

Pytanie 1.

Według Wykonawcy przy obsłudze postępowania kluczowy wpływ na jakość wykonania zamówienia ma ilość osób zatrudnionych na umowę o pracę, w związku z powyższym mając na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślające walor kryteriów oceny ofert o charakterze społecznym. Wykonawca wnioskuje o modyfikację treści kryterium wyboru ofert, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert poprzez dodanie obok wymienionych kryteriów, kryterium „społecznego”, przez które należy rozumieć liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy (cały etat) zatrudnionych w działalności Wykonawcy, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia (dalej jako „kryterium społeczne”) oraz w związku z powyższym o dokonanie odpowiednich zmian dokumentacji dotyczącej Postępowania. Wykonawca wskazuje, iż konsekwencją wprowadzenia wskazanego kryterium powinno być m.in. równoczesne przewidzenie mechanizmów weryfikacyjnych dotyczących poziomu zatrudnienia podczas realizacji zamówienia. Jako przykład ww. mechanizmu weryfikacyjnego Wykonawca wskazuje na możliwość zamieszczenia we wzorze umowy zastrzeżenia o następującej treści:

„Wykonawca zobowiązuje się do przekazywania na żądanie Zamawiającego raportów obejmujących informacje o liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia, zatrudnionych w działalności Wykonawcy.”

Wykonawca wskazuje, iż ustawodawca nadając ustawą nowelizującą nowe brzmienie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, położył wyraźny nacisk na posługiwanie się kryteriami społecznymi w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej, co potwierdził również w uzasadnieniu do ustawy, gdzie wskazane zostało, że obecna sytuacja, w której zamówienia publiczne są udzielane podmiotom omijającym nakaz z art. 22 § 11 Kodeksu pracy jest demoralizująca. Okazuje się, bowiem, że pomimo jasnego nakazu przepisu prawa, to samo państwo, które to prawo 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 r. w sprawie zamówień publicznych 2014/24/UE, która nałożyła na Państwa Członkowskie obowiązek podejmowania działań, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego przestrzegali stosownych przepisów z zakresu prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy. 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 omijają. 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 pocztowymi. Ponadto analiza niniejszego Postępowania pozwala na stwierdzenie, iż ustanowienie tego rodzaju kryterium jest zasadne z uwagi na przedmiot Postępowania i charakter czynności wchodzących w zakres niniejszego zamówienia, tj. ze względu na ochronę tajemnicy korespondencji. Zaznaczenia wymaga również fakt, iż wiele analogicznych postępowań na świadczenie usług pocztowych jest obecnie prowadzonych (po wejściu w życie ustawy nowelizującej) z zastosowaniem kryterium społecznego oceny ofert lub podkreśla się w nich wymóg 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/Błil/15/TG), czy też (iii) Narodowy Bank Polski, z siedzibą w Warszawie (nr postępowania: DKRZ-WPO-RS-243-041-DA-15). Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje

na popularyzację umów o pracę oraz realizację wszystkich funkcji zamówień publicznych w powołanych poniżej wyrokach. Jak podkreślono na wstępie niniejszego pisma, na duże znaczenie kryterium społecznego oraz jego walory wskazuje również najnowsze 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 promocji. Ponadto wskazała, iż w żadnym stopniu kryterium społeczne nie narusza zasad uczciwej konkurencji – każdy z wykonawców ma dowolność, co do przyjętej przez siebie polityki zatrudnienia i strategii budowania przez siebie treści oferty, tj. czy zdecyduje się na 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”. 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 dopuszczonej do polskiej ustawy Pzp przez ustawodawcę krajowego, a także wskazywanej, jako jak najbardziej pożądaną także przez ustawodawcę europejskiego. Stosowanie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tej klauzuli potwierdza też działania polskiego ustawodawcy nakierowane na ochronę stosunku pracy.”

Wykonawca wnioskuję do Zamawiającego o rozszerzenie kryterium oceny ofert o następujący warunek:

- Liczba osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę – 30% (przy jednoczesnym kryterium „ceny” - 70%).

Sposób obliczania kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.03.2017 r.

$$Z = \frac{Z_x}{Z_{max}} \times 100 \times 30\%$$

gdzie:

1. Z = liczba punktów za kryterium „Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.03.2017 r.
2. Z_x = liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.03.2017 r. wynikająca z oferty badanej;
3. Z_{max} = największa liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 31.03.2017 r. wynikająca z ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Przez działalność operacyjną Zamawiający rozumie działalność Wykonawcy związaną z realizacją usług objętych niniejszym postępowaniem w zakresie: odbierania i dostarczania korespondencji, obsługi korespondencji w placówkach pocztowych, spedycji i transportu, 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 OIWZ poprzez dodanie kryterium społecznego oraz dokonanie odpowiednich zmian w dokumentacji dotyczącej Postępowania

Pytanie 2.

W pkt 2 ppkt 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Zamawiający wskazuje, iż W ramach świadczenia w/w usług Wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania m.in. następujących czynności: odbierania i dostarczania jeden raz dziennie przesyłek z siedziby Zamawiającego.

Natomiast w pkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy Zamawiający określa godziny odbioru przesyłek „Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia każdego dnia roboczego do Zamawiającego przychodzących przesyłek pocztowych do jego siedziby w godzinach najpóźniej między 08:00 a 12:30 oraz do odbioru w godzinach między 14:00 a 15:00 przesyłek przygotowanych przez Zamawiającego do wysłania. Odbiór przesyłek dokonywać będzie upoważniony przedstawiciel Wykonawcy po okazaniu stosownego upoważnienia.” Mając powyższe na uwadze Wykonawca wnioskuje o modyfikację zapisów Załącznika nr 1 do Umowy pkt 2 ppkt 2.1 oraz pkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Proponujemy zapis:

Pkt 2 ppkt 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy: odbierania i dostarczania jeden raz dziennie w dni robocze – tj. od poniedziałku do piątku przesyłek z siedziby Zamawiającego.

Pkt 2 ppkt 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia każdego dnia roboczego - tj. od poniedziałku do piątku do Zamawiającego przychodzących przesyłek pocztowych do jego siedziby w godzinach najpóźniej między 08:00 a 12:30 oraz do odbioru każdego dnia roboczego - tj. od poniedziałku do piątku w godzinach między 14:00 a 15:00 przesyłek przygotowanych przez Zamawiającego do wysłania.

Odbiór przesyłek dokonywać będzie upoważniony przedstawiciel Wykonawcy po okazaniu stosownego upoważnienia.

Pytanie 3.

W pkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Zamawiający wskazuje termin doręczenia do siedziby Zamawiającego pokwitowanego przez adresata zwrotnego potwierdzenia odbioru.

Świadczenie usług pocztowych odbywa się zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności z ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztowne (Dz. U. z 2016 r., poz. 1113) oraz Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie wykonywania warunków usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. poz. 545). W żadnym z przytoczonych aktów prawnych nie ma określonego terminu zwrotu „potwierdzenia odbioru”.

Co prawda samo Rozporządzenie nie jest wiążące dla Zamawiających, pozwala jednak na ustalenie, jakie wymogi uznawane są za proporcjonalne przez samego ustawodawcę. Krajowy ustawodawca określając wymogi dotyczące operatora wyznaczonego wskazuje jednocześnie warunki świadczenia usług pocztowych, które zapewniają określoną jakość.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający formułuje warunki zdecydowanie surowsze od warunków przewidzianych w Rozporządzeniu wobec operatora wyznaczonego, co narusza zasadę proporcjonalności warunków postępowania. Określone warunki są na tyle surowe, iż zdecydowanie ograniczają konkurencję w postępowaniu, a tym samym stanowią warunek nadmierny i nieproporcjonalny.

Ponadto Wykonawca informuje, iż zwrot do Nadawcy pokwitowanego potwierdzenia odbioru zwracany jest jako przesyłka nierejestrowana, tj. przesyłka listowa nadana i doręczana bez pokwitowania, co uniemożliwia określenie daty wpływu ZPO do Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Wykonawca wnioskuję o modyfikację zapisów w pkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy.

Proponujemy zapis:

Wykonawca będzie doręczał do siedziby Zamawiającego pokwitowane przez Adresata „zwrotne potwierdzenie odbioru” niezwłocznie, po dokonaniu doręczenia przesyłki.

Pytanie 4.

W pkt 11 ppkt 11.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dołączył do oferty przetargowej wzór druku potwierdzenia odbioru stosowany u Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe czy Zamawiający uzna za spełniony warunek opisany powyżej, jeżeli Wykonawca dołączy do oferty w oddzielnej kopercie wzór druku zwrotnego potwierdzenia odbioru, który będzie stanowił integralną część oferty?

Pytanie 5.

W § 4 ust. 4 Umowy jak i w pkt 20 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca każdorazowo do składanych faktur VAT zobowiązany jest dołączyć pisemne oświadczenie o wykonaniu obowiązku określonego w ust. 3 oraz o wypłaceniu zatrudnionym pracownikom wynagrodzenia za pracę za okres rozliczeniowy objęty fakturami składanymi Zamawiającemu.

Wykonawca wnioskuję o modyfikację zapisu § 4 ust. 4 Umowy oraz pkt 20 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, a tym samym modyfikację zapisu § 5 ust. 1 Umowy.

Proponujemy zapis:

§ 4 ust. 4 Umowy oraz pkt 20 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy:

Zamawiający na etapie realizacji zamówienia będzie kontrolował wymóg § 4 ust. 3 Umowy na podstawie oświadczeń składanych przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, w których Wykonawca potwierdzi wykonanie obowiązku określonego w § 4 ust. 3 Umowy oraz o wypłaceniu zatrudnionym pracownikom wynagrodzenia za pracę, jednak nie częściej niż jeden raz w kwartale.

§ 5 ust. 1 Umowy:

Rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi, wystawionymi po zakończeniu każdego miesiąca.

Pytanie 6.

W przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy Pzp, z wyjątkiem reguł wskazanych w art. 138 o ust. 2-4 (przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący, publikacja ogłoszenia w BIP). Zatem na jakiej podstawie Zamawiający stosuje klauzulę społeczną na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp?

Zgodnie z § 4 ust. 5 i 6 Umowy jak i pkt 21 i 22 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo w każdym okresie realizacji przedmiotu umowy zwrócić się do Wykonawcy o przedstawienie pełnej dokumentacji zatrudnienia, zaś Wykonawca ma obowiązek przedstawić ją w terminie 3 dni roboczych (Zamawiający może wymagać przedstawienia dokumentów potwierdzających odprowadzenie podatku czy składek ZUS, czy też dowodów wypłat wynagrodzenia). Wykonawca powinien uzyskać od zatrudnionych pracowników, o których mowa w ust. 3, zgodę na dostęp do danych osobowych przez Zamawiającego w celu zapewnienia prawidłowej realizacji umowy. Zamawiający wymaga, aby dokument potwierdzający zatrudnienie zawierał informację o udostępnieniu Zamawiającemu dokumentacji pracowniczej dotyczącej zatrudnienia z uwzględnieniem przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Ww. postanowienie jest niezgodne z art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Zgodnie z opinią UZP Zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a ustawy Pzp, może wymagać od wykonawcy zatem wyłącznie takich informacji, które są niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez ten podmiot wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. W konsekwencji, na gruncie ww. przepisu możliwe będzie żądanie przez zamawiającego kopii umów o pracę zawierających imię i nazwisko osób, które świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego, datę zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu. Ponadto, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, w celu wykazania spełnienia ww. warunku, zamawiający może żądać przedłożenia przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w związku z realizacją zamówienia. Dopuszczalne będzie też żądanie dokumentów potwierdzających opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę (wraz z informacją o liczbie odprowadzonych składek), które będzie mogło przyjąć postać zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub zanonimizowanych, z wyjątkiem imienia i nazwiska, dowodów potwierdzających zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń.

Ponadto, zgodnie z opinią GIODO obowiązek Wykonawcy uzyskania od zatrudnionych pracowników zgody na dostęp do danych osobowych jest nieuprawniony.

Dodatkowo, uprawnienie Zamawiającego żądania dokumentów w każdym okresie powoduje, że Wykonawca, nie będzie w stanie w tym czasie ich dostarczyć z uwagi choćby na fakt, że informacje organizacyjno-sprawozdawcze wysyłane są do poszczególnych organów do 10 dnia następnego miesiąca. Poprzez wyznaczenie nie tylko krótkiego terminu, ale również terminu żądania przedłożenia informacji na każde wezwanie Zamawiającego naruszono zasadę proporcjonalności.

W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie § 4 ust. 5 i 6 oraz pkt 21 i 22 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1, ewentualnie jego modyfikację poprzez wskazanie, że Wykonawca zobowiązuje się na bieżąco, jednak nie rzadziej niż raz na kwartał (do 20 dnia następnego miesiąca kalendarzowego), przedłożyć do wglądu kopie umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony). Kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. w szczególności bez adresów czy nr PESEL pracowników).

Pytanie 7.

W związku z faktem, iż w pkt 28, 29 oraz 30 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Zamawiający dopuszcza możliwość świadczenia usług przez podwykonawców zwracamy się z prośbą o odpowiedź na poniższe pytania:

- 1) Czy Zamawiający zakłada konieczność nanoszenia przez Zamawiającego innych nadruków/znaków opłaty na przesyłkach, które będą nadawane u różnych operatorów?
- 2) Czy Zamawiający zakłada, iż odbiór awizowanych przesyłek, które nie byłyby realizowane przez operatora pocztowego byłyby możliwe w różnych placówkach pocztowych – zarówno operatora wyznaczonego jak i innego operatora?
- 3) Czy Zamawiający uwzględnił, iż ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz 1529, ze zm. dalej: „Prawo Pocztowe”) 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.

4) Czy Zamawiający, w przypadku 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.

Pytanie 8.

W § 5 ust. 2 Wzoru Umowy Zamawiający określa, iż fakt należytego wykonania przedmiotu umowy w okresie, którego faktura dotyczy, będzie potwierdzał upoważniony przedstawiciel Zamawiającego, w terminie 3 dni od złożenia faktury wraz z wykazem ilościowym wykonanych usług.

Wykonawca zwraca uwagę, iż dokumenty potwierdzające wykonanie usługi (tzn. książki nadawcze, dokumenty potwierdzające nadanie przesyłek nierejestrowanych) na bieżąco zwracane są Zamawiającemu, co daje możliwość bieżącego monitorowania poprawności zatwierdzonych dokumentów. Ponadto, w przypadku zastrzeżeń do wystawionej faktury, Zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia reklamacji z tytułu błędnie wystawionej faktury.

W związku z powyższym wnioskujemy o modyfikację zapisów § 5 ust. 2 Umowy.

Proponujemy zapis:

W przypadku zastrzeżeń do wystawionych faktur VAT, Zamawiający zastrzega sobie prawo wniesienia reklamacji.

Wykonawca zobowiązuje się do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego kwestie niezgodności faktur. W przypadku uznania reklamacji, Wykonawca zobowiązuje się do wystawienia faktur korygujących.

Pytanie 9.

W § 5 ust. 3 Umowy, Zamawiający określa warunki płatności dla przedmiotu zamówienia, wskazując, iż wynagrodzenie będzie płatne przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy nr..... w terminie 21 dni od dnia potwierdzenia przez Zamawiającego należytego wykonania przedmiotu umowy.

Wykonawca informuje, iż należności wynikające z faktur 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.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu § 5 ust.3 Umowy.

Proponujemy zapis:

Wynagrodzenie będzie płatne przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze w terminie 21 dni od daty wystawienia faktury VAT.

Pytanie 10.

W § 5 ust. 4 Umowy, Zamawiający określa dzień zapłaty faktury VAT jako dzień, obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego. Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie momentu zapłaty nie pozwala Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi – co jest niezgodne z orzecznictwem sądów w tej sprawie oraz uniemożliwia Wykonawcy monitorowanie terminowości płatności za świadczone usługi oraz naliczanie ewentualnych odsetek za zwłokę. Termin zapłaty należności cywilnoprawnych reguluje art. 454 Kodeksu cywilnego, który regulując miejsce wykonania zobowiązania traktuje także o chwili spełnienia świadczenia, co nie budzi wątpliwości chociażby ze względu na orzecznictwo Sądu Najwyższego. W przypadku zobowiązań cywilnoprawnych zasadą jest, że zapłata dokonana jest dopiero z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje m.in. prawidłowe monitorowanie rozliczania stron.

Ze względu na to, że faktyczną możliwością dysponowania środkami jest data ich wpływu na rachunek Wykonawcy, wnioskujemy o modyfikację określenia dnia zapłaty według powszechnie stosowanej formy w obrocie gospodarczym.

Proponujemy zapis:

Za dzień dokonania płatności przyjmuje się datę uznania rachunku bankowego Wykonawcy.

Pytanie 11.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie KIO wskazuje się, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych, bezwzględnie należy uznać za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, które może być uzasadnioną

podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma bowiem charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.

Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego. Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie, czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci.

Wysokość kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego pozostaje też w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa odnoszącymi się do świadczenia usług pocztowych co wynika z regulacji zawartej w art. 87 Prawa pocztowego.

Art. 87 ust. 1 Prawa pocztowego wskazuje bowiem, iż do odpowiedzialności operatorów pocztowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Natomiast stosownie do art. 87 ust. 5 Prawa pocztowego, 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.

W świetle rzeczonoego przepisu, odejście od zasad odpowiedzialności określonych w Prawie pocztowym, jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach kwalifikowanych, związanych ze znacznie wyższym stopniem nieprawidłowości po stronie operatora pocztowego, niż przewidują to postanowienia umowy. Tylko wówczas dopuszczalne jest przejście na ogólne zasady

odpowiedzialności i – przykładowo – określenie odrębnych kar umownych w umowie o świadczenie usług pocztowych.

Innymi słowy, co literalnie już wynika z cytowanego przepisu, odpowiedzialność operatora pocztowego co do zasady ograniczona jest do okoliczności i wysokości określonej w dalszych przepisach tej ustawy (tj. w art. 88 i 89 Prawa Poczтового). Jedyne wyjątek, determinujący konieczność ponoszenia odpowiedzialności w wysokości przewyższającej limity określone w art. 88 i 89 Prawa Poczтового, związany jest ze ziszczeniem się jednej z okoliczności wymienionych w art. 87 ust. 5 Prawa pocztowego. Tylko wtedy odpowiedzialność operatora pocztowego może przewyższać zakres i wysokość odpowiedzialności wynikającej z samej tej ustawy. Przewidziane kary są zbyt wygórowane. Zgodnie z wyrokiem KIO 2631/12; KIO 2655/12 umowa winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowa nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. Reasumując proponowane przez Zamawiającego kary stanowią przekroczenie przysługującego Zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Wykonawca wnioskuje o modyfikację zapisów § 6 ust. 1 Umowy

Proponujemy zapis:

1. Zamawiający ma prawo naliczenia Wykonawcy kary umownej:

- 1) w przypadku odstąpienia lub rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 5 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 3,
- 2) jeżeli Wykonawca nie odbierze od Zamawiającego przesyłek w dniu i czasie, o których mowa w pkt 7 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do umowy) w wysokości 200% opłaty za jeden odbiór.
- 3) 0,05 % łącznego wynagrodzenia brutto, w przypadku niezatrudnienia przy realizacji zamówienia wymaganej przez Zamawiającego liczby osób na umowę o pracę, za każdą niezatrudnioną osobę lub nieprzedstawienia Zamawiającemu pełnej dokumentacji zatrudnienia i zgody pracowników zgodnie z § 4 ust. 6 i 7. Kara będzie naliczana za każdy miesiąc, w którym Wykonawca dopuścił się niestosowania wymagań wynikających ze stosowania klauzul społecznych, o których mowa w § 4 umowy.

Pytanie 12.

W § 6 ust.3 Umowy, Zamawiający zastrzega, iż ma prawo potrącenia kar umownych z wynagrodzenia objętego fakturą, bez uprzedniego wezwania lub powiadomienia o zamiarze dokonania potrącenia. Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym, wnioskujemy o modyfikację zapisów § 6 ust. 3 Umowy.

Proponujemy zapis:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne lub odszkodowania, na wskazane konto Zamawiającego w terminie 21 dni od daty doręczenia pisemnego wezwania z określoną przez Zamawiającego wysokością kary lub odszkodowania, na podstawie odrębnych dokumentów księgowych.

Pytanie 13.

W § 8 ust. 2 Umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo wglądu do zawartej umowy z zakładem ubezpieczeniowym i kontroli spełnienia warunków określonych w ust. 1. Wykonawca zwraca uwagę, iż potwierdzeniem zawarcia niniejszej umowy jest aktualna polisa OC. W Związku z powyższym Wykonawca wnioskuje o wykreślenie zapisów § 8 ust.2 Umowy.

Pytanie 14.

Zamawiający jasno określa wymiary przesyłek listowych kategoryzując jako Gabaryt A i B, natomiast w Załączniku nr 3 do OIWZ *Ceny jednostkowe za świadczenie usług*, Zamawiający stosuje sformułowanie ROZMIAR I i II. Mając na uwadze powyższe Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż Zamawiający poprzez ROZMIAR I rozumie - Gabaryt A zaś poprzez ROZMIAR II- Gabaryt B.

Pytanie 15.

W celu prawidłowej kalkulacji przedmiotu zamówienia Wykonawca wnioskuję o dodanie w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do OIWZ. pozycji: „Zwroty paczki pocztowe ekonomiczne”.

Pytanie 16.

W celu prawidłowej kalkulacji przedmiotu zamówienia Wykonawca wnioskuję o doprecyzowanie pozycji nr 21 w Załączniku nr 3 Umowy, poprzez określenie szacunkowej wartości przekazu w obrocie krajowym nadanym za pośrednictwem Internetu.

Pytanie 17.

Wykonawca wnioskuję o doprecyzowanie załącznika Załącznika nr 5 OIWZ *Wykaz Usług*.

Wnosimy o doprecyzowanie informacji zawartych w kolumnie nr 2 *dotyczącej przedmiotu usług* oraz w kolumnie nr 5 dotyczącej wskazania *miejsca wykonywania usługi*.