

**PYTANIA Z DNIA 16.11.2015 r.
I ODPOWIEDZI**

**Dotyczy zapytania ofertowego z dnia 10.11.2015 r. na świadczenie usług pocztowych
na rzecz Urzędu Miejskiego w Lublińcu**

Informuję, iż w dniu 16.11.2015 r. wpłynęły następujące pytania do ww. zapytania ofertowego:

Pytanie 1:

Zgodnie z obecnie już utrwalonym poglądem orzecznictwa, jednym z warunków zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na usługi pocztowe jest uszczegółowienie zasad procesowania 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 rzeczzonego 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 uzewnętrznioną 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 Poczta, 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: 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 odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest zatem zasadnym w szczególności żądanie zawarcia przez operatora alternatywnego umowy z Poczta Polska S.A. 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 nadana w placówce operatora wyznaczonego. Tymczasem z art. 35 Prawa pocztowego wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy dalszego przekazania przesyłki do doręczenia (przesyłka jest nadawana w sieci operatora alternatywnego a następnie przekazywana do sieci operatora wyznaczonego). Nie jest możliwe dwukrotne nadanie tej samej przesyłki, w ramach tej umowy nie powstaje zatem nadanie przesyłki i nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.*

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 jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w takim przypadku nabiera rzetelne określenie ilości takich przesyłek (należy przypomnieć iż są to jedynie przesyłki wymagające urzędowego potwierdzenia terminu nadania, np. apelacja – zwyczajowo jest to nie więcej niż 1-2% 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, w każdym przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje nadawanie tzw. przesyłek terminowych obok innych usług pocztowych, koniecznym jest opisanie podstawowych zasad sposobu usługi pośrednika.

W celu zachowania konkurencyjności konieczne jest po pierwsze, określenie szacowanej ilości takich przesyłek, po drugie, opisanie zasad uiszczania wynagrodzenia z tego tytułu.

Warto wskazać, że zamawiający, w przypadku problemów z oszacowaniem przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego, może zmodyfikować Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia poprzez dodanie odpowiedniego zapisu:

Zamawiający informuje, że w przypadku, gdy w kolumnie określającej szacunkową ilość przesyłek (w formularzu asortymentowo-cenowym) wpisano wartość 1, wskazany w tej pozycji rodzaj przesyłki nie był dotychczas nadawany, lub nadania występowały sporadycznie. Jednocześnie Zamawiający informuje, że ilości przesyłek podane w formularzu asortymentowo – cenowym są jedynie wartościami szacunkowymi, a przez to mogą nie pokrywać się z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego w zakresie świadczonych usług.

Z kolei opisanie zasad uiszczania wynagrodzenia z tego tytułu może nastąpić poprzez, alternatywnie:

- zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym (asortymentowo – cenowym), 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.

Brak wyodrębnienia takiej pozycji w praktyce przesądza o konieczności obciążenia zamawiającego kosztami wykonania usługi „niepocztowej” na podstawie cennika załączonego przez operatora alternatywnego do oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie:

- czy Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A.?
- jeśli tak, to na jakich zasadach dokonywane będą rozliczania usługi pośrednictwa przy wykonywaniu tzw. przesyłek terminowych. Czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty, czy też zamawiający dokona modyfikacji Zapytania poprzez wyodrębnienie takiej pozycji w formularzu cenowym?

Odpowiedź:

- Tak, Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A.,
- Kwestie rozliczeń leżą w gestii Wykonawcy.

Pytanie 2:

W treści formularza cenowego Zamawiający wyodrębnił (dla każdego z rodzaju przesyłek pocztowych) pola uzupełniane przez Wykonawców: cena jednostkowa brutto i wartość brutto. Ocenie w ramach kryterium cenowego podlega cena brutto obejmująca sumę wszystkich wymaganych świadczeń. W ocenie Wykonawcy sposób sporządzenia formularza cenowego jest wadliwy i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego operator wyznaczony jakim jest Poczta Polska S.A. składa oferty z dwiema stawkami podatku VAT: 23% oraz stawka zwolniona. Tym samym brak wyodrębnienia miejsca na podanie kwoty netto oraz wysokości należnego podatku VAT w formularzu cenowym uniemożliwiać będzie wykonanie umowy. W szczególności należy pamiętać o treści art.142 ust.5 pkt.1 Pzp w zakresie odnoszącym się do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku zmiany stawki podatku od towaru i usług. Brak wiedzy na temat zastosowanej stawki VAT dla każdej jednostkowej pozycji formularza uniemożliwiać będzie w praktyce zastosowanie art. 142 ust. 5 pkt 1.

Wykonawca zwraca uwagę na zasadę uczciwej konkurencji w odniesieniu do umożliwienia wykonawcom innym niż Poczta Polska S.A. dokonania oceny dopuszczalności zastosowania przez operatora wyznaczonego stawki VAT „zwolniona” w odniesieniu do poszczególnych oferowanych świadczeń. Możliwość zastosowania zwolnienia znacząco wpływa na wynik postępowania dając znaczną przewagę w ramach oferowanej ceny operatorowi wyznaczonemu. Tym samym w interesie publicznym, w celu zachowania uczciwej konkurencji leży ujawnienie tej informacji w składanych ofertach. Dodatkowo Wykonawca informuje, że od dnia 1 lipca 2015 r. wprowadzono nowy obowiązek dla wykonawców – art. 91 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych. Zmianę wprowadzono ustawą z 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usługi oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym przystępując do udziału w postępowaniu (składając ofertę), wykonawcy powinni informować zamawiającego, czy wybór ich oferty będzie prowadzić do powstania u nich obowiązku podatkowego, w szczególności w informacji wykonawcy powinni wskazać:

- nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego, oraz
- wartość tego towaru lub usługi bez kwoty VAT

Uwzględnienie w formularzu oferty cen netto i stawki VAT jest niezwykle ważne także z punktu widzenia procedury przetargowej, w czasie której Zamawiający zobowiązany jest szczegółowo zbadać oferty, także na okoliczność błędu w obliczeniu ceny. W tym miejscu należy zasygnalizować, że przyjęcie przez wykonawcę błędnej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, co zostało potwierdzone zarówno przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej[1], jak również Sądu Najwyższego, który w uchwale o sygn. akt III CZP 52/11 stwierdził, że „*podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki VAT. (...) W tej sytuacji, przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny (...) ocenie*

zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym”.

Warto zaznaczyć, że powyższe znajduje swoje odbicie w praktycznej działalności zamawiających, którzy w toku prowadzonych przez siebie postępowań przetargowych odrzucali oferty, w których wskazano błędną stawkę VAT, czego przykładem są np. przetargi na świadczenie usług pocztowych, kolejno dla Urzędu Miasta Milanówka (nr sprawy: TOM.271.1.23.2014), Miasta i Gminy Pleszew (nr sprawy: ZP.271.49.2014), Urzędu Skarbowego w Gryficach (nr sprawy: OL/251-166/14) czy Urzędu Skarbowego w Kamieniu Pomorskim (nr sprawy: OL-251/2/14).

W związku z powyższym, stojąc na stanowisku, że brak wyodrębnienia w formularzu kwot netto narusza zasadę uczciwej konkurencji i stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o uwzględnienie wniosku w zakresie wprowadzenia w formularzu cenowym osobnych kolumn/rubryk, celem możliwości wpisania cen za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówienia wyrażonych również w wartości netto lub wskazania naliczonej stawki podatku VAT.

Odpowiedź:

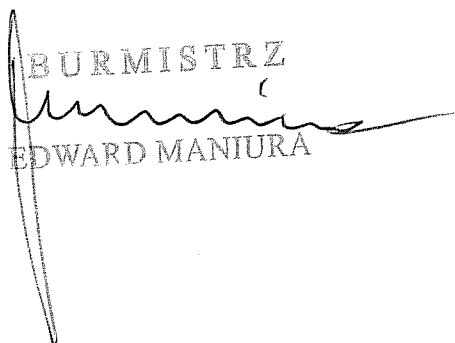
Zamawiający nie zmienia zapisów formularza cenowego.

Pytanie 3:

Zamawiający w formularzu cenowym wskazuje, że będzie nadawał przesyłki zagraniczne. W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o wskazanie w formularzu stref, do których będą wysyłane ww. rodzaju przesyłki.

Odpowiedź:

Przesyłki zagraniczne będą wysyłane na obszar Europy (łącznie z Cyprzem, całą Rosją i Izraelem).

BURMISTRZ

EDWARD MANTIURA

