

Mogilno, dnia 18 .11.2022 r.

OR.272.18.2022

**Wykonawcy biorący udział
w postępowaniu**

**Dotyczy postępowania pn.: „Świadczenie usług pocztowych dla Starostwa
Powiatowego w Mogilnie w 2023 roku”**

Odpowiedź na pytanie do treści SWZ

Zamawiający informuje, że do ww. postępowania wpłynęły pytania do treści SWZ. W związku z tym Zamawiający zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp”, przekazuje treść pytania wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie 1

Zamawiający w Istotnych postanowieniach umowy rozdział III § 3 ust. 1 pkt. 8 stawia wymóg dotyczący zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z usługą pocztową w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto w rozdziale III § 3 ust. 1 pkt. 9 Istotnych postanowień umowy Zamawiający określa sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób wymagając stosownych oświadczeń, które należy złożyć w wyznaczonym terminie i na każde wezwanie Zamawiającego. Dalej w Rozdziale VIII § 8 ust.1 pkt d Zamawiający przewiduje karę umowną w wysokości 200,00 zł za każdy przypadek naruszenia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób biorących udział w realizacji umowy. Wykonawca wskazuje, że tak sprecyzowana klauzula zatrudnienia nie uwzględnia specyfiki świadczenia usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia a polegającej na powszechności tych usług i stąd ogromnej ilości przyjmowanych i doręczanych przesyłek, które wymagają zatrudnienia tysięcy osób do realizacji tych czynności. Wykonawca sam zatrudnia blisko 80000 osób z czego większość zatrudniona jest w tzw. eksploatacji, czyli właśnie przy wykonywaniu czynności operacyjnych w tym oczywiście doręczycieli. Tak ogólne określenie czynności, które mają być wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy oraz postawienie wymogu aby wszystkie osoby wykonujące te czynności, były związane z wykonawcą stosunkiem pracy

narusza ewidentnie przepis art. 95 PZP, który wymaga od każdego Zamawiającego przeprowadzenia analizy czy faktycznie przy wykonywaniu danych czynności konieczne jest zatrudnienie osób, nadto Zamawiający musi wziąć pod uwagę czynności wykonywane tylko dla Zamawiającego, czego w niniejszej postępowaniu nie da się wyodrębnić, bowiem czynności odbioru i doręczania przesyłek wskazane przez Zamawiającego, wykonują również dla innych nadawców przesyłek. W tym miejscu warto przytoczyć opinię UZP dotyczącą wprawdzie wykładni przepisu art. 29 ust. 3a dawnego PZP, która jednak w pełni zachowała swoją aktualność, gdzie UZP uznał za niedopuszczalne i sprzeczne z prawem następujące działania Zamawiającego: „Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc.” Wykonawca podkreśla, iż świadczy usługi pocztowe dla wielu podmiotów i nie ma możliwości wydzielenia i tym samym wskazania pracowników uczestniczących w doręczaniu przesyłek nadanych przez konkretnego Zamawiającego. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający zgodnie z art. 95 Pzp nie jest obowiązany bezwzględnie do wprowadzania klauzuli zatrudnienia, bowiem tak jak w poprzednim stanie prawnym jest najpierw zobowiązany dokonać prawidłowej, dogłębnej analizy czynności objętych przedmiotem zamówienia i dopiero gdy Zamawiający dojdzie do przekonania, iż przy realizacji zamówienia publicznego na usługi, wykonanie określonych czynności dla Zamawiającego będzie zawierało cechy stosunku pracy to wówczas jedynie do tych czynności może stawiać wymogi zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. 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 natomiast 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, co jeszcze raz należy podkreślić - nie jest możliwe wyodrębnienie grupy pracowników wykonujących opisane przez Zamawiającego czynności, którzy dedykowani są tylko i wyłącznie realizacji usługi pocztowej na rzecz Zamawiającego. Osoby zatrudnione przez operatorów pocztowych wykonują czynności związane z wykonaniem usługi, nie tylko co do przesyłek nadanych przez Zamawiającego ale przez miliony innych nadawców, wobec powszechności usług pocztowych i nie jest możliwe ustalenie pracowników zajmujących się wyłącznie nadanymi przez Zamawiającego w ramach realizacji zamówienia. 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 przede wszystkim o wykreślenie tak sprecyzowanej klauzuli zatrudnienia oraz postanowień dotyczących kar umownych. Zamawiający w szczególności wnosi o wykreślenie zapisu dotyczącego oświadczenia składanego przez zatrudnionego pracownika. W przypadku zawarcia umowy stronami będą Wykonawca i Zamawiający, a nie pracownik. Pracownik nie ma obowiązku składać oświadczenia na rzecz Zamawiającego. Treść zapisów wskazuje, że zarówno pracownik jak i pracodawca byłoby zobowiązani do poświadczania tej samej informacji tj. zatrudnienia w ramach umowy o pracę. Poza oświadczeniem wykonawcy o zatrudnieniu pracowników na podstawie umów o pracę, również zanonimizowana umowa o pracę będzie stanowić potwierdzenie zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę. Zapisy takie nakładają na Pracodawcę obowiązek, który nie będzie zależał od Pracodawcy. To będzie zależało od dobrej woli pracownika, a nie pracodawcy. A w przypadku niewykonania - na pracodawcę wskazane są określone kary. Nadto Wykonawca zauważa, że nie ma podstaw również do tego, żeby w oświadczeniu wskazanym w Rozdziale III § 3 ust. 1 pkt. 9a Istotnych postanowień umowy wskazywać z imienia i nazwiska osoby spełniające wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, albowiem dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia

określonych warunków przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudniania osób w takiej formie – dla potwierdzenia którego nie jest konieczna zamawiającemu znajomość imion, nazwisk, daty zatrudnienia czy ich rodzaju umowy o pracę.

W przypadku natomiast woli pozostawienia przez Zamawiającego klauzuli zatrudnienia Wykonawca wnosi o rozważenie jej modyfikacji i uznanie za spełnienie wymogów zamawiającego poprzez podanie liczby wszystkich pracowników zatrudnionych u Wykonawcy w grupie doręczycieli w etatach, na ostatni dzień miesiąca i zobowiązanie Wykonawcy aby przynajmniej 50% pracowników było zatrudnionych na podstawie stosunku pracy. Ze względu na bardzo dużą ilość zatrudnionych pracowników Wykonawca prosi o wprowadzenie zapisu określającego wyraźnie ilość kopii umów, jakie miałyby być przedłożone Zamawiającemu i poświadczonych za zgodność z oryginałem do np. 10 szt., na każde wezwanie Zamawiającego, jednak nie częściej niż raz na kwartał oraz z terminem przekazania dowodów zatrudniania nie krótszym niż 10 dni roboczych. Mając powyższe na uwadze Wykonawca wnosi w pierwszej kolejności o wykreślenie klauzuli zatrudnienia, a ewentualnie o jej konkretyzację i modyfikację przy uwzględnieniu propozycji Wykonawcy.

Odpowiedź 1

Zamawiający modyfikują treść SWZ oraz IPU dotyczącą zatrudnienia pracowników na podstawie stosunku pracy. Obowiązek zatrudnienia pracowników na podstawie stosunku pracy będzie dotyczyć pracowników Wykonawcy wykonujących czynności związane z odbieraniem przesyłek nadawanych przez Zamawiającego, od pracownika Zamawiającego w placówce Wykonawcy oraz z przekazywaniem przesyłek adresowanych do Zamawiającego, pracownikowi Zamawiającego w placówce Wykonawcy. Sposób weryfikacji zatrudnienia osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy zostaje bez zmian, gdyż wynika on z art. 438 ustawy Pzp. Zmodyfikowane SWZ oraz IPU zostaje opublikowane wraz z odpowiedziami na

pytania na BIP Zamawiającego oraz na stronie prowadzonego postępowania na platformie zakupowej.

Pytanie 2

Zamawiający w Istotnych postanowieniach umowy Rozdział VIII § 8 ust. 1 przewiduje szereg kar umownych nałożonych na Wykonawcę tj. w § 8 ust. 3 łączną maksymalną wysokość kar umownych w wysokości do 8000,00 zł, które może dochodzić Zamawiający z tytułu niniejszej umowy, ponadto w § 8 ust. 1 pkt. b oraz ust 2 Zamawiający przewiduje karę umowną w wysokości 3000,00 zł w razie odstąpienia od całości lub części umowy z przyczyn zawinionych po stronie zarówno Wykonawcy jak i Zamawiającego. Wykonawca wnosi o wykreślenie wyżej przywołanych kar z Istotnych postanowień umowy bowiem zastrzeżone kary są zbyt wygórowane i nieadekwatne. Zastrzeżenie kary umownej na przypadki określone według Zamawiającego wykraczające poza przypadki określone w Prawie pocztowym jest sprzeczne z tą ustawą, a tym samym mogą być uznane za nieważne.

Odpowiedź 2

Zamawiający nie wprowadza zmian odnośnie maksymalnej wysokości kar umownych oraz kary umownej za odstąpienie od umowy. Obowiązek określenia maksymalnej wysokości kary umowne wynika z ustawy art. 436 pkt 3 ustawy Pzp.

Pytanie 3

W Istotnych postanowieniach umowy Rozdział X § 10 ust. 2 pkt. b Zamawiający przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia przekraczającą 10% wartości początkowej oraz że maksymalna wartość zmian nie może przekroczyć 15% wartości początkowej. Wykonawca wnosi o wykreślenie ww zapisów gdyż nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia jakim jest świadczenie usług pocztowych, dla których to usług wynagrodzenie jest zależne przede wszystkim od poziomu opłat wprowadzanych decyzją Prezesa UKE zgodnie z ustawą Prawo pocztowe.

Odpowiedź 3

Zamawiający wykreśla zapisy dotyczące zmiany umowy zawarte w pytaniu. Zmodyfikowane IPU zostaje opublikowane wraz z odpowiedziami na pytania na BIP Zamawiającego oraz na stronie prowadzonego postępowania na platformie zakupowej.

Pytanie 4

W Istotnych postanowieniach umowy Rozdział X § 10 ust. 2 pkt. a Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia m.in. w przypadku zmiany cennika usług pocztowych zatwierdzonych przez Prezesa UKE w zakresie jakim znajdują one zastosowanie do niniejszej umowy. Jednocześnie Zamawiający w § 10 ust. 3 i 4 przewiduje możliwość zawarcia w tym przypadku aneksu do umowy pod rygorem nieważności, który poprzedzać ma propozycja zmiany umowy wraz z jej opisem, uzasadnieniem zmiany i obliczeniami uzasadniającymi ewentualną zmianę wynagrodzenia. Z uwagi na brzmienie art.56-59 Prawa pocztowego i fakt, że wejścia zmiany cennika usług powszechnych w życie uzależnione jest jedynie od wydanej przez Prezesa UKE decyzji oraz ogłoszenia takiej zmiany na stronie podmiotowej BIP oraz udostępnieniu w każdej placówce pocztowej operatora wyznaczonego jakim jest Poczta Polska i na jego stronie internetowej, Wykonawca wnosi o dopisanie w § 10 ust. 4 Istotnych postanowień umowy słów: „ za wyjątkiem zmian o których mowa w § 10 ust. 2 pkt. a, które wchodzi w życie w sposób przewidziany w Prawie pocztowym, co wystarcza do zmiany niniejszej umowy w tym zakresie”.

Odpowiedź 4

Zamawiający zmieni brzmienie § 10 ust. 4 IPU na zaproponowane w pytaniu. Zmodyfikowane IPU zostaje opublikowane wraz z odpowiedziami na pytania na BIP Zamawiającego oraz na stronie prowadzonego postępowania na platformie zakupowej.

Pytanie 5

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy podwykonawca, o którym mowa w Rozdziale VII § 7 istotnych postanowień umowy, powinien posiadać umowę z Wykonawcą

o której mowa w art. 35 Prawa pocztowego t.j. pisemna umowę o współpracę w zakresie świadczenia usługi pocztowej objętej niniejszym postępowaniem oraz czy fakt zawarcia takiej umowy będzie przez Zamawiającego weryfikowany, a jeśli tak to w jaki sposób?

Odpowiedź 5

Tak, Wykonawca musi posiadać umowę o której mowa w art. 35 Prawa pocztowego. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu kopie zawartej umowy w terminie 10 dni od dnia zawarcia umowy.

Pytanie 6

Wykonawca wnioskuję o dopuszczenie możliwości dołączenia do umowy zawieranej z wybranym Wykonawcą załącznika (wzór Wykonawcy w załączeniu) dot. klauzuli antykorupcyjnej.

Odpowiedź 6

Zamawiający dołączy załącznik zaproponowany przez wykonawcę jako załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający na podstawie art. 284 ust. 3 ustawy Pzp, wydłuża termin składania ofert w postępowaniu i jednocześnie zmienia termin otwarcia ofert oraz termin związania ofertą.

Nowy termin składania ofert: 25.11.2022 r. godz. 11:00

Nowy termin otwarcia ofert: 25.11.2022 r. godz. 11:30

Nowy termin związania ofertą: 23.12.2022 r.

W związku z powyższym zmianie ulega ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ.

PRZEWODNICZĄCY ZARZĄDU

.....
Tomasz Krzesiński

(podpis Zamawiającego)