

Białystok, 4 grudnia 2015 r.

WOF.261.1.36.2015.AA

Dotyczy rozpoznania cenowego o wartości poniżej kwoty określonej w art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na świadczenie usług pocztowych oraz kurierskich na potrzeby Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Białymstoku oraz Wydziałów Spraw Terenowych RDOŚ w Suwałkach i Łomży.

Uprzejmie informuję, iż do powyższego postępowania nie mają zastosowania przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych (patrz art. 4 pkt. 8 ustawy). Kwota szacunkowa planowanego wydatku wynosi poniżej 30.000 euro. Tym niemniej w związku z pytaniami, które wpłynęły do Zamawiającego drogą e-mailową udzielamy następujących odpowiedzi.

Pytanie 1

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje nadawanie tzw. „przesyłek terminowych”, tj. 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?

Odpowiedź 1:

Tak, Zamawiający przewiduje nadawanie tzw. „przesyłek terminowych”.

Pytanie 2

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 operatorem). 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 – operator 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 operator jako operator wyznaczony ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych, nie może odmówić przyjęcia takich przesyłek nadawanych fizycznie przez operator w imieniu i na rzecz Zamawiającego. (...) Operator podnosił, 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 operatora 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 operatorowi. 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 operator bezskutecznie usiłował 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 operatora 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 [operatora] 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. 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.* Nie jest zatem zasadnym w szczególności żądanie zawarcia przez operatora alternatywnego umowy z operatorem. 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 doreczenia (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 postańca.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza wskazaną wyżej usługę pośrednictwa w zakresie nadawania przysyłek terminowych w kształcie opisanym przez Wykonawcę, czy też oświadcza, że ofertę w niniejszym postępowaniu może złożyć wyłącznie Poczta Polska S.A.?

Odpowiedź 2:

Usługa odbioru przesyłek została opisana w 6 i 7 Szczegółowego opisu przedmiotu rozpoznania (załącznik Nr 1 do rozpoznania cenowego). Natomiast jest koszty należy uwzględnić w pkt. XII ppkt. 2 formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do rozpoznania cenowego.

Pytanie 3

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

¹ Pismo opublikowane na stronie Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczty

zostać nadana w placówce operatora wyznaczonego, rozpoczyna się więc od sprawdzenia adresata przesyłki. Jeżeli jest nim:

- 1) sąd powszechny (ale tylko cywilny - kwestia przesyłek nadawanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego nie dotyczy postępowań karnych i korespondencji do prokuratorów);
- 2) sąd Administracyjny;
- 3) Urząd Skarbowy / Izba Skarbowa;
- 4) organ administracji publicznej, w tym organy administracji rządowej oraz organy jednostek samorządu terytorialnego;
- 5) Krajowa Izba Odwoławcza;

należy rozważyć, czy jednostka Zamawiającego:

- 1) jest stroną postępowania przed tym organem,
- 2) 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 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 3:

Zamawiający oszacował ilość przesyłek terminowych na poziomie ok. 1,5 % przedmiotu zamówienia.

Pytanie 4

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.	Rodzaj przesyłek/innych usług	Gramatura	Ilość sztuk ¹	Cena jednostkowa netto ²	Wartość netto ³ (kol. 4 x kol. 5)	Stawka podatku VAT (%)	Wartość brutto ⁴ (kol. 6 x kol. 7)
1	2	3	4	5	6	7	8
I. Listy rejestrowane traktowane jako przesyłka polecona (gabaryt A) nadane za pośrednictwem operatora wyznaczonego							
1	List ekonomiczny (zwykły) gabaryt A	do 50g					
2	List ekonomiczny (zwykły) gabaryt A	ponad 100g do 350g					

Odpowiedź 4:

Zamawiający nie dopuszcza możliwości zmiany formularza cenowego – wynagrodzenie uiszczane będzie zgodnie z przedstawionym formularzem cenowym.

Pytanie 5

Opisując kryteria oceny ofert w SIWZ, Zamawiający wskazał następujące kryteria: a) cena – 80%

b) liczba pracowników Wykonawcy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia – 20%.

W ocenie Wykonawcy proponowane kryterium nie jest korzystne dla interesu publicznego, godzi także w zasadę uczciwej konkurencji. Promowanie bezwzględnej liczby pracowników zatrudnionych na umowę o pracę wypacza w naszej ocenie konkurencyjność niniejszego postępowania przetargowego. Mamy bowiem do czynienia z wystąpieniem dwóch istotnych okoliczności: z jednej strony z dominującą pozycją niedawnego monopolisty rynku pocztowego mającego status tzw. operatora wyznaczonego, zatrudniającego ponad 80.000 pracowników na podstawie umów o pracę, a z drugiej strony wskutek rosnącej konkurencyjności występuje znaczący spadek cen usług pocztowych, do poziomu uniemożliwiającego dalsze obniżki. Tym samym promowanie liczby pracowników skutkuje przyznaniem operatorowi nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej. W naszej ocenie zastosowane kryterium nie odpowiada także celom, jakie mają być realizowane poprzez stosowanie tzw. społecznych klauzul w zamówieniach publicznych. Jest ono także irrelevantne dla sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

Operator konsekwentnie promuje stosowanie kryterium liczby pracowników, by wobec zrównania się oferowanych cen i wobec własnego przerostu zatrudnienia uzyskać bezzasadną przewagę konkurencyjną w postępowaniach przetargowych. Warto podkreślić, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się na przypadki takiego sposobu ukształtowania kryteriów oceny ofert która umożliwia 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 ma interes w kwestionowaniu zarzutów InPost, gdyż kryterium „liczby pracowników” jest dla niej dogodniejsze, niż kryterium „stosunku procentowego”.

Warto zresztą zauważyć, że nawet w sytuacji w której jakikolwiek inny wykonawca niż operator podjąłby się wysiłku zatrudnienia wszystkich pracowników wykonujących świadczenia na podstawie umów o pracę to nadal wybrana zostałaby nie oferta z najkorzystniejszą ceną – ale ofertą z największą ilością pracowników, nawet gdyby oferta operatora 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

² Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 640/11

³ InPost oraz PP mają porównywalne wielkościami sieci placówek pocztowych.

Mamy w naszej ocenie zatem do czynienia z doprowadzeniem do sytuacji, gdy preferując liczbę pracowników preferuje się okoliczności nie mające znaczenia dla sposobu wykonywania zamówienia, irrelevantne dla przedmiotu zamówienia. W sposób oczywisty może wystąpić sytuacja, gdy liczba pracowników nie będzie odpowiadała realnym potrzebom zamawiającego. 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 operator 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”, operator wykazał 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”, operator wykazał 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.”, operator wykazał 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 operator wskazywał 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.

Alternatywą względem powyższego jest kryterium społeczne w procentowej postaci, traktowane jako procent pracowników operacyjnych wykonawcy zatrudnionych w oparciu umowę o pracę (na minimum ½ etatu) w stosunku do wszystkich pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji zamówienia. Kryterium to 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

⁴ <http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/846501,poczta-zwalnia-pracownikow-czas-na-rozwoj-przez-ciecie-etatow.html>

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 wnioskuje do Zamawiającego o modyfikację kryteriów oceny ofert w sposób następujący:

Zamawiający będzie oceniał oferty według następujących kryteriów:

Nr	Nazwa kryterium	Waga
1	Cena	90 %
2	Kryterium społeczne	10 %

Punkty przyznawane za podane wyżej kryteria będą liczone według następujących wzorów:

Nr kryterium	Wzór						
2	Liczba pracowników. Liczba punktów:						
	Procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu)	2%	3%-8%	9%-15%	16%-22%	23% - 29%	30% i więcej
	Liczba uzyskanych punktów [pkt]	0	2	4	6	8	10

Kryterium nr 2:

Punkty przyznawane będą za deklarowany procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu) w stosunku do wszystkich pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji zamówienia.

Przez pracowników operacyjnych należy rozumieć pracowników zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy, zajmujących się przyjmowaniem, przemieszczaniem i doręczaniem przesyłek pocztowych.

Ocena w tym kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji wpisanych przez Wykonawcę do Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.

Punkty przyznawane będą według następującej zasady

Procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu)	2%	3%-8%	9%-15%	16%-22%	23% - 29%	30% i więcej
Liczba uzyskanych punktów [pkt]	0	2	4	6	8	10

UWAGA:

- a) Najwyższa liczba punktów (10) zostanie przyznana każdej ofercie, w której Wykonawca oświadczy, że

w trakcie realizacji zamówienia 30 % i więcej pracowników operacyjnych będzie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu).

Przykład 1: Jeżeli Wykonawca zatrudni 100 pracowników operacyjnych, z czego na podstawie umowy o pracę - 20 na pełny etat, 10 na 0,5 etatu, to należy podać, że 30% pracowników zatrudnionych będzie na umowę o pracę.

Przykład 2: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 30% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 36 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 30\% = 36$

Przykład 3: Jeżeli wykonawca zatrudnia 124 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 30% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 38 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $124 \times 30\% = 37,2$

Przykład 4: Jeżeli wykonawca zatrudnia 129 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 30% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 39 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $129 \times 30\% = 38,7$

- b) Zamawiający wymaga od Wykonawcy zapewnienia zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu), co najmniej 2% pracowników operacyjnych zatrudnionych przy realizacji przedmiotu zamówienia, w całym okresie obowiązywania umowy.

Przykład 1: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 5% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 6 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 5\% = 6$

Przykład 2: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 8% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 10 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 8\% = 9,6$

Przykład 3: Jeżeli wykonawca zatrudnia 120 pracowników operacyjnych i wskaże w formularzu oferty, że zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu) 11% pracowników operacyjnych, to w ramach ewentualnej kontroli zamawiającego, musi wykazać 14 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (na minimum ½ etatu). Sposoby wyliczenia: $120 \times 11\% = 13,2$

- c) Jeżeli wykonawca poda w formularzu oferty procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu) mniejszy niż 2%, bądź w ogóle nie poda udziału procentowego, zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia);
- d) Podany przez wykonawcę w formularzu oferty procentowy udział pracowników operacyjnych zatrudnionych na umowę o pracę (na minimum ½ etatu), musi być wyrażony w liczbach całkowitych.

- e) Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów łącznie we wszystkich kryteriach oceny ofert.
- f) Maksymalna ilość punktów, jaką po uwzględnieniu wag może uzyskać oceniana oferta, wynosi 100 punktów.
- g) Wynik działania w każdym z kryteriów podawany będzie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
- h) Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród ofert wybiera ofertę z niższą ceną.

Podsumowując powyższe, Wykonawca wnosi o dokonanie wskazanej modyfikacji SIWZ poprzez zmianę kryterium społecznego w postaci liczbowej na postać procentową oraz dokonanie odpowiednich zmian w dokumentacji postępowania.

Odpowiedź 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację postanowień zawartych w ogłoszeniu o rozpoznaniu cenowym.

Pytanie 6

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę tego terminu na 14 dni od daty dostarczenia faktury VAT. Ułatwi to Wykonawcy dokonywanie rozliczeń, pozostawiając Zamawiającemu odpowiedni czas na dokonanie płatności.

Odpowiedź 6:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do rozpoznania cenowego. Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy.

Pytanie 7

- 1) Zamawiający wskazuje w formularzu ofertowym usługi takie jak „Ekspres 24” czy „Kurier 48”. Wykonawca zwraca uwagę, że wyżej wskazane usługi są wykonywane przez konkretny podmiot, wobec czego można wysunąć wniosek, że wprowadzając takie zapisy, Zamawiający konstruuje SIWZ dążąc do wyboru konkretnego wykonawcy, co bez wątpienia stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady zapewnienia konkurencyjności postępowań. **Wykonawca zwraca się o usunięcie powyższych zapisów z treści zestawienia przesyłek.**
- 2) Podobnie rzecz ma się z wprowadzeniem wymogu udostępnienia zamawiającemu „elektronicznej książki nadawczej” (oraz zapewnienia w tym celu odpowiedniej infrastruktury). Wykonawca ponownie zwraca uwagę, że tego typu usługę (w wymaganym przez Zamawiającego kształcie) świadczy obecnie na rynku tylko jeden podmiot. Żaden inny operator pocztowy nie jest zatem w stanie spełnić takiego wymogu i złożyć oferty w niniejszym postępowaniu. W takiej sytuacji zasadny staje się zarzut, że Zamawiający dąży w istocie do zamknięcia postępowania na konkurencję i wprost dyskryminuje wykonawców innych niż operator wyznaczony. Przy tym taka sytuacja jest również niekorzystna dla samego Zamawiającego, gdyż w niekonkurencyjnym postępowaniu jedyny uczestnik zaproponuje zdecydowanie wyższe ceny i mniej dogodne warunki, niż w przypadku, gdyby musiał mierzyć się z konkurencyjnymi operatorami. **Wykonawca zwraca się zatem o usunięcie omawianego wymogu i otwarcie postępowania na udział innych niż operator wyznaczony wykonawców.**

Odpowiedź 7:

- 1) W stosunku do usług „Ekspres 24” czy „Kurier 48” wymienionych w formularzu cenowym (załącznik nr 3 do rozpoznania cenowego) Wykonawca może przedstawić usługę równoważną.
- 2) Zamawiający nie wyraża zgody. Obowiązki wykonawcy w tym zakresie określa § 2 ust. 7 i 8 wzoru umowy (załącznik nr 2 do rozpoznania cenowego).

**REGIONALNY DYREKTOR
OCHRONY ŚRODOWISKA
w Białymstoku**

dr inż. Lech Magrel

