

Piła, dnia 27 października 2014 r.

WFZ.272.42.2014.VI

**Do wszystkich Wykonawców  
w postępowaniu o nr WFZ.272.42.2014.VI**

dot. przetargu nieograniczonego p.n.:  
**„Świadczenie usług pocztowych dla Starostwa Powiatowego w Pile”**

Od jednego z Wykonawców wpłynęły zapytania następującej treści:

**Pytanie nr 1:**

Zamawiający wskazał w pkt 18 Załącznika nr 3 do SIWZ, że w ramach przedmiotu zamówienia będzie nadawał również przesyłki wymagające zastosowania przepisu art. 57 § 5 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego. Zamawiający nie dopuszcza możliwości wyłączenia w/w przesyłek z zakresu przedmiotu zamówienia (...).

**Wykonawca rozumie te zapisy w ten sposób, że Zamawiający, celem niedyskryminowania innych operatorów pocztowych co jest niezgodne z m.in. art. 7 ust. 1 PZP, dopuszcza nadawanie przesyłek w powyższych trybach (np. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 165 § 2 KPC) za pośrednictwem operatora wyznaczonego (na podstawie odrębnego wykazu) na zasadzie pełnienia przez wykonawcę funkcji „posłańca”, a więc bez konieczności bezwzględnego zapewnienia omawianych skutków zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu poprzez nadanie przesyłki w placówce wybranego wykonawcy?**

Jeżeli jednak wskazane skutki ma bezwzględnie zapewnić wykonawca poprzez nadanie przesyłki w swojej placówce, a nie w placówce operatora wyznaczonego, a powyższa interpretacja Wykonawcy jest błędna, to należy podkreślić, że omawiane wymogi spełnić może **jedynie operator wyznaczony**, jakim jest Poczta Polska S.A.

Wymóg spełnienia powyższych skutków bezpośrednio przez nadanie w placówce wybranego operatora prowadzi w konsekwencji do naruszenia elementarnych zasad prawa zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP), jak również naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 PZP mówiącego o zakazie opisywania zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wiąże się to

z faktem, iż przepisy powszechnie obowiązującego prawa to okoliczność, na którą Wykonawca nie ma żadnego wpływu i nie jest w stanie w żaden sposób spełnić takiego warunku.

Wykonawca zwraca uwagę, że wskazane tryby dotyczą nadawania pism kierowanych przez strony postępowania do organu, **nie mają zastosowania do nadawania korespondencji wysyłanej przez Zamawiającego – będącego organem administracji, do stron postępowania (tj. wysyłanie decyzji, zawiadomień itp.)**. Zamawiający, jako organ administracji publicznej, nadawać będzie głównie przesyłki w takich trybach jak art. 39 KPA, tj. do **jednostek zewnętrznych w stosunku do struktury administracyjnej** – osób fizycznych i prawnych, zapewnienie powyższych skutków nie jest więc istotne, gdyż – niezależnie od wyboru operatora pocztowego – **skutek doręczenia nastąpi z chwilą faktycznego dostarczenia przesyłki do adresata**. Doręczenie przesyłek w trybie określonym w art. 39 KPA oraz innych analogicznych przez Wykonawcę będzie doręczeniem tak samo skutecznym, jak doręczenie dokonane przez Poczta Polską i każdego innego operatora pocztowego posiadającego uprawnienia do wykonywania działalności pocztowej na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych, zgodnie z art. 6 ustawy – Prawo pocztowe.

Tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych i **administracyjnych nadawanych przez organ administracji publicznej** są określone w aktach prawnych regulujących dane postępowanie:

#### ***Art. 39 Kodeksu postępowania administracyjnego***

*Organ administracji publicznej doręcza pisma za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529), przez swoich pracowników lub przez inne upoważnione osoby lub organy.*

#### ***Art. 144 Ordynacji podatkowej***

*Organ podatkowy doręcza pisma za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, swoich pracowników lub przez osoby uprawnione na podstawie odrębnych przepisów. W przypadku gdy organem podatkowym jest wójt, burmistrz (prezydent miasta), pisma może doręczać sołtys za pokwitowaniem.*

Z zapisów tych wynika, że organ nie jest zobowiązany do nadawania pism za pośrednictwem operatora wyznaczonego – wystarczy, że przesyłki zostaną nadane w placówce przedsiębiorcy legitymującego się wpisem do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Przesyłkami tego rodzaju są wszelkie pisma, wezwania, zawiadomienia, które **organ kieruje do stron prowadzonego przez siebie postępowania**.

Nie mają tu zastosowania przepisy regulujące skutki prawne nadania pism za pośrednictwem operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa Poczтового (tj. moc dokumentu urzędowego, skutek zachowania terminu do wniesienia pisma), gdyż to **nie chwila nadania**,

**a rzeczywistego doręczenia pisma do adresata wyznacza moment, od którego rozpoczynając bieg – dla stron postępowania – terminy do dokonania określonych czynności (np. wniesienie odwołania).** Tymczasem konieczność nadawania przesyłek w trybie art. 57 § 5 pkt 2 KPA i art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej miałyby zastosowanie w niniejszym postępowaniu, gdyby to Zamawiający występował w charakterze strony postępowania administracyjnego, jako podmiot administrowany.

W związku z powyższym taka konstrukcja zapisów SIWZ sprawia, że tylko jeden podmiot jest w stanie udokumentować wykonanie powszechnych usług pocztowych, a co za tym idzie – spełnić warunek udziału w postępowaniu. Jak już wskazywał Wykonawca we wniosku, prowadzi to do naruszenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji. Takie ukształtowanie zapisów jest zaskakujące, gdyż ograniczenie konkurencyjności postępowania nie leży przede wszystkim w interesie Zamawiającego. Poza oczywistymi konsekwencjami w postaci możliwości złożenia odwołania od treści SIWZ czy wszczęcia kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, takie ukształtowanie zapisów SIWZ spowoduje, że faworyzowany operator wyznaczony, świadomy braku jakiegokolwiek konkurencji w niniejszym postępowaniu, złoży ofertę zdecydowanie mniej korzystną cenowo. W konsekwencji, w braku innych uczestników postępowania przetargowego (oprócz operatora wyznaczonego, który będzie mógł swobodnie kształtować wartość oferty bez obaw o poziom cen konkurentów) Zamawiający przeznaczy na zamówienie znacznie większą ilość środków. Tym samym może mu zostać zarzucony czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych (zgodnie z ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

**W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi w kwestii prawidłowości interpretacji przedstawionej powyżej. Alternatywnie, jeżeli Zamawiający nie uwzględni przedstawionej interpretacji Wykonawcy, zwraca się on o usunięcie z cytowanych powyżej zapisów w odniesieniu do trybów nadawania przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego, które naruszają uczciwą konkurencję (wbrew zapisom powszechnie obowiązującego prawa – art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP).**

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie zmienia treści SIWZ. Zamawiający informuje, że sporządza jeden wykaz przesyłek nadawanych, natomiast dopuszcza możliwość rozdzielenia nadawanych przesyłek pocztowych i wyodrębnienia w wykazie przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego.

**Pytanie nr 2:**

**Czy Zamawiający może wskazać szacunkowe wolumeny wszystkich przesyłek, które mają być nadawane w ten sposób?**

Zasady doręczeń obowiązujące w procedurze administracyjnej i cywilnej, a w szczególności konieczność nadania części przesyłek u operatora wyznaczonego wymagają innej organizacji Wykonawcy w zakresie realizacji usługi, jak też zaangażowania innych środków. W związku z tym, informacje, o których mowa powyżej będą niezwykle pomocne Wykonawcy w skalkulowaniu ceny oferty.

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że po przeprowadzonej analizie przesyłek pod kątem nadawania przesyłek wymagających zastosowania przepisu art. 57 § 5 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego koryguje podany w odpowiedziach do zapytań z dnia 24.10.2014 r., szacunkowy wskaźnik procentowy przedmiotowych przesyłek, który faktycznie wynosi około 2 % .

**Pytanie nr 3:**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość by na kopercie oprócz danych wskazanych przez Zamawiającego znajdowały się informacje o opłacie za usługę pocztową związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców, ewentualnie inne informacje związane z obiegiem przesyłek pocztowych?

Wykonawca jednocześnie zaznacza, że informacje te nie będą zakrywać nadruku adresu firmowego Zamawiającego oraz nie będą naruszać innych wymagań wskazanych w Zaproszeniu.

**Odpowiedź:**

Zamawiający dopuszcza taką możliwość.

**Pytanie nr 4:**

Zamawiający dość szczegółowo opisał zasady użytkowania maszyny do frankowania stanowiącej własność Zamawiającego, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Jednakże, Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości przedstawionych w niniejszych pytaniach:

**- Czy w ogóle istnieje możliwość alternatywnego świadczenia usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia bez konieczności użycia maszyny do frankowania w ogóle?**

**- Jaki termin na uruchomienie frankownicy przewiduje Zamawiający?**

Wskazać należy, że mając na uwadze doświadczenie Wykonawcy w tym zakresie termin ten realnie nie może być krótszy niż 14 dni

**Wykonawca innymi słowy (oprócz pytań szczegółowych wskazanych powyżej) zwraca się o wskazanie wszelkich niezbędnych informacji dot. świadczenia usługi (zarówno w aspekcie technicznym, jak i rozkładu wzajemnych praw i obowiązków) usługi przy użyciu maszyny do frankowania. Prosimy więc o przedstawienie wyczerpującej odpowiedzi w tym przedmiocie.**

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na nadawanie przesyłek pocztowych z siedziby Zamawiającego w Pile przy al. Niepodległości 33/35, będących przedmiotem zamówienia, bez użycia maszyny do frankowania.

Zamawiający przewiduje zawarcie umowy z Wykonawcą w takim terminie, który zapewni zarówno Zamawiającemu jak i Wykonawcy odpowiednio długi czas na przygotowanie się do świadczenia usług objętych umową. Ponadto zgodnie z pkt 3.6. SIWZ to po stronie Zamawiającego leży obowiązek przygotowania frankownicy.

Zamawiający informuje, że zasady rozliczania i regulowania należności za przesyłki opłacone przy użyciu maszyny do frankowania szczegółowo zostały określone w § 7 ust. 2 wzoru umowy, który stanowi Załącznik nr 7 do SIWZ. Dodatkowe informacje dot. frankownicy:

- doładowania frankownicy o wysokość kwoty przekazanej na doładowanie urządzenia do frankowania, dokonać może tylko i wyłącznie upoważniony przedstawiciel Wykonawcy, który po zakończeniu czynności doładowania plombuje urządzenie, uniemożliwiając tym samym ingerencję osób trzecich;
- dostęp do panelu zatwierdzającego zmiany doładowania frankownicy chroniony jest plombą założoną przez Wykonawcę oraz szyfrem, bez którego użycia nie jest możliwe dokonanie jakichkolwiek zmian;
- kwota doładowania frankownicy umniejszana jest o cenę każdej ofrankowanej przesyłki.

**Pytanie nr 5:**

Zamawiający wskazał w § 8 ust. 1 i 2 Załącznika nr 7 do SIWZ, że:

- 1. Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 Nr 177, poz. 1054, z późn. zm.) powszechne usługi pocztowe świadczone przez operatora obowiązane do świadczenia powszechnych usług pocztowych są zwolnione z podatku od towarów i usług.*
- 2. Usługi pocztowe nie mające charakteru powszechnego podlegają opodatkowaniu VAT stawką podstawową.*

Powyższe wskazuje, że Zamawiający przewiduje sytuację, w której przystępujący do realizacji zamówienia wykonawca nie będzie obowiązany do naliczania podatku VAT. Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt. 17 zwolnione z podatku VAT są jedynie powszechne usługi pocztowe. Jak już wykazał Wykonawca, przedmiotem zamówienia nie są powszechne usługi pocztowe, w związku z czym wykonawca realizujący

zamówienie, niezależnie od jego statusu, będzie zmuszony opodatkować usługi wchodzące w ramy zamówienia.

Pogląd ten znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 marca 2014 r., sygn. I FSK 733/2013 wskazał, że „*aby świadczenie usług pocztowych było objęte zwolnieniem z opodatkowania podatkiem od wartości dodanej, o którym mowa w art. 132 ust. 1 lit. a Dyrektywy 112, konieczne jest, by usługi te miały charakter powszechnych usług pocztowych. Konsekwentnie, inne usługi pocztowe należy traktować jako opodatkowane. Zdaniem sadu, należy uznać, że przepis art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT rozumiany w ten sposób, że z unormowanego tam zwolnienia korzystają wszelkie usługi pocztowe realizowane przez operatora publicznego, bez względu na ich charakter, jest sprzeczny z art. 132 ust. 1 lit. a Dyrektywy 112.” Sąd zwrócił również uwagę na fakt, że „Zwolnienie z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT przysługuje wtedy, gdy spełnione są dwie przesłanki. Przesłanka podmiotowa tj. świadczenie usługi przez operatora obowiązującego od świadczenia powszechnych usług pocztowych i przesłanka przedmiotowa, tj. powszechny, a więc nie wynegocjowany indywidualnie, charakter usługi pocztowej.” W ramach przedmiotowego zamówienia nie istnieje po stronie operatora wyznaczonego obowiązek kontraktowania, nie może on więc ze zwolnienia skorzystać.*

Co więcej, w wyroku z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-357/07 TNT Post UK Europejski Trybunał stwierdził, że zwolnienie przewidziane w art. 13 część A ust. 1 lit. a) szóstej dyrektywy *nie ma zastosowania do świadczenia usług ani dostaw towarów z nimi związanych, których warunki zostały wynegocjowane indywidualnie.*

Wskazane zapisy SIWZ i załączników zostaną odczytane jako naruszenie elementarnych zasad wyrażonych w PZP: art. 7 ust. 1 – zasada równego traktowania wykonawców oraz art. 29 ust. 2 PZP statuujący wymóg opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza uczciwej konkurencji. **Oczywistym jest bowiem, że wprowadzenie możliwości nieuwzględnienia 23% stawki VAT przedkłada się na całościową cenę oferty, a tylko jeden podmiot jest uprawniony do nienaliczania VAT od usług pocztowych – operator wyznaczony świadczący powszechne usługi pocztowe, które (jak wyżej wykazane) nie są i nie mogą być przedmiotem zamówienia.**

Dlatego też Wykonawca zwraca się o usunięcie z SIWZ i załączników powyższych zapisów jako niemających zastosowania do niniejszego zamówienia. Usługi świadczone w ramach umowy, zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi, powinny być zawsze opodatkowane stawką 23%.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający zmienia § 8 Załącznika nr 7 – Wzór umowy, który otrzymuje brzmienie:

**„§ 8**

1. *Usługi będące przedmiotem umowy są opodatkowane podatkiem VAT zgodnie z ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1529) oraz ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 Nr 177, poz. 1054, z późn. zm.).*
2. *Jeżeli w trakcie obowiązywania Umowy nastąpi zmiana w zakresie podatku od towarów i usług, Zamawiający zobowiązuje się do uiszczenia opłaty pomniejszonej/powiększonej o podatek od towarów i usług według obowiązującej stawki.*
3. *Zamawiający również przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cennika Wykonawcy, zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o zmianach.”*

**W załączeniu do odpowiedzi zmieniony Załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy.**