



BIURO
GENERALNEGO INSPEKTORA
OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH

Warszawa, dnia 10 marca 2015 r.

DOA-2210-2/15/19448115

**Wykonawcy,
którzy pobrali Specyfikację Istotnych
Warunków Zamówienia**

Zamawiający - Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 2 informuje, że wpłynęły pisma dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w Biurze GODO, o następującej treści:

„WYKONAWCA: (...), reprezentowana przez pełnomocnika (...).

ZAMAWIAJĄCY: Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa.

**WNIOSEK O WYJAŚNIENIE TREŚCI
SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW
ZAMÓWIENIA**

Działając imieniem 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 w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazuje, że przewiduje również nadawanie przesyłek, w których Zamawiający jest stroną postępowania. Mimo objęcia zakresem przedmiotu zamówienia również wskazanych przesyłek, wymagających dla uzyskania określonych prawem skutków (tj. zachowania terminu do wniesienia pisma lub uzyskania urzędowego potwierdzenia nadania stosownie do przepisów art. 57 § 5 pkt 2 kpa, art. 165 § 2 kpc, art. 12 § 6 pkt 2 op i in.) pośrednictwa operatora wyznaczonego, Zamawiający wskazuje w pkt 3.1.12 Opisu przedmiotu zamówienia, że nie dopuszcza nadawania powyższych przesyłek przez pośłańca (pośrednika) w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego.

Czy wobec takiego stanowiska Zamawiającego i biorąc pod uwagę okoliczność, że wskazane powyżej skutki wykonawca inny niż Poczta Poldka S.A. zdolny jest zapewnić wyłącznie za pośrednictwem operatora wyznaczonego w opisany wyżej sposób, to czy należy rozumieć, że Zamawiający wyłącza konkurencyjność w niniejszym postępowaniu?

Wykonawca wskazuje przy tym, że odpowiedź twierdząca na powyższe pytanie oraz utrzymanie przez Zamawiającego dotychczasowego stanowiska skutkować będzie naruszeniem przepisów normujących podstawowe zasady prawa zamówień publicznych.

PYTANIE NR 2:

Mając na uwadze okoliczności wskazane w pytaniu powyżej, czy Zamawiający zmieni swoje stanowisko i dopuści wykonanie części podmiotu zamówienia, dotyczącej nadawania przesyłek, wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego dla wywołania określonych skutków (a więc nadawanych w trybach art. 57 § 5 pkt 2 kpa, art. 165 § 2 kpc, art. 12 § 6 pkt 2 op i in.) w drodze tzw. usługi pośrednictwa?

W trybie tym przesyłki pocztowe, oznaczone przez Zamawiającego w sposób umożliwiający Wykonawcy ich identyfikację, w dniu odbioru od Zamawiającego zostaną dostarczone do placówki operatora wyznaczonego i nadane w imieniu i na rzecz Zamawiającego, Wykonawca następnie dostarczy Zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. Wykonawca będzie tylko pośrednikiem między Zamawiającym, a operatorem wyznaczonym, zaś nadanie przesyłek nastąpi w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Nie ulegną przy tym zmianie dane Zamawiającego na kopercie. Sposób oznaczenia wniesienia opłaty pocztowej ustalony z Zamawiającym zastąpią znaki opłaty pocztowej stosowane przez operatora wyznaczonego. **Szczególnego podkreślenia wymaga przy tym, że opisany wyżej sposób jest jedynym obecnie dostępnym na rynku usług pocztowych rozwiązaniem, zapewniającym udział innych niż**

wyznaczony operatorów pocztowych w postępowaniu, którego przedmiotem jest świadczenie usług pocztowych, a którego zakres obejmuje również nadawanie opisanych wyżej przesyłek.

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. Należy dodać, iż rozwiązanie to kilkakrotnie 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 s.i.w.z, 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 s.i.w.z., 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 s.i.w.z., 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 s.i.w.z. 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 łownego 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.*

Wykonawca jednocześnie zwraca uwagę, że ewentualny wymóg uregulowania współpracy z Poczta Polska w przedmiocie rzeczonych przesyłek poprzez zawarcie umowy międzyoperatorskiej, o której mowa w art. 35 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest możliwy do zrealizowania. Abstrahując od niewielkiego prawdopodobieństwa, że między operatorami pozostającymi w stosunku konkurencji dojdzie do zawarcia umowy o współpracę, 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. W ramach tej umowy nie powstaje zatem nadanie przesyłki i nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.

Podsumowując, Wykonawca wskazuje, że brak zgody Zamawiającego na zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie wykluczy z postępowania operatorów pocztowych innych niż operator wyznaczony. Przepisy powszechnie obowiązującego prawa, wiążące określone skutki wyłącznie z nadaniem przesyłek w placówce operatora wyznaczonego, to okoliczności, na które wykonawcy nie mają żadnego wpływu. Nawet bowiem w przypadku, gdy konieczność zagwarantowania skutków w postaci zachowania terminu czy wniesienia pisma do sądu dotyczy jedynie marginalnej części przesyłek (a jak wynika

z doświadczenia Wykonawcy, sytuacja taka ma miejsce w zdecydowanej większości postępowań), sam fakt zawarcia tego rodzaju przesyłek w przedmiocie zamówienia, bez możliwości stosowania trybu „pośrednika”, wyłącza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez operatorów innych niż **operator wyznaczony**. Prowadzi to do naruszenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji, a ponadto bezpośrednio przekłada się na koszt realizacji zamówienia, jako że faworyzowany operator wyznaczony, świadomy braku konkurencji w postępowaniu, złoży ofertę zdecydowanie mniej korzystną cenowo dla Zamawiającego (mając na uwadze ten skutek, brak dopuszczenia przez Zamawiającego trybu „pośrednika”, stanowić będzie działanie wątpliwe również na gruncie przepisów o dyscyplinie finansów publicznych).

Mając zatem na uwadze fakt, że przedstawiony przez Wykonawcę sposób świadczenia usług, w odniesieniu do przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego, jest jedynym możliwym sposobem realizacji zamówienia w obecnym stanie prawnym, a także biorąc pod uwagę stanowisko Krajowej izby Odwoławczej, wprost dopuszczającej zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie, Wykonawca zwraca się o potwierdzenie, że w zakresie przesyłek wymagających nadania za pośrednictwem operatora wyznaczonego Zamawiający dopuszcza opisany wyżej tryb „pośrednika”.

PYTANIE NR 3:

Zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Poczta Polską 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 łączyć będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczta, nadawaniu ich i opłacaniu. 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 Lublin¹: *uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie tzw. przysyłek 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.*

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 w przypadku świadczenia usługi pośrednictwa jest suma kosztów nadania przesyłki w placówce operatora wyznaczonego oraz własny narzut. Skoro zarazem mamy do czynienia z usługą „niepocztową” której koszt stanowi częściowo wynagrodzenie uiszczane operatorowi wyznaczonemu, kluczowego znaczenia dla w zakresie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w takim przypadku nabiera rzetelne określenie ilości takich przesyłek (należy przypomnieć iż są te jedynie przesyłki wymagające urzędowego potwierdzenia terminu **nadania**, np. apelacja -zwyczajowo jest to nie więcej niż 5% przesyłek nadawanych u zamawiających), a także określenie zasad dokonywania rozliczeń. 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).

Biorąc pod uwagę powyższe istnieją dwa możliwe sposoby nabywania usług odnoszących się do tzw. przesyłek terminowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia:

- wyłączenie takich przesyłek do odrębnego postępowania;
- lub też opisanie sposobu wykonywania usługi pośrednika w postępowaniu obejmującym szerszy wolumen usług pocztowych.

¹ Pismo opublikowane na stronie Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczty

W tym drugim przypadku w celu zachowania konkurencyjności poza określeniem szacowanej ilości takich przesyłek, koniecznym jest także wyodrębnienie samodzielnego sposobu uiszczania wynagrodzenia z tego tytułu (poprzez alternatywnie zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym lub też poprzez określenie, iż wynagrodzenie za takie przesyłki pobierane jest nie na podstawie cen formularzowych, a na podstawie cenników operatora alternatywnego załączanych do oferty). Brak wyodrębnienia takiej pozycji w praktyce przesądza o konieczności obciążenia zamawiającego kosztami wykonania usługi „niepocztowej” na podstawie cennika załączanego do oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie zasad rozliczania usługi pośrednictwa przy wykonywaniu tzw. przesyłek terminowych. Czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty, czy też zamawiający dokona modyfikacji s.iw.z. poprzez wyodrębnienie takiej pozycji?

PYTANIE NR 4:

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość by na kopercie oprócz danych wskazanych przez Zamawiającego znajdowały się informacje o opłacie za usługę pocztową związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców, ewentualnie inne informacje związane z obiegiem przesyłek pocztowych?

Wykonawca jednocześnie zaznacza, że informacje te nie będą zakrywać nadruku adresu firmowego Zamawiającego, innych znaków graficznych umieszczonych przez Zamawiającego, nie zmienia danych adresowych na kopercie oraz nie będą naruszać innych wymagań wskazanych w SIWZ.

PYTANIE NR 5:

Zamawiający w pkt 3.1.9 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz w §1 ust. 6 wzoru umowy wskazuje, że Wykonawca ma doręczać w odpowiednich terminach przesyłki zaliczone do powszechnych usług pocztowych.

Wykonawca zwraca uwagę, że jedynym podmiotem świadczącym powszechne usługi pocztowe zgodnie z art. 45 i 46 ustawy Prawo pocztowe jest operator wyznaczony, którym zgodnie z art. 178 stawy jest do roku 2015 Poczta Polska S.A., i to **tylko w ramach obowiązku nałożonego na niego przez ustawę. Inni Wykonawcy, jak również operator wyznaczony występujący jako jeden z podmiotów na konkurencyjnym rynku usług pocztowych świadczą usługi „wchodzące w zakres usług powszechnych”,** czyli, zgodnie z art. 3 pkt. 30) Prawa pocztowego, *usługi pocztowe obejmujące przesyłki listowe i paczki pocztowe, o wadze i wymiarach określonych dla usług powszechnych, oraz przesyłki dla ociemniałych, nieświadczone przez operatora wyznaczonego w ramach obowiązku świadczenia usług powszechnych*. W ocenie Wykonawcy nie ma podstaw, by nawiązywać w zapisach SIWZ czy Załączników do powszechnych usług pocztowych, nie ulega bowiem wątpliwości, że Wykonawca może świadczyć usługi opisane w SIWZ i załącznikach, a sugerowanie, że wykonawcą może być jedynie operator wyznaczony, może być odczytane jako celowe ograniczenie konkurencyjności postępowania.

W związku z powyższym taka konstrukcja zapisów SIWZ sprawia, że tylko jeden podmiot jest w stanie spełnić wymogi SIWZ i złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Jak już wskazywał Wykonawca we wniosku, prowadzi to do naruszenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji. Takie ukształtowanie zapisów jest zaskakujące, gdyż ograniczenie konkurencyjności postępowania nie leży przede wszystkim w interesie Zamawiającego. Poza oczywistymi konsekwencjami w postaci możliwości złożenia odwołania od treści SIWZ czy wszczęcia kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, takie ukształtowanie zapisów spowoduje, że faworyzowany operator wyznaczony, świadomy braku jakiejkolwiek konkurencji w niniejszym postępowaniu, złoży ofertę zdecydowanie mniej korzystną cenowo dla Zamawiającego.

Dlatego też Wykonawca zwraca się o usunięcie z SIWZ wszelkich nawiązań do powszechnych usług pocztowych.

PYTANIE NR 6:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o doprecyzowanie zapisów § 6 ust. 7 wzoru umowy:

„W przypadku nienależytego wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym”

Co Zamawiający rozumie w tym konkretnym przypadku za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy? Wykonawca rozumie, że naruszenia mogące skutkować przyznaniem tak dotkliwej sankcji muszą wykazywać szczególnie duży ciężar, szczególnie że dla innych naruszeń Zamawiający przewiduje odrębne zasady odszkodowań opisane w § 6 wzoru umowy.

PYTANIE NR 7:

Zamawiający w treści pkt. 3.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz w § 1 ust. 3 umowy wskazuje, że świadczenie usług powinno odbywać się zgodnie z powszechnie obowiązującym przepisami prawa, tj. między innymi: Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. 2013 r.

poz. 545). Zamawiający wskazuje ponadto, że „W przypadku zgłaszania reklamacji zastosowanie mają unormowania zawarte w rozporządzeniu w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego.”

Odnosząc się do wymogu stosowania rozporządzenia w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego, Wykonawca wskazuje, że rozporządzenie to już nie obowiązuje i zostało zastąpione przez Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej. W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o modyfikację wskazanego zapisu i uwzględnienie aktualnego stanu prawnego.

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, *sq.* 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”.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wskazuje, że może zobowiązać się do stosowania pewnych zasad zawartych we wskazanym powyżej rozporządzeniu, prosi jednak o wskazanie konkretnych wymogów, np. zasad dot. doręczania przesyłek itp. W przeciwnym wypadku zwraca się z wnioskiem o eliminację cytowanego zapisu z treści SIWZ.

PYTANIE NR 8:

Wykonawca pragnie zauważyć, że przytoczone w §7 ust. 1, ust. 3 i ust. 5 wzoru umowy zastrzeżenia nie mają oparcia w obowiązujących przepisach i stanowią naruszenie przepisów Prawa pocztowego oraz Prawa zamówień publicznych.

Wykonawca wskazuje, że realizacja usług przy pomocy podwykonawców, mimo braku wskazania w ofercie zamiaru powierzenia im części zamówienia do realizacji, stanowi jedynie nieistotną zmianę umowy, i nie jest podstawą do odstąpienia od umowy. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: *Izba wskazuje, że nawet w sytuacji uznania, że usługi serwisowe byłyby świadczone przez podmiot trzeci, to samo niewypełnienie żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. niepodanie informacji o podwykonawstwie w sytuacji gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych. Podanie informacji o zakresie podwykonawstwa ma wyłącznie walor informacyjny, nie rodzi żadnego zobowiązania co do sposobu wykonania zamówienia. (KIO 596/13)*

Wskazać bowiem należy, że podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo zostało uregulowane w Prawie Pocztowym. Zgodnie z art. 35 ust.1 Prawa pocztowego *operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu.* Art. 35 ust. 3 Prawa pocztowego wprost dopuszcza posługiwanie się zaś dalszym podwykonawcą i stanowi, że *przepis ust. 1 nie narusza prawa operatora pocztowego, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, do powierzenia podwykonawcy dalszego wykonania w imieniu tego operatora usługi.* Tak więc mając na uwadze powyższe specyfika zamówienia pozwala na posługiwanie się dalszymi podwykonawcami.

Ponadto, odnośnie wymogu przedstawienia umowy łączącej Wykonawcę z Podwykonawcą, jako warunek posługiwania się podwykonawcami przy realizacji Zamówienia stoi w sprzeczności z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca przyznał podobne uprawnienie zamawiającym jedynie w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane (art. 143a i nast. Pzp). W pozostałych przypadkach Zamawiającemu powyższe uprawnienie nie przysługuje, tak samo jak prawo żądania zmiany podwykonawcy.

Zgodnie bowiem z art. 36a i art. 36b PZP, które to przepisy regulują udział podwykonawców w ramach zamówień publicznych, brak jest możliwości zastrzeżenia powyższych kwestii, gdyż Zamawiający nie ma uprawnień pozwalających mu na ingerowanie w stosunki łączące wykonawcę z podwykonawcami w zamówieniach, których przedmiotem są usługi. W art. 36b ust. 1 PZP, ustawodawca wskazuje, iż *Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby*

wykonawca powołuje się na zasady określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, u których mowa w art. 22 ust. 1. Co do informacji o podwykonawcach, to wymóg udostępnienia ich Zamawiającemu (nazw/firm podwykonawców) dotyczy tylko sytuacji, gdy wykonawca powoływał się na zasoby podwykonawców na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W innej sytuacji taki wymóg jest również bezzasadny.

Są to przepisy powszechnie obowiązujące i Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany do ich stosowania. Mając na uwadze powyższe spostrzeżenia, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o usunięcie wymogów sprzecznych z prawem z zapisów SIWZ.

PYTANIE NR 9:

Zamawiający w treści SIWZ wskazuje na warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazany poprzez wskazanie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych. Wykonawca wnosi o usunięcie wymogu w przedmiocie statusu podmiotów, na rzecz których świadczone były usługi wymagane przez Zamawiającego, czyli „jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych”. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym, i to właśnie wykonanie tych usług winno być wykazane przez wykonawców składających oferty w postępowaniu przetargowym. Określenie podmiotów, na rzecz których te usługi były świadczone, jest w tym wypadku irrelevantne, ponieważ usługi pocztowe mają jednolity charakter niezależnie od podmiotu, na rzecz którego są świadczone. Na ewentualny argument Zamawiającego, że wskazane referencje stanowią swoiste potwierdzenie świadczenia usług pocztowych przez wykonawcę zgodnie z przepisami kodeksu postępowania administracyjnego lub ordynacji podatkowej, Wykonawca wskazuje, że tak wymóg może być zawarty w opisie przedmiotu zamówienia i dalej - umowie, przez co wykonawca wybrany w postępowaniu przetargowym, w zakresie doręczeń zobowiązany byłby podwójnie - przepisami powszechnie obowiązującego prawa, jak również zobowiązaniem cywilnoprawnym.

PYTANIE NR 10:

Czy Zamawiający przewiduje wydłużenie przedziału godzin odbioru korespondencji z poszczególnych lokalizacji? Wykonawca proponuje zmianę z przedziału 15 minutowego na 60 minutowy.”

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający odpowiada na powyższe pytania:

Ad pytanie nr 1:

Zamawiający przychylając się do wniosku Wykonawcy zmienia treść ostatniego zdania w pkt. 3.1.12 SIWZ w następujący sposób:

„(...) Zamawiający dopuszcza nadawanie przesyłek, o których mowa w pkt 3.1.10, przez poślanca w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego.”

Ad pytanie nr 2:

Odpowiedź dotycząca tzw. usługi pośrednictwa zawarta została w odpowiedzi na pytanie nr 1.

Ad pytanie nr 3:

Wykonawca prowadzi działalność gospodarczą na własny rachunek i na własne ryzyko, kalkulując ofertę winien uwzględniać wszelkie elementy wpływające na cenę, w tym również usługi pośrednictwa, które winny być w kalkulowane w cenę przesyłek opisanych w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Ad pytanie nr 4:

Zamawiający nie dopuszcza takiej możliwości. Umowę o świadczenie usług pocztowych na potrzeby Biura GłODO Zamawiający zawrze z Wykonawcą, a nie z podwykonawcą. Zamawiający dopuszcza wyłącznie rozwiązanie opisane w SIWZ.

Ad pytanie nr 5:

Zamawiający nie podziela stanowiska Wykonawcy, jakoby operator wyznaczony jako jedyny mógł świadczyć usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania. Katalog źródeł powszechnie obowiązującego prawa zawiera art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. Zgodnie z jego brzmieniem źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a także na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego. Zamawiający wymaga, by Wykonawca realizował/świadczył usługi, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

Ad pytanie nr 6:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapis § 6 ust. 7 Istotnych Postanowień Umowy, stanowiących Załącznik nr 5 do SIWZ.

Ad pytanie nr 7:

Katalog źródeł powszechnie obowiązującego prawa zawiera art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. Zgodnie z jego brzmieniem źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a także na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego. Zatem rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej.

Przychylając się jednak do wniosku Wykonawcy Zamawiający dokonał zmian w treści SIWZ, tj.:

1. w **pkt 3.1.3 SIWZ**, który otrzymał brzmienie:

„3.1.3 Przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie wszystkich przesyłek pocztowych oraz ich ewentualny zwrot i reklamacje, Wykonawca musi realizować zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w szczególności niżej wymienionymi:

- Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529),
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.),
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (j.t. Dz. U. z 2012 r. poz. 749 z późn. zm.),
- obowiązujące przepisy wykonawcze do ustawy Prawo pocztowe – w szczególności rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013r., poz. 545), odpowiednio w zakresie:

a) wymagań w zakresie czasu przebiegu przesyłek pocztowych w obrocie krajowym, z uwzględnieniem wskaźników terminowości określonych w Załączniku Nr 1 do ww. rozporządzenia,

b) wymagań w zakresie przyjmowania i doręczania przesyłek pocztowych,

c) sposobu rozmieszczenia i funkcjonowania placówek pocztowych Wykonawcy (operatora),

d) sposobu i zasad świadczenia usług;

oraz Akty Wewnętrzne Wykonawcy wydane na podstawie art. 21 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529).”

2. w **§ 1 ust. 3** „Istotnych postanowień umowy”, stanowiących Załącznik Nr 5 do SIWZ, który otrzymał brzmienie:

„3. Przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie wszystkich przesyłek pocztowych oraz ich ewentualny zwrot i reklamacje, Wykonawca musi realizować zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w szczególności niżej wymienionymi:

- Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529),
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.),
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (j.t. Dz. U. z 2012 r. poz. 749 z późn. zm.),
- obowiązujące przepisy wykonawcze do ustawy Prawo pocztowe – w szczególności rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013r., poz. 545), odpowiednio w zakresie:

a) wymagań w zakresie czasu przebiegu przesyłek pocztowych w obrocie krajowym, z uwzględnieniem wskaźników terminowości określonych w Załączniku Nr 1 do ww. rozporządzenia,

b) wymagań w zakresie przyjmowania i doręczania przesyłek pocztowych,

c) sposobu rozmieszczenia i funkcjonowania placówek pocztowych Wykonawcy (operatora),

d) sposobu i zasad świadczenia usług,

oraz Akty Wewnętrzne Wykonawcy wydane na podstawie art. 21 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529).”

Ad pytanie nr 8:

Zamawiający przychylając się do wniosku Wykonawcy zmienia treść § 7 Istotnych postanowień umowy stanowiących Załącznik Nr 5 do SIWZ, który otrzymuje brzmienie:

Podwykonawstwo

1. Wykonawca powierzy wykonanie części przedmiotu umowy innej osobie (podwykonawcy) i zapłaci umówione wynagrodzenie zgodnie z zapisami znajdującymi się w ofercie Wykonawcy, tj.:
 - a) wykonanie
2. Za działanie lub zaniechanie działania podwykonawcy/ów Wykonawca ponosi odpowiedzialność jak za swoje działania.
3. Zamawiający nie ponosi solidarnej odpowiedzialności z Wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy.

** W przypadku, gdy Wykonawca nie zgłosi podwykonawców zapis § 8 będzie brzmiał:
„Cały zakres prac Wykonawca wykona samodzielnie.”*

Ad pytanie nr 9:

Zamawiający wymaga wyłącznie rozwiązania opisanego w SIWZ. Zamawiający, jako jednostka organizacyjna sektora finansów publicznych ma prawo określać status podmiotów, na rzecz których świadczone były/są przez Wykonawcę usługi/dostawy, będące przedmiotem zamówienia prowadzonego w danej chwili przez Zamawiającego postępowania – w przedmiotowym postępowaniu są nimi jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych utworzone na podstawie ustawy (ustawy o finansach publicznych lub ustaw szczególnych), o których mowa w art. 9 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2013, poz. 885 j.t. z późn. zm.).

Ad pytanie nr 10:

Zamawiający wymaga terminu odbioru przesyłek opisanego w SIWZ. Zamawiający informuje, iż posiada wyłącznie jedną lokalizację, z której dokonywany będzie odbiór korespondencji, a nie wiele jak sugeruje w swym piśmie wykonawca.

Pozostałe zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostają bez zmian.

DYREKTOR BIURA
GENERALNEGO INSPEKTORA
OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH

Jan Nowak