

Znak procedury: 11/2019

W Y K O N A W C Y

Dotyczy: Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Ministerstwa Sportu i Turystyki

Ministerstwo Sportu i Turystyki, uprzejmie informuje, iż wpłynęły zapytania, dotyczące ww. postępowania, poniżej podajemy treść zapytań i udzielone odpowiedzi.

Pytanie nr 1

W Istotnych postanowieniach umowy § 4 ust. 11 Zamawiający wskazał, że za dzień zapłaty przyjmuje się dzień obciążenia rachunku bankowego 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 zwłokę. 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.

Ze względu na to, że faktyczną możliwością dysponowania środkami jest data ich wpływu na rachunek Wykonawcy, Wykonawca wnosi o zmianę określenia dnia zapłaty według powszechnie stosowanej formy w obrocie gospodarczym: „Za dzień zapłaty strony przyjmują dzień wpływu środków na rachunek bankowy Wykonawcy”?

Odpowiedź 1

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 2

W Istotnych postanowieniach umowy § 8 ust. 9 Zamawiający wymaga od Wykonawcy wyrażenia zgody na potrącanie kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia.

Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia 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.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu na „Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie wymagalnych kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej. Zamawiający może dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowania przenoszącego zastrzeżone na jego rzecz kary umowne”.

Odpowiedź 2

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie nr 3

W Istotnych postanowieniach umowy § 11 Klauzule społeczne zamawiający wymaga, by osoby realizujące w ramach niniejszego zamówienia czynności:

- 1) przyjmowania do nadania przesyłek oraz ich nadania, wydawania przesyłek,
- 2) sortowania przesyłek pocztowych,

- były zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 z późn. zm.), oraz do dokumentowania i przedkładania dokumentów umożliwiających przeprowadzenie kontroli.

Wykonawca informuje, iż warunek postawiony przez Zamawiającego jest nadmierny i nieracjonalny, gdyż żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku usług pocztowych nie jest w stanie go spełnić, a tym samym zapewnić, przy obejmującym zasięgiem cały kraj zamówieniu, iż w realizacji zamówienia udział brać będą jedynie pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę, tym bardziej, że Prawo Pocztove dopuszcza posiadanie sieci agencji pocztowych.

Żaden wykonawców funkcjonujących na rynku nie będzie w stanie złożyć oferty i podjąć się realizacji zamówienia na warunkach określonych w SIWZ.

W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia, w tym również obowiązek wynikający z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym uniemożliwić złożenie oferty. Określenie przez Zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania warunku, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych.

Fakt, że Wykonawca będący jednocześnie Operatorem Wyznaczonym może w ogóle nie złożyć oferty w realiach niniejszej sprawy, powinien zostać uznany za okoliczność świadcząca o tym, że przewidziany przez Zamawiającego wymóg, nie znajdujący oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i w specyfice przedmiotowego postępowania, może utrudniać udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że przepis ustawy Pzp wymaga jedynie uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji. Tym bardziej, że orzecznictwo, co do opisu przedmiotu zamówienia w takich okolicznościach, jest jednoznaczne, np. w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: „Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwiania takiej konkurencji”.

Postawienie ww. wymogu, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawcę, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 29 ust. 2, z uwagi na niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisać przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Wobec powyższego, ww. wymóg należy uznać za warunek nadmierny, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy.

Ponadto nadmienić należy iż z opinii Inspektora GIODO wydanej po zadaniu pytania przez Prezesa UZP dotyczącego żądania od wykonawcy 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 lub kopii zanonimizowanych umów. Umowy takie nie pozwalałyby na skuteczną weryfikację. Zamawiający nie miałby bowiem gwarancji, że zanonimizowane umowy dotyczą właśnie osób realizujących zamówienie.

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów w Istotnych postanowieniach umowy § 11 Klauzule społeczne w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga zatrudnienia co najmniej 85% osób na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawców pracowników wykonujących czynności w zakresie przyjmowania, przemieszczania, sortowania i doręczania przesyłek pocztowych oraz ich ewentualnych zwrotów”

Wykonawca wnosi o wykreślenie żądania przedstawienia jako dowodu poświadczonych za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopii umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie Wykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony). Kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. poz. 1000, z późn. zm.), tj. w szczególności adresów, nr PESEL pracowników. Informacje takie jak: imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez

pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych. Wniosek Wykonawcy jest jak najbardziej uzasadniony, gdyż Zamawiający oczekuje również zaświadczenia właściwego oddziału ZUS potwierdzającego opłacanie składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Wykonawca informuje, że:

- jest operatorem wyznaczonym, w związku z czym będzie na nim ciążył obowiązek przedstawienia nawet kilkudziesięciu tysięcy umów i kopii dokumentów potwierdzających zgłoszenie pracownika do ubezpieczeń. Czynności polegające na zanonimizowaniu takiej ilości dokumentów będą niemożliwe do wykonania. Żądanie jest technicznie niemożliwe do realizacji;
- nie będzie w stanie wskazać, którzy pracownicy będą fizycznie realizować umowę (z uwagi na liczbę pracowników, fluktuację itp.);
- nakładanie z tego tytułu kary umownej jest nie do zaakceptowania;
- koszt i czasochłonność wygenerowania żądanych dokumentów i poświadczenia za zgodność z oryginałem są wysokie, a ilość żądań zamawiającego jest w zasadzie nieograniczona.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę zapisu na „W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie (nie krótszym niż 14 dni) wykonawca przedłoży dokumenty dotyczące ilości osób zatrudnionych w przedsiębiorstwie, w tym kopie zaświadczenia ZUS dot. pracowników zgłoszonych do ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego lub oświadczenia podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy, potwierdzające liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.”

Odpowiedź 3

Zamawiający informuje, iż wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 z późn. zm.), dotyczy jedynie osób realizujących w ramach niniejszego zamówienia czynności:

- 1) przyjmowania do nadania przesyłek oraz ich nadania, wydawania przesyłek (usługa świadczona w siedzibie Zamawiającego),
- 2) sortowania przesyłek pocztowych,

W związku z powyższym obowiązek ten nie dotyczy sieci agencji pocztowych.

Jednocześnie Zamawiający rezygnuje z wymogu przedłożenia przez Wykonawcę:

- poświadczeń za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopii umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia ww. czynności,
- zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, potwierdzającego opłacanie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy;
- poświadczeń za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopii dowodów potwierdzających zgłoszenie pracowników przez pracodawcę do ubezpieczeń.

Zamawiający zmienił zapisy Istotnych postanowień umownych. Zmieniony Załącznik nr 2 do Ogłoszenia stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Pytanie nr 4

W Istotnych postanowieniach umowy § 11 ust. 3 Zamawiający z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności przewiduje sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kary umownej w wysokości 1% wynagrodzenia brutto w każdym miesiącu niespełnienia przez Wykonawcę powyższego zobowiązania.

Wykonawca, zwraca się o powtórny analizę i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kary umownej związanej z wymogiem zatrudnienia poprzez wykreślenie § 11 ust. 3.

Odpowiedź 4

Zamawiający informuje, iż § 11 ust. 3 zachowuje dotychczasowe brzmienie.