

**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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) w załączeniu przekazujemy odpowiedzi na pytania, jakie wpłynęły do Zamawiającego w dniu 29.12.2015 w związku z odpowiedziami nr 17 i 19 na zestaw pytań nr 1:

Pytanie nr 1.

W piśmie z dnia 14 grudnia, zawierającym odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, Zamawiający, odpowiadając na pytanie 19, zadane przez Poczta Polska S.A. – podejmującą bezprawne działania zmierzające do wykluczenia konkurencji – wskazał, że wymaga od wykonawców zawarcia umowy międzyoperatorskiej w trybie art. 35 ustawy Prawo pocztowe z operatorem wyznaczonym, tj. Poczta Polska S.A.

W związku z powyższym należy wskazać, że powyższe w sposób absolutny wyłącza konkurencję w niniejszym postępowaniu. Przedmiotem zamówienia są bowiem przesyłki, dla nadania których wymagane jest pośrednictwo operatora wyznaczonego, którym obecnie jest Poczta Polska S.A. – podmiot, będący głównym i faktycznie jedynym konkurentem Wykonawcy w niniejszym postępowaniu przetargowym, stąd też nie ma on żadnych uzasadnionych powodów, by zawierać jakąkolwiek umowę o współpracę z innymi wykonawcami. Abstrahując od tego tematu, który jest w głównej mierze problemem na linii międzyoperatorskiej (Wykonawca wielokrotnie próbował nawiązać z operatorem wyznaczonym negocjacje celem uregulowania tej kwestii), Wykonawca pragnie również wskazać na o wiele ważniejszą argumentację, bo znajdującą potwierdzenie w powszechnie obowiązujących przepisach praw.

Otóż, wbrew twierdzeniom Zamawiającego – nawet zawarcie umowy o współpracę (na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe) z operatorem wyznaczonym, nie umożliwi innym wykonawcom realizacji przedmiotu zamówienia. Z przepisów dotyczących skutków zachowania terminu lub wniesienia pisma do sądu (np. art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 165 § 2 KPC) wynika bowiem, że przesyłka musi być nadana w placówce operatora wyznaczonego, tymczasem z treści ww. art. 35 Prawa pocztowego wprost wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy dalszego przekazania przesyłki do doręczenia:

Art. 35. ust. 1. Operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej.

W ramach tej umowy nie powstaje zatem nadanie przesyłki i nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.

Jedynym więc sposobem zapewnienia udziału innych, niż wyznaczony, operatorów pocztowych i jednoczesnego zapewnienia skutków, o których mowa m.in. w przepisach art. 57 § 5 pkt 2 KPA, czy art. 165 § 2 KPC jest tzw. „tryb posłańca”, opisany w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie bowiem z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Poczta Polska S.A. jak i orzecznictwo – czynność operatora alternatywnego obejmująca nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego w imieniu i na rzecz zamawiającego nie jest usługą pocztową, a usługą pośrednictwa w nadawaniu przesyłek (przesyłka nie jest nadawana w sieci pocztowej operatora alternatywnego, vide: KIO 2601/14, KIO 2160/14, KIO 1362/13, Sąd Okręgowy w Gliwicach sygn. akt X Ga 287/13). Jak dodaje Izba (KIO 2601/14): w takim przypadku stronami usługi pocztowej w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, są Zamawiający i operator wyznaczony. Przy czym Poczta Polska nie jest żadnym podwykonawcą części przedmiotu zamówienia, który zakontraktują Zamawiający i InPost, a których łączyć będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczta, nadawaniu ich i opłacaniu. Jak podkreślała przy tym Izba w tym samym wyroku: Niestety za dopuszczeniem obsługi przesyłek specjalnych w taki sposób nie następowały żadne postanowienia lub modyfikacje SIWZ dostosowujące całość postanowień siwz do tego typu rozszerzenia przedmiotu zamówienia i eliminujące wszelkie wątpliwości, co do jego

wariantowego charakteru, sposobu jego wykonywania oraz rozliczania. Jak przy tym słusznie podnoszono w piśmie Prezesa UZP zawierającego informację o ustaleniach w trakcie kontroli postępowania prowadzonego przez Miasto Lublin[1]: uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie tzw. przysyłek terminowych od zawarcia z operatorem wyznaczonym pisemnej umowy o współpracy w rozumieniu Prawa pocztowego ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zawarcie takiej umowy uzależnione jest tylko od woli operatora wyznaczonego. Zatem operator pocztowy który nie miał zawartej umowy o współpracę z operatorem wyznaczonym lub przyrzeczenia zawarcia takiej umowy, w istocie nie mógł złożyć niepodlegającej odrzucenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest zatem zasadnym w szczególności żądanie zawarcia przez operatora alternatywnego umowy z Poczta Polska S.A. na podstawie art. 35 Prawa pocztowego. Abstrahując od braku zasadności żądania zawarcia takiej umowy między operatorami pozostającymi w stosunku konkurencji, podkreślenia wymaga, że nawet zawarcie takiej umowy nie wywoła określonych ustawą skutków. Dla wywołania skutków w postaci zachowania terminu czy wniesienia pisma do sądu, przesyłka musi być nadana w placówce operatora wyznaczonego. Tymczasem z art. 35 Prawa pocztowego wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy dalszego przekazania przesyłki do doręczenia (przesyłka jest nadawana w sieci operatora alternatywnego a następnie przekazywana do sieci operatora wyznaczonego). Nie jest możliwe dwukrotne nadanie tej samej przesyłki, w ramach tej umowy nie powstaje zatem nadanie przesyłki i nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.

Reasumując, Poczta Polska S.A. nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową. Zarazem zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania umowy zawartej z operatorem wyznaczonym.

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca wnosi o otwarcie postępowania na konkurencję i zmianę stanowiska w kwestii konieczności posiadania umowy przez Wykonawcę z innym operatorem pocztowym, w tym operatorem wyznaczonym (na podstawie art. 35 ust. 1 Prawa Pocztowego).

Wykonawca pragnie przy tym oświadczyć, że nie złoży oferty w niniejszym postępowaniu, a równocześnie podkreślić, że treść wyjaśnień wprost wskazująca na Poczta Polska S.A., jako na jedyne go operatora mogącego złożyć ofertę, będzie skutkowało przedłożeniem oferty tylko przez jednego wykonawcę, mającego świadomość, iż jest jedynym podmiotem składającym ofertę, co z kolei doprowadzi do zaoferowania przez niego cen wyższych, aniżeli w sytuacji w pełni konkurencyjnego postępowania przetargowego, otwartego na innych wykonawców. Powyższe może stanowić naruszenie ustawy o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240 z późn. zm., dalej „FinPubl”), poprzez naruszenie zasad określonych w art. 44 ust. 2 i 3 ustawy FinPubl, tj. zobowiązujących jednostki sektora finansów publicznych do dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Uznając argumentację Zamawiający informuje iż nie wymaga, aby Wykonawca w przypadku powierzenia realizacji zamówienia lub jego części podwykonawcom, posiadał umowę o współpracy, o której mowa w art. 35 Prawa pocztowego.

Ponadto Zamawiający informuje, iż:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych oraz innych usług, w tym usługi pośrednictwa w świadczeniu usługi pocztowej. Usługa pośrednictwa w świadczeniu usługi pocztowej będzie polegać na odbieraniu przez Wykonawcę przysyłek stanowiących przesyłki specjalne wydzielone przez Zamawiającego, a następnie nadawaniu ich w tym samym dniu w imieniu Zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego uiszczając stosowną opłatę. Wykonawca następnie dostarczy Zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. Wykonawca będzie tylko pośrednikiem między Zamawiającym a operatorem wyznaczonym, nadanie przysyłek 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.