

**Do wykonawcy, który zwrócił się
o wyjaśnienie treści SIWZ**

**Do wykonawców, którym
zamawiający przekazał SIWZ**

**Do zamieszczenia na stronie
internetowej**

**WYJAŚNIENIA ZAMAWIAJĄCEGO DOTYCZĄCE
TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SIWZ) 2**

dotyczy: postępowania o udzielenia zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług pocztowych”

Na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” zamawiający, w odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców dotyczące treści SIWZ, udziela następujących wyjaśnień:

TREŚĆ ZAPYTAŃ WRAZ Z ODPOWIEDZIAMI/ WYJAŚNIENIAMI:

Pytanie 1:

Zgodnie z obecnie już utrwalonym poglądem orzecznictwa, jednym z warunków zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na usługi pocztowe jest uszczegółowienie zasad wykonywania tzw. przesyłek terminowych, o których mowa w art. 57 § 5 pkt 2 kpa oraz ew. art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej lub też innych analogicznych przepisów odnoszących się do skutku zachowania terminu do wniesienia pisma poprzez nadanie przesyłki w sieci operatora wyznaczonego (tzw. przesyłki terminowe). W przypadku rzeczonoego rozwiązania wykonawca – alternatywny operator pocztowy - jest podmiotem dokonującym czynności nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, ale czyni to w imieniu i na rzecz zamawiającego. **Opisane wyżej rozwiązanie jest jedynym obecnie dostępnym na rynku usług pocztowych rozwiązaniem zapewniającym udział innych operatorów pocztowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający wymaga, aby nadawane były przesyłki terminowe.** Należy dodać, iż rozwiązanie to kilkukrotnie było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jak przykładowo zauważała Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn. KIO 2160/14: *Po pierwsze – w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz. z 22 sierpnia 2014 r. dopuścił możliwość, aby wykonawca zamówienia odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. Po drugie – InPost skorzystał z tej możliwości i wskazał wprost w ofercie, że w zakresie dotyczącym przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej, zamierza powierzyć wykonywanie zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Po trzecie – ponieważ Poczta Polska jako operator wyznaczony ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych, nie może odmówić przyjęcia takich przesyłek nadawanych fizycznie przez InPost w imieniu i na rzecz Zamawiającego. (...) Poczta Polska podnosiła, że rozwiązanie zaakceptowane przez Zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 pzp, a zatem przepis odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia. Aktualnie zaś, pomimo dopuszczenia przez Zamawiającego doręczania wąskiej kategorii przesyłek przez wykonawcę zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego, forsuje taką interpretację siwz., jakby takiego rozwiązania nie dało się zastosować z uwagi na status Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego. Interpretacji takiej nie sposób zaakceptować, gdyż **prowadziłoby to do***

wniosku, że całe postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jest fikcją, gdyż przedmiotowe zamówienie może zostać udzielone wyłącznie Poczcie Polskiej. Przede wszystkim w oczywisty sposób jest to sprzeczne z intencją Zamawiającego uzewnętrzniona w postaci dokonywanych w toku postępowania zmian i wyjaśnień treści siwz., które konsekwentnie zmierzały do rzeczywistego otwarcia prowadzonego postępowania na konkurencję, a co Poczta Polska bezskutecznie usiłowała zablokować. Do tożsamyh wniosków Izba doszła w wyroku w sprawie o sygn. KIO 2601/14: Izba konsekwentnie stoi na stanowisku, iż dopuszczenie nawet w ramach wyjaśnień treści siwz. wykonania części zamówienia dotyczącej przesyłek specjalnych jako tzw. usługi pośrednictwa umożliwia złożenie oferty przewidującej wykonanie zamówienia w taki sposób i nie powoduje jej niezgodności z treścią siwz. Zamawianym / dopuszczonym w ramach przedmiotu zamówienia jest świadczenie polegające na odebraniu przesyłek specjalnych od zamawiającego, ich zanieśenie do placówki Poczty Polskiej i ich nadanie jako przesyłek w imieniu zamawiającego jako przesyłki zamawiającego. (...) Przedmiotem zamówienia przestaje być w tym przypadku jedynie świadczenie usług pocztowych, ale wykonawcy część zamówienia mogą wykonać również w inny, dopuszczony przez zamawiającego, sposób, przy którym osiągnięte zostaną wszystkie cele zamówienia oraz zachowane zostaną zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z przepisów ustawy. (...) przedmiotowe odwołanie jest kolejną dokonywaną w ramach środków ochrony prawnej próbą Odwołującego [Poczty Polskiej] zmierzającą do niedopuszczenia do udzielenia zamówienia na usługi pocztowe wykonawcom innym, niż operator wyznaczony.

Zgodnie 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 łączył będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczta, nadawaniu ich i opłaceniu.* 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 specyfikacji 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. przesyłek 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 (art. 35 Prawa pocztowego). Wynagrodzeniem operatora alternatywnego jest w przypadku świadczenia usługi pośrednictwa jest suma kosztów nadania przesyłki w placówce operatora wyznaczonego oraz własny narzut.

Biorąc pod uwagę powyższe, w każdym przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje nadawanie tzw. przesyłek terminowych obok innych usług pocztowych, koniecznym jest opisanie podstawowych zasad sposobu usługi pośrednika.

W celu zachowania konkurencyjności koniecznym jest opisanie zasad uiszczania wynagrodzenia z tego tytułu poprzez alternatywnie:

- zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym lub też
- poprzez określenie, iż wynagrodzenie za przesyłki nadawane za pośrednictwem operatora wyznaczonego (usługa pośrednictwa) pobierane jest nie na podstawie cen formularzowych, a na podstawie cenników operatora alternatywnego załączanych do oferty, lub
- poprzez wskazanie, że Wykonawca ma w kalkulować do oferty koszty świadczenia nadeń przesyłek terminowych dla wskazanego w SIWZ wolumenu tego typu przesyłek.

Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie na jakich zasadach dokonywane będą rozliczania usługi pośrednictwa przy wykonywaniu tzw. przesyłek terminowych. Czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty/umowy, czy też zamawiający dokona modyfikacji formularza cenowego poprzez wyodrębnienie przesyłek, które należy nadać w placówce operatora wyznaczonego, w przykładowy sposób zaproponowany poniżej. Umożliwi to Wykonawcom innym niż operator wyznaczony wycenić usługę nadawania w trybach zastrzeżonych dla operatora wyznaczonego.

Pytanie 2:

Zamawiający w pkt. 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazuje, że około 50% nadanych przesyłek pocztowych to przesyłki listowe polecone za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. W ramach tych przesyłek ok. 15% stanowiły przesyłki specjalne (terminowe).

zgodnie z treścią m.in. art. 57 § 5 pkt. 2 KPA: *Termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało: 2) nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego.*

Przepis ten (jak i inne odnoszące się do zasad zachowywania terminu) nie narzuca formy przesyłki – termin zostaje zachowany, jeśli jakkolwiek przesyłka zostanie nadana w placówce operatora wyznaczonego – może to być zarówno przesyłka zwykła, jak również przesyłka rejestrowana lub polecona.

Jeżeli Zamawiający wykazał z w formularzu zapotrzebowanie także na usługę zwrotnego potwierdzenia odbioru, w tym dla przesyłek terminowych, Zwrotne Potwierdzenie Odbioru jest użyteczne dla organu prowadzącego postępowanie, bo dzięki uzyskaniu tego potwierdzenia organ może sprawniej przeprowadzać swoje postępowania. Druk ZPO stanowi zatem potwierdzenie doręczenia przesyłki, natomiast w żadnym stopniu nie przekłada się na to, że Zamawiający zachowa termin na podstawie art. 57 § 5 pkt. 2 KPA, nadto, istotą przesyłek terminowych jest sam fakt nadania ich w placówce operatora wyznaczonego – w takim wypadku uzyskane potwierdzenie nadania stanowi dowód wniesienia pisma, czyli zachowania terminu w jego wniesieniu, toteż druk ZPO jest w tym wypadku zbędny. Dodatkowo wskazujemy, że adresaci pism nadawanych w trybie art. 57 § 5 pkt. 2 KPA itp., to wyłącznie inne organy administracyjne, posiadające własne dzienniki podawcze oraz stałe godziny funkcjonowania, co przekłada się na skuteczność doręczeń tego typu przesyłek.

Wobec powyższego wykonawca wnosi o wskazanie, że oszacowany wolumen przesyłek terminowych odnosi się wyłącznie do przesyłek rejestrowanych bez usługi ZPO.

Pytanie 3:

Zamawiający, opisując w SIWZ kryteria wyboru i sposób oceny ofert, wskazuje:

- 1) cena – 95%,
- 2) możliwość śledzenia przez internet rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym – 5%

Zgodnie z zaleceniami Szefa Kancelarii Premiera Rady Ministrów wspieranego przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, coraz częściej zwraca się uwagę na to, by w jednostkach administracji publicznej zamówienia publiczne służyły tzw. celom społecznym poprzez zastosowanie przez Zamawiających klauzuli społecznej. W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę obowiązującego w SIWZ kryterium, bądź o wprowadzenie dodatkowego kryterium oceny ofert – Kryterium społecznego o wadze 10 %.

Wykonawca wnioskuję do Zamawiającego o modyfikację kryterium oceny ofert w sposób następujący:

Zamawiający będzie oceniał oferty według następujących kryteriów:

Nr	Nazwa kryterium	Waga
1	Cena (koszt)	90 %
2	Zatrudnienie pracowników operacyjnych na umowę o pracę	10 %

Punkty przyznawane za podane wyżej kryteria będą liczone według następujących wzorów:

Nr kryterium	Wzór
1	Cena (koszt) Liczba punktów = (Cmin/Cof) * 100 * waga

	gdzie: - Cmin - najniższa cena spośród wszystkich ofert - Cof - cena podana w ofercie														
2	Zatrudnienie pracowników operacyjnych na umowę o pracę Liczba punktów: <table><tr><td>Procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu)</td><td>2%</td><td>3%-8%</td><td>9%-15%</td><td>16%-22%</td><td>23% - 29%</td><td>30% i więcej</td></tr><tr><td>Liczba uzyskanych punktów [pkt]</td><td>0</td><td>2</td><td>4</td><td>6</td><td>8</td><td>10</td></tr></table>	Procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu)	2%	3%-8%	9%-15%	16%-22%	23% - 29%	30% i więcej	Liczba uzyskanych punktów [pkt]	0	2	4	6	8	10
Procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu)	2%	3%-8%	9%-15%	16%-22%	23% - 29%	30% i więcej									
Liczba uzyskanych punktów [pkt]	0	2	4	6	8	10									

Kryterium nr 2:

Punkty przyznawane będą za deklarowany procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu) w stosunku do wszystkich pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji zamówienia.

Przez **pracowników operacyjnych** należy rozumieć pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy, zajmujących się przyjmowaniem, przemieszczaniem i doręczaniem przesyłek pocztowych.

Ocena w tym kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji wpisanych przez Wykonawcę do Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.

Punkty przyznawane będą według następującej zasady:

Procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu)	2%	3%-8%	9%-15%	16%-22%	23% - 29%	30% i więcej
Liczba uzyskanych punktów [pkt]	0	2	4	6	8	10

UWAGA:

- a) Najwyższa liczba punktów (10) zostanie przyznana każdej ofercie, w której Wykonawca oświadczy, że w trakcie realizacji zamówienia 30 % i więcej pracowników operacyjnych będzie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu).

Przykład 1: Jeżeli Wykonawca zatrudni 100 pracowników operacyjnych, z czego na podstawie umowy o pracę - 20 na pełny etat, 10 na 0,5 etatu, to należy podać, że 30% pracowników zatrudnionych będzie na umowę o pracę.

Przykład 2: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 30% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 36 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 30\% = 36$

Przykład 3: Jeżeli wykonawca zatrudnia 124 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 30% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 38 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $124 \times 30\% = 37,2$

Przykład 4: Jeżeli wykonawca zatrudnia 129 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 30% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 39 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $129 \times 30\% = 38,7$

- b) Zamawiający wymaga od Wykonawcy zapewnienia zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu), co najmniej 2% pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji przedmiotu zamówienia, w całym okresie obowiązywania umowy.

Przykład 1: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 5% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 6 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 5\% = 6$

Przykład 2: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 8% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 10 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 8\% = 9,6$

Przykład 3: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 11% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 14 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 11\% = 13,2$

- c) Jeżeli wykonawca poda w formularzu oferty procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu) **mniejszy niż 2%, bądź w ogóle nie poda udziału procentowego, zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych** - treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia);
- d) Podany przez wykonawcę w formularzu oferty procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu), musi być wyrażony w liczbach całkowitych.
- e) **Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów łącznie w obu kryteriach oceny ofert. Obliczenie według wzoru: $P_c = C + Z$**
gdzie:
C - punkty uzyskane w kryterium „cena oferty brutto”,
Z - punkty uzyskane w kryterium „zatrudnienie pracowników operacyjnych na umowę o pracę”
P_c - łączna liczba punktów z obu kryteriów
- f) **Maksymalna ilość punktów, jaką po uwzględnieniu wag może uzyskać oceniana oferta, wynosi 100 punktów.**
- g) Wynik działania w każdym z kryteriów podawany będzie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
- h) Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród ofert wybiera ofertę z niższą ceną.

Podsumowując powyższe, Wykonawca wnosi o dokonanie wskazanej modyfikacji SIWZ poprzez dodanie kryterium społecznego oraz odpowiednich zmian w dokumentacji Postępowania.

Pytanie 4:

W § 5 ust 3 załącznika nr 5 do SIWZ, Zamawiający określił wysokość kar umownych. W ocenie Wykonawcy zastrzeżone kary umowne są przede wszystkim rażąco wysokie z perspektywy zakresu, specyfiki przedmiotu zamówienia oraz wartości umowy, co dotyczy w szczególności kary umownej za od umowy przez Zamawiającego z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

Zgodnie z orzecznictwem KIO „o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się” (KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 r.)

Zdaniem Wykonawcy, konstrukcja zapisów o karach umownych we wzorze umowy wprowadza nierównorzędną relację w zakresie kar umownych pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, gdzie temu ostatniemu nie przyznano tak daleko idących gwarancji (w szczególności adekwatnych kar umownych). Nie jest tu więc zachowana jakkolwiek elementarna zasada równości stron. Jak wskazało KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2631/12; KIO 2655/12 „umowa winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna 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. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jakie zostały określone w SIWZ. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹k.c., dowolnie sformułować postanowienia umowne także w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jednak, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, do których w przypadku regulacji dotyczących umowy odwołuje się p.z.p., nie można prawa podmiotowego nadużywać”.

Należy również podkreślić, że w PZP nie została uregulowana kwestia kar umownych, stąd też w tym wypadku stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (KC) w tym zakresie, zgodnie z odesłaniem znajdującym się w art. 139 ust. 1 ustawy PZP. Zastosowanie znajdzie więc w tym przypadku kodeksowa regulacja zasady swobody umów (art. 353¹ KC), która nie ma charakteru absolutnego, a jej granice wyznaczają m.in. właściwość stosunku prawnego czy zasady współżycia społecznego. W tej mierze wielokrotnie wypowiadała się też Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu wyroku z 18 października 2010 r. (sygn. KIO/UZP/2175/10) KIO podkreśliła, iż „to zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje”.

Ponadto, jak podniesiono w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r. (sygn. KIO/UZP1698/10) „Słuszne są twierdzenia odwołującego, że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w ocenie Izby nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego”.

Wykonawca wskazuje, że zdecydowana większość sytuacji, które miałyby być ewentualnie podstawą naliczenia kary umownej, stanowi jedynie techniczne naruszenia, które nie powodują bezpośrednio u Zamawiającego straty.

Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający zastrzega kary umowne w rażąco zawyżonych wielkościach (np. 20% wynagrodzenia Wykonawcy brutto), co w szczególności dotyczy kary za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego. Kara umowna w takiej wysokości jest bez wątpienia nadmierna w stosunku do wartości umowy, a jednocześnie zastrzeżona jest w sposób sztywny, co skutkuje całkowitym oderwaniem jej od ewentualnej szkody Zamawiającego i prowadzi do jego wzbogacenia. Z kolei kara umowna za „inne naruszenia” (§ 5 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy) w wysokości 0,3%, której podstawa może być w zasadzie każde, dowolne i czasami zupełnie nieistotne zdarzenie, jest nie tylko rażąco zawyżona, ale wprowadza również niemalże pełną dowolność w obniżaniu wynagrodzenia Wykonawcy przez Zamawiającego, nawet za drobne uchybienia.

W związku z powyższym, ocena Wykonawcy co do rażąco wygórowanej wysokości kar umownych zastrzeżonych przez Zamawiającego jest słuszna i zasadna. Trafny jest również argument o drastycznie nierównorządnej pozycji stron umowy, które cytowane zapisy wzoru umowy wprowadzają.

Czy wobec powyższego, Zamawiający dopuszcza możliwość rewizji swojego stanowiska w zakresie kar umownych i stosownego ograniczenia ich wysokości, zakresu stosowania itp., tak by wprowadzić zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą i pozbawienia kar umownych charakteru rażąco wygórowanych?

- wykonawca wnosi o potwierdzenie, że Zamawiający zgadza się na obniżenie kary umownej określonej w par. 5 ust. 1 pkt 3 istotnych postanowień umowy z 0,5% na 0,05%.
- wykonawca wnosi o potwierdzenie, że Zamawiający zgadza się na obniżenie kary umownej określonej w par. 5 ust. 1 pkt 6 i 7 istotnych postanowień umowy z 20% na 10%.

Pytanie 5:

Zamawiający w par. 5 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy („Wykonawca zapłaci Zamawiającemu każdorazowo, w przypadku naruszenia przez Wykonawcę warunku innego niż określonego w pkt. 1-4 określonego w umowie w tym w załączniku do umowy (SOPZ), karę w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 umowy, chyba że naruszenie wskazanych warunków nastąpiło na skutek błędu Zamawiającego”) - w ocenie Wykonawcy - w sposób nieprecyzyjny określa przypadki naruszenia umowy, nadto, multiplikując karę wskutek zawarcia w kwestionowanym zapisie zwrotu „každorazowo”.

a) W pierwszej kolejności Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że przywołany wyżej zapis odnosi się do przypadków nienależytego wykonania umowy z winy wykonawcy.

b) Wykonawca wnosi także o wskazanie zamkniętego katalogu przesłanek, których niespełnienie przez wykonawcę będzie skutkowało naliczeniem wskazanej w par. 5 ust. 1 pkt 5 kary umownej. Czy Wykonawca może uznać, że przesłanki te zawarte są w zamkniętym katalogu, o którym mowa w par. 6 ust. 11 wzoru istotnych postanowień umowy (w odniesieniu do samych przesłanek, nie zaś częstotliwości ich występowania)?

c) Wykonawca wnosi o usunięcie z kwestionowanego zapisu zwrotu „každorazowo”.

d) w razie nieokreślenia zamkniętego katalogu przesłanek, o którym mowa w pkt b niniejszego pytania, Wykonawca wnosi o całkowite usunięcie kary umownej określonej w par. 5 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy.

Pytanie 6:

Zamawiający w § 5 ust. 4 istotnych postanowień umowy wskazuje, że zamawiającemu przysługuje prawo potrącania kar umownych z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W stosunku do odszkodowania na podstawie rozdziału 8 ustawy Prawo Pocztowe, może być ono wypłacone dopiero po przeprowadzeniu stosownej procedury reklamacyjnej, dlatego wnosimy o potwierdzenie, że powyższy zapis § 5 ust. 4 istotnych postanowień umowy obejmuje swym zakresem wyłącznie uznane przez Wykonawcę reklamacje złożone na podstawie rozdziału 8 ustawy Prawo Pocztowe. W stosunku do pozostałych kar umownych, z uwagi na ryzyko arbitralności w ich naliczaniu, lub pominięcia wielu istotnych kwestii związanych z wykonywaniem umowy, np. wystąpienia siły wyższej, Wykonawca wnosi, by przed dokonaniem naliczenia kar umownych Zamawiający wystosował do Wykonawcy stosowne wezwanie do zapłaty kar umownych. W związku z tym Wykonawca proponuje modyfikację § 5 ust. 4 istotnych postanowień umowy przez wprowadzenie następujących zmian:

Zamawiającemu przysługuje prawo potrącania kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy po wcześniejszym, pisemnym wezwaniu Wykonawcy do uiszczenia kwot kar umownych w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Pytanie 7:

Zamawiający w treści SIWZ i Załącznikach do SIWZ wskazuje, że opłaty za świadczone usługi będą dokonywane za pomocą maszyny do frankowania, modele FP Ultimail 90, FP EFS 3000.

Wykonawca wskazuje, że maszyna do frankowania FP Ultimail 90 nie jest przystosowana przez producenta do funkcjonowania w obiegu operatora innego niż Poczta Polska, jako operatora wyznaczonego. Wykonawca zwraca uwagę na fakt, że wskazane maszyny do frankowania nie mogą być dostosowane do nadawania przez innego operatora niż Poczta Polska (operator wyznaczony) z winy producenta. Koszt dostosowania infrastruktury serwerowej jest bardzo wysoki, a kwoty tej nie da się w kalkulować w wartość oferty bez oczywistego skutku w postaci przegrania postępowania (spowoduje bowiem znaczne zwiększenie wartości oferty operatorów pocztowych niebędących operatorem wyznaczonym).

Czy wobec powyższego istnieje możliwość alternatywnego świadczenia usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia bez konieczności użycia maszyny do frankowania w ogóle? Jeśli tak czy Zamawiający wyraża zgodę na dokonywanie rozliczeń w formie opłaty z dołu, na podstawie wystawionych faktur VAT?

Pytanie 8:

W SIWZ Zamawiający ustala termin płatności należności wskazanej na fakturze VAT na 21 dni od dnia jej doręczenia.

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę tego terminu na 14 dni od daty dostarczenia faktury VAT. Ułatwi to Wykonawcy dokonywanie rozliczeń, pozostawiając Zamawiającemu odpowiedni czas na dokonanie płatności.

Pytanie 9:

W Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, pkt 10.c Zamawiający wskazuje iż: *dostarczanie wszelkich przesyłek – znajdujących się w skrytce pocztowej nr 17, która mieści się w siedzibie Poczty Polskiej S.A. Urząd Poczty w Rzeszowie 2, przy ul. Asnyka 9 – odbywać się będzie od poniedziałku do piątku na koszt Wykonawcy, w godzinach od 7:30 do 8:00, w taki sposób iż odebrane przesyłki ze skrytki pocztowej, potwierdzone przez pracownika Wykonawcy w danym dniu, muszą dotrzeć do Zamawiającego w dniu potwierdzenia, w godzinach jak wyżej.*

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany przedziału czasowego na obsługę skrytki nr 17 w godzinach od 7:30 do 8:30?

Odpowiedzi na pytania/wyjaśnienia:

Ad. 1

Zamawiający dokonał zmiany treści załącznika do formularza oferty, stanowiącego szczegółową kalkulację ceny oferty. Zgodnie z nowym brzmieniem rzeczonoego załącznika, zostały wyodrębnione nowe wiersze dla wyceny tzw. przesyłek specjalnych, wymagających nadania u operatora wyznaczonego. Wykonawca ustala/oblicza cenę oferty mając na względzie odpowiednie postanowienia SIWZ, w tym szczególności postanowienia rozdz. XII. Rozliczenia zamawiającego z wykonawcą odbywać się będą zgodnie z zasadami określonym w załączniku nr 5 do SIWZ.

Jednocześnie zamawiający informuje, że każdorazowo Wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłową realizację postanowień umowy, pod rygorem zapłacenia kar umownych w niej przewidzianych. Zamawiający nie przewiduje również ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów związanych z realizacją postanowień umowy, poza określonymi w umowie (ofercie wybranego Wykonawcy).

Ad. 2

Zamawiający nie przychylił się do wniosku wykonawcy, oznacza to że wskazany wolumen przesyłek terminowych odnosi się wyłącznie do przesyłek rejestrowanych z usługą ZPO.

Ad. 3

Zamawiający nie przychylił się do wniosku wykonawcy – zamawiający nie dokona modyfikacji treści SIWZ, polegającej na zmianie kryteriów oceny ofert.

Ad. 4

Zamawiający nie podziela stanowiska Wykonawcy wyrażonego w treści pytania. Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację § 5 ust. 1 „Istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (załącznik nr 5 do SIWZ). Postanowienie § 5 ust. 1 pkt 1-2 i 4-7 ma na celu ochronę interesu Zamawiającego – są ustalone dla wszystkich Wykonawców zgodnie z zasadą równego traktowania; nie dokonują rozróżnień ze względu na status Wykonawcy, tzn. obowiązują jednakowo wszystkich – operatorów pocztowych i wyznaczonego operatora pocztowego. Kara, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 1-2 i 4-7 ma charakter dyscyplinujący Wykonawcę, natomiast kara, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 jest konsekwencją otrzymania przez niego dodatkowych punktów w II kryterium oceny ofert. Postanowienie § 5 ust. 1 pkt 3 załącznika nr 5 do SIWZ nie ma zastosowania w sytuacji, kiedy oferta nie otrzyma żadnego punktu w przedmiotowym kryterium, tzn. w sytuacji kiedy Wykonawca nie umożliwi Zamawiającemu śledzenia przez internet rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym. Wykonawca ma zatem wybór, może on:

- a) nie zaoferować Zamawiającemu możliwości śledzenia przez internet rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym, i w związku z tym jego oferta nie otrzyma żadnego punktu w II kryterium oceny ofert – tym samym ww. postanowienia nie będą mieć zastosowania albo
- b) umożliwić Zamawiającemu śledzenie przez internet rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i otrzymać 5 punktów w kryterium II oceny ofert, i wówczas liczyć się z ryzykiem zapłaty rzeczowej kary umownej.

Ad. 5

W zakresie pytania piątego zamawiający wyjaśnia co następuje:

- a) postanowienie § 5 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 5 do SIWZ, odnosi się do przypadków nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (w tym również do przypadków nienależytego wykonania umowy z winy wykonawcy);
- b) katalog przesłanek, których niespełnienie przez wykonawcę będzie skutkować naliczeniem wskazanej w § 5 ust. 1 pkt 5 załącznik nr 5 do SIWZ kary umownej ma charakter otwarty – w katalogu tym mieszczą się również (ale nie tylko) przesłanki, o których mowa w § 6 ust. 11 załącznika nr 5 do SIWZ bez względu na częstotliwość ich występowania;
- c) zamawiający nie przychylił się do wniosku wykonawcy; użyty przez zamawiającego zwrot „każdorazowo” oznacza, że za każde naruszenie przez Wykonawcę warunku określonego w umowie (w tym w załączniku do umowy - SOPZ) innego niż określonego w § 6 ust. 11 pkt 1-4 załącznika nr 5 do SIWZ zostanie nałożona kara na wykonawcę – nawet jeśli za podobne naruszenie kara była już nakładana;
- d) zamawiający nie przychylił się do wniosku wykonawcy.

Ad. 6

Zamawiający nie przychylił się do wniosku wykonawcy.

Ad. 7

Zamawiający nie przewiduje możliwości alternatywnego świadczenia usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia bez konieczności użycia maszyny do frankowania w ogóle. W pkt. 7 SOPZ została wyrażona zasada, iż Zamawiający będzie uiszczał opłaty od nadawanych przesyłek listowych w formie frankowania na maszynach frankujących, a tylko wyjątkowych sytuacjach, np. w przypadku awarii maszyn frankujących, opóźnienia w zapłacie lub brak zapłaty Kaucji Wykonawca dopuści nadawanie przez Zamawiającego przesyłek pocztowych z zastosowaniem formy „opłaty z dołu” – wówczas to podstawą do wystawienia faktury będzie protokół odbioru części zamówienia bez zastrzeżeń podpisany przez Zamawiającego.

Zamawiający nie dopuszcza zatem możliwości rewizji swojego stanowiska w zakresie wyłączenia z użycia jednej z maszyn frankujących FP Ultimail 90. Zamawiający wyjaśnia, że posiada dwie maszyny na wypadek gdyby jedna z nich uległa awarii. Jedną z tych maszyn, maszyna FP EFS 3000 jest maszyną, do której dostęp do części zamiennych jest – ze względu na rok produkcji tej maszyny – mocno utrudniony. Ponadto, wskazana maszyna ulega często awarii. Dlatego też niemożliwe jest całkowite wyłączenie maszyny frankującej FP Ultimail 90, która może stanowić/ stanowi zabezpieczenie świadczenia usług na wypadek awarii pierwszej maszyny. Zamawiający jednocześnie przypomina, że istnieje możliwość przeprogramowania maszyny FP Ultimail 90, tak aby była przystosowana w obiegu operatora innego niż operator wyznaczony. Dodatkowo Zamawiający dopuszcza możliwość uiszczania opłat od nadawanych przesyłek listowych w formie frankowania na maszynach frankujących należących do Wykonawcy użyczonych Zamawiającemu na czas realizacji zamówienia – od pierwszego dnia obowiązywania umowy. Koszty użyczenia Wykonawca powinien wliczyć w cenę jednostkową zgodnie z rozdz. XII pkt 1 SIWZ.

Ad. 8

Zamawiający nie przychylił się do wniosku wykonawcy. Postanowienie § 3 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 5 do SIWZ, nie wyklucza możliwości zapłaty należności przysługującej Wykonawcy w terminie 14 dni – licząc od dnia, w którym Zamawiający otrzyma prawidłowo wystawioną fakturę.

Ad. 9

Zamawiający nie dopuszcza zmiany przedziału czasowego na obsługę skrytki nr 17.