12

Zamawiający w § 3 ust. 11 załącznika nr 6 do SIWZ - umowa określił odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem zamówienia, przewidując także w § 3 ust. 12 załącznika nr 6 do SIWZ - umowa zapisy o odszkodowaniu uzupełniającym. Wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących. Zgodnie z założeniem zapisów dokumentacji postępowania, usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą wobec przesyłek, 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 powołanej 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) Zamawiającemu 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 nienależytą 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).

W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie postanowień zawartych w § 3 ust. 12 i 13 wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku?

18. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 6 ust. 5

Wykonawca 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 treści dokumentacji postępowania, Wykonawca realizując zamówienia w cenach wynikających z formularza, 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 operaterze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

Ponadto zauważyć należy, iż Wykonawca 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 w 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 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadniczo nie jest możliwa zmiana ceny realizacji zamówienia podana w ofercie, na podstawie której został wybrany dany wykonawca, a nieprzewidziana w SIWZ bądź ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku Wykonawcy 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 obowiązujące opłaty.

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. W szczególności mając na uwadze zapis załącznika nr 6 - Umowa § 6 ust. 5.1 oraz § 6 ust. 5.2, Zamawiający podaje informacje w zakresie zmiany cen w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, które jednak w ocenie Wykonawcy stawiają Zamawiającego na pozycji uprzywilejowanej poprzez zapisy § 6 ust. 5.1 oraz ust. 5.2.1 „*Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 5.2, z zastrzeżeniem, iż zmiana wskazana w ust. 5.2 lit. a i b będzie dokonana nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia zawarcia aneksu dot. zmiany tej ceny*”, które są ściśle powiązane z § 6 ust. 6 i § 8 ust. 2 załącznika nr 6 do SIWZ – Umowa oraz pkt. 24.6 SIWZ.

Zakładając, że ostatecznie Zamawiający w treści załączników do zaproszenia dopuszcza zmiany do umowy wskazane w § 6 ust. 5 wzoru umowy, których możliwości przewidział i wskazał, to jednak niedostatecznie opisał warunki dokonania zmian umowy – co w świetle przepisów, jak również aktualnego orzecznictwa, jest niewystarczające dla dokonania zmiany umowy, która zostanie uznana za nieważną.

Czy zatem Zamawiający uwzględni zmianę zapisów załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa

poprzez modyfikację zapisów dotyczących zmian cen i podatku VAT i nadanie im następującego brzmienia:

1. § 6 ust. 5.1 załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa

„5.1 zmiany „cen jednostkowych brutto” w poszczególnych pozycjach wpisanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (stanowiącym załącznik do umowy) w sytuacji spowodowanej zmianami tych cen w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe; 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.”

2. § 6 ust. 5.2.1 załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa

„5.2.1 Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 5.2, z zastrzeżeniem, iż zmiana wskazana w ust. 5.2 lit. b będzie dokonana nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia zawarcia aneksu dot. zmiany tej ceny.”

3. § 6 ust. 5.2.2 załącznika nr 6 do SIWZ - Umowa

„5.2.2 W przypadku ustawowej zmiany stawek podatkowych (VAT) w okresie obowiązywania umowy, o której mowa w ust. 5.2 lit. a) nastąpi zmiana w zakresie podatku od towarów i usług, 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.”

19. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 6 ust. 7

Wnosimy do Zamawiającego o zmianę brzmienia § 6 ust. 7 załącznika nr 6 do SIWZ – Umowa na następujący:

„W przypadku nie podpisania aneksu każda ze stron ma prawo odstąpić od umowy z dniem wejścia w życie zmian cennika.”

20. Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa § 6 ust. 1-4 oraz ust. 6-8

Wnosimy do Zamawiającego o wyjaśnienie i doprecyzowanie, co Zamawiający ma na względzie wskazując, iż to Wykonawca zamierza powierzyć Zamawiającemu przetwarzania danych osobowych w zakresie i celu objętym niniejszą umową. Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, iż Nadawca przekazujący przesyłki do przyjmowania, przemieszczania i doręczania jest administratorem danych osobowych na nich umieszczonych i to on jako zamawiający usługę powierza przetwarzanie tych danych operatorowi pocztowemu jako Wykonawcy. Zdaniem Wykonawcy w zapisach § 6 ust. 1-4 oraz ust. 6-8 Załącznik nr 6 do SIWZ – Umowa nastąpiła omyłkowa zamiana stron, tj. zamiast Wykonawca powinno być Zamawiający, a zamiast Zamawiający powinno być Wykonawca.

W związku z powyższym Zamawiający informuje, iż w dniach 17 - 23 listopada 2017 r. zostaną umieszczone odpowiedzi na powyższe zapytania na stronie internetowej Zamawiającego www.bip.ustka.ug.gov.pl.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż ze względu na istotę zadanych pytań oraz ich wpływ na realizację przedmiotu zamówienia przedłużony zostaje termin składania ofert.

Nowy termin składania ofert to: 04 grudnia 2017 r. do godz. 09:00, otwarcie o godz. 09:30.

Niniejsze pismo stanowi integralną część SIWZ wiążącą Wykonawców uczestniczących w przedmiotowym przetargu.

Nowe brzmienie otrzymują następujące punkty SIWZ:

- 19.10. SIWZ:

Wykonawca składa ofertę w zamkniętej kopercie lub innym opakowaniu w sposób zapewniający nieujawnienie treści oferty do chwili jej otwarcia. Zamknięta koperta lub inne opakowanie musi zawierać oznaczenie:

*Przetarg nieograniczony: „Świadczenie usług pocztowych” – nie otwierać przed dniem **04 grudnia 2017 r.***

- 20.1. SIWZ:

*Ofertę należy złożyć w Biurze Obsługi Interesanta Urzędu Gminy w Ustce ul. Dunina 24, 76-270 Ustka, nie później niż do dnia **04 grudnia 2017 r. do godz. 09:00.***

Decydujące znaczenie dla oceny zachowania powyższego terminu ma data i godzina wpływu oferty do Zamawiającego, a nie data jej wysłania przesyłką pocztową czy kurierską.

- 20.2. SIWZ:

*Otwarcie ofert nastąpi dnia **04 grudnia 2017 r. o godz. 09:30** w Urzędzie Gminy w Ustce ul. Dunina 24, 76-270 Ustka (I piętro, Sala konferencyjna).*

W załączeniu:

- ogłoszenie o zmianie ogłoszenia.

*/-/ Wójt Gminy Ustka
Anna Sobczuk - Jodłowska*