*Załącznik nr 1 do pisma nr RZP.271.22.2014 z dnia 15.12.2014*

Działając w imieniu Wykonawcy, na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm., dalej zwana PZP), niniejszym wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej SIWZ):

PYTANIE NR 1:

Zamawiający informuje w SIWZ, że nie wskaże szacunkowego wolumenu przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego. Wiedza ta jest jednak niezbędna Wykonawcy w celu skalkulowania ceny oferty, gdyż nie jest w stanie wycenić usługi nie mając informacji o jednym z istotnych jej elementów. Dlatego Wykonawca wnosi o choć przybliżone, orientacyjne określenie ilości przesyłek, wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego.

Brak wskazania szacunkowego wolumenu przesyłek wymagających nadania za pośrednictwem operatora wyznaczonego może zostać odczytane jako przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 7 ust. 1 PZP), a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz w sposób naruszający zasadę opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wskazane informacje są Wykonawcy potrzebne między innymi w celu skalkulowania wartości własnej oferty, jak również umożliwienia efektywnego i szybkiego świadczenia usługi na etapie jej realizacji.

Przesyłki, co do których zachodzi konieczność nadania za pośrednictwem operatora wyznaczonego (o czym mowa m.in. w art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, art. 165 § 2 KPC itd.) nie stanowią żadnego problemu w kwestii kalkulacji cenowej w przypadku tylko jednego wykonawcy: Poczty Polskiej S.A. jako operatora wyznaczonego. Jest to zagadnienie problematyczne przede wszystkim ze względu na brak możliwości pokonania omawianych przeszkód przez innych wykonawców. Nie są oni bowiem w stanie w żaden sposób (czy to zwiększenie swojego potencjału, wprowadzenie nowych rozwiązań technologicznych, ulepszenie metod prowadzenia działalności, zwiększenia nakładów finansowych itd.) przeciwstawić się wymogom wprowadzonym przez przepisy obowiązującego prawa (art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, art. 165 § 2 KPC) i to bez względu na poziom jakości świadczonych usług.

Wynika stąd, iż operator wyznaczony ma zadanie znacznie ułatwione w stosunku do swoich konkurentów w postępowaniach przetargowych – nie musi w ogóle zastanawiać się nad kalkulacją ceny przesyłek wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Spełnienie określonych wymogów jest w jego

przypadku gwarantowane przez przepisy obowiązującego prawa. W odwrotnej sytuacji są pozostali uczestnicy postępowania przetargowego, którzy muszą uwzględnić dodatkowe koszty nadawania określonych przesyłek objętych przedmiotem zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Wyłączenie możliwości takiej kalkulacji albo zmusza operatorów pocztowych niebędących operatorem wyznaczonym do przyjęcia szacunkowych ilości takich przesyłek (z czym oczywiście może wiązać się błąd i straty dla wykonawcy), albo wymaga uwzględnienia kosztów pośrednictwa operatora wyznaczonego w stosunku do wszystkich przesyłek objętych przedmiotem zamówienia (z czym z kolei wiąże się wyższa wartość oferty wykonawcy, a tym samym jej mniejsza konkurencyjność).

Jednocześnie doświadczenie Wykonawcy w świadczeniu usług pocztowych na rzecz różnego rodzaju instytucji zwraca uwagę, że pośrednictwa operatora wyznaczonego wymaga tylko bardzo wąska grupa przesyłek, tj. takie przesyłki, które zawierają pisma do sądów i organów administracji, a które dla wywołania określonych w przepisach skutków prawnych – tj. zachowaniem terminu lub wniesieniem pisma do sądu – w sytuacji składania ich w ostatni dzień tego terminu poprzez wysłanie pocztą, wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego, tj. Poczty Polskiej S.A (art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, art. 165 § 2 KPC). W praktyce nie są to więc wszystkie pisma kierowane do tych organów, a z reguły są to np. odwołania od decyzji oraz apelacje w postępowaniach sądowych, dla których przez przepisy prawne przewidziane są ściśle określone terminy na złożenie.

W świetle powyższego Wykonawca przypomina, że pisma, które nadaje Zamawiający w prowadzonych przez siebie postępowaniach (zawierające decyzje, wezwania itp.) nie wymagają pośrednictwa operatora wyznaczonego. Tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych i administracyjnych 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.

Wykonawca, mając na względzie własne doświadczenie w realizowaniu usług pocztowych oraz wiedzę odnośnie zapotrzebowania innych zamawiających, 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, i w zdecydowanejwiększości wypadków nie przekracza 5 % ogółu przesyłek będących przedmiotem zamówienia.

Dodatkowo Wykonawca jest świadom, iż specyfika działalności Zamawiającego, a konkretniej rodzaj korespondencji który przeważa wśród wysyłanej przez niego w żaden sposób nie wpasowuje się w konieczność zapewnienia skutku zachowania terminu wniesienia pisma/wniesienia pisma do sądu. Oczywistym jest bowiem, że wskazana korespondencja Zamawiającego (w zdecydowanie znacznej części) nijak się ma do jakichkolwiek postępowań, do których stosuje się przepisy KPA, Ordynacji podatkowej, KPC, PPSA. Wymagane ewentualnie przez Zamawiającego skutki (art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, art. 165 § 2 KPC) są więc w tym przypadku zupełnie bezpodstawne i sprzeczne ze specyfiką przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym oszacowanie przez Zamawiającego ilości wskazanych przesyłek jest niezbędne do skalkulowania ceny oferty.

PYTANIE NR 2:

Zamawiający wskazuje w treści załączników do SIWZ (np. w § 2 pkt 2 Załącznika nr 5 – wzorze umowy), że świadczenie przedmiotu zamówienia będzie realizowane zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w tym m.in. wskazanymi w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013 r., poz. 545);

W zakresie rozporządzenia odnoszącego się do wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, Wykonawca zwraca uwagę, że nie są to przepisy „powszechnie” obowiązujące, i jedynym podmiotem zobowiązanym do stosowania powyższego jest operator wyznaczony w ramach obowiązku świadczenia przez niego usług pocztowych nałożonego przez ustawę – Prawo Pocztowe. Odesłanie do świadczenia usług powszechnych czyni przedmiot zamówienia niejednoznacznym. Powszechne usługi pocztowe w rozumieniu art. 45 Prawa pocztowego świadczone są, zgodnie z art. 46 tej ustawy, przez operatora wyznaczonego, który to obowiązek pełni do roku 2015 Poczta Polska S.A. na mocy art. 178 ustawy.

Usługi będące przedmiotem zamówienia nie są zaś świadczone w ramach obowiązku nałożonego przez ustawę, nie są więc powszechnymi usługami pocztowymi w powyższym rozumieniu. Usługi świadczone przez innych operatorów pocztowych, jak również przez operatora wyznaczonego, ale nie w ramach ustawowego obowiązku, a występującego jako podmiot na konkurencyjnym rynku usług pocztowych, są, co najwyżej, usługami wchodzącymi w zakres usług powszechnych, tj. zgodnie z definicją art. 3 pkt. 30, „usługami pocztowymi obejmującymi przesyłki listowe i paczki pocztowe, o wadze i wymiarach określonych dla usług powszechnych, oraz przesyłki dla ociemniałych, nieświadczonymi przez operatora wyznaczonego w ramach obowiązku świadczenia usług powszechnych”.

Wykonawca wskazuje, że może zobowiązać się do stosowania pewnych zasad zawartych we wskazanym powyżej rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego, prosi jednak o wskazanie konkretnych wymogów, np. zasad dot. doręczania przesyłek itp. W przeciwnym wypadku zwraca się z wnioskiem o eliminację zapisów cytowanych powyżej.

PYTANIE NR 3:

Zamawiający wskazał w pkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ, że „wymaga aby potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej miało moc dokumentu urzędowego”.

Należy podkreślić, że wskazane wymogi spełnić może jedynie operator wyznaczony, którego obowiązki do roku 2015 na podstawie art. 178 ustawy – Prawo pocztowe pełni Poczta Polska S.A.. Art. 17 ustawy Prawo pocztowe stanowi: 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 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 zmieniłaby również podmiotu figurującego na dowodzie nadania przesyłki.

W świetle powyższego Wykonawca zwraca się eliminację wskazanego zapisu SIWZ, 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”.

PYTANIE NR 4:

Zamawiający w § 11 wzoru umowy – Załącznika nr 5 do SIWZ ustala szereg kar umownych. Wykonawca wskazuje, że kary te są rażąco zawyżone i obciążają jednostronnie wyłącznie Wykonawcę, przez co całkowicie zanegowana została zasada równości stron umowy. Co więcej, zasady naliczania kar są wyjątkowo restrykcyjne i stawiają pod znakiem zapytania realność i ekonomiczną opłacalność wykonania usługi, a także jednostronnie obciążają Wykonawcę nadmiernym ryzykiem jej realizacji.

W ocenie Wykonawcy zastrzeżone kary umowne są przede wszystkim za wysokie z perspektywy zakresu, specyfiki przedmiotu zamówienia oraz wartości umowy. W orzeczeniu KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 r. KIO badała ustalenia w zakresie kar umownych i uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu dokonanie w tym zakresie modyfikacji treści SIWZ. W ocenie Izby, 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.

Zdaniem Wykonawcy, konstrukcja zapisu 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 jakakolwiek 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. 353(1)k.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.

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 nierównorzędnej pozycji stron umowy.

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? Przede wszystkim Wykonawca wnosi o wyraźne związanie stosowania kar ze szkodą, poniesioną przez Zamawiającego, a także wprowadzenie obowiązku wcześniejszego przesłania Wykonawcy zastrzeżeń i wezwania do poprawnego wykonywania usługi.

PYTANIE NR 5:

W § 8 wzoru umowy – Załącznika nr 5 do SIWZ, ustalone zostały zasady i przesłanki odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Wykonawca wnosi o uściślenie tych zasad i zmniejszenie ich restrykcyjności. Wykonawca podnosi, że obecne zapisy wzoru umowy rażąco naruszają zasadę równości stron umowy przez przyznanie Zamawiającemu praktycznie pełnej dowolności w odstępowaniu od umowy z potencjalnie błahych powodów.

W tym miejscu Wykonawca odsyła do przedstawionej w pytaniu nr 4 argumentacji, opartej na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszącego się do konieczności zachowania zasady równości stron. Wykonawca wnosi o złagodzenie przedmiotowych zapisów wzoru umowy, a przede wszystkim – o wprowadzenie konieczności uprzedniego wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego do zaniechania ewentualnych naruszeń umowy czy przepisów i braku zastosowania się Wykonawcy do tego wezwania.

PYTANIE NR 6:

Czy Zamawiający przekazując korespondencję będzie wykonywał określone czynności, należące do nadawcy tzn. poza wypełnianiem książki nadawczej oraz wypełnianiem druków ZPO będzie nanosił kody kreskowe, które zostaną uprzednio dostarczone przez Wykonawcę Zamawiającemu?

Kody kreskowe można stosować się w celu ułatwienia/usprawnienia odbiorów od Zamawiającego. Poprzez wczytywanie kodów skanerem Zamawiający może w dużym stopniu skomputeryzować całość procesu dokumentowania przesyłek.