|  |
| --- |
| 50-367 Wrocław, Wybrzeże L. Pasteura 1  **Zespół ds. Zamówień Publicznych UMW**  ul. K. Marcinkowskiego 2-6, 50-368 Wrocław  faks 71/784-00-45  e-mail: jerzy.chadzynski@umed.wroc.pl |
|

###### **UMW / AZ / PN – 134 / 18 Wrocław 13.12.2018 r.**

dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:

**Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczenia przesyłek pocztowych oraz ich ewentualnych zwrotów do nadawcy po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia do adresata.**

**Odpowiedzi na pytania Wykonawców**

Po analizie postanowień zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej „**SIWZ**”), działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „**ustawa Pzp**”) Wykonawca, zwraca się z wnioskiem   
o wyjaśnienie treści SIWZ oraz wprowadzenie wnioskowanych modyfikacji.

**PYTANIE 1:**

Zamawiający w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia podał  w pkt 14, iż „Nadanie przesyłek będzie każdorazowo dokumentowany przez Wykonawcę pieczęcią, podpisem i datą w pocztowej książce nadawczej własnego wydruku dla przesyłek rejestrowanych, a także na zestawieniu ilościowym dla przesyłek nierejestrowanych.” Natomiast w paragrafie 2 ust.2 projektu Umowy podano, iż „Odbiór przesyłek przygotowanych do wyekspediowania będzie każdorazowo dokumentowany przez Wykonawcę pieczęcią, podpisem i datą w pocztowej książce nadawczej własnego nakładu - wydruk komputerowy (dla przesyłek rejestrowanych) oraz na zestawieniu ilościowym przesyłek wg poszczególnych kategorii wagowych (dla przesyłek zwykłych).” Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu projektu Umowy poprzez nadanie nowego brzmienia zapisowi przedmiotowego paragrafu- „Odbiór przesyłek przygotowanych do wyekspediowania będzie każdorazowo dokumentowany przez Wykonawcę pieczęcią, podpisem i datą  na odpowiednim zestawieniu”, albowiem dopiero po dostarczeniu przesyłek do placówki następuję ich faktyczne nadanie dokumentowane zapisami w książce nadawczej lub zestawieniach ilościowych.

Ad. 1 Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację ww. zapisu w projekcie umowy.

**PYTANIE 2:**

Wykonawca wnosi o modyfikację paragrafu 6 ust.3 pkt. 3 projektu Umowy poprzez dodanie po przecinku zapisu :”..., które utrudniłoby realizację usług na warunkach określonych w umowie.”

Ad. 2 Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację ww. zapisu w projekcie umowy.

**PYTANIE 3:**

Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974  r. – Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 917 z póż. zm.), osób wykonujących czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. bezpośrednie przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych oraz ich zwrotów. Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu poprzez usunięcie słowa ”przemieszczanie i doręczanie……. oraz ich zwrotów” z uwagi iż przedmiotowe czynności świadczy wiele tysięcy pracowników, a dotyczą one także, zgodnie z przedmiotem zamówienia obrotu zagranicznego, gdzie na sposób zatrudnienia Wykonawca nie ma wpływu. Dodatkowo Wykonawca wnosi o wprowadzenie do oświadczenia progu procentowego osób zatrudnionych na umowę o pracę np. min.80%.

Ad. 3 Zamawiający modyfikuje ww. zapis w treści Siwz.

**PYTANIE 4:**

W  PKT. XI Opis przygotowania ofert Zamawiający jak jeden z wymogów podał : Listę punktów odbioru przesyłek awizowanych na terenie Polski na dzień 01.12.2018 r., ze względu na fakt awizowania przesyłek na terenie kraju przez około 7 tys. placówek Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu : ’ Listę punktów odbioru przesyłek awizowanych na terenie Polski na dzień 01.12.2018 r., dostępną na stronie www………” co pozwoli uniknąć konieczności modyfikacji załącznika np. w przypadku zmiany placówki, jej przekształcenia, remontu.

Ad. 4 Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację ww. treści Siwz.

**PYTANIE 5:**

W formularzu ofertowym lp. 9 i 10 zostały wykazane paczki pocztowe o wadze powyżej 10 kg. Wykonawca informuje iż zgodnie z zapisami ustawy Prawo Pocztowe paczka pocztowa w obrocie krajowym waży maksymalnie 10 kg. Mając powyższe na uwadze Wykonawca wnosi   
o przekwalifikowanie ilości paczek pocztowych przekraczających masę 10 kg  na odpowiednie przedziały wagowe lub ich usunięcie z formularza. Dodatkowo  Wykonawca wnosi   
o modyfikację  lp.11 poprzez zamianę ilości  „szt” na „miesięcznie” co ułatwi obliczanie podatku VAT od usługi.

 Ad. 5 Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację ww. treści Siwz.

**PYTANIE 6:**

Wykonawca ze względu na możliwości systemu fakturującego Wykonawca wnosi o zmianę zapisu  § 5 ust. 4 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ) , na zapis jak poniżej:

 "4. Płatność dokonywana będzie w formie przelewu na konto Wykonawcy wskazane w fakturze, w terminie 14 dni od daty wystawienia faktury.

Ad. 6 Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną modyfikację ww. zapisu w projekcie umowy. Zamawiający zmienia zapis § 5 ust. 4 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ) na: „Płatność dokonywana będzie w formie przelewu na konto Wykonawcy wskazane w fakturze,   
w terminie **14 dni** od daty otrzymania faktury i potwierdzenia zgodności z zamówieniem”.

**PYTANIE 7:**

Zamawiający w § 6 i 7 wzoru umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ) ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelne zasady zamówień publicznych co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę do nałożenia kar (brak w umowie opisanego procesu weryfikacji należytego wykonania umowy i sposobu wspólnej weryfikacji prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia), co świadczy o tym, że Zamawiający stawia się na pozycji uprzywilejowanej zakłócając jedną z naczelnych zasad prawa wynikających, zarówno z prawa zamówień publicznych (równości stron postępowania), jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego). Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w § 6 i  7 ust. 2, 3, 4  wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej z tego tytułu. Jak wskazuje bowiem orzecznictwo np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku (Sygn. akt: IV CSK 416/13) "w przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest – na podstawie art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego – zmniejszenie kary umownej przez sąd, na żądanie dłużnika. Zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej opierać się może na łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego podstaw miarkowania. Jest tak wtedy, gdy kara umowna po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części pozostaje nadal rażąco wygórowana". W takiej sytuacji dany wykonawca będzie korzystał z możliwości miarkowania kary wskazanej w art. 484 § 2 kodeksu cywilnego, zwłaszcza mając na uwadze, iż przy tak ogólnym i niedoprecyzowanym sposobie formułowania podstawy do skorzystania z kary umownej można przyjąć, iż Zamawiający będzie korzystał ze swojego uprawnienia w sytuacji zrealizowania przez wykonawcę znaczącej części przedmiotu zamówienia w danym okresie rozliczeniowym, czy wręcz w okresie trwania umowy. Zasadność takiego stanowiska znowu znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 lutego 2014 roku (Sygn. akt : I ACa 710/13) "możliwość miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika; jeżeli zaś strony w umowie zróżnicowały karę umowną w zależności od stopnia niewykonania zobowiązania lub rodzaju i wagi konkretnego uchybienia, to dłużnik nie może powoływać się na wykonanie zobowiązania w znacznej części jako na przesłankę miarkowania. Będzie tak wówczas gdy kara umowna ustalona jest w postaci stawki dziennej lub tygodniowej. Z kolei przy przesłance rażąco wygórowanej kary umownej należy się kierować stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych – a nie relacją kary do świadczenia głównego, do interesu wierzyciela oraz do szkody". Zatem punktem wyjścia dla rozważań nad dopuszczalną wysokością kary umownej powinno być określenie funkcji, jaką ta instytucja ma pełnić w obrocie gospodarczym. Celem unormowania instytucji kar umownych było zapewnienie stronie pewności poprawnego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy, a nie stworzenie jednemu z kontrahentów okazji do wzbogacenia się kosztem drugiej strony. Kara stanowi bowiem odszkodowanie umowne, odszkodowanie natomiast nie powinno przewyższać szkody ani stanowić źródła wzbogacenia się poszkodowanego. Relacja wysokości kwot, których zapłaty będzie mógł żądać Zamawiający, do rzeczywistej skali niewykonania lub nienależytego wykonania usługi wskazuje, że kara umowna w przedmiotowym zamówieniu nie spełnia funkcji kompensacyjnej (jako, że znacznie przewyższa wysokość ewentualnej szkody poniesionej z tego tytułu przez Zamawiającego), lecz stanowi przyczynek do wzbogacenia się Zamawiającego. Co więcej, ustalanie wysokości kary umownej powyżej pułapu, którego wysokość byłaby uzasadniona wagą naruszenia obowiązków Wykonawcy jest bezprzedmiotowe, gdyż nie spowoduje już dodatkowej motywacji u Wykonawcy. Kwestię motywacji jako jednego z czynników branych pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy kara umowna ma wygórowaną wysokość, poruszyła także Krajowa Izba Odwoławcza: „o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się” (orzeczenie KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 roku). Kara umowna ustalona na zbyt wysokim poziomie przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywującą dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy. Praktykę obciążania Wykonawcy karą w wysokości nieadekwatnej do stopnia niewywiązywania się z obowiązków umownych, przy jednoczesnym braku wyznaczenia odpowiedniego terminu na usunięcie naruszeń zakwestionowała KIO w wyroku z dnia 6 września 2011 roku (sygn. akt KIO 1800/11): „Zamawiający w ogóle nie uwzględnił możliwości niezwłocznego usunięcia ewentualnych usterek przez Wykonawcę. Fakt ten sugerowałby, iż celem Zamawiającego nie jest dążenie do należytego wykonania umowy, a samo karanie Wykonawcy nawet za drobne i możliwe niezwłocznie do usunięcia usterki, co narusza art. 5 kc, art. 3531 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp”. Zgodnie z cytowanym orzeczeniem, represyjny charakter kary umownej nie powinien dominować nad jej odszkodowawczą funkcją. Ponadto wskazać należy, że wyrażona w art. 3531 kc swoboda umów (z której Zamawiający mógłby wyciągać błędny wniosek, że wysokość kary umownej można ustalić w dowolnej wysokości), nie ma charakteru absolutnego i doznaje ograniczeń wynikających m. in. z właściwości stosunku prawnego, czy zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że nawet podpisanie umowy, w której zastrzeżono wygórowane kary umowne, nie wyłącza ochrony strony, która w wyniku nałożenia rażąco wysokich kar zostałaby pokrzywdzona. Dlatego nawet zaaprobowanie zapisów umowy w obecnym kształcie nie wyklucza możliwości miarkowania wysokości kary umownej przez sąd na podstawie art. 484 § 2, jeżeli tylko ma ona rażąco wygórowany charakter. Sama praktyka rynku pocztowego wypracowała ponadto powszechnie przyjęte   
i stosowane wysokości kar, które operator, nie chcąc stracić zaufania u obecnych oraz potencjalnych klientów, jest w stanie respektować. Są one niższe niż te zaproponowane przez Zamawiającego, można zatem stwierdzić, że w warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia również byłyby wystarczające. Przewidziane w § 7 kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Przy tak znacznej ilości, nienależyte wykonanie jedynie kilku czynności (składowych danej usługi) pozbawiałoby Wykonawcę znacznej części należnego wynagrodzenia, co jest powodem, iż przedmiotowe zamówienie traci dla niego sens ekonomiczny   
i uniemożliwia mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o powtórną analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- ich wykreślenie i odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych wskazanych w § 8 wzoru umowy, bądź ograniczenie wysokości kar umownych co najmniej do poziomu par. 6 ust. 7 – 0,5% wartości, par. 7 ust 2 i 3 – 0,01%, a w § 7 ust. 4 na następujący 0,5% wartości podjazdów w danym miesiącu.

- uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Ad. 7 Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację ww. zapisu w projekcie umowy.

**Zamawiający informuje o korekcie Siwz i jej załączników (Formularz ofertowy – załącznik nr 1 do Siwz, wzór umowy – załącznik nr 5 do Siwz oraz oświadczenie o zatrudnieniu osób,   
o których mowa w art. 29 ust. 3a Pzp – załącznik nr 6 do Siwz) - patrz Korekta Siwz z dnia 13.12.2018 r.**

**Kanclerz UMW**

**Mgr Iwona Janus**