

Włocławek, dnia 10 grudnia 2018 r.

RBRiGK.271.35.2018

Do wszystkich Wykonawców

Wyjaśnienia do Istotnych Warunków Zamówienia (IWZ) w postępowaniu prowadzonym w oparciu o art.138o ustawy Pzp „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Urzędu Gminy Włocławek ul. Królewiecka 7, oraz Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej Gminy Włocławek ul. Królewiecka 7 we Włocławku i odbiór przesyłek pocztowych z siedziby Zamawiającego”

Zamawiający Gmina Włocławek informuje, że do niniejszego postępowania złożone zostały zapytania. Zamawiający wyjaśnia:

Pytanie 1

1. W związku z zapisami IWZ w punkcie 6 ppkt 6.2.,6.3., 6.4 ust. 3 i pkt. 8 ppkt 8.5 ust. 4 dotyczącymi wymogu dokumentowania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na odbiorze przesyłek z siedziby Zamawiającego i doręczania przesyłek do siedziby Zamawiającego Wykonawca wyjaśnia, iż warunek postawiony przez Zamawiającego jest nadmierny i nieracjonalny, gdyż przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp nie obliguje Zamawiającego do stawiania tego typu wymogu. Obliguje natomiast wyłącznie do przeanalizowania przez każdego z Zamawiających czy przy realizacji zamówienia publicznego na usługi, wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy czy też nie. 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 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 nie jest możliwe wyodrębnienie grupy pracowników wykonujących czynności opisane przez Zamawiającego wyłącznie dla Zamawiającego, w tym zakresie jaki wskazał Zamawiający. Osoby zatrudnione przez operatorów pocztowych przy czynnościach wskazanych przez Zamawiającego wykonują te czynności nie tylko co do przesyłek nadanych przez zamawiającego ale również przez innych nadawców i nie jest możliwe ustalenie pracowników zajmujących się wyłącznie nadanymi przez Zamawiającego w ramach realizacji zamówienia, przesyłkami. 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 o wykreślenie tego wymogu. Na poparcie powyższego Wykonawca cytuje co następuje: "Warto także podać przykład usług, w odniesieniu do których zastosowanie wymogu zatrudnienia na podstawie przepisów kodeksu pracy będzie w praktyce niemożliwe. Dotyczy to na przykład usług pocztowych. W ich przypadku trudne, a wręcz niemożliwe, staje się wyliczenie czasu poświęconego przez poszczególnych pracowników operatora pocztowego na obsługę zamawiającego, a w związku z tym nie jest możliwe określenie w dokumentacji postępowania wymiaru czasu pracy, w jakim muszą być zatrudnieni poszczególni pracownicy operatora w związku z realizacją przedmiotu zamówienia." (Komentarz praktyczny Marek Stoppel- Wymóg zatrudnienia w oparciu o przepisy prawa pracy po nowelizacji PZP - Źródło LEX). Przypomnieć tu trzeba również Opinię dotyczącą art. 29 ust. 3a ustawy PZP wydaną przez Urząd Zamówień Publicznych dostępną na stronie internetowej urzędu, w której m.in. czytamy co następuje: „Co do zasady, pracownicy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprząający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Dalej należy wskazać, iż Zamawiający żąda wykazania osób zatrudnionych u operatora co do czynności doręczania przesyłek do siedziby Zamawiającego, która to czynność nie jest i nie może być objęta niniejszym postępowaniem, gdyż doręczenie przesyłki do Zamawiającego 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 świadczenie usługi pocztowej zawartej z nadawcą przesyłki do Zamawiającego. W ocenie Wykonawcy Zamawiający nie jest również uprawniony do żądania wykazu osób zatrudnionych do realizacji tych czynności. Należy w tym miejscu wskazać, iż z opinii Inspektora GIODO wydanej po zadaniu pytania przez Prezesa UZP dotyczącego żądania od wykonawcy oświadczeń pracowników wykonujących czynności przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania przesyłek jak również kopii umów potwierdzających zawarcie umowy o pracę wynika że takie żądanie narusza kwestię ochrony danych osobowych pracowników. Zamawiający może jedynie wymagać od wykonawców złożenia oświadczenia o ilości pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wykonawca wnioskuję więc o wykreślenie wskazanych wyżej postanowień IWZ. Wykonawca wskazuje również na brak załącznika dot. przedmiotowego zakresu.

Wyjaśnienie na Zapytanie nr 1

Zamawiający wskazał, że warunek zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę dotyczy osób dokonujących odbioru przesyłek od Zamawiającego i doręczania przesyłek Zamawiającemu. Zamawiający na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy pzp może wymagać zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy” (Dz. U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.) dotyczących: - odbioru przesyłek od Zamawiającego i doręczania przesyłek Zamawiającemu. Jest to wąska grupa osób, która odbiera przesyłki i doręcza przesyłki do Urzędu Gminy Włocławek. Są to czynności które dana osoba może zobowiązać się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zamawiającemu znana jest opinia przywoływana w zapytaniu i Zamawiający stawiając wymagania zatrudnienia tej wąskiej grupy osób na podstawie umowy o pracę nie narusza rażąco zasady uczciwej konkurencji, nie eliminuje z udziału w postępowaniu Wykonawcę, który również pełni funkcję operatora wyznaczonego. Zamawiający wskazuje, że wymóg określenia czynności, które przy świadczeniu usługi będzie wykonywał Wykonawca, przy udziale innych osób jako pracowników wymaga ustawa Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przedstawia załącznik nr 7 do IWZ określający wykaz osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy.

Załącznik nr 7 IWZ



/pieczęć Wykonawcy/Wykonawców/

WYKAZ OSÓB

*które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia
na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy
„Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym” ROR.271.1.35.2018*

Lp.	Stanowisko/funkcja	Miejsce wykonywania pracy (np. placówka pocztowa, obszar działania)	Wymiar czasu pracy	Miejscowość, w której będzie zatrudniony Pracownik

1	2	3	4	5

....., dnia r.

.....

*/ podpis(y) osób(y) upoważnionej (ych) do reprezentowania
Wykonawcy lub Pełnomocnika Wykonawców wspólnie
ubiegających się o udzielenie zamówienia/*

W pozostałym zakresie Zamawiający nie zmienia kryteriów oceny ofert i zapisów IWZ oraz wzoru umowy w zapisach wskazanych w pytaniu nr 1 Wykonawcy.

Pytanie nr 2

2. W pkt 11 IWZ Zamawiający stawia 2 kryteria oceny ofert z których jedno należy uznać za całkowicie nieuprawnione a mianowicie chodzi tu o kryterium „zatrudnienia”. Kryterium zatrudnienia zostało opisane przez Zamawiającego jako procent zatrudnienia osób zaangażowanych do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę według stanu na 31 sierpnia 2018 roku. Takiej grupy nie sposób wyodrębnić na co wskazywano już wyżej a tym bardziej na dzień 31.08.2018 roku, kiedy nie było realizowane niniejsze zamówienie. Jeszcze raz należy podkreślić, iż nie jest możliwe wyodrębnienie grupy pracowników u operatorów pocztowych mających wyłącznie wykonywać czynności z zakresu tego zamówienia. Wszyscy pracownicy zaangażowani są w realizację usług pocztowych milionów nadawców a nie wyłącznie Zamawiającego. Stąd wniosek Wykonawcy o wykreślenie tego kryterium.

Wyjaśnienie na Zapytanie nr 2

Jeżeli chodzi o kryteria oceny ofert o kryterium zatrudnienie, zdaniem Zamawiającego Wykonawca ma możliwość podania w procentach zatrudnionych osób, które będą zaangażowane do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę według stanu na 31 sierpnia 2018 r. gdyż Wykonawca jako pracodawca jest zobowiązany składać sprawozdania do GUS kwartalnie min. Z- 03 i Z-05.

Zamawiający nie zmienia kryteriów oceny ofert i zapisów IWZ oraz wzoru umowy w zapisach wskazanych w pytaniu nr 2 Wykonawcy.

Pytanie nr 3

3. W § 3 ust. 5 Zamawiający określa godziny dostarczania przesyłek do jego siedziby. Mając na uwadze argumentację przedstawioną wyżej, Wykonawca wnosi o wykreślenie postanowień dotyczących ram czasowych doręczania przesyłek przychodzących do Zamawiającego .

Wyjaśnienie na Zapytanie nr 3

Zapis § 3 ust. 5 umowy odnosi się do części usługi doręczenia przesyłek do siedziby Zamawiającego i jest uzasadniony tym, że Zamawiający który jest zainteresowany otrzymywaniem przesyłek we wskazanych godzinach.

Zamawiający nie zmieni więc wzoru umowy w zapisach wskazanych w pytaniu nr 3 Wykonawcy.

Pytanie nr 4

4. W § 7 ust. 5 wzoru umowy (Zał. Nr 6) Zamawiający nie przewiduje podwyższenia cen zaoferowanych przez Wykonawcę. Wykonawca jako operator pocztowy i wyznaczony, zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, w tym także usług o charakterze powszechnym, nie może swobodnie ustalać cen za świadczenie tego typu usług. Przepisy zamieszczone w rozdziale IV ustawy Prawo pocztowe wyznaczają ścisły reżim ustalania opłat za świadczenie powszechnych usług pocztowych. Zatem w przypadku zmian cen w trakcie wykonywania umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, w świetle istotnych postanowień zawartych w treści Umowy, Wykonawca realizując zamówienia w cenach wynikających z formularza, zmuszony będzie do świadczenia powszechnych usług pocztowych z naruszeniem przepisów ustawowych, nie tylko z zakresu prawa pocztowego, ale także cywilnego, czy antymonopolowego. Taki stan rzeczy byłby niedopuszczalny zarówno ze względu na ustawowe obowiązki ciążące na Wykonawcy jako operatorze wyznaczonym, jak również ze względu na narażenie Wykonawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą, której zakres trudno nawet przewidzieć.

W związku z tym Wykonawca wnosi o modyfikację § 7 ust. 5 wzoru umowy poprzez dostosowanie w/w zapisu poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego zmiany „cen jednostkowych brutto” w sytuacji spowodowanej zmianami tych cen w sposób dopuszczony przez Prawo pocztowe.

Wyjaśnienie do zapytania nr 4

Wykonawca jako operator pocztowy i wyznaczony, jest zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, nie tylko usług o charakterze powszechnym. Może świadczyć również usługi na podstawie zawartych umów w oparciu o Kodeks cywilny po przeprowadzonej procedurze na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie zmieni zapisu § 8 ust. 5 wzoru umowy z uwagi, że cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową.

Pytanie nr 5

5. Czy ze względu na obowiązujące regulacje wewnętrzne u Wykonawcy i ze względu na fakt, iż poniższa propozycja zapewnia wystarczający czas na dokonanie płatności, Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany terminu płatności za zrealizowane usługi pocztowe w § 9 ust. 1, poprzez wykreślenie warunku i pozostawienie jedynie następującej treści: „1. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie uiszczane przez Zamawiającego z dołu, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 21 dni kalendarzowych licząc od dnia wystawienia faktury VAT.” Dalej w § 9 ust. 3 Projektu umowy Zamawiający określa, iż datą zapłaty faktury będzie data obciążenia konta Zamawiającego. Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie momentu zapłaty nie pozwala Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi – co jest niezgodne z orzecznictwem sądów w tej sprawie oraz uniemożliwia Wykonawcy monitorowanie terminowości płatności za świadczone usługi oraz 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 wprawdzie 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”?

Wyjaśnienie do zapytania nr 5

Zamawiający nie dopuszcza zmiany zapisu § 10 ust. 3 wzoru umowy. W tym zakresie ma zastosowanie art. 455 kc, w myśl którego, jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. W przypadku świadczenia usług pocztowych w warunkach zapytania ofertowego, Zamawiający wskazuje, co będzie rozumiane przez termin zapłaty.

Pytanie nr 6(1)

6. W § 10 Wykonawca proponuje wykreślenie w całości ustępu 3,4 i 5, gdyż kwestie odszkodowania z tego tytułu zostały określone w ustępie 1 – w oparciu o przepisy ustawy Prawo Pocztowe. Zamawiający ustanowił w tych postanowieniach jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia, co godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.

Wyjaśnienie do Zapytania nr 6(1)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu § 11 ust.3 wzoru umowy. Zamawiający nie zamawia u Wykonawców wykonania powszechnych usług pocztowych lecz umowne i w tym zakresie może przedstawić w warunkach zamówienia, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy będzie dochodził kar umownych Zgodnie z art. 483 § Kodeksu Cywilnego można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Nie jest to nadużycie prawa jak sugeruje pytający.

Pytanie nr 6(2)

6. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz w § 3 ust. 2 Projektu umowy Zamawiający m.in. wymaga, aby przesyłki dostarczane były do każdego miejsca za granicą. Wykonawca wskazuje, że nie może zagwarantować doręczenie przesyłek do każdego adresu poza granicami kraju, bowiem doręczenia przesyłek do innych państw uzależnione jest od zawartych z tymi państwami umów międzynarodowych. W związku z tym prosimy o zmianę tego zapisu na następujący „Przesyłki nadawane przez Zamawiającego dostarczane będą przez Wykonawcę do każdego miejsca w kraju a poza jego granicami do państw ujętych w wykazie umieszczonym w cenniku usług powszechnych”.

Wyjaśnienie do Zapytania nr 6(2)

Zamawiający dokonuje zmiany zapisu § 3 ust. 2 zd. 1 umowy, który otrzymuje brzmienie „Przesyłki nadawane przez Zamawiającego będą dostarczane przez Wykonawcę do każdego miejsca w kraju, a poza jego granicami do państw ujętych w wykazie umieszczonym w cenniku usług powszechnych.” Zapisy zawarte w pkt. 4 „Szczegółowego opisu zamówienia”, który stanowi załącznik nr 1 do IWZ, już uwzględniają tę zmianę.

Pytanie nr 7

7. Prosimy również o wyjaśnienie dla jakich celów postawiony został w pkt 6.4 pkt 4 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wymóg podawania ilości placówek oraz wykazu placówek w powiecie wrocławskim. Nie jest to bowiem warunek udziału w postępowaniu ani też kryterium oceny, co powoduje że żądanie tych informacji wydaje się w tym postępowaniu zbędne i nielogiczne. Wnosimy o wykreślenie tych obowiązków zarówno z załącznika, jak i z projektu. (komentarz: Nie przesłano mi tego załącznika. Proszę sprawdzić czy na pewno taki zapis jest . Ja w IWZ znajduję tylko wykaz placówek znajdujących się w odległości do 700 m od siedziby Zamawiającego. Proszę dokładnie sprawdzić) .

Wyjaśnienie do zapytania nr 7

Pytanie jest w części niejasno sformułowane. Natomiast odnośnie brzmienia pkt 6.4 ppkt 4 IWZ to brzmi on „wykaz placówek znajdujących się w odległości do 700 m od siedziby Zamawiającego ul Królewiecka 7 87-800 Wrocławek.”

Pytanie nr 8

8. Wykonawca wnosi także o wykreślenie § 16 Wzoru umowy bowiem jest on wprowadzony bez żadnej podstawy prawnej, gdyż na mocy tej umowy nie dochodzi do powierzenia przetwarzania danych osobowych przez Zamawiającego. Wykonawca będąc operatorem pocztowym w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, tj. przedsiębiorcą uprawnionym do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych jest zobowiązany do przestrzegania tajemnicy pocztowej. Zgodnie z dyspozycją art. 42 ww. ustawy informacje lub dane objęte tajemnicą pocztową mogą być zbierane, utrwalane, przechowywane, opracowywane, zmieniane, usuwane lub udostępniane tylko wówczas, gdy czynności te **dotyczą świadczonej usługi pocztowej albo są jej niezbędne do jej wykonania** lub przepisy odrębne stanowią inaczej. Brak jest więc konieczności odrębnego powierzenia przetwarzania danych osobowych odrębną umową czy też szczególnymi postanowieniami umowy o świadczenie usług. Legalność przetwarzania danych przez Wykonawcę jest zapewniona również poprzez wypełnienie dyspozycji art. 6 ust. 1 lit. c) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE - przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku ciążącego na administratorze (w związku z ustawą Prawo Pocztove). Operator pocztowy w momencie przekazania danych osobowych w celu świadczenia usługi, staje się administratorem tych danych (czyli decyduje o sposobach przetwarzania przekazanych danych) a zatem podpisywanie umowy/zapisów powierzenia, a także przyjmowanie dodatkowych obowiązków następować będzie bez podstawy prawnej.

Wyjaśnienie na Zapytanie nr 8

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów wzoru umowy we wskazanym w zapytaniu zakresie..

Czym innym jest zachowanie tajemnicy pocztowej jako obowiązku nałożonego na operatorów pocztowych i osoby, które z racji wykonywanej działalności mają dostęp do tajemnicy pocztowej wynikające z art. 41 Prawa pocztowego , a co innego z ochrony danych osobowych które są zamieszczane np. książce nadawczej.

Dodatkowo informujemy, że termin składania ofert jest przedłużony do dnia 14 grudnia 2018 r. godz. 9.00.

WOJT
Magdalena Korpala-Komarowska