Poznań, dnia 11 sierpnia 2017 roku

WUPXXV/2/3322/7/2017

**Wszyscy uczestnicy postępowania**

**Dotyczy postępowania o zamówienie na usługi społeczne, zgodnie z art. 138o ustawy Pzp, pn. „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym”.**

W związku z prośbą o wyjaśnienie treści Ogłoszenia o zamówieniu pn. „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym”, działając na podstawie rozdz. XI ust. 4 przedmiotowego Ogłoszenia, wyjaśniam, co następuje:

**Pytanie 1:**

**Ogłoszenie o zamówieniu:**

**pkt. XIV Opis Kryteriów ust. 1 pkt. d) „Zakres czasowy doręczenia przesyłek**

**do Zamawiającego”,**

**pkt. XVI § 2** **ust. 2 „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego”**

Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, że doręczanie korespondencji nadchodzącej do Zamawiającego nie jest przedmiotem w/w postępowania, lecz obowiązkiem ustawowym Wykonawcy wobec Nadawców przesyłek. Samo nadanie przesyłek jest bowiem formą Umowy pomiędzy Nadawcą a Wykonawcą – stroną tej Umowy nie jest Adresat przesyłki, czyli w tym, przypadku Zamawiający. Wykonawca informuje również, że zgodnie z ustawą Prawo Pocztowe (art. 46 ust. 2 pkt. 5) Wykonawca zobowiązany jest do doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż 5 dni w tygodniu z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy.

***Wobec powyższego Wykonawca prosi o modyfikację treści Ogłoszenia o Zamówieniu w zakresie rezygnacji ze wskazanego kryterium, gdyż nie stanowi ono przedmiotu zamówienia.***

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że godzina otrzymywania korespondencji istotnie wpływa na organizację obiegu dokumentów i realizacji spraw prowadzonych przez Zamawiającego,
w związku z czym odpowiednio wczesne doręczenie przesyłek stanowi ważną potrzebę Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje kryterium określone w rozdz. XIV,
ust. 1 pkt d Ogłoszenia: *Zakres czasowy doręczeń przesyłek do Zamawiającego* oraz zapis w rozdz. XVI § 2 ust. 2 Ogłoszenia.

Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że *Zakres czasowy doręczeń przesyłek do Zamawiającego* ma charakter kryterium pozacenowego, z którego Wykonawca nie jest zobowiązany skorzystać.

**Pytanie 2:**

**Ogłoszenie o zamówieniu:**

**pkt. XIV Opis Kryteriów Część 1 ust. 1 pkt. e „Zatrudnienie osób z niepełnosprawnościami …”**

Jako jedno z kryteriów oceny oferty Zamawiający zastosował wymóg zatrudnienia osób niepełnosprawnych, o których mowa w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (t. j. Dz. U. z 2011 r. poz. 721 ze zm.). Wielkość i specyfika działalności Wykonawcy, gdzie gros pracowników stanowią listonosze, kierowcy, magazynierzy, która oparta jest na pracy stricte fizycznej powoduje, że musi on zatrudniać osoby w pełni sprawne fizycznie jak i umysłowo. Wykonawca nie jest w stanie sprostać temu kryterium z uwagi na charakter świadczonych trudnych i wymagających usług. Wykonawca nie uchyla się od zatrudnienia osób niepełnosprawnych i posiada w swoich szeregach takich pracowników, jednak nie na każdym stanowisku osoby takie będą mogły zostać zatrudnione, co niewątpliwie przekłada się na wskaźnik procentowy.

**Wykonawca zwraca się o wykreślenie tego kryterium lub zmniejszenie jego wskaźnika do 1%.**

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje kryterium określone w rozdz. XIV ust. 1 pkt e Ogłoszenia. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że Zatrudnienie osób z niepełnosprawnościami, o których mowa w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2064 ze zm.)przy założeniu, że na dzień publikacji Ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca w ramach łącznej liczby wszystkich zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie osób, zatrudnia co najmniej 2,5% takich osób ma charakter kryterium pozacenowego, z którego Wykonawca nie jest zobowiązany skorzystać.

**Pytanie 3:**

**Ogłoszenie o zamówieniu:**

**Rozdział XVI § 3 „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (powtórzone w ust. 22 Załącznika nr 6 do Ogłoszenia)**

Wykonawca zatrudnia ponad 80 tys. pracowników, z tego ponad 97% na umowę o pracę. W niewielkiej części zatrudnienie opiera się jednak również o Umowy cywilno-prawne. Biorąc z kolei pod uwagę dzisiejszą, trudną dla pracodawców sytuację na rynku pracy – dla ciągłości obsługi klientów zarówno w miejscach ich siedzib, jak i w placówkach operatora, Wykonawca zmuszony jest posiłkować się krótkimi zastępstwami, które mogą wykonywać również pracownicy zatrudnieni na Umowy cywilno-prawne. Sytuacje takie są trudne do przewidzenia i wymagają błyskawicznej decyzji osób odpowiedzialnych za określony odcinek pracy. Z kolei pracownicy, którzy potencjalnie będą świadczyć bezpośrednie „czynności operacyjne” dla Zamawiającego obsługują jednocześnie w tym samym zakresie dużo więcej innych kontrahentów. Blokowanie odcinków pracy (doręczania, odbioru korespondencji do/od Zamawiającego) poprzez kierowanie na nie osób zatrudnionych tylko na umowę o pracę w realiach organizacyjnych Wykonawcy jest niemożliwe. Z kolei pewna rotacja pracowników, związana z urlopami wypoczynkowymi, zwolnieniami lekarskimi czy innymi przyczynami powodującymi czasową nieobecność w pracy i konieczność skierowania w to miejsce zastępcy, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, niesie za sobą konieczność aktualizacji danych personalnych pracowników w bardzo krótkim terminie – 5 dni od momentu wystąpienia zmiany. Wielkość organizacji Wykonawcy oraz centralizacja wielu płaszczyzn jego działalności powoduje, że dane wymagane w opisanym zakresie przez Zamawiającego są wewnętrznie dostępne dopiero ok. 25-ego za poprzedni miesiąc. Realny termin przedłożenia oświadczenia Wykonawcy w przypadkach opisanych w ust. 3 wskazanego paragrafu to nawet 60 dni, jeśli zastępstwo zdarzy się w pierwszych dniach miesiąca.

**Zapisy wskazanego paragrafu uniemożliwiają Wykonawcy złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, wobec powyższego wnioskujemy o wykreślenie § 3 w całości.**

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że dokonuje zmiany w rozdz. XVI § 3 ust. 3 Ogłoszenia, który przyjmuje brzmienie:

*„3. W przypadku zmiany osób realizujących czynności, o których mowa w ust. 1, Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego aktualizowania, w toku realizacji umowy, oświadczenia, określonego w ust. 2. Wykonawca zobligowany jest do przedłożenia zaktualizowanych danych w terminie 30 dni od momentu wystąpienia zmiany”.*

Zamawiający zmienia również zapis w Załączniku nr 6 do Ogłoszenia ust. 24 Opisu Przedmiotu Zamówienia, który przyjmuje brzmienie:

*„24. W przypadku zmian osób realizujących czynności, o których mowa w ust. 22, Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego aktualizowania, w toku realizacji zamówienia, oświadczenia, określonego w pkt 23. Wykonawca zobligowany jest do przedłożenia zaktualizowanych danych w terminie 30 dni od momentu wystąpienia zmiany”.*

**Pytanie 4:**

**Ogłoszenie o zamówieniu:**

**Rozdział XVI § 4, ust.7 „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego”**

Wykonawca obsługuje tysiące kontrahentów w sposób systemowy, również w zakresie procesu fakturowania. Wszelkie zmiany w tej płaszczyźnie powodują konieczność wystawiania faktur ręcznie.

**Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy się z prośbą o zmianę określenia terminu płatności na:**

 **„Zamawiający dokona zapłaty za przedmiot umowy w terminie 14 dni od dnia wystawienia faktury, przelewem na rachunek Wykonawcy nr…….”**

**Odpowiedź:**

Zamawiający wyraża zgodę i zmienia zapis w rozdz. XVI § 4 ust. 7 Ogłoszenia, który przyjmuje brzmienie:

*„7. Zamawiający dokona zapłaty za przedmiot umowy w terminie 14 dni od dnia wystawienia faktury, przelewem na rachunek Wykonawcy nr........................”*

**Pytanie 5:**

**Ogłoszenie o zamówieniu:**

**Rozdział XVI § 6 ust. 1 „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego”**

Przewidziane przez Zamawiającego kary umowne wymienione we wskazanym fragmencie są w ocenie Wykonawcy niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych Nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych.[[1]](#footnote-1)[1] Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie:

* wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90) Zastrzeżenie
w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych oraz wykonywania praw podmiotowych.
* wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 362/2007) zakres odpowiedzialności
z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają także przepisy o charakterze imperatywnym.
* wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. (sygn. akt V ACa 483/08), w którym stwierdzono, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.

Nakładanie kar umownych podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów, obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, co potwierdza orzecznictwo KIO:

* wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13 Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 3531 k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.
* wyrok z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13) zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. (...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie, (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483  Kodeksu cywilnego.
* wyrok KIO 2649/11 nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.
* wyrok KIO/UZP 1387/10 niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Należy również podkreślić, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Takie stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt VCSK 385/2007), zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współżycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem.

**Wykonawca wnosi zatem o:**

**- zmniejszenie kary umownej wskazanej w §6 ust.1, pkt a) z 10% do 5% maksymalnego wynagrodzenia (….)**

**- wykreślenie zapisów §6 ust.1, pkt b) i c) oraz d) odnoszących się do zapisów §3 i § 2 ust. 2 „Istotnych dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego” co do których Wykonawca wnioskuje o wykreślenie w całości.**

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że dokonuje zmiany w rozdz. XVI § 6 ust. 1 a) oraz b) Ogłoszenia,który przyjmujebrzmienie:

**„§ 6** 1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne w wysokości:

1. **5%** maksymalnego wynagrodzenia wskazanego w § 4 ust. 1 umowy, w przypadku rozwiązania umowy z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, a które nie są wskazane w ustawie Prawo pocztowe,
2. **1 000,00** zł za każdą osobę wykonującą czynności, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy, niezatrudnioną na podstawie umowy o pracę”,

Pozostałe postanowienia § 6 pozostają bez zmian.

**Pytanie 6:**

**Ogłoszenie o zamówieniu:**

**Załącznik nr 6 do Ogłoszenia ust. 18 „Opisu Przedmiotu Zamówienia:**

Druki potwierdzenia odbioru dołączone do doręczanej przesyłki poleconej Wykonawca dostarcza zwrotnie do Nadawcy przesyłki w terminie ekonomicznym tj., kilkudniowym. Nie jest to jednak termin gwarantowany, gdyż w tej kategorii usługi nie funkcjonuje terminowa gwarancją jej wykonania.

**Dlatego Wykonawca wnosi o zastosowanie bardziej ogólnego sformułowania, które zawiera się w określeniu użytym przez Zamawiającego: „Wykonawca będzie doręczał (….) „potwierdzenie odbioru” niezwłocznie po dokonaniu doręczenia przesyłki”.**

**Odpowiedź:**

Zamawiający wyraża zgodę i zmienia zapis w Załączniku nr 6 do Ogłoszenia ust. 18 Opisu Przedmiotu Zamówienia, który przyjmuje brzmienie:

*„18. Wykonawca będzie doręczał odpowiednio do siedziby WUP w Poznaniu i jego Oddziałów Zamiejscowych (w zależności od tego, która placówka nadała przesyłkę) pokwitowane przez adresata „potwierdzenie odbioru” niezwłocznie po dokonaniu doręczenia przesyłki”.*

**Pytanie 7:**

**Ogłoszenie o zamówieniu:**

**Załącznik nr 7 Formularz cenowy pozycje 113 i 114:**

- ponad 2 kg do 5 kg – gabaryt A DD oraz ponad 5 kg do 10 kg – gabaryt A DD

Wykonawca prosi o określenie co oznacza skrót DD ?

**Odpowiedź:**

Zmawiający wyjaśnia, iż skrót DD przy paczkach krajowych priorytetowych ze zwrotnym poświadczeniem odbioru o gabarytach A ponad 2 kg do 5 kg – gabaryt A oraz ponad 5 kg do 10 kg wynika z błędu pisarskiego i nie ma żadnego znaczenia. Zamawiający usuwa powyższe oznaczenie z Formularza cenowego i w związku z tym zmienia Formularz cenowy w ww. zakresie.

Zamawiający informuje ponadto, że dokonuje korekty w Załączniku nr 6 do Ogłoszenia ust. 26 Opisu Przedmiotu Zamówienia, który przyjmuje brzmienie:

*„26. Z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę wymogu, o którym mowa w pkt 22 lub 24, Zamawiający przewiduje sankcje w postaci obowiązku zapłaty kar umownych
w wysokościach określonych w Istotnych postanowieniach umowy”.*

Powyższe informacje należy traktować jako integralną część Ogłoszenia.

Sławomir Wąsiewski

 Wicedyrektor
 Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Poznaniu

1. [1] Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12 [↑](#footnote-ref-1)