

Lubicz dnia : 24 listopada 2021 r.

ORG.271.11.2021

Odpowiedzi na zgłoszone pytania

dotyczy: postępowania prowadzonego w Trybie Podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129 – ze zmianami) na **Świadczenie usług pocztowych dla Urzędu Gminy Lubicz w latach 2022-2023 zgodnie z ogłoszeniem postępowania Nr 2021/BZP 00272606/01 z dnia 17.11.2021 r.**

Zamawiający, Gmina Lubicz, informuje, że w prowadzonym postępowaniu zostały zgłoszone pytania do SWZ, w związku z tym na **podstawie art. 284 ust.2 ustawy j.w.**
Zamawiający informuje, co następuje:

1. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji IV Część 2, w SWZP w przedmiocie zamówienia Część II ust. 1 ppkt d oraz w projekcie umowy § 2 ust. 1 pkt 1 ppkt 4 wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest do dostarczania do siedziby Zamawiającego przesyłek adresowanych do Zamawiającego w dni robocze, w godzinach od 8.30 do 11.00.

Wykonawca informuje, że zgodnie z ustawą Prawo Pocztowe (art. 46 ust. 2 pkt. 5) Wykonawca 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 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 Zamawiającego, gdyż nie stanowi to przedmiotu umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Odp. Zamawiający podtrzymuje postanowienia SWZ. Intencją Zamawiającego jest to, aby Wykonawca dostarczał przesyłki pocztowe w takim czasie, aby pracownicy kancelarii Zamawiającego mieli fizyczną możliwość zarejestrowania wpływu tych przesyłek w dniu ich dostarczenia do siedziby Zamawiającego.

2. Zamawiający wskazał w § 6 ust. 6 projektu umowy, iż wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktury VAT, w terminie 21 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury przez Wykonawcę.

Czy biorąc pod uwagę obowiązujące regulacje wewnętrzne u Wykonawcy oraz ze względu na fakt, iż poniższa propozycja zapewnia wystarczający czas na dokonanie płatności, Zamawiający dopuszcza zmianę terminu płatności za zrealizowane usługi pocztowe według proponowanego zapisu: „(...)Płatności za wykonane usługi będą następować przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 21 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury VAT. Ponadto § 6 ust. 10 Zamawiający określa, iż dniem zapłaty faktury jest dzień obciążenia rachunku bankowego

Zamawiającego. Jeżeli płatność przypada w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, za termin płatności uważa się pierwszy dzień roboczy następujący po takim dniu.

Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie momentu zapłaty jest niezgodne z przepisami prawa i nie pozwala Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi oraz uniemożliwia Wykonawcy monitorowanie terminowości płatności za świadczone usługi i naliczanie ewentualnych odsetek za opóźnienie. Termin zapłaty należności cywilnoprawnych reguluje art. 454 Kodeksu cywilnego, który regulując miejsce wykonania zobowiązania traktuje także o chwili spełnienia świadczenia, co nie budzi wątpliwości chociażby ze względu na orzecznictwo Sądu Najwyższego. W przypadku zobowiązań cywilnoprawnych zasadą jest, że zapłata dokonana jest dopiero z chwilą uznania rachunku bankowego wierzyciela, co gwarantuje m.in. prawidłowe monitorowanie rozliczania stron. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 4 stycznia 1995 r., sygn. akt III CZP 164/94, przepis ten wprowadza wprost reguluje problematykę miejsca wykonania zobowiązania, jednakże - co nie budzi wątpliwości - dotyczy także chwili spełnienia świadczenia. Skutkiem rozliczenia przeprowadzonego w formie bezgotówkowej jest, mówiąc najogólniej, obciążenie rachunku dłużnika oznaczoną w jego dyspozycji kwotą, a następnie uznanie - tą samą kwotą - rachunku wierzyciela. Ze względu na fakt, że uznanie polega na uczynieniu na rachunku wierzyciela stosownego wpisu po stronie credit ("ma"), wierzyciel z tą samą chwilą uzyskuje uprawnienie do swobodnego rozporządzania objętymi wpisem środkami pieniężnymi. W efekcie uznanie rachunku wierzyciela realizuje klasyczną konstrukcję zapłaty. Z tą chwilą następuje umorzenie (wygaśnięcie) zobowiązania - stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały.

Czy ze względu na to, że faktyczną możliwością dysponowania środkami jest data ich wpływu na rachunek Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza zmianę określenia dnia zapłaty według powszechnie stosowanej formy w obrocie gospodarczym: „Za dzień zapłaty strony przyjmują dzień wpływu środków na rachunek bankowy Wykonawcy”?

Odp. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.

3. Zamawiający w załączniku do Formularza Ofertowego dot. rodzajów przesyłek – w części 2 Lp. 1 wskazał w kolumnie Rodzaj usługi Usługę pocztową bez doprecyzowania jaki rodzaj usługi Zamawiający ma na myśli.

Wykonawca w związku z tym wnosi o wskazanie konkretnego rodzaju usługi w celu umożliwienia wyceny usługi przez Wykonawcę.

Odp. TAK, zapis został doprecyzowany. W związku z tym zmianie uległ załącznik Nr 2, cz.2 wiersz 1, który otrzymał brzmienie:

1. Usługa pocztowa (przyjazd i odbiór przesyłek od Zamawiającego-usługa rozliczana miesięcznie).

4. W związku z zapotrzebowaniem Zamawiającego w zakresie odbiorów przesyłek we wszystkie dni robocze w godzinach 13.30 do 14.00 przygotowanych do wysłania z siedziby Zamawiającego wymienionym w SWZP w przedmiocie zamówienia Część II ust. 1 pkt b oraz w projekcie umowy § 2 ust. 1 pkt 1 ppkt 2, a wymagającym wyceny przez Wykonawcę, Wykonawca wnosi o usunięcie słowa „nieodpłatnie” w zapisie ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji IV Część 2 pkt. 3 lit. f. W konsekwencji powyższego Wykonawca wnosi o dopisanie ww. usługi do załącznika do Formularza Ofertowego dot. rodzajów przesyłek w celu umożliwienia wyceny usługi przez Wykonawcę. Domaganie się bowiem nieodpłatnego świadczenia godzi w istotę zamówień publicznych.

Odp. Tak, zapis odnoszący się do „nieodpłatnego” został zmieniony. W związku z tym zmianie uległa treść ogłoszenia w BZP w sekcji IV, część 4.2.2), pkt. 3 lit. f oraz w SWZ – rozdział 3, ust. 3, pkt. 3, lit.f).

5. Zamawiający w SWZP w przedmiocie zamówienia ust. 3 oraz w Projekcie umowy § 2 ust. 9 i 10 stawia wymóg dotyczący zatrudnienia osób na umowę o pracę osób wykonujących czynności obsługi w zakresie odbioru i doręczania przesyłek pocztowych. Ponadto Zamawiający określa sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób wymagając stosownych oświadczeń, które należy złożyć w wyznaczonym terminie i na każde wezwanie Zamawiającego. Dalej w Projekcie umowy § 7 ust. 3 pkt 7 Zamawiający przewiduje karę umowną w wysokości 200zł za każdy przypadek naruszenie obowiązku określonego w art. 95 Pzp dotyczącego zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Wykonawca wskazuje że tak sprecyzowana klauzula zatrudnienia nie uwzględnia specyfiki świadczenia usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia a polegającej na powszechności tych usług i stąd ogromnej ilości przyjmowanych i doręczanych przesyłek, które wymagają

zatrudnienia tysięcy osób do realizacji tych czynności. Wykonawca sam zatrudnia blisko 80000 osób z czego większość zatrudniona jest w tzw. eksploatacji, czyli właśnie przy wykonywaniu czynności operacyjnych w tym oczywiście doręczycieli. Tak ogólne określenie czynności, które mają być wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy oraz postawienie wymogu aby wszystkie osoby wykonujące te czynności, były związane z wykonawcą stosunkiem pracy narusza ewidentnie przepis art. 95 Pzp, który wymaga od każdego Zamawiającego przeprowadzenia analizy czy faktycznie przy wykonywaniu danych czynności konieczne jest zatrudnienie osób, nadto Zamawiający musi wziąć pod uwagę czynności wykonywane tylko dla Zamawiającego, czego w niniejszej postępowaniu nie da się wyodrębnić, bowiem czynności odbioru i doręczania przesyłek wskazane przez Zamawiającego, wykonują również dla innych nadawców przesyłek. W tym miejscu warto przytoczyć opinię UZP dotyczącą wprowadzenia wykładni przepisu art. 29 ust. 3a dawnego Pzp, która jednak w pełni zachowała swoją aktualność, gdzie UZP uznał za niedopuszczalne i sprzeczne z prawem następujące działania Zamawiającego: „Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, *choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc.* Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc.” Wykonawca podkreśla, iż świadczy usługi pocztowe dla wielu podmiotów i nie ma możliwości wydzielenia i tym samym wskazania pracowników uczestniczących w doręczaniu przesyłek nadanych przez konkretnego Zamawiającego. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający zgodnie z art. 95 Pzp nie jest obowiązany bezwzględnie do wprowadzania klauzuli zatrudnienia, bowiem tak jak w poprzednim stanie prawnym jest najpierw zobowiązany dokonać prawidłowej, dogłębnej analizy czynności objętych przedmiotem zamówienia i dopiero gdy Zamawiający dojdzie do przekonania, iż przy realizacji zamówienia publicznego na usługi, wykonanie określonych czynności dla Zamawiającego będzie zawierało cechy stosunku pracy to wówczas jedynie do tych czynności może stawiać wymogi zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Jeżeli zamawiający dojdzie do przekonania, że wykonywanie czynności objętych zamawianą usługą nie noszą znamion, cech stosunku pracy to wówczas nie ma taki zamawiający obowiązku stawiania wymogu wynikającego z powołanego przepisu. Dokonując natomiast analizy czynności objętych zamawianą usługą Zamawiający musi określić dokładnie czynności, których wykonywanie jego zdaniem nosi cechy stosunku pracy a nadto co należy podkreślić, Zamawiający musi wziąć pod uwagę czynności stricte wykonywane w ramach usługi zamówionej wyłącznie na jego rzecz. W przypadku zamówienia obejmującego usługi pocztowe, co jeszcze raz należy podkreślić - nie jest możliwe wyodrębnienie grupy pracowników wykonujących opisane przez Zamawiającego czynności, którzy dedykowani są tylko i wyłącznie realizacji usługi pocztowej na rzecz Zamawiającego. Osoby zatrudnione przez operatorów pocztowych wykonują czynności związane z wykonaniem usługi, nie tylko co do przesyłek nadanych przez Zamawiającego ale przez miliony innych nadawców, wobec powszechności usług pocztowych i nie jest możliwe ustalenie pracowników zajmujących się wyłącznie nadanymi przez Zamawiającego w ramach realizacji zamówienia. Ta cecha zamówienia na usługi pocztowe powoduje zdaniem Wykonawcy, że nie jest możliwe stawianie wymogu zatrudnienia na podstawie przepisów kodeksu pracy, w przypadku zamówienia obejmującego usługi pocztowe i dlatego Wykonawca wnosi przede wszystkim o wykreślenie tak sprecyzowanej klauzuli zatrudnienia oraz postanowień dotyczących kar umownych. W przypadku natomiast woli pozostawienia przez Zamawiającego klauzuli zatrudnienia Wykonawca wnosi o rozważenie możliwości jej modyfikacji i uznanie za spełnienie wymogów zamawiającego poprzez podanie liczby wszystkich pracowników zatrudnionych u Wykonawcy w grupie doręczycieli w etatach, na ostatni dzień miesiąca i zobowiązanie Wykonawcy aby przynajmniej 50% pracowników było zatrudnionych na podstawie stosunku pracy. Ze względu na bardzo dużą ilość zatrudnionych pracowników Wykonawca prosi o wprowadzenie zapisu określającego wyrażnie ilość kopii umów, jakie miałyby być przedłożone Zamawiającemu i poświadczonych za zgodność z oryginałem do np. 20 szt., na każde wezwanie Zamawiającego, jednak nie częściej niż raz na kwartał. Ponieważ Wykonawca nie jest w stanie wskazać imiennie, którzy pracownicy będą fizycznie świadczyć czynności na rzecz Zamawiającego, Wykonawca proponuje przyjęcie tylko jednej formy dokumentowania zatrudnienia tj. wyłącznie w postaci oświadczenia Wykonawcy lub Podwykonawcy a ewentualnie proponuje losowo dokonać wyboru pracowników z grupy doręczycieli ze wszystkich pracowników zatrudnionych w wskazanej grupie zawodowej w liczbie 20 albo ograniczenie wymogu do doręczycieli zatrudnionych w nadawczej placówce pocztowej, do której Zamawiający ma dostarczać nadawane przesyłki. Wykonawca wskazuje, że przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę osób zatrudnionych w procesie kontroli co do zasady jest całkowicie zbędne, gdyż wyłącznie generuje dodatkowe koszty realizacji zamówienia a w szczególności gdyby zachodziła konieczność wykonania tych kopii w tysiącach sztuk, wobec braku możliwości wskazania osób stricte wykonujących czynności na rzecz Zamawiającego, o czym była mowa już wyżej. I dlatego Wykonawca wnosi o rozważenie w przypadku utrzymania

klauzuli zatrudnienia oparcia się wyłącznie na stosownych oświadczeniach czy zaświadczeniach, przy pełnej rezygnacji z kopiowania umów o pracę albo przynajmniej z ograniczeniami wskazanymi wyżej. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudniania osób w takiej formie – dla potwierdzenia którego nie jest konieczna zamawiającemu znajomość daty zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę, czy wymiar etatu. Mając powyższe na uwadze Wykonawca wnosi w pierwszej kolejności o wykreślenie klauzuli zatrudnienia, a ewentualnie o jej konkretyzację i modyfikację przy uwzględnieniu propozycji Wykonawcy.

Odp. Zamawiający doprecyzowuje zapis rozdziału 3 ust. 3 pkt. 1 SWZ w następujący sposób:

1. Zamawiający wymaga zgodnie z art. 95 ustawy Pzp, zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę, przez okres realizacji przedmiotu zamówienia, osób wykonujących czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności pracowników zatrudnionych do odbioru przesyłek pocztowych od Zamawiającego, tj. osób wykonujących czynności w realizacji zamówienia polegające na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 ze zmianami.), o ile nie są wykonywane przez daną osobę w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej.”

W związku z tym Zamawiający zmienia brzmienie załącznika do SWZ (projekt umowy) w § 2, ust. 9 oraz § 2ust. 10 lit. a.

6. Zamawiający wskazał w § 3 ust.1-4 projektu umowy, wprowadza postanowienia dotyczące reklamacji w tym nakłada na Wykonawcę zobowiązanie do udzielenia odpowiedzi na reklamację w terminie do 14 dni od dnia otrzymania reklamacji od Zamawiającego, co jest niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi i zastrzega że nierozpatrzenie reklamacji w w/w terminie uważa się za jej uznanie. Jednocześnie w § 7 ust. 2 Zamawiający wskazuje że wypłacane będzie na podstawie rozstrzygnięcia postępowań reklamacyjnych zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie reklamacji usługi pocztowej. Postanowienia te są więc ze sobą sprzeczne. Wykonawca wnosi więc o wykreślenie w § 3 ust. 1-4 jako sprzecznych z powszechnie obowiązującymi przepisami i pozostawienie w zakresie reklamacji wyłącznie postanowienia zawartego w § 7 ust. 2 projektu umowy albo o przynajmniej modyfikację wskazanego terminu z 14 dni na 30 dni.

Odp. Tak, Zamawiający wyraża zgodę na zmianę terminu postępowania reklamacyjnego na 30 dni.

7. Zamawiający w SWZP w pkt 4 - Termin wykonania zamówienia i w § 5 Projektu umowy wskazuje że umowa ma być realizowana w okresie 48 miesięcy tzn, od 01.01.2022 roku do 31.12. 2023 roku. Wykonawca wskazuje iż termin ten obejmuje 24 miesiące a nie 48 miesięcy, a zatem wnosi o doprecyzowanie terminu obowiązywania umowy.

Odp. Oczywiście omyłka pisarska. Dwuletni okres świadczenia usługi stanowi 24 miesiące.

8. W pkt 5 SWZP Zamawiający stawia warunek co do I części zamówienia aby podmiot ubiegający się o zamówienie posiadał status spółdzielni socjalnej. Wykonawca wnosi o wykreślenie tego warunku bowiem warunek tak postawiony zaburza konkurencyjność na rynku usług pocztowych oraz uniemożliwia operatorowi wyznaczonemu realizację nałożonego na niego obowiązku świadczenia usług powszechnych, które są przedmiotem zamówienia również w tej części zamówienia.

Odp. NIE. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę tego zapisu.

Zamawiający tym samym nie uważa takiego zapisu za zaburzenie konkurencyjności, co zarzuca pytający.

9. Zamawiający w § 7 ust. 3 przewiduje szereg kar umownych zastrzeżonych wyłącznie dla Zamawiającego. Wykonawca wnosi o wykreślenie z §7 ust.3 Projektu umowy bowiem zastrzeżone kary są zbyt wygórowane i nieadekwatne. Jeżeli Nadawca nie zgadza się na wykreślenie ww ust. Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar oraz mając na uwadze zasadę równości stron wnosi o

wpisanie w § 7 Projektu umowy możliwości naliczenia kary umownej w tożsamej wysokości na rzecz Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Ponadto Wykonawca wskazuje że odpowiedzialność operatorów pocztowych za niewykonanie i nienależyte wykonanie usług pocztowych jest określona jednoznacznie i ostatecznie w Rozdziale 8 Prawa pocztowego. Zastrzeganie kary umownej na przypadki według Zamawiającego wskazujące na przypadki nienależytego wykonania lub niewykonania umowy wykraczające poza przypadki określone w Prawie pocztowym jest sprzeczna z tą ustawą a tym samym są te postanowienia nieważne .

Odp. NIE. Zamawiający nie zmienia zapisu.

Zamawiający oczekuje od wykonawcy rzetelnego świadczenia usług; w takiej sytuacji nie będą istniały żadne przesłanki do naliczania kar umownych, chyba, że wykonawca w dacie składania oferty zakłada, że usługi będą świadczone nierzetelnie, co narazi go na naliczanie kar umownych. Katalog i wysokość kar umownych mają zabezpieczyć żywotny interes Zamawiającego.

W Ó J T
(-)
Marek Nicewicz