

Dot. przetargu nieograniczonego o wartości niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych na Świadczenie usług pocztowych dla Urzędu Miejskiego w Grodkowie – wyjaśnienie treści SIWZ oraz zmiana treści SIWZ.

Na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) udzielam wyjaśnień oraz odpowiedzi na zadane pytania oraz zmieniam treść SIWZ w następującym zakresie:

Wniosek z dnia 27 października 2014r. – część I:

Pytanie 1:

- 1) Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia – Istotne postanowienia umowy pkt. 5 wskazał termin płatności faktury VAT jako 14 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury Zamawiającemu, nie wskazując jednocześnie momentu zapłaty.

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 z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje m.in. prawidłowe monitorowanie rozliczania stron.

Czy zatem Zamawiający dopuszcza zmianę pkt 5. opisu przedmiotu zamówienia – Istotne postanowienia umowy i zastąpienie go treścią o brzmieniu: „Zapłata wynagrodzenia nastąpi przelewem, na wskazane przez Wykonawcę na fakturze konto bankowe, w ciągu 14 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury, pod warunkiem, że doręczenie przesyłki z fakturą do siedziby Zamawiającego nastąpi w ciągu 4 dni roboczych od dnia jej wystawienia. W przeciwnym wypadku termin płatności faktury wynosi 10 dni kalendarzowych licząc od dnia doręczenia Zamawiającemu przesyłki z fakturą. Za datę dokonania płatności wynagrodzenia uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Wykonawcy”?

Odp.: Zamawiający pozostawia zapisy SIWZ bez zmian w zakresie terminu płatności. Jednocześnie Zamawiający w Części II SIWZ – Opis przedmiotu Zamówienia w Istotnych postanowieniach umowy w pkt. 5 na końcu dodaje zdanie: „Za datę zapłaty, strony uważają dzień obciążenia rachunku Zamawiającego”.

Pytanie 2:

- 2) Zamawiający w ust. 31 SIWZ pkt. 4 i 5 przewidział zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy, zastrzegając jednocześnie w pkt 10. opisu przedmiotu zamówienia – Istotne postanowienia umowy – że ceny zaoferowane przez Wykonawcę w ofercie przetargowej nie ulegną podwyższeniu przez cały okres obowiązywania umowy.

Pragniemy zwrócić uwagę, iż w przedmiocie zamówienia Zamawiający wskazał dwuletni okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, natomiast Poczta Polska jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych, które objęte są przedmiotem zamówienia, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług.

Zgodnie z art. 57 ustawy Prawo pocztowe Operator wyznaczony jest zobligowany do przedłożenia Prezesowi UKE projektu cennika usług powszechnych, który nie może przekroczyć maksymalnych rocznych poziomów opłat za usługi powszechne określonych w decyzji, o której mowa w art. 55 ust.1 dotyczącym przystępności cenowej tych usług. Natomiast art. 53 i 54 ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych.

Czy zatem Zamawiający biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa dopuszcza wykreślenie treści pkt 10. opisu przedmiotu zamówienia – Istotne postanowienia umowy i zastąpienie go treścią o brzmieniu:

„ Strony przewidują możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w przypadku zmiany cen w wyniku zmiany cennika powszechnych usług pocztowych zatwierdzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy Prawa pocztowego. 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”,

Przy braku akceptacji przez Zamawiającego zmienionych cen jednostkowych zgłoszonych Wykonawcy na piśmie, Wykonawca ma prawo do wypowiedzenia umowy z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia z zastrzeżeniem, że w trakcie okresu wypowiedzenia jest zobowiązany do wykonywania usług za wynagrodzeniem zgodnym z cenami określonymi w treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy. ”?

Odp.: W Części II SIWZ – Opis przedmiotu Zamówienia w Istotnych postanowieniach umowy pkt. 10 otrzymuje brzmienie: „Ceny zaoferowane przez Wykonawcę w ofercie przetargowej nie ulegną podwyższeniu przez cały okres obowiązywania umowy, z wyłączeniem zmiany cennika powszechnych usług pocztowych zatwierdzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej”.

Wniosek z dnia 27 października 2014r. – część II:

Pytanie 1:

Zamawiający wskazał w pkt I ppkl 2 lit. b) Części II SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), że ze względu na specyfikę przesyłek rejestrowanych Zamawiającego, Zamawiający wymaga przestrzegania przez Wykonawcę nw. wymogów ustawowych w odniesieniu do dokumentów urzędowych w zakresie:

b) skutków potwierdzenia przyjęcia przesyłki oraz przekazu pocztowego (moc dokumentu urzędowego) – zob. art. 17 ustawy – Prawo pocztowe /potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę operatora wyznaczonego/.

Należy podkreślić, że wskazane wymogi spełnić może jedynie operator wyznaczony (na co Zamawiający sam zresztą zwraca uwagę, cytując literalne brzmienie art. 17 ustawy Prawo pocztowe), którego obowiązki do roku 2015 na podstawie art. 178 ustawy – Prawo pocztowe pełni Poczta Polska S.A. Zgodnie z art. 17 Prawa pocztowego, Potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego. Wymóg spełnienia powyższych skutków bezpośrednio przez nadanie w placówce wybranego operatora prowadzi w konsekwencji do naruszenia elementarnych zasad prawa zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP) oraz naruszenia zakazu wyrażonego w art. 29 ust. 2 PZP, zgodnie z którym Zamawiający nie opisuje przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, gdyż tylko jeden podmiot może złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Przepisy

powszechnie obowiązującego prawa to okoliczność, na którą Wykonawca nie ma żadnego wpływu i nie jest w stanie w żaden sposób spełnić takiego warunku. Co więcej, potwierdzenie nadania z mocą dokumentu urzędowego nie ma żadnego wpływu na skuteczność doręczeń nadawanych przez Zamawiającego przesyłek.

Wykonawca zwraca uwagę, że pogląd taki podzieliła również Krajowa Izba Odwoławcza, która w trzyosobowym składzie, któremu przewodniczył Prezes Krajowej Izby Odwoławczej Paweł Trojan, orzekła 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2184/13), że żaden sąd i prokuratura w Polsce nie może się domagać by dowód nadania przesyłek poleconych, nadawanych przez sąd lub prokuraturę, a także organ administracji publicznej, jak i podmiot wykonujący działania z zakresu administracji publicznej, był wystawiany z mocą urzędową.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż istnieje alternatywny sposób świadczenia usługi w tym zakresie, tj. nadawanie przesyłek, dla których Zamawiający wymaga zapewnienia omawianego skutku charakteru potwierdzenia nadania (moc dokumentu urzędowego), za pośrednictwem operatora wyznaczonego, gdzie wybrany wykonawca występuje de facto w roli „posłańca”. Wymagałoby to jednak zmiany SIWZ i współpracy Zamawiającego z wybranym wykonawcą niebędącym operatorem wyznaczonym (o czym mowa w pytaniach poniżej). Sytuacja taka oczywiście nie wpłynęłaby na status Zamawiającego jako nadawcy, nie zmieniałaby również podmiotu figurującego na dowodzie nadania przesyłki.

W świetle powyższego Wykonawca zwraca się eliminację wskazanego zapisu ew. taką jego zmianę, by wybrany wykonawca mógł wysyłać przesyłki wymagające zapewnienia skutku, o którym mowa w art. 17 ustawy Prawo pocztowe za pośrednictwem operatora wyznaczonego, występując de facto w roli „posłańca”.

Odp.: Zamawiający nie wymaga od innego operatora niż operator wyznaczony aby potwierdzenie miało moc dokumentu urzędowego. Niemniej dla skuteczności domniemania prawnego związanego z doręczeniem, każdy operator będzie miał obowiązek zachowania terminów ustawowych przy doręczeniu zastępczym. Zamawiający dopuszcza możliwość wysyłania przesyłek wymagających zapewnienia skutku, o którym mowa w art. 17 Prawo pocztowe przez Wykonawcę za pośrednictwem operatora wyznaczonego, a więc w roli „posłańca”.

Pytanie 2:

Zamawiający wskazuje w pkt I ppkt 12 lit. a) Części II SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), iż:

Ze względu na specyfikę przesyłek rejestrowanych Zamawiającego, Zamawiający wymaga przestrzegania przez Wykonawcę n.w. wymogów ustawowych w odniesieniu do dokumentów urzędowych w zakresie:

- a) skutków nadania pisma (moc doręczenia) – m.in. zob. art. 57 § 5 pkt 2 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego /termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego/, art. 165 § 2 – Kodeks postępowania cywilnego /oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu/, art. 12 § 6 pkt 2 – Ordynacja podatkowa /Termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego/, art. 198b ust. 2 zdanie drugie ustawy - Prawo zamówień publicznych /złożenie skarg w placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z jego wniesieniem/,

Wykonawca rozumie te zapisy w ten sposób, że Zamawiający, celem niedyskryminowania innych operatorów pocztowych co jest niezgodne z m.in. art. 7 ust. 1 PZP, dopuszcza nadawanie przesyłek w powyższych trybach (np. art. 57 § 5 pkt 2 KPA) za pośrednictwem operatora wyznaczonego (na podstawie odrębnego wykazu) na zasadzie pełnienia przez wykonawcę funkcji „posłańca”, a więc bez konieczności bezwzględnego zapewnienia omawianych skutków zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu poprzez nadanie przesyłki w placówce wybranego wykonawcy? Jeżeli jednak wskazane skutki ma bezwzględnie zapewnić wykonawca poprzez nadanie przesyłki w swojej placówce, a nie placówce operatora wyznaczonego, a powyższa interpretacja Wykonawcy

jest błędna, to należy podkreślić, że omawiane wymogi spełnić może jedynie operator wyznaczony, jakim jest Poczta Polska S.A.

Wymóg spełnienia powyższych skutków bezpośrednio przez nadanie w placówce wybranego operatora prowadzi w konsekwencji do naruszenia elementarnych zasad prawa zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP), jak również naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 PZP mówiącego o zakazie opisywania zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wiąże się to z faktem, iż przepisy powszechnie obowiązującego prawa to okoliczność, na którą Wykonawca nie ma żadnego wpływu i nie jest w stanie w żaden sposób spełnić takiego warunku.

Wykonawca zwraca uwagę, że wskazane tryby dotyczą nadawania pism kierowanych przez strony postępowania do organu, nie mają więc zastosowania do nadawania korespondencji wysyłanej przez Zamawiającego – będącego organem administracji, do stron postępowania (tj. wysyłanie decyzji, zawiadomień itp.). Zamawiający, jako organ administracji publicznej, nadawać będzie głównie przesyłki w takich trybach jak art. 39 KPA, tj. do jednostek zewnętrznych w stosunku do struktury administracyjnej - osób fizycznych i prawnych, zapewnienie powyższych skutków nie jest więc istotne, gdyż – niezależnie od wyboru operatora pocztowego – skutek doręczenia nastąpi z chwilą faktycznego dostarczenia przesyłki do adresata. Doręczenie przesyłek w trybie określonym w art. 39 KPA oraz innych analogicznych przez Wykonawcę będzie doręczeniem tak samo skutecznym, jak doręczenie dokonane przez Poczta Polska i każdego innego operatora pocztowego posiadającego uprawnienia do wykonywania działalności pocztowej na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych, zgodnie z art. 6 ustawy – Prawo Pocztove.

Tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych i administracyjnych nadawanych przez organ administracji publicznej są określone w aktach prawnych regulujących dane postępowanie.

Art. 39 Kodeksu postępowania administracyjnego

Organ administracji publicznej doręcza pisma za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529), przez swoich pracowników lub przez inne upoważnione osoby lub organy.

Art. 144 Ordynacji podatkowej

Organ podatkowy doręcza pisma za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, swoich pracowników lub przez osoby uprawnione na podstawie odrębnych przepisów. W przypadku gdy organem podatkowym jest wójt, burmistrz (prezydent miasta), pisma może doręczać sołtys za pokwitowaniem.

Z zapisów tych wynika, że organ nie jest zobowiązany do nadawania pism za pośrednictwem operatora wyznaczonego – wystarczy, że przesyłki zostaną nadane w placówce przedsiębiorcy legitymującego się wpisem do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Przesyłkami tego rodzaju są wszelkie pisma, wezwania, zawiadomienia, które organ kieruje do stron prowadzonego przez siebie postępowania.

Nie mają tu więc zastosowania przepisy regulujące skutki prawne nadania pism za pośrednictwem operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa Pocztovego (tj. moc dokumentu urzędowego, skutek zachowania terminu do wniesienia pisma), gdyż to nie chwila nadania, a rzeczywistego doręczenia pisma do adresata wyznacza moment, od którego rozpoczynają biec – dla stron postępowania – terminy do dokonania określonych czynności (np. wniesienie odwołania). Tymczasem konieczność nadawania przesyłek w trybie art. 57 § 5 pkt 2 KPA i art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej miałyby zastosowanie w niniejszym postępowaniu, gdyby to Zamawiający występował w charakterze strony postępowania administracyjnego, jako podmiot administrowany.

W związku z powyższym taka konstrukcja zapisów SIWZ sprawia, że tylko jeden podmiot jest w stanie udokumentować wykonanie powszechnych usług pocztowych, a co za tym idzie – spełnić warunek udziału w postępowaniu. Jak już wskazywał Wykonawca we wniosku, prowadzi to do naruszenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji. Takie ukształtowanie zapisów jest zaskakujące, gdyż ograniczenie konkurencyjności postępowania nie leży przede wszystkim w interesie Zamawiającego. Poza oczywistymi konsekwencjami w postaci możliwości złożenia odwołania od treści SIWZ czy wszczęcia kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, takie ukształtowanie zapisów SIWZ spowoduje, że faworyzowany operator wyznaczony, świadomy braku jakiegokolwiek konkurencji w niniejszym postępowaniu, złoży ofertę zdecydowanie mniej

korzystną cenowo. W konsekwencji, w braku innych uczestników postępowania przetargowego (oprócz operatora wyznaczonego, który będzie mógł swobodnie kształtować wartość oferty bez obaw o poziom cen konkurentów) Zamawiający przeznaczy na zamówienie większą ilość środków. Tym samym może mu zostać zarzucony czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych (zgodnie z ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi w kwestii prawidłowości interpretacji przedstawionej powyżej. Alternatywnie, jeżeli Zamawiający nie uwzględni przedstawionej interpretacji Wykonawcy, zwraca się on o usunięcie z cytowanego powyżej zapisu w odniesieniu do trybów nadawania przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego, które naruszają uczciwą konkurencję (wbrew zapisom powszechnie obowiązującego prawa – art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP).

Odp.: Zamawiający nie wymaga od innego operatora niż operator wyznaczony aby potwierdzenie miało moc dokumentu urzędowego. Niemniej dla skuteczności domniemania prawnego związanego z doręczeniem, każdy operator będzie miał obowiązek zachowania terminów ustawowych przy doręczeniu zastępczym. Zamawiający dopuszcza możliwość wysyłania przesyłek wymagających zapewnienia skutku nadania pisma (na podstawie odrębnego wykazu) przez Wykonawcę za pośrednictwem operatora wyznaczonego, a więc w roli "posłańca".

Pytanie 3:

1) Czy Zamawiający dopuszcza ewentualnie możliwość wyłączenia przesyłek, o których mowa w Pytaniu 1 i 2 powyżej z zakresu przedmiotu zamówienia i niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?

Ze względu na swoją specyfikę, a więc konieczność posługiwania się w tym zakresie operatorem wyznaczonym, uzasadnione jest wyłączenie powyższych przesyłek i wszczęcie w tym zakresie osobnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego obejmującego wyłącznie tego rodzaju przesyłki. Wykonawca informuje, że wyłączenie tych przesyłek wpłynie na cenę oferty Wykonawcy, a także innych Wykonawców przystępujących do postępowania i w istotny sposób wpłynie na zwiększenie konkurencyjności postępowania. Brak konieczności uwzględniania w kosztach nadawania ww. przesyłek pozwoli Wykonawcy na zaproponowanie najbardziej optymalnych dla Zamawiającego warunków cenowych. Co więcej, również konkurenci Wykonawcy, przede wszystkim operator wyznaczony – Poczta Polska S.A., wiedząc o zwiększeniu konkurencji, będą zmuszeni do obniżenia proponowanych cen ofertowych.

2) ewentualnie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego lub ich oznakowania w określony sposób - w celu wydzielienia i nadania przez Wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego?

Wykonawca informuje, że w tym przypadku będzie stosował następujący tryb: wydzielone przesyłki pocztowe, po ich odebraniu od Zamawiającego, w tym samym dniu zostaną dostarczone do placówki operatora wyznaczonego i nadana w imieniu Zamawiającego, Wykonawca następnie dostarczy Zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. Wykonawca będzie tylko pośrednikiem między Zamawiającym a operatorem wyznaczonym, nadanie przesyłek nastąpi w imieniu i na rzecz Zamawiającego, nie zmieni jednak danych Zamawiającego na kopercie. Sposób oznaczenia wniesienia opłaty pocztowej ustalony z Zamawiającym zastąpią znaki opłaty pocztowej stosowane przez operatora wyznaczonego.

Wykonawca podkreśla, że Poczta Polska S.A. jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnej usługi pocztowej ma obowiązek zrealizować usługę i nie może odmówić w tym zakresie zawarcia umowy o świadczenie usług pocztowych niezależnie od łączących ją stosunków z Wykonawcą.

Powyższe działanie ma bardzo istotne znaczenie z punktu widzenia interesów Zamawiającego. W sytuacji bowiem gdy Zamawiający, jest stroną np. postępowania cywilnego i zależy mu na złożeniu pisma w terminie wynikającym z konkretnej procedury, winien taką przesyłkę wydzielić i wskazać operatorowi pocztowemu, że powinna być ona doręczona przez operatora wyznaczonego. W przeciwnym wypadku negatywne skutki procesowe (uchybiecie terminu np. do wniesienia apelacji)

poniesie Zamawiający, który nie poinformuje operatora pocztowego o charakterze przesyłki, na co ten ostatni nie miał żadnego wpływu.

Możliwa jest również w tym zakresie sytuacja, że przesyłki muszą być przekazane operatorowi na tyle wcześniej do doręczenia, aby przesyłka "fizycznie" trafiła do organu/sądu w terminie przewidzianym na dokonanie danej czynności procesowej. Niemniej wymaga to współpracy z Zamawiającym i najpierw wyodrębnienia przesyłek, które muszą być nadane w trybach według ww. procedur.

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na wyłączenie przesyłek o których mowa w pytaniu z zakresu przedmiotu zamówienia. Zamawiający informuje, że dopuszcza możliwość sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego lub ich oznakowania w określony sposób - w celu wydzielenia i nadania przez Wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego.

Pytanie 4:

Jeżeli Zamawiający przewiduje konieczność nadawania przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego, Wykonawca na podstawie art. 29 PZP wnioskuje o rzetelne (przynajmniej w oparciu o rok 2013) oszacowanie wolumenu wszystkich przesyłek, które mają być nadawane w ten sposób, celem precyzyjnego opracowania oferty dla Zamawiającego.

Wykonawca zwraca uwagę, że nadawanie przesyłek w takich trybach jak art. 57 § 5 pkt. 2 KPA, art. 12 § 6 pkt. 2 Ordynacji podatkowej lub ew. innych analogicznych przepisów, np. art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego (w brzmieniu przewidzianym nowelizacjami dokonanymi przez nowe Prawo pocztowe, wymaga pośrednictwa operatora wyznaczonego, którym obecnie jest Poczta Polska. W związku z tym pozostali wykonawcy muszą dysponować wiedzą odnośnie ilości tego typu przesyłek będących przedmiotem zamówienia, by uwzględnić koszt nadania takich przesyłek za pośrednictwem Poczty Polskiej i tym samym dobrze przygotować swoją ofertę, bowiem zgodnie z art. 29 par. 1 Prawa Zamówień Publicznych, Zamawiający zobligowany jest z mocy prawa do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców. Tym samym, brak zapisu o szacunkowym wolumenie przesyłek nadawanych w trybach z art. 57 KPA, art. 12 Ordynacji Podatkowej oraz 165 KPC znacząco wpływa na treść ofert innych wykonawców, co stanowi naruszenie art. 29 par. 2 Prawa Zamówień Publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wykonawca, mając na względzie własne doświadczenie w realizowaniu usług pocztowych oraz wiedzę odnośnie zapotrzebowania innych zamawiających należących do sektora finansów publicznych, wskazuje, że szacunkowy wolumen przesyłek nadawanych w trybach art. 57 KPA, art. 12 Ordynacji Podatkowej, oraz art. 165 KPC jest bardzo niski i oscyluje w przedziale kilku procent w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Wartości te są tak marginalne, ponieważ powyższe tryby trzeba zastosować tylko w sytuacji, w której to Zamawiający jest stroną postępowania toczącego się przed innym organem, nie zaś wtedy, kiedy to Zamawiający prowadzi dane postępowanie – wtedy bowiem stosuje on tryby z art. 39 KPA lub art 144 Ordynacji Podatkowej.

Odp.: Zamawiający nie jest w stanie wykazać wolumenu przesyłek, Zamawiający informuje, że mają one charakter marginalny dla całości przedmiotu zamówienia.

Pytanie 5:

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość by na kopercie oprócz danych wskazanych przez Zamawiającego znajdowały się informacje o opłacie za usługę pocztową związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców, ewentualnie inne informacje związane z obiegiem przesyłek pocztowych?

Wykonawca jednocześnie zaznacza, że informacje te nie będą zakrywać nadruku adresu firmowego Zamawiającego oraz nie będą naruszać innych wymagań wskazanych w Zaproszeniu.

Odp.: Zamawiający dopuszcza możliwość by na kopercie oprócz danych wskazanych przez Zamawiającego znajdowały się informacje o opłacie za usługę pocztową związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców. Na zamieszczenie innych informacji nie związanych ze świadczeniem usług pocztowych Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 6:

Zamawiający wskazał w pkt I ppkt 8 Części II SIWZ (Istotne postanowienia umowy) zasady zatrudniania podwykonawców:

Zasady zatrudniania podwykonawców:

1) Wykonawca zamierzając zawrzeć z podwykonawcą umowę na część przedmiotu zamówienia, przedstawi Zamawiającemu następujące dokumenty:

a. wniosek o wyrażenie zgody na udział podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia,

b. kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem pisemnej umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą określającą zakres oraz wartość podzleconych części zamówienia oraz kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem jej zmiany.

2) Umowy z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami będą zgodne, co do treści z umową zawartą z Wykonawcą. Odmienne postanowienia tych umów są nieważne.

3) Zlecenie części przedmiotu umowy podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nie zmieni zobowiązań Wykonawcy wobec Zamawiającego, który jest odpowiedzialny za wykonanie tej części zamówienia.

(4) (...)

5) W przypadku zawarcia umowy przez Wykonawcę z podwykonawcą Zamawiający będzie dokonywał płatności bezpośrednio dla podwykonawcy, na podstawie umowy cesji wierzytelności zawartej pomiędzy podwykonawcą z Wykonawcą. Podstawą zapłaty będzie umowa cesji i faktura wystawiona przez podwykonawcę, zaakceptowana przez Wykonawcę i przedstawiciela Zamawiającego. Faktura będzie płatna w terminie do 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury i umowy cesji za przedmiot umowy określony w części realizowanej przez podwykonawcę.

6) W przypadku nie podpisania pomiędzy podwykonawcą a Wykonawcą umowy cesji, o której mowa powyżej Wykonawca wraz z fakturą przedstawi pisemne potwierdzenie podwykonawcy o dokonanej zapłacie przez Wykonawcę należności za części zamówienia wykonane przez podwykonawcę. Niniejsze oświadczenie wraz z fakturą zaakceptowaną przez Zamawiającego stanowić będzie podstawę zapłaty na rzecz Wykonawcy.

Powyższe zastrzeżenia w ocenie Wykonawcy są niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

W ramach zamówień publicznych, co do zasady udział podwykonawców w realizacji zamówienia jest dopuszczalny. W przepisach art. 36a i 36b PZP ustawodawca wskazuje podstawowe warunki udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Z brzmienia tych przepisów wynika, iż poza kwalifikowanymi przypadkami realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców (tj. powołania się na ich potencjał przy wykazywaniu warunków udziału w postępowaniu) wykonawca ma pełną swobodę powierzenia całości lub części przedmiotu zamówienia do realizacji podwykonawcy, o ile Zamawiający nie zastrzegł jego osobistego wykonywania usług (a w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający takie postanowienie nie znalazło się w SIWZ).

Oznacza to, iż Zamawiający nie jest uprawniony do uzależnienia wyboru podwykonawcy przez wykonawcę, i to bez względu na etap postępowania przetargowego czy współpracy stron (czy to na etapie składania ofert, przed podpisaniem umowy, czy po jej podpisaniu i rozpoczęciu świadczenia usługi) od swojej zgody. W związku z powyższym, wykonawca może zawrzeć swobodnie umowę z wybranym przez siebie podwykonawcą, jak również zmienić podwykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia i to bez względu na zgodę Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto, z analizy powołanych przepisów nie wynika możliwość żądania przez Zamawiającego przedłożenia mu projektu umowy zawartej z podwykonawcami lub wpływania na ich wewnętrzne stosunki w inny sposób – wpływania na ich wewnętrzne rozliczenia, formę umowy zawartej z podwykonawcą,

ew. cesji itp. Analogicznie również w przypadku dalszych podwykonawców. Stąd też, wskazane zapisy są niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami PZP.

Wydaje się w związku z powyższym, iż Zamawiający błędnie opiera cytowane zapisy SIWZ m.in. na przepisie art. 143b PZP (jak również innych dot. zamówień na roboty budowlane), który uprawnia Zamawiających do uzależnienia wyboru/zmiany podwykonawcy przez wykonawcę, czy też zawarcia umowy przez wykonawcę z pierwotnym podwykonawcą, od ich zgody w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane. Wskazać należy, iż przedmiotowe postępowanie dotyczące świadczenia usług pocztowych nie może być w żaden sposób zakwalifikowane jako zamówienie publiczne, którego przedmiotem są roboty budowlane.

Wykonawcom, którym zabrania się swobodnego korzystania w pełnym zakresie z podwykonawstwa w realizacji przedmiotu zamówienia, utrudnia się jednocześnie dostęp do realizacji przedmiotu zamówienia co narusza jednocześnie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP i może być przyczynkiem do wszczęcia kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na marginesie dodać należy, iż Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność za wszelkie czynności, których wykonanie powierzył Podwykonawcom, a Wykonawca odpowiada za działania i zaniechania Podwykonawców jak za swoje własne, więc wskazane wymogi są bezzasadne z perspektywy ochrony interesów Zamawiającego. Znamienny jest również fakt, iż wskazani przez wykonawcę podwykonawcy (zarówno pierwotni, jak również przystępujący do realizacji przedmiotu zamówienia już na etapie świadczenia usług po podpisaniu umowy) nie muszą w ogóle brać udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca może przecież samodzielnie wykonywać przedmiot zamówienia, a podwykonawcami posługiwać się jedynie wyjątkowo, celem usprawnienia procesu realizacji zamówienia (i możliwe jest, że mimo deklaracji posłużenia się podwykonawcami – nie zajdzie konieczność skorzystania z nich). Wskazane zapisy są więc bezzasadne i pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o bezwzględne usunięcie zapisów naruszających przepisy obowiązującego prawa oraz zasady równego traktowania i zapewnienia uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP), a więc fragmentu pkt 8 Istotnych postanowień SIWZ cytowanego powyżej.

Odp.: Odp.: Zamawiający pozostawia zapisy SIWZ bez zmian w w/w zakresie.

Pytanie 10:

Zamawiający wskazał w pkt 31 ppkt 6 Części I SIWZ oraz pkt 24 Istotnych postanowień umowy, że świadczenie usług, o których mowa w SIWZ, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) jest zwolnione z podatku od towarów i usług. Jeżeli w trakcie obowiązywania umowy nastąpi zmiana w zakresie podatku od towarów i usług, Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty powiększonej o podatek od towarów i usług według obowiązującej stawki..

Wykonawca wskazuje, iż taki zapis dyskryminuje innych niż wyznaczony operatorów pocztowych, a przede wszystkim jest niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia w żadnym wypadku nie może być zwolnione z naliczenia podatku VAT przez operatora pocztowego.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług, zwalnia się od podatku powszechne usługi pocztowe świadczone przez operatora obowiązującego do świadczenia takich usług, oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną.

Oznacza to, że jedyną kategorią usług pocztowych, która zwolniona została z VAT to powszechne usługi pocztowe, do których świadczenia zobowiązany jest operator wyznaczony. Definicję powszechnych usług pocztowych. zawiera art. 45 Prawa pocztowego.

Do usług powszechnych zalicza się świadczone w obrocie krajowym i zagranicznym w ramach obowiązku usługi pocztowe obejmujące:

1) przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie:

a) przesyłek listowych, w tym poleconych i z zadeklarowaną wartością, o wadze do 2000 g i liczonych z tolerancją 2 mm wymiarach:

- maksymalnych - 900 mm, stanowiących sumę długości, szerokości i wysokości, przy czym największy wymiar nie może przekroczyć 600 mm, a w przypadku przesyłki listowej w formie rulonu - 1040 mm, stanowiących sumę długości i podwójnej średnicy, przy czym największy wymiar nie może przekroczyć 900 mm,
- minimalnych - 170 mm w przypadku przesyłki listowej w formie rulonu, stanowiących sumę długości i podwójnej średnicy, przy czym największy wymiar nie może być mniejszy niż 100 mm,
- minimalnych strony adresowej - 90 x 140 mm,

b) przesyłek dla ociemniałych,

c) paczek pocztowych, w tym z zadeklarowaną wartością, o masie do 10 000 g i wymiarach, z których największy nie przekracza 1500 mm, a suma długości i największego obwodu mierzonego w innym kierunku niż długość nie przekracza 3000 mm;

2) sortowanie, przemieszczanie i doręczanie nadesłanych z zagranicy paczek pocztowych o masie do 20 000 g i wymiarach, o których mowa w pkt 1 lit. c).

Usługi te związane są z obowiązkiem świadczenia, który nie dotyczy usług świadczonych na podstawie umowy, której warunki zostały ustalone pomiędzy stronami w konkretnym i indywidualnym wypadku (zawartej chociażby po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). W wyroku z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-357/07 TNT Post UK Europejski Trybunał stwierdził, że zwolnienie przewidziane w art. 13 część A ust. 1 lit. a) szóstej dyrektywy nie ma zastosowania do świadczenia usług ani dostaw towarów z nimi związanych, których warunki zostały wynegocjowane indywidualnie.

Takie zapisy SIWZ zostaną odczytane jako naruszenie elementarnych zasad wyrażonych w PZP: art. 7 ust. 1 – zasada równego traktowania wykonawców oraz art. 29 ust. 2 PZP statuujący wymóg opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza uczciwej konkurencji. Oczywistym jest bowiem, że wprowadzenie możliwości nieuwzględnienia 23% stawki VAT przekłada się na całościową cenę oferty, a tylko jeden podmiot jest uprawniony do nienaliczania VAT od usług pocztowych – operator wyznaczony świadczący powszechnie usługi pocztowe, które (jak wyżej wykazane) nie są i nie mogą być przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o usunięcie cytowanych zapisów SIWZ jako rażąco niezgodnych z przepisami obowiązującego prawa.

Odp.: Zamawiający wykreśla w Części I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców w pkt. 31 ppkt. 6 oraz w Części II SIWZ – Opis przedmiotu Zamówienia w Istotnych postanowieniach umowy pkt. 26, następujące zdanie: „Świadczenie usług objętych umową, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) jest zwolnione z podatku od towarów i usług.”

Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Burmistrz
/-/ Marek Antoniewicz

Informację niniejszą
zamieszcza się na stronie internetowej
Zamawiającego w dniu 30.10.2014r.

ZP/KR