

Gryfino, dnia 9 stycznia 2017 r.

RI.272.10.2016.SD

Uczestnicy postępowania wszyscy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług pocztowych na rzecz Starostwa Powiatowego w Gryfinie”.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) w załączeniu przekazujemy odpowiedzi na pytania, jakie wpłynęły do Zamawiającego w dniu 30.12.2016 w związku z ww. postępowaniem jednocześnie modyfikując SIWZ w następujący sposób:

Pytanie nr 1: Czy zamawiający dopuszcza zmianę cen usług pocztowych w trakcie trwania umowy w przypadku ich akceptacji przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztowe?

Odpowiedź: Nie, Zamawiający nie dopuszcza zmiany cen.

Pytanie nr 2: Zgodnie z SIWZ Rozdział III pkt. 14 Zamawiający wymaga aby przez cały okres realizacji zamówienia osoby wykonujące czynności wymienione w części III SIWZ pkt były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 roku poz. 1502 z późn. zm.).

Wykonawca wyjaśnia, że zgodnie z wewnętrzną polityką zatrudnienia, zdecydowana większość przesyłek pocztowych na terenie kraju obsługiwana jest przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Jednakże w wyjątkowych sytuacjach, związanych z brakiem możliwości pozyskania pracowników w nagłych przypadkach i jednocześnie mając na uwadze obowiązki operatora pocztowego w zakresie doręczania przesyłek, Wykonawca zatrudnia również doręczycieli w ramach umów cywilnoprawnych. Takie rozwiązania stosowane są wyłącznie w celu zapewnienia terminowej realizacji usług i tylko w zakresie konkretnego wąskiego rodzaju przesyłek.

Należy również nadmienić, że niezależnie od formy zatrudnienia pracowników, to na operatorze pocztowym ciąży obowiązek wykonania usługi z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i to operator pocztowy (Wykonawca) ponosić będzie odpowiedzialność w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania usług.

Czy mając na uwadze powyższe Zamawiający dopuszcza możliwość aby wymóg zatrudniania pracowników określić jako procentowy (minimalny wskazany przez Zamawiającego) udział pracowników, którzy spośród ogółu pracowników wykonujących czynności wymienione w III części SIWZ pkt 1 przesyłek na terenie Polski muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę ?

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji SIWZ w następującym zakresie:

Część III pkt 15 SIWZ otrzymuje następujące brzmienie:

15. Rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia:

a) 50 % czynności opisanych w pkt 1 części III SIWZ.

Pytanie nr 3: Zgodnie z SIWZ Rozdział III pkt. 16 podpunkt b) Zamawiający wymaga aby każdorazowo na jego żądanie w terminie nie krótszym niż 10 dni, Wykonawca przekazał Zamawiającemu do wglądu kopii umów o pracę zawartych przez Wykonawcę z pracownikami wykonującymi czynności polegające na przyjmowaniu o doręczaniu przesyłek. W tym celu Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania od tych osób zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.

Nieprzedłożenie przez Wykonawcę kopii umów lub oświadczeń o których mowa wyżej skutkować będzie naliczeniem kary umownej w wysokości określonej w SIWZ Rozdział III pkt. 16 podpunkt d.

Wykonawca wskazuje, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie ogranicza uprawnień Zamawiającego dotyczących weryfikowania spełnienia warunku zamówień zastrzeżonych na etapie realizacji zamówienia publicznego. W ramach postanowień umownych Zamawiający może określić zobowiązania dotyczące kontroli i weryfikowania spełnienia przedmiotowego warunku także w zakresie żądania dodatkowych dokumentów, pod warunkiem, że jest to zgodne (dopuszczalne) w świetle innych przepisów. W przypadku udostępniania umów o pracę przepisy ustawy Pzp a także Kodeksu Pracy, nie przewidują jakiegokolwiek regulacji. Natomiast umowy o pracę zawierają informacje dotyczące pracowników stanowiące dane chronione, wobec czego Wykonawca (będący pracodawcą), występujący jako administrator danych osobowych, powinien przestrzegać przepisów ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.

W świetle przepisów ww. ustawy każda osoba ma zagwarantowaną konstytucyjnie ochronę danych osobowych i wykonawcy zatrudniający pracowników muszą tej gwarancji dochować. Zamawiający wskazuje tutaj na konieczność uzyskania zgody od pracowników na przetwarzanie danych osobowych jednakże pracownik nie ma obowiązku wyrażenia takiej zgody.

Zatem w świetle powyższego, stwierdzić należy, iż stawiany wykonawcom wymóg przekazywania kopii umów o pracę poszczególnych pracowników, imiennych raportów miesięcznych o należnych składkach i wypłaconych świadczeniach, itp. narusza przepisy ustawy o ochronie danych osobowych, a także narusza zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 7 ustawy Pzp, bowiem obowiązek przekazania imiennych list, umów o pracę czy np. druków ZUS RCA może de facto uniemożliwić złożenie oferty wykonawcom, w szczególności tym zatrudniającym wiele osób na podstawie umowy o pracę, w przypadku niewyrażenia zgody pracownika na udostępnienie informacji.

Ponadto, biorąc pod uwagę skalę zatrudnienia u Wykonawcy i konieczność realizowania usług doręczania na terenie całego kraju, wymogi Zamawiającego będą niemożliwe do zrealizowania również z technicznego punktu widzenia i tym samym będą skutkować niespełnieniem warunków zamówienia i w konsekwencji niemożnością przystąpienia do niego.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę treści SIWZ Rozdział III pkt. 16 podpunkt b) na następującą:

„Na żądanie zamawiającego, w terminie i miejscu wskazanym przez zamawiającego, wykonawca jest zobowiązany przekazać zamawiającemu dokument z danymi potwierdzającymi ogólną liczbę osób zaangażowanych do realizacji usług doręczania przesyłek na terenie Polski i procentowy udział w tej liczbie doręczycieli zatrudnionych na umowę o pracę (np. raport, oświadczenie Wykonawcy, itd.).”

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji SIWZ w następującym zakresie:

Część III pkt 16 lit. b SIWZ otrzymuje następujące brzmienie:

„Na żądanie zamawiającego, w terminie i miejscu wskazanym przez zamawiającego, wykonawca jest zobowiązany przekazać zamawiającemu dokument z danymi potwierdzającymi ogólną liczbę osób zaangażowanych do realizacji usług doręczania przesyłek na terenie Polski i procentowy udział w tej liczbie doręczycieli zatrudnionych na umowę o pracę (np. raport, oświadczenie Wykonawcy, itd.).”

Pytanie nr 4: W rozdziale XII SIWZ pkt. 6 Zamawiający umieścił treść : „Jeżeli w postępowaniu złożona będzie oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W takim przypadku Wykonawca, składając ofertę, jest zobligowany poinformować zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u

zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę usługi, których świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku”

Wykonawca prosi o wyjaśnienie zapisu ponieważ w formularzu ofertowym Zamawiający nakazuje wskazać ceny jednostkowe brutto poszczególnych rodzajów przesyłek oraz ich wartość brutto jako iloczyn odpowiednich kolumn z tabeli cenowej. W którym miejscu oferty Zamawiający ma wykazać wartość cen netto i ewentualnie wartość zamówienia netto dla przesyłek objętych podatkiem VAT?

Odpowiedź: Zapis rozdz. XII pkt 6 SIWZ stanowi powtórzenie art. 91 ust. 3a ustawy PZP. We wskazanej regulacji mowa jest o sytuacji, w której wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. Regulacja ta nie dotyczy podatku VAT, do zapłaty którego zobowiązany jest Wykonawca, a który doliczony jest do ceny uiszczanej przez Zamawiającego, a więc nie przewiduje w takiej sytuacji obowiązku rozbicia ceny ofertowej na cenę netto i brutto.

Wskazany przepis ustawy PZP znajduje natomiast zastosowanie do wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, ale również do importu towarów, gdyż zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, prowadzi to do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego i w celu zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji zamawiający winien doliczyć do ceny oferty kwotę należnego podatku od towarów i usług, którego jest płatnikiem (zob. wyrok KIO z dnia 2 marca 2010 r., KIO/UZP 217/10).

Zamawiający przewidział obowiązek wskazanie ceny brutto, zaś w sytuacji powstania obowiązku podatkowego dla Zamawiającego – dodatkowo obowiązek złożenia odpowiedniego oświadczenia w tym zakresie, tak aby możliwe było doliczenie podatku do ceny ofertowej zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy PZP.

W związku z powyższym zapisem SIWZ nie ma zatem potrzeby dokonywania zmian w zakresie wymaganego sposobu określenia ceny.

Pytanie nr 5: We wzorze umowy w par.1,pkt. 6 Zamawiający umieścił treść: „Wykonawca zobowiązany jest do dostarczania raz dziennie przesyłek adresowanych do siedziby Zamawiającego najpóźniej do godz. 11.00.”

Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztove art. 46 ust.2 pkt. 5 zobowiązany jest do doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż 5 dni w tygodniu z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy. Jednocześnie Wykonawca informuje, że zobowiązanie operatora wyznaczonego do doręczania przesyłek w określonych godzinach w istotny sposób narusza zapisy art. 46 ust. 2 pkt. 1, który obliguje go do świadczenia usług powszechnych w sposób jednolity w porównywalnych warunkach. Ponadto, doręczanie korespondencji do Zamawiającego nie jest przedmiotem postępowania, a obowiązkiem ustawowym Wykonawcy jako operatora wyznaczonego i dotyczy przesyłek nadanych za jego pośrednictwem. Dodatkowo zwracamy uwagę, że doręczenie przesyłki jest konsekwencją umowy zawartej z Nadawcą w chwili jej nadania, natomiast Zamawiający występuje w tym wypadku w roli adresata i nie jest stroną umowy o nadawanie. Wobec powyższego Wykonawca prosi o modyfikację zapisu w zakresie rezygnacji z określania konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do oddziałów Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Prosimy zatem o wykreślenie w/w punktu.

Odpowiedź: Nie, Zamawiający nie zgadza się na proponowane zmiany.

Pytanie nr 6: W par 2, pkt. 1, podpunkt 3 Wzoru Umowy, Zamawiający umieścił zapis: „należności wynikające z faktur VAT Zamawiający regulować będzie przelewem na rachunek bankowy nr wskazany w prawidłowo wystawionej fakturze w terminie 21 dni od daty jej wystawienia.”

Prosimy o modyfikację w/w zapisu na treść:

„należności wynikające z faktur VAT Zamawiający regulować będzie przelewem na rachunek bankowy nr wskazany w prawidłowo wystawionej fakturze w terminie 14 dni od daty jej wystawienia.”

Odpowiedź: Tak, Zamawiający zgada się na proponowane zmiany i modyfikuje SIWZ w tym zakresie.

Pytanie nr 7: Czy Zamawiający wyraża zgodę na wystawianie faktury w formie PDF. E- Faktura Vat za zrealizowane usługi będzie wysyłana na adres mailowy wskazany przez Zamawiającego?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę na powyższą propozycję i dokonuje modyfikacji SIWZ w tym zakresie.

Pytanie nr 8: Jako jedno z kryteriów wyboru oferty Zamawiający wskazał: „ wielkość (wyrażonej procentowo) średniego rocznego zatrudnienia osób na pełen etat w stosunku do wszystkich pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę”. Czy Zamawiający ma na myśli ogół pracowników zatrudnionych na pełen etat w ramach umów o pracę w stosunku do wszystkich pracowników zatrudnionych (umowy zlecenia etc.)?

Odpowiedź: Tak. Zamawiający ma na myśli ogół pracowników zatrudnionych na pełen etat w ramach umów o pracę w stosunku do wszystkich pracowników zatrudnionych (umowy zlecenia etc.)

Pytanie nr 9: W Par 5 pkt. 1 Wzoru umowy Zamawiający umieścił zapis : „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego, z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca w wysokości 10 % kwoty stanowiącej wartość brutto sześciokrotności faktury za miesiąc poprzedzający odstąpienie od umowy. Za przyczyny mogące stanowić podstawę odstąpienia od umowy uznaje się w szczególności uznane jako zawinione przez Wykonawcę reklamacje w ilości większej niż 10 w okresie obowiązywania umowy albo dostarczanie przesyłek przez Wykonawcę po terminach określonych w niniejszej umowie.”

Zamawiający określił odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem zamówienia, przewidując nieuzasadnione dla Wykonawcy kary umowne.

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

Zgodnie z założeniem OGŁOSZENIA O ZAWÓWIENIU, 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 w/w ustawy do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

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

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

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

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

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

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

Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień zaproszenia z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza wykreślenie lub chociażby złagodzenie wygórowanej w ocenie Wykonawcy postanowień zawartych w § 5 pkt 1 wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku?

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji SIWZ w następujący sposób:

we wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ § 5 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„§ 5 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego, z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca w wysokości 10 % kwoty stanowiącej wartość brutto sześciokrotności faktury za miesiąc poprzedzający odstąpienie od umowy. Za przyczyny mogące stanowić podstawę odstąpienia od umowy uznaje się w szczególności uznane jako zawinione przez Wykonawcę reklamacje w ilości większej niż 10 w okresie obowiązywania umowy albo dostarczanie przesyłek przez Wykonawcę po terminach określonych w niniejszej umowie.”

Pytanie nr 10: Czy Zamawiający może potwierdzić, że jako przesyłki priorytetowe w obrocie krajowym należy rozumieć przesyłki doręczane w deklarowanym terminie D+1 (gdzie D oznacza dzień nadania przesyłki do godz. 15:00), a przesyłki ekonomiczne to przesyłki doręczane w deklarowanym terminie D+3 (gdzie D oznacza dzień nadania przesyłki do godz. 15:00)?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający potwierdza powyższe warunki.