

Wrocław, dnia 10 grudnia 2015 r.

Zam. Publ. 30/2015

DOZ/EZ/Z.P.30/2540/2/2015

Dot: przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych oraz świadczenie usług kurierskich na potrzeby Dolnośląskiego Wojewódzkiego Urzędu Pracy i jego trzech filii.

Zgodnie z art. 38 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późniejszymi zmianami) Zamawiający zmienia i wyjaśnia treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do zamówienia publicznego nr 30/2015 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Pytanie 1: Zamawiający informuje, że „w ramach przedmiotu zamówienia będzie nadawał przesyłki listowe wymagające stosowania przepisów kpa oraz analogicznych przepisów aktów prawnych odnoszących się do nadawania przesyłek ze skutkiem zachowania terminu lub nadania pisma do sądu/ organów administracji publicznej”. Zgodnie z utrwalonym już poglądem orzecznictwa (vide: KIO 2601/14, KIO 2160/14, KIO 1362/13, Sąd Okręgowy w Gliwicach sygn. akt X Ga 287/13), jednym z warunków zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na usługi pocztowe jest uszczegółowienie zasad i warunków świadczenia usług w zakresie nadawania tzw. „przesyłek terminowych”, tj. ww. przesyłek rejestrowanych zawierających specjalistyczną korespondencję skierowaną do sądów (jak apelacja w postępowaniu cywilnym, skarga w postępowaniu administracyjnym bądź skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej) lub organów administracji publicznej (jak odwołania od decyzji w postępowaniu administracyjnym), z których nadaniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego odpowiednie przepisy prawa (np. art. 57 § 5 pkt. 2 Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, art. 165 § 2 Kodeksu prawa cywilnego, art. 83 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi oraz art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) łączą skutek wniesienia pisma do sądu/urzędu przez stronę postępowania. W przypadku rzeczonożego rozwiązania wykonawca – alternatywny operator pocztowy – jest podmiotem pośredniczącym w czynności nadania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego, czyniąc 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, powszechnie akceptowanym przez szeroki zakres instytucji państwowych, jak izby skarbowe, sądy, prokuratury, ministerstwa i jednostki samorządu terytorialnego. Co istotne – operator wyznaczony – nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową, toteż Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania/zawarcia umowy z operatorem wyznaczonym (tzw. umowy międzyoperatorskiej, na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe), a operator wyznaczony nie może odmówić przyjęcia przesyłek do nadania (zgodnie z treścią art. 48 ustawy Prawo Pocztowe). Jest zresztą rzeczą oczywistą, że uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie nadawania tzw. przesyłek terminowych - od zawarcia z operatorem wyznaczonym pisemnej umowy o współpracy w rozumieniu Prawa pocztowego - wprost wyłączałoby konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zawarcie takiej umowy uzależnione jest tylko od woli operatora wyznaczonego, którego wszakże głównym i de facto jedynym konkurentem na rynku usług pocztowych jest właśnie Wykonawca (wskazać należy, że mimo to Wykonawca wielokrotnie podejmował bezskuteczne próby zawarcia tejże z Poczta Polska S.A.). Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż jak przykładowo zauważyła Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn. KIO 2160/14: Po pierwsze [...] Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz. [...] dopuścił możliwość, aby wykonawca zamówienia odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. Po drugie – Wykonawca 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 Wykonawcę 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. Jak przy tym słusznie podnoszono w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawierającego informację o ustaleniach w trakcie kontroli postępowania prowadzonego przez Miasto Lublin1: 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 odrzuceniu 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 bowiem nadana w placówce operatora wyznaczonego. Tymczasem z treści art. 35 ust. 1 Prawa pocztowego, w brzmieniu: *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.* - wprost wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy jedynie dalszego przekazania przesyłki do doręczenia (tj. sytuacji, w której przesyłka jest nadawana w sieci operatora alternatywnego, a następnie przekazywana do sieci operatora wyznaczonego). Nie jest na jej podstawie możliwe dwukrotne nadanie tej samej przesyłki, a tym samym nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu. Powyższe przesądza, że jedynym sposobem zapewnienia udziału innych, niż wyznaczony, operatorów pocztowych i jednoczesnego zapewnienia skutków nadania, o których mowa m.in. w przepisach art. 57 § 5 pkt 2 KPA, czy art. 165 § 2 KPC jest dopuszczenie wskazanego wyżej trybu posłańca. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza wskazaną wyżej usługę pośrednictwa w zakresie nadawania przesyłek terminowych w kształcie opisanym przez Wykonawcę, czy też oświadcza, że ofertę w niniejszym postępowaniu może złożyć wyłącznie Poczta Polska S.A.?

Odpowiedź:

Zamawiający oczekuje realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z szczegółowym jego określeniem za pomocą Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) określając przedmiot zamówienia jako: 64.11.00.00-0, 64.11.20.00-4, 64.11.30.00-1, 64.10.00.00-7, 60.00.00.00-8. Jednocześnie zgodnie z właściwością przedmiotu zamówienia oczekuje jego realizacji zgodnie z ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U.2012, poz. 1529) oraz ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) Zamawiający stoi na stanowisku że każdy Wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotu zamówienia tym samym ma możliwość skorzystania z tego ustawowego uprawnienia a tym samym zgłoszenie się o ile szczegółowe przepisy prawa tego nie zabraniają

do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wyłączył żadnej części przedmiotu zamówienia do obowiązku osobistego jego realizacji przez głównego Wykonawcę. Zamawiający zapewnia tym samym konkurencyjność prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający odmawia możliwości zastosowania przez Wykonawcę w ramach realizacji niniejszego zamówienia nazwanej przez niego usługi jako „*usługę pośrednictwa w zakresie nadawania przesyłek terminowych*”. Zamawiający nie odnajduje w obowiązującym ustawodawstwie podstawy prawnej która obligowałaby Zamawiającego do stosowania w zamówieniach publicznych za wyjątkiem podwykonawstwa dodatkowo „Pośrednictwa”. Jednocześnie Zamawiający, zgodnie z tym co sugeruje Wykonawca, dopuszcza udział przy realizacji niniejszego zamówienia każdego Wykonawcę mogącego zrealizować na rzecz Zamawiającego przedmiot zamówienia.

Pytanie 2: Jako że wynagrodzeniem operatora alternatywnego w przypadku świadczenia usługi pośrednictwa jest suma kosztów nadania przesyłki terminowej w placówce operatora wyznaczonego oraz własny narzut, kluczowego znaczenia w zakresie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia – pozwalającego Wykonawcy skalkulować cenę – nabiera rzetelne określenie ilości takich przesyłek. Wykonawca wskazuje, że stosownie do treści przepisów (m.in. art. 57 § 5 pkt. 2 Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej, , art. 165 § 2 Kodeksu prawa cywilnego, art. 83 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi oraz art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), w praktyce ocena tego, czy przesyłka powinna zostać nadana w placówce operatora wyznaczonego, rozpoczyna się więc od sprawdzenia adresata przesyłki. Jeżeli jest nim:

- sąd powszechny (ale tylko cywilny - kwestia przesyłek nadawanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego nie dotyczy postępowań karnych i korespondencji do prokuratorów);
- sąd Administracyjny;
- Urząd Skarbowy / Izba Skarbowa;
- organ administracji publicznej, w tym organy administracji rządowej oraz organy jednostek samorządu terytorialnego;
- Krajowa Izba Odwoławcza;
- należy rozważyć, czy jednostka Zamawiającego:
- jest stroną postępowania przed tym organem,
- ma wyznaczony termin do złożenia określonego pisma przed tym organem, gdyż jeżeli termin taki nie został określony ani w ustawie, ani przez sam organ, dana przesyłka w każdym wypadku może zostać przyjęta do nadania przez Wykonawcę, więc nie wymaga nadania u operatora wyznaczonego. Z doświadczenia Wykonawcy - płynącego z wieloletniego świadczenia usług pocztowych dla zróżnicowanego zakresu instytucji państwowych, jak izby skarbowe, sądy, prokuratury, ministerstwa i jednostki samorządu terytorialnego, ilość „przesyłek terminowych”, tj. wymagających nadania u operatora wyznaczonego nie przekracza 5% całości przesyłek rejestrowanych, przy czym:
- w przetargu zorganizowanym przez Powiatowy Urząd Pracy w Gdańsku (nr postępowania: SO.255.1.2015.WD): Zamawiający wskazał, że nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego;
- w przetargu zorganizowanym przez Powiatowy Urząd Pracy w Sandomierzu (nr postępowania: OA EG-271/6/13): Zamawiający wskazał, że nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego;
- w przetargu zorganizowanym przez Powiatowy Urząd Pracy w Skarżysku Kamiennej (nr postępowania: CI.27.3.2015): Zamawiający oszacował, że przewiduje nadawanie przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego w stosunku do 2% przesyłek z całego wolumenu;
- w przetargu zorganizowanym przez Dzielnicę Ursynów (nr postępowania KZP-XII-WZP.271.38.2015): Zamawiający wskazał, że nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego;
- w przetargu zorganizowanym przez Dzielnicę Ursus (nr postępowania UD-XI-ZZP.271.22.WAG.2015): Zamawiający wskazał, że wolumen przesyłek nadawanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego nie przekroczy 10%;
- w przetargu zorganizowanym przez Dzielnicę Praga Południe (nr postępowania UD –VI -ZP/74/14): Zamawiający oszacował, że przewiduje nadawanie przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego w stosunku do 2% przesyłek z całego wolumenu;
- w przetargu zorganizowanym przez Dzielnicę Żoliborz (nr postępowania UD-XVIII-ZZP.271.76.2014): Zamawiający oszacował ilość przesyłek terminowych na poziomie 10% całego przedmiotu zamówienia;

- w przetargu zorganizowanym przez Izbę Skarbową w Poznaniu prowadzonym dla wszystkich urzędów skarbowych i izb skarbowych w kraju (nr postępowania LO-260-0008/15/LO-2): Zamawiający oszacował Zamawiający oszacował ilość przesyłek terminowych na poziomie 3% całego przedmiotu zamówienia;
- w przetargu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa, działającym w imieniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie, zorganizowanym dla wszystkich sądów powszechnych w kraju (nr postępowania ZP-01/2015): Zamawiający wskazał, że nie ma potrzeb w przedmiocie nadawania przesyłek w placówce operatora wyznaczonego. Jednocześnie, należy podkreślić, że przyjęcie, iż operator alternatywny ma obowiązek pośrednictwa w wykonywaniu nieograniczonej lub też znacząco zawyżonej liczby przesyłek terminowych zamyka postępowanie na konkurencyjność (cena operatora alternatywnego musi uwzględniać bowiem cenę cennikową – bez upustu – operatora wyznaczonego oraz własny narzut). W związku z powyższym Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że „przesyłki terminowe” nie przekraczają 5% całości wolumenu, alternatywnie, Wykonawca wnosi o oszacowanie ilości przesyłek rejestrowanych zawierających specjalistyczną korespondencję skierowaną do sądów lub organów administracji publicznej (apelacji, odwołań, skarg, etc.), z których nadaniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego odpowiednie przepisy prawa łączą skutek wniesienia pisma do sądu/urzędu przez stronę postępowania.

Odpowiedź: Zamawiający nie doszukał się w ustawowych określeniach zastosowanych w odniesieniu do operatorów pocztowych definicji operatora alternatywnego w związku z brakiem wyczerpującego określenia co oznacza że Wykonawca jest operatorem alternatywnym, uznaje że przedmiot zamówienia realizowany powinien być przez Wykonawcę posiadającego odpowiednie uprawnienia jako operator pocztowy lub innego podwykonawcę działającego dla takiego operatora. Zamawiający w sposób oczywisty określił taki wymóg w niżej wskazanym punkcie specyfikacji:

„2.1. Warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Wykonawca winien posiadać uprawnienia do wykonywania działalności pocztowej na podstawie aktualnego wpisu do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 r. (Dz. U. z 2012 r. poz.1529).”

Zamawiający nie jest w stanie dokładnie podać ilości przesyłek wymagających trybu doręczenia o który pyta Wykonawca, stwierdza jednocześnie że według jego doświadczenia ilość takich przesyłek z racji specyfiki wykonywanej działalności jako Dolnośląskiego Wojewódzkiego Urzędu Pracy sięga około 30 % ilości nadawanych przesyłek. Dodatkowo Zamawiający informuje że ilość nadawanych przesyłek tego typu zależy bezpośrednio od bieżących potrzeb Zamawiającego oraz od aktualnego stanu prawnego w tym zakresie na które to Zamawiający nie ma bezpośredniego wpływu.

Pytanie 3:

W celu zachowania konkurencyjności, poza określeniem szacowanej ilości takich przesyłek (przykładowo: „nie więcej niż 5% całości wolumenu”) koniecznym jest także opisanie zasad uiszczania wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu poprzez alternatywnie: zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym – tj. przesyłki rejestrowane wymagające nadania u operatora wyznaczonego” 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. Stosownie do powyższego Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób rozliczana będzie usługa pośrednictwa w nadawaniu przesyłek terminowych, tj. 1) czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty/umowy, czy też 2) zamawiający dokona modyfikacji formularza cenowego poprzez wyodrębnienie przesyłek, które należy nadać w placówce operatora wyznaczonego, w przykładowy sposób zaproponowany poniżej (co umożliwi wykonawcom innym niż operator wyznaczony wycenić usługę nadawania w trybach zastrzeżonych dla operatora wyznaczonego)? Wykonawca wskazuje, że brak wyodrębnienia takiej pozycji w praktyce przesądza o konieczności obciążenia zamawiającego kosztami wykonania usługi „niepocztowej” na podstawie cennika załączonego przez operatora alternatywnego do umowy.

lp	Nazwa towaru / usługi	CENA jednostkowa	Stawka podatku VAT w %	ILOŚĆ (szt)	WARTOŚĆ NETTO (zł)	WARTOŚĆ BRUTTO (zł)
	Przesyłki nadawane za pośrednictwem operatora					

wyznaczonego					
do 50g					
ponad 50g do 100g					
ponad 100g do 350g					

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje zmiany dokumentacji postępowania przetargowego w związku z odpowiedzią na pytanie nr 2, jednocześnie oczekują że wszelkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wykaże w złożonej ofercie zgodnej z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający oczekuje że Wykonawca dokona uczciwej wyceny wszystkich kosztów realizacji poszczególnych części składowych zamówienia i cenę umieści w złożonej ofercie.

Pytanie 4:

Zamawiający zawarł w treści SIWZ kryterium społeczne oceny ofert w następującej postaci:

Liczba doręczycieli, którzy będą zatrudnieni do realizacji przedmiotu zamówienia na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełny wymiar czasu – 10%

W ocenie Wykonawcy proponowane kryterium – promujące bezwzględną liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy pracę – nie jest korzystne dla interesu publicznego, godzi także w zasadę uczciwej konkurencji wskazaną w art. 7 ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013, poz. 907, z późn. zm.), wypaczając tym samym konkurencyjność niniejszego postępowania.

Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę na fakt, że formułując zapisy s.i.w.z. dotyczące rynku usług pocztowych, należy bezwzględnie mieć na uwadze dwie istotne okoliczności: 1) dominującą pozycję niedawnego monopolisty, współfinansowanego przez państwo i mającego status tzw. operatora wyznaczonego, zatrudniającego ponad 80.000 pracowników na podstawie umów o pracę, oraz 2) spadek cen usług pocztowych do poziomu uniemożliwiającego dalsze obniżki, będący efektem rosnącej konkurencyjności. W związku z powyższym promowanie „największej liczby pracowników” skutkuje przyznaniem Poczcie Polskiej S.A. nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej, co w zasadzie rozstrzyga losy postępowania przed złożeniem ofert przez innych wykonawców.

Należy podkreślić, że Poczta Polska S.A. konsekwentnie promuje stosowanie kryterium liczby pracowników, by wobec zrównania się oferowanych cen uzyskać bezzasadną przewagę konkurencyjną w postępowaniach przetargowych. Co istotne, Poczta Polska S.A. ma pełną świadomość wadliwości i nierzetelności proponowanego kryterium, gdyż w organizowanych przez siebie postępowaniach przetargowych zazwyczaj całkowicie rezygnuje z wprowadzenia kryterium społecznego, ograniczając się do kryterium ceny o wadze w okolicach 98% oraz symbolicznego kryterium pozacenowego w rodzaju terminu płatności o wadze 2% (zob. np. postępowanie o udzielenia zamówienia na: świadczenie usług medycznych w zakresie medycyny pracy dla pracowników Poczty Polskiej S.A. w m. Wrocław oraz m. Świdnica (numer publikacji w TED: 2015/S 232-422598); usługę doręczania i odbioru przesyłek paletowych (numer publikacji w TED: 2015/S 219-400089) oraz świadczenie usług z zakresu wykonywania czynności ekspedycyjno-rozdzielczych (numer publikacji w TED: 2015/S 217-396710)). Co szczególnie warto podkreślić – na wprowadzenie kryterium społecznego decyduje się zazwyczaj dopiero pod wpływem wniesionych odwołań i nacisków społecznych, jak to miało miejsce np. w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątnięcia i utrzymywania w czystości obiektów użytkowanych przez Poczta Polska S.A. (numer postępowania: 15-2198), ale i wtedy jest ono sformułowane zupełnie inaczej, niż w przedmiotowym przypadku, gdyż precyzyjnie wyznaczona jest maksymalna górna granica liczby zatrudnionych na etat, np. 400 etatów, w taki sposób, że w przypadku w którym wykonawca zadeklaruje większą liczbę etatów niż 400, do obliczenia punktacji przyjmuje się maksymalną liczbę 400 etatów, przy czym – co również nie bez znaczenia - waga ww. kryterium społecznego nie przekracza 10%, co również stoi w sprzeczności z wagą kryterium, którą we wnioskach o wyjaśnienie s. i. w. z. postulują Poczta Polska S.A.

Warto jednocześnie podkreślić, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się na przypadki takiego sposobu ukształtowania kryteriów oceny ofert która umożliwiła bezzasadne uprzywilejowywanie jednego z wykonawców, przykładowo2: *Izba podzieliła poglądy zamawiającego, że w przedmiotowym stanie faktycznym, logicznie i racjonalnie można wytłumaczyć działanie odwołującego jedynie przypisując zamiar oraz działanie w celu takiego skonstruowania ceny oferty, aby wykorzystując kryterium „upustu” przez to samo, zdobyć przewagę konkurencyjną. Tak wysoka kwota upustu – oderwana od faktycznych kosztów zaoszczędzonych przez wykonawcę, stanowiła jedynie element kalkulacji czysto matematycznej, by uzyskać jak najwyższą ocenę punktową oferty w tym kryterium, tj. maksymalne 5 punktów. (...) Izba zgodziła się również z argumentacją zamawiającego, że celem takiego działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę konkurencyjną (...).*W postępowaniu zaś o sygn. KIO 1688/15

Izba stwierdziła zresztą, iż Poczta Polska S.A. ma interes w kwestionowaniu zarzutów InPost, gdyż kryterium „liczby pracowników” jest dla niej dogodniejsze, niż kryterium „stosunku procentowego”.

Należy zarazem zauważyć, że nawet w sytuacji w której jakkolwiek inny wykonawca niż Poczta Polska S.A. podjąłby się wysiłku zatrudnienia wszystkich pracowników wykonujących świadczenia na podstawie umów o pracę - nadal wybrana zostałaby nie oferta z najkorzystniejszą ceną – ale ofertą z największą ilością pracowników, i to nawet wówczas gdyby oferta Poczty Polskiej S.A. była droższa o około 10% ceny.

Przykładowo:

Kryterium	waga	wykonawca A	wykonawca B
Liczba pracowników	10%	20.000 pracowników 2,6 punktu	75.000 pracowników 10 punktów
Liczba placówek ³	15%	15 punktów	15 punktów
Cena	75%	9.100.000 zł 75 punktów	10.000.000 zł 68,25 punktów
Suma	100%	92,6 punktów	93,25 punktów

W ocenie Wykonawcy mamy zatem do czynienia z doprowadzeniem do sytuacji, gdy preferując większą liczbę pracowników preferuje się okoliczności nie mające znaczenia dla sposobu wykonywania zamówienia, irrelewantne dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający promuje w ten sposób słabszą organizację pracy, skutkującą większą liczbą pracowników, niż niezbędna do optymalnego wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem kryterium nie spełnia wymagania związania, czy też odnoszenia się do przedmiotu zamówienia. Nie mamy także do czynienia z najlepszą relacją jakości do ceny.

Podkreślamy ponadto, iż Poczta Polska w składanych ofertach wskazuje na zawyżone liczby pracowników dedykowanych do wykonania zamówienia, wypaczając tym samym przebieg postępowania przetargowego. Przykładowo, w przetargu na świadczenie usług pocztowych dla Straży Gminnej w Człuchowie (nr ogłoszenia: 2014/S 209-370280, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 37 000, dla poleconych – 300 000, dla poleconych ZPO – 200 000), wobec sformułowania kryterium „liczba osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 75 000 pracowników (zatem spółka ta wykazała niemal wszystkich zatrudnionych przez nią na podstawie umowy o pracę⁴). Jednocześnie, w przetargu organizowanym przez Izbę Skarbową w Warszawie (nr zamówienia: PN/7/Poczta/2015, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 2200, zaś dla poleconych ZPO – 43 000) wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników Wykonawcy zaangażowanych do realizacji przedmiotu umowy z Zamawiającym, zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 37 640 pracowników. Nadto w przetargu organizowanym przez Centrum Usług Wspólnych (nr postępowania: 5-WZLO/11-WW-DD/35- WASK/2015/PN/MO, przybliżone szacunkowe wolumeny: dla przesyłek zwykłych – 2500, dla poleconych – 5700, dla poleconych ZPO – 2000), wobec sformułowania kryterium „liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych na umowę o pracę, związaną z bezpośrednim odbiorem i dostarczaniem przesyłek pocztowych, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na dzień 30.06.2015 r.”, Poczta Polska S.A. wykazała w ofercie zatrudnienie na poziomie 64 205 pracowników.

Powyższe okoliczności dostrzegane są przez orzeczników KIO (vide KIO 1688/15): „Jak słusznie wskazywał w odwołaniu, przy zbliżonych postanowieniach SIWZ w zakresie społecznych kryteriów oceny ofert stosowanych przez innych zamawiających Poczta Polska S.A. wskazywała w analogicznych okresach diametralnie inne liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”. Reasumując, stosując kryterium liczby pracowników w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w sposób niemający znaczenia dla celów postępowania przetargowego promuje się wyższe zatrudnienie w oderwaniu od rachunku ekonomicznego. Reasumując, Zamawiający mogą domagać się realizacji poprzez zamówienia publicznego celów społecznych, jednak nie mogą one być oderwane od przedmiotu zamówienia. Nie mogą wprowadzać bezzasadnych preferencji. Należy w tym zakresie przywołać treść art. 70 dyrektywy 2014/24/UE, która powinna wyznaczać kierunki wykładni przepisów wspólnotowego oraz krajowego prawa zamówień publicznych: Instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3 i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki te mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem. Jak dodaje się w piśmiennictwie⁵: Ważną nowością w porównaniu z dyrektywami z 2004r. jest wyraźne zastrzeżenie, że szczególne warunki realizacji zamówienia określone przez instytucje zamawiające (obejmujące aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem) muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia (art. 70 dyrektywy 2014/24, art. 87 dyrektywy 2014/25), a więc nie mogą dotyczyć w szczególności ogólnej polityki (np. socjalnej) realizowanej

przez wykonawcę w ramach jego przedsiębiorstwa. Zatem uzasadnienie na gruncie wspólnotowego prawa zamówień publicznych znajduje jedynie takie promowanie sposobu zatrudnienia, które znajduje uzasadnienie w przedmiocie zamówienia. Z tego względu przykładowo zatrudnienie nieproporcjonalnie wysokie, wynikające nie tyle z potrzeb Zamawiającego co ze specyfiki wykonawcy nie winno być stosowane. Dlatego też kryterium „proporcji” zatrudnienia lepiej realizuje cele powyżej opisane. Z tych samych względów zasadnym jest wprowadzenie ograniczenia, zgodnie z którym zatrudnienie powyżej określonej liczby pracowników nie ma wpływu na ocenę oferty. Zwracamy także uwagę na jeszcze jedną okoliczność – postulat wyrównania szans podmiotów dysponujących różnym potencjałem na rynku.

Nie ma bowiem wątpliwości, że ze względu na wieloletnią działalność w warunkach absolutnego monopolu oraz przyznany mocą ustawy status operatora wyznaczonego - Poczta Polska S.A. wciąż jest podmiotem o dominującej pozycji na rynku usług pocztowych. Jak wynika z Raportu UKE na temat stanu rynku pocztowego w 2014 r., w samym tylko segmencie usług wchodzących w zakres usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym, a więc usług objętych zakresem niniejszego zamówienia, Poczta Polska S.A. posiadała w 2014 r. 68,60% udziału w wolumenie usług wchodzących w zakres usług powszechnych oraz aż 72,87% udziału w przychodach. Jednocześnie – co warto podkreślić - największą grupę usług pocztowych, zarówno jeśli chodzi o wolumen, jak i przychody, stanowiły - zastrzeżone wyłącznie dla niej - usługi powszechne. Poczta Polska zrealizowała 711,74 mln tego typu usług, co przełożyło się na 2937,11 mln zł przychodu (udział procentowy usług powszechnych w przesyłkach ogółem wyniósł odpowiednio 39,91% wolumenów oraz 63,57% przychodów). Powyższe w oczywisty sposób, musi przekładać się na dostosowaną do powyższego strukturę zatrudnienia⁶:

Liczba zatrudnionych w sektorze pocztowym w latach 2013-2014, stosownie do Raportu UKE na temat stanu rynku pocztowego w 2014 r.

	2013	2014
Poczta Polska S.A.	83468	79471
Operatorzy alternatywni	12700	12639

Jak tymczasem podkreśla się w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych koniecznym jest : wyrównanie szans wynikających z nierówności potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych jakie istnieją między przedsiębiorcami sektora MŚP, a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym. Stąd też szczególnego znaczenia nabierają rozwiązania normatywne dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienia i jego późniejszej wspólnej realizacji, które same w sobie, służąc w zamierzeniu zwiększeniu szans konkurowania o zamówienia mniejszych przedsiębiorców nie powinny kreować dodatkowych barier w dostępie do zamówienia. (...) Państwo wszakże, zgodnie z przytoczonymi przepisami usdg, powinno stwarzać, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikro-, małych i średnich przedsiębiorców także na rynku zamówień publicznych. Warto także zwrócić uwagę na opinię Komisji Europejskiej wyrażoną w „Europejskim kodeksie najlepszych praktyk ułatwiających dostęp małym i średnim przedsiębiorstwom do zamówień publicznych”⁸: W istocie liczne konsultacje przeprowadzone w toku przygotowywania niniejszego „Kodeksu najlepszych praktyk”, które doprowadziły do wniosku, że ułatwienie dostępu MŚP do zamówień publicznych wymaga zmiany kultury instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień, wskazują na znaczące możliwości zwiększenia uczestnictwa MŚP w procedurach udzielania zamówień poprzez zwiększenie profesjonalizmu w dziedzinie zamówień publicznych. W tym kontekście należałoby rozważyć nie tylko kwestię sposobu stosowania istniejących ram prawnych tak, by zapewnić możliwość uczestnictwa MŚP w procedurach udzielania zamówień na równych zasadach z dużymi przedsiębiorstwami (...) W odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych, instytucja zamawiająca winna stosować takie kryteria kwalifikacji, które umożliwią jej ocenę, czy oferent posiada zdolności niezbędne do realizacji danego zamówienia, zamiast jedynie ogólnej oceny zdolności oferentów. Należy przy tym jednak dołożyć starań, aby zastosowanie tego rozwiązania nie zawężyło bezpodstawnie grupy wnioskodawców, którzy mogliby kwalifikować się do udziału w danej procedurze.

Alternatywą względem rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego jest więc albo:

1) ustalenie maksymalnej górnej granicy liczby etatów, w taki sposób, że w przypadku w którym wykonawca zadeklaruje większą liczbę etatów niż ustalona, do obliczenia punktacji przyjmuje się podanie maksymalnej liczby, albo 2) wprowadzenie kryterium społecznego w procentowej postaci, traktowane jako procent pracowników operacyjnych wykonawcy zatrudnionych w oparciu umowę o pracę (na minimum 1/2 etatu) w stosunku do wszystkich pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji zamówienia.

Podkreślić należy, że „kryterium procentowe” zostało zastosowane w największym w tej części Europy przetargu na świadczenie usług pocztowych, mianowicie przetargu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz sądów powszechnych (nr post.: ZP-01/2015). W przetargu tym jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium społeczne, które zostało opisane jako procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z

ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia, zaś liczba ta ma uwzględniać osoby, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek sądowych (tj. doręczyciele-listonosze, osoby wydające korespondencję).

Wobec powyższego, Wykonawca wnioskuję do Zamawiającego o modyfikację kryterium oceny ofert w sposób wskazany powyżej.

Odpowiedź: Zamawiający nie podziela argumentów i opinii Wykonawcy wyrażonej w Pytaniu nr 4, zwraca uwagę Wykonawcy że statutową rolą instytucjonalną w życiu społecznym Dolnośląskiego Wojewódzkiego Urzędu Pracy jest kształtowanie regionalnego rynku pracy w sposób sankcjonujący podstawowe prawa pracownicze i obywatelskie do których niewątpliwie należy Konstytucyjne prawo do zatrudnienia. Zamawiający uważa że stosowane zamiennie formy zatrudnienia określane jako umowy cywilno – prawne w odróżnieniu do umów o pracę nie powinny być powodem w oparciu o który Wykonawcy budować powinni swoją konkurencyjność rynkową. Zamawiający w swej ocenie używając jako kryterium oceny ofert kryterium społecznego uważa że głęboko przeanalizował wagę tego kryterium i zastosował je w sposób umiarkowany i proporcjonalny do tej oceny. Zamawiający informuje że stosując kryterium społeczne działa w oparciu o najlepiej pojęty interes społeczny, co znajduje dodatkowo swoje potwierdzenie w zaleceniach Rady Ministrów w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych. Zamawiający nie ma na celu ograniczenia konkurencyjności prowadzonego postępowania, dąży jednak aby zastosowane kryterium oceny ofert wymuszało na Wykonawcach chcących realizować zamówienia publiczne finansowane ze środków budżetowych do prawidłowego, zgodnego z Kodeksem Pracy zatrudniania osób na umowy o pracę, co zapewne stopniowo ograniczy skalę wykluczeń społecznych, zminimalizowania strefy ubóstwa i poprawi znacząco aktywizację zawodowa bezrobotnych. Zamawiający nie dokonuje zmiany kryterium oceny ofert.

Pytanie 5:

Zamawiający określając warunki płatności wskazuje w § 5 ust. 1, iż termin płatności faktur wynosić będzie 21 dni od daty wystawienia faktury. Jednocześnie zgodnie z § 5 ust. 5, termin ten liczony będzie od daty doręczenia faktury Zamawiającemu. W związku z powyższą rozbieżnością, Wykonawca wnosi o jednolite uregulowanie kwestii zapłaty wynagrodzenia.

Wykonawca zwraca się ponadto z wnioskiem o zmianę terminu płatności na 14 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury przez Zamawiającego. Zmiana ułatwi Wykonawcy dokonywanie rozliczeń, pozostawiając Zamawiającemu odpowiedni czas na dokonanie płatności.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść § 5 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), który otrzymuje brzmienie: „Termin płatności faktury wynosi 21 dni od daty doręczenia faktury przez Wykonawcę, pozbawionej wad formalnych i rachunkowych, z zastrzeżeniem ust. 2.” Jednocześnie Zamawiający, ze względów organizacyjnych leżących po jego stronie, nie wyraża zgody na zmianę terminu płatności faktur.

Jednocześnie Zamawiający zawiadamia, że termin składania ofert zostaje zmieniony z dnia 11.12.2015r na dzień 14.12.2015r do godziny 10:00. Tym samym termin otwarcia ofert ulega zmianie z dnia 11.12.2015 na dzień 14.12.2015r godzina 11:00. W związku z powyższym Zamawiający zmienia Rozdz. III ust. 1 pkt.1.11.1 oraz rozdz. III ust. 9 i ust.10 SIWZ w następujący sposób:

Pkt.1.11.1

zam.publ.30/2015 Przetarg nieograniczony na świadczenie usług pocztowych oraz świadczenie usług kurierskich na potrzeby Dolnośląskiego Wojewódzkiego Urzędu Pracy i jego trzech filii.

Nie otwierać przed dniem 14.12.2015r., godz. 11:00.

Ust.9 SPOSÓB, MIEJSCE I TERMIN SKŁADANIA OFERT.

Ofertę należy złożyć w zamkniętej kopercie zgodnie z Rozdziałem III SIWZ, w filii Zamawiającego we Wrocławiu, przy Al. Armii Krajowej 54, Kancelaria nie później niż dnia 14.12.2015r. do godz. 10:00

Ust.10 MIEJSCE I TERMIN OTWARCIA OFERT.

Otwarcie ofert nastąpi dnia 14.12.2015r. o godz. 11:00 w filii Zamawiającego we Wrocławiu przy Al. Armii Krajowej 54, sala Nr 306a

Wyjaśnienia oraz zmiana do SIWZ są wiążące dla wszystkich Wykonawców i stanowią *integralną częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do zam. pub. nr 30/2015.*