

Mrągowo, dnia 20 marca 2015 r.

OK.340.2.2015

**dotyczy: odpowiedzi na pytania dotyczące zapytania ofertowego o świadczenie usług pocztowych na potrzeby Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Mrągowie.**

W odpowiedzi na pismo z dnia 18 marca 2015 r. w przedmiocie wyjaśnienia treści zapytania ofertowego - uprzejmie przedstawiam odpowiedzi na zawarte w treści ww. pisma pytania:

1) W rozdziale II – Opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 1, 2.1, 2.13 Zamawiający wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie powszechnych usług pocztowych. Pragniemy zauważyć, że usługi te ma prawo wykonywać tylko jeden operator pocztowy – operator wyznaczony, którym obecnie jest Poczta Polska. Ponadto usługi te świadczone są wyłącznie obywatelom w ramach powszechnego dostępu do usług pocztowych, nie zaś podmiotom, którym Poczta Polska składa indywidualnie określoną ofertę. W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie powyższych usług z opisu przedmiotu zapytania.

**Odpowiedź:**

Zamawiający w treści zapytania ofertowego z dnia 13 marca 2015 r. jednoznacznie wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych, paczek pocztowych oraz ich ewentualnych zwrotów na rzecz Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Mrągowie. W związku z powyższym, zapytanie skierowane przez Wykonawcę jest całkowicie niezrozumiałe w kontekście ogłoszonego zapytania ofertowego, a żądanie wykreślenia usług pocztowych o charakterze powszechnym jest niemożliwe do zrealizowania z uwagi na brak powyższego zapisu w treści ww. zapytania ofertowego.

2) W rozdziale II – Opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 2 lit. b oraz 2.3 Zamawiający wskazuje że usługi pocztowe świadczone w ramach zamówienia mają być wykonywane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego. 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 końca 2015 roku 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, są, 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 zwraca się z wnioskiem o eliminację cytowanego zapisu z treści SIWZ.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie może udzielić odpowiedzi Wykonawcy na powyższe pytanie, gdyż zapisy w treści zapytania ofertowego z dnia 13 marca 2015 r. wskazane w piśmie Wykonawcy z dnia 18 marca 2015 r. nie istnieją. Tym samym, w stanie faktycznym sprawy sugerowanie przez Wykonawcę rzekomo

istniejących zapisów w treści zapytania ofertowego jest niedopuszczalne i całkowicie niezrozumiałe.

3) W rozdziale II – Opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 2.5 Zamawiający wskazuje, że będzie nadawał przesyłki na podstawie ustawy Ordynacja podatkowa, kodeks postępowania administracyjnego i kodeks postępowania cywilnego z zachowaniem zasad dotyczących operatora wyznaczonego. 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. 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. 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 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. Zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Poczta Polska 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 łączył będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczcie, 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 Lublin<sup>1</sup>: 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 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 jest 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.

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 (niezależnie od cen z formularza cenowego), czy też zamawiający dokona modyfikacji s.iw.z. poprzez wyodrębnienie takiej pozycji w formularzu cenowym?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie może udzielić odpowiedzi Wykonawcy na powyższe pytanie, gdyż zapisy w treści zapytania ofertowego z dnia 13 marca 2015 r. wskazane w piśmie Wykonawcy z dnia 18 marca 2015 r. nie istnieją. Tym samym, w stanie faktycznym sprawy sugerowanie przez Wykonawcę rzekomo istniejących zapisów w treści zapytania ofertowego jest niedopuszczalne i całkowicie niezrozumiałe.

4) Czy poprzez określone w rozdziale V Kryterium oceny ofert – „oferta najkorzystniejsza

ekonomicznie”, należy rozumieć wyłącznie cenę zaoferowaną za wykonanie Zamówienia, gdzie cena najniższa zaoferowana przez danego wykonawcę zostanie uznana za „najkorzystniejszą ekonomicznie”?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie może udzielić odpowiedzi Wykonawcy na powyższe pytanie, gdyż zapisy w treści zapytania ofertowego z dnia 13 marca 2015 r. wskazane w piśmie Wykonawcy z dnia 18 marca 2015 r. nie istnieją. Tym samym, w stanie faktycznym sprawy sugerowanie przez Wykonawcę rzekomo istniejących zapisów w treści zapytania ofertowego jest niedopuszczalne i całkowicie niezrozumiałe. Na marginesie wskazać należy, że zgodnie z treścią zapytania ofertowego z dnia 13 marca 2015 r. kryterium wyboru oferty stanowi cena brutto - 100%.