

Koluszki, 12.12.2016 r.

Znak sprawy: GIZ.271.80.(70).2016

**WYKONAWCY**

**UCZESTNICZĄCY W POSTĘPOWANIU**

**Dotyczy:** przetargu nieograniczonego na sukcesywne świadczenie usług pocztowych dla potrzeb Urzędu Miejskiego w Koluszkach.

Działając na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. j.Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zamawiający udziela wyjaśnień na pytania zadane przez wykonawców:

#### **Pytanie nr 1**

Zamawiający w części XVI SIWZ – Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach – w ppkt. 8 wskazuje godziny doręczania przesyłek przychodzących do Zamawiającego. Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztowe 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 obliuguje 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.

Jeżeli Zamawiający nie wyrazi zgody na rezygnację z określenia konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do Zamawiającego, Wykonawca wnosi o możliwość doręczania przesyłek nadchodzących do oddziałów Zamawiającego w godz. 8.30– 11.00 od poniedziałku do piątku oraz odbioru w godz. 10:00 – 11.00

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający wyraża zgodę na możliwość doręczania przesyłek nadchodzących do Zamawiającego w godz. 8.30– 11.00 od poniedziałku do piątku oraz odbioru przesyłek wychodzących w godz. 10:00 – 11.00

#### **Pytanie nr 2**

Zamawiający w części XVI SIWZ pkt. 15 ppkt 6) umieścił zapis:

Należność na rzecz wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy płatna będzie przelewem na rachunek bankowy wykonawcy wskazany na fakturze w ciągu 30 dni od dostarczenia zamawiającemu prawidłowo wystawionego oryginału Faktury VAT na nabywcę tj. Gminę Koluszki, 95-040 Koluszki, ul. 11 Listopada 65.

Czy Zamawiający dopuszcza ,możliwość zmiany tego zapisu na następujący:

Należność na rzecz wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy płatna będzie przelewem na rachunek bankowy wykonawcy wskazany na fakturze w ciągu 21 dni od dostarczenia zamawiającemu prawidłowo wystawionego oryginału Faktury VAT na nabywcę tj. Gminę Koluszki, 95-040 Koluszki, ul. 11 Listopada 65.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający wykreśla w części XVI siwz, pkt. 15, ppkt 6), tj. zapis o trzydziestodniowym terminie płatności faktur. Termin ten zostanie wpisany zgodnie z zaoferowanym przez wykonawcę terminem płatności w ofercie, stanowiącym jedno z kryterium oceny ofert.

#### **Pytanie nr 3**

Zamawiający w części XVI SIWZ w pkt 30 zawarł zapis:

W przypadku nienależytego wykonania przedmiotu umowy (opóźnienie doręczenia przesyłek, ubytek, utrata, uszkodzenie), Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kary umownej w wysokości 0,1% kwoty, o której mowa w pkt 16.

W ocenie Wykonawcy zapis powyższy jest mocno nieprecyzyjny dodatkowo wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących. Usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą wobec przesyłek, których realizacja oparta jest 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 nienależytą 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 Zamawiający dopuszcza wykreślenie zapisu w pkt 30 i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku zgodnie z zapisem umieszczonym w pkt 37?

**Odpowiedź:**

Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisu w części XVI siwz w pkt. 30 i otrzymuje następujące brzmienie:

*„W przypadku, gdy wykonawca w danym dniu nie dostarczy korespondencji do siedziby zamawiającego lub nie odbierze korespondencji przygotowanej do wysyłki z siedziby Urzędu Miejskiego w Koluszkach, zamawiający zastrzega sobie możliwość naliczenia kary umownej za każdy dzień w wysokości 100,00 zł., (słownie: sto złotych)”.*

**Pytanie nr 4**

Zamawiający w części XVI SIWZ w pkt 40 zawarł zapis:

Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na potrącenie kar umownych.

Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy poprzez modyfikację zapisu i dodanie zwrotu: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

**Odpowiedź:**

Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację zapisu w części XVI, pkt 40 siwz i otrzymuje następujące brzmienie:

*„Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na potrącenie kar umownych z wystawionych faktur za wykonane usługi pocztowe po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej.”*

**Pytanie nr 5.**

Na podstawie art. 29 ust. 3a , w związku z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, Zamawiający wymaga, aby osoby, które przez okres realizacji przedmiotu zamówienia będą wykonywać działalność operacyjną zatrudnione były przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666)

Wykonawca informuje, iż warunek postawiony przez Zamawiającego jest nadmierny i nieracjonalny, gdyż żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku usług pocztowych nie jest w stanie go spełnić a tym samym zapewnić, przy obejmującym zasięgiem cały kraj zamówieniu, iż w realizacji zamówienia udział brać będą jedynie pracownicy zatrudnieni na

umowę o pracę, tym bardziej, że Prawo Pocztowe dopuszcza posiadanie sieci agencji pocztowych.

Żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku nie będzie w stanie złożyć oferty i podjąć się realizacji zamówienia na warunkach określonych w SIWZ.

W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia, w tym również obowiązek wynikający z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym uniemożliwić złożenie oferty. Określenie przez Zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania warunku, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych.

Fakt, że Wykonawca będący jednocześnie Operatorem Wyznaczonym może w ogóle nie złożyć oferty w realiach niniejszej sprawy, powinien zostać uznany za okoliczność świadcząca o tym, że przewidziany przez Zamawiającego wymóg, nie znajdujący oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i w specyfice przedmiotowego postępowania, może utrudniać udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że przepis ustawy Pzp wymaga jedynie uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji. Tym bardziej, że orzecznictwo, co do opisu przedmiotu zamówienia w takich okolicznościach, jest jednoznaczne, np. w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: „Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwiania takiej konkurencji”.

Postawienie ww. wymogu, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawcę, który jest w stanie należycie wykonać zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 29 ust. 2, z uwagi na niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Wobec powyższego, ww. wymóg należy uznać za warunek nadmierny, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy.

Ponadto nadmienić należy iż z opinii Inspektora GIODO wydanej po zadaniu pytania przez Prezesa UZP dotyczącego żądania od wykonawcy kopii umów potwierdzających zawarcie umowy o pracę wynika że takie żądanie narusza kwestię ochrony danych osobowych pracowników. Zamawiający może jedynie wymagać od wykonawców złożenia oświadczenia lub kopii zanonimizowanych umów. Umowy takie nie pozwalałyby na skuteczną weryfikację. Zamawiający nie miałby bowiem gwarancji, że zanonimizowane umowy dotyczą właśnie osób realizujących zamówienie.

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu:

Na podstawie art. 29 ust. 3a , w związku z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, Zamawiający wymaga, aby osoby, które przez okres realizacji przedmiotu zamówienia będą wykonywać działalność operacyjną zatrudnione były przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666)

lub zmianę zapisów w następujący sposób

Zamawiający wymaga zatrudnienia co najmniej 50% osób na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawców pracowników wykonujących czynności w zakresie przyjmowania, przemieszczanie i doręczania przesyłek pocztowych i kurierskich oraz ich ewentualnych zwrotów

oraz

W trakcie realizacji raz na kwartał Wykonawca przedłoży dokumenty dotyczące ilości osób zatrudnionych w przedsiębiorstwie, w tym kopie sprawozdań składanych do GUS, zaświadczenie ZUS dot. pracowników zgłoszonych do ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego lub oświadczenia podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy, potwierdzające liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający modyfikuje w części XVI, zapis punktu 32 siwz, który otrzymuje następujące brzmienie:

*„Na podstawie art. 29. ust. 3a , w związku z art. 36 ust. 2 pkt. 8a ustawy Pzp, Zamawiający wymaga, aby osoby, które przez okres realizacji przedmiotu zamówienia będą wykonywać działalność operacyjną w placówce bezpośrednio obsługującej zamawiającego zatrudnione były przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r, poz.1666)”.*

#### **Pytanie nr 6**

Czy zamawiający może doprecyzować w FORMULARZU OFERTOWYM w tabeli: Wartość poszczególnych rodzajów przesyłek pozycje 10 i 11 dotyczące paczek krajowych. Czy zamawiającemu chodziło o gabaryt A paczek ?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający doprecyzowuje pozycje 10 i 11 w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do siwz. Zamawiający publikuje zmieniony formularz ofertowy na stronie internetowej.

#### **INFORMACE DODATKOWE**

Zamawiający informuje, że uściśla zapisy części XIII siwz, pkt. 3, dotyczące kryterium oceny ofert „liczba pracowników zatrudnionych na umowę o pracę” w następujący sposób. **Liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej wykonawcy na umowę o pracę, dotyczy pracowników wykonawcy zatrudnionych w placówce bezpośrednio obsługującej zamawiającego i przydzielonych do realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.**

Powyższe informacje stają się częścią SIWZ, zostają opublikowane na stronie internetowej, na której opublikowana jest specyfikacja i są dla Wykonawców wiążące.

BURMISTRZ

  
mgr Waldemar Chałt