



Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach
25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45
tel.: 41/36-71-301, fax: 41/34-50-623
e-mail: szpital@wszkielce.pl
www.wszkielce.pl



Kielce, *02*.12.2019 r.

EZ/ZP/175/2019/MW

Do wszystkich zainteresowanych

dotyczy: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług kurierskich dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach”

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019. poz. 1843 ze zm.) udziela odpowiedzi na zadane pytania:

Pytanie 1 do SIWZ

W SIWZ pkt 5 Opis przedmiotu zamówienia: Wykonawca informuje że Zamawiający w ogłoszonym zamówieniu wskazuje jednocześnie kody (CPV) dotyczące:

64110000-0 usługi Pocztove,

60000000-8 usługi transportowe (z wyłączeniem transportu odpadów),

Wykonawca informuje że zgodnie z ustawą Prawo Pocztove usługi przesyłka kurierska – to przesyłka listową będącą przesyłką rejestrowaną lub paczka pocztową, przyjmowaną, sortowaną, przemieszczaną i doręczaną w sposób łącznie zapewniający:

- a) bezpośredni odbiór przesyłki pocztowej od Nadawcy,
- b) śledzenie przesyłki pocztowej od momentu nadania do doręczenia,
- c) doręczenie przesyłki pocztowej gwarantowanym terminie określonym w regulaminie świadczenia usług pocztowych lub w umowach o świadczenie usług pocztowych,
- d) doręczenie przesyłki pocztowej bezpośrednio do rąk adresata lub osoby uprawnionej do odbioru,
- e) uzyskanie pokwitowania odbioru przesyłki pocztowej w formie pisemnej lub elektronicznej.

Jednocześnie Wykonawca informuje że zarówno usługi Pocztove jak i kurierskie mają w swoim zakresie przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek i nie uzasadnia, by w ogłoszonym postępowaniu umieszczać usługi transportowe.

W związku z powyższym wykonawca wnosi o skorygowanie kodu (CPV) 60000000-8 na usługi kurierskie 64.12.00.00-3

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje treść SIWZ w pkt 5 w zakresie kodu CPV

Było:

64110000-0 - Usługi pocztowe

60000000-8 - Usługi transportowe (z wyłączeniem transportu odpadów)

Jest:

64110000-0 - Usługi pocztowe

64.12.00.00-3 – Usługi kurierskie

Pytanie 2 do SIWZ

W SIWZ pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia: Zamawiający wymaga zgodnie z treścią art. 29 ust 3a ustawy u.p.z.p aby osoby wykonujące usługę na rzecz Zamawiającego w zakresie: przyjmowania , przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz odbioru oraz ewentualnych zwrotów przesyłek kurierskich z siedziby zamawiającego, były zatrudnione na



podstawie umowy o pracę przez wykonawcę, a w przypadku zlecenia usługi podwykonawcy przez tego podwykonawcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm). W celu weryfikacji realizacji zatrudnienia, Wykonawca będzie zobowiązany do raportowania stanu zatrudnienia przez cały okres trwania umowy poprzez przedkładanie wykazu osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy zgodnie z postanowieniami umowy stanowiącej zał. nr 3do SIWZ. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę, Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.

W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane powyżej czynności.

Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

1) żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania w/w wymogów i dokonywania ich oceny,

2) żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania w/w wymogów,

Przekazywanie Zamawiającemu informacji zawartych w SIWZ część I Wytyczne dla Wykonawcy pkt.

3 Opis przedmiotu Zamówienia jest równoznaczne z udostępnianiem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są Zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez Wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie Umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków przez Wykonawcę.

Dla Zamawiającego nie powinno być istotne kto konkretnie zatrudniony jest u Wykonawcy na podstawie Umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie – dla potwierdzenia którego nie jest konieczna Zamawiającemu znajomość imion, i nazwisk oraz wskazywanie miejsca ich pracy.

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych stoi na stanowisku, iż z regulacji zawartych w art. 29 ust. 3a oraz 36 ust. 2 pkt. 8a ustawy Prawo zamówień publicznych nie można wywodzić podstawy do przekazywania Zamawiającemu danych osobowych pracowników, a zarówno dokumentowanie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, jak i kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w tym artykule może odbywać się w sposób, który nie będzie wiązał się z przetwarzaniem danych indywidualnych osób.

Wykonawca może złożyć oświadczenie o ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę w wybranych obszarach firmy, np. w placówce nadawczej wykonawcy, w mieście Kielce, w województwie świętokrzyskim, w kraju.

W związku z powyższym prosimy o rezygnację z konieczności przedkładania Zamawiającemu wykazu osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy i zastąpienie go zapisem formularzem oświadczenia o ilości osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wybranych przez Zamawiającego obszarach Wykonawcy, który może przedkładać Zamawiającemu w formie oświadczenie o liczbie zatrudnionych osób, biorących udział w realizacji zamówienia w odstępach półrocznych lub na wezwanie Zamawiającego w terminie 15 dni od otrzymania wezwania.

Odpowiedź:

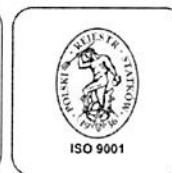
Zamawiający modyfikuje treść SIWZ w zakresie pkt 3, który otrzymuje brzmienie:

„Zamawiający wymaga zgodnie z treścią art. 29 ust 3a ustawy u.p.z.p aby osoby wykonujące usługę na rzecz Zamawiającego w zakresie: przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz odbioru oraz ewentualnych zwrotów przesyłek kurierskich z siedziby zamawiającego, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę, a w przypadku zlecenia usługi podwykonawcy przez tego podwykonawcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia ustawy



Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach

25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45
tel.: 41/36-71-301, fax: 41/34-50-623
e-mail: szpital@wszkielce.pl
www.wszkielce.pl



26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm). W celu weryfikacji realizacji zatrudnienia, Wykonawca będzie zobowiązany do raportowania stanu zatrudnienia osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy zgodnie z postanowieniami umowy stanowiącej zał. nr 3 do SIWZ. W przypadku uzasadnionej wątpliwości co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę, Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.

W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane powyżej czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

- 1) żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełnienia w/w wymogów i dokonywania ich oceny,
- 2) żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełnienia w/w wymogów”.

Pytanie 3 do SIWZ

W SIWZ pkt. 38 Kryteria oceny oferty Zamawiający do oceny oferty przyjmuje się następujące kryteria:

Termin płatności faktury – wartość kryterium - 40%

Punkty zostaną przyznane wg następujących zasad:

- **płatność faktury 30 dni – 0 punktów**
- **płatność faktury 45 dni – 20 punktów**
- **płatność faktury 60 dni – 40 punktów**

Maksymalna ilość punktów do uzyskania w kryterium „Termin płatności faktury” wynosi – 40 pkt.

W zakresie zasad oceny ofert Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert

1. Cena – 60
2. Termin płatności – 40

W przypadku kryterium nr 2 Zamawiający wskazuje zależność uzyskanych punktów od długości terminu płatności faktury Vat.

Wykonawca zwraca uwagę, że kryterium oceny ofert uzależniające ilość przyznanych punktów od długości terminu płatności jest dla wszystkich potencjalnych Wykonawców bardzo niekorzystne z uwagi na fakt, że stawia Zamawiającego w pozycji bardzo uprzywilejowanej i uniemożliwia Wykonawcy swobodnie dysponować środkami za wykonane usługi – co jest niezgodne z orzecznictwem sądów w tej sprawie. Art. 91 Ustawy PZP określa co może być kryterium oceny ofert cena lub koszt albo cena lub koszt i **inne kryteria, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe społeczne.**

W ocenie Wykonawcy wskazane przez Zamawiającego kryterium jest niezgodne z ustawą.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę przedmiotowego kryterium np. poprzez zmianę na ilość placówek pocztowych wskazanych do obsługi Klienta na terenie miasta Kielce, lub kryterium – umożliwienie śledzenia przesyłek rejestrowanych.

Odpowiedź:

Nie, zgodnie z SIWZ.

Pytanie 4 do wzoru Umowy

Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ § 3 ust. 13

Wykonawca zobowiązuje się do udostępnienia Zamawiającemu w terminie dziesięciu dni od otrzymania wezwania dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wykonujących usługę na rzecz Zamawiającego w zakresie: przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz odbioru przesyłek kurierskich z siedziby Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.



Udostępnienie Zamawiającemu w terminie dziesięciu dni od otrzymania wezwania dokumentów potwierdzających zatrudnienie jest terminem za krótkim ponieważ ilość osób wykonujących usługę na rzecz Zamawiającego w zakresie: przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz odbioru przesyłek kurierskich z siedziby Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ jest na poziomie ok 60 000 osób.

Przekazywanie Zamawiającemu informacji zawartych do SIWZ jest równoznaczne z udostępnianiem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są Zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez Wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie Umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków przez Wykonawcę.

Dla Zamawiającego nie powinno być istotne kto konkretnie zatrudniony jest u Wykonawcy na podstawie Umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie – dla potwierdzenia którego nie jest konieczna Zamawiającemu znajomość imion, i nazwisk oraz wskazywanie miejsca ich pracy.

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych stoi na stanowisku, iż z regulacji zawartych w art. 29 ust. 3a oraz 36 ust. 2 pkt. 8a ustawy Prawo zamówień publicznych nie można wywodzić podstawy do przekazywania Zamawiającemu danych osobowych pracowników, a zarówno dokumentowanie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, jak i kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w tym artykule może odbywać się w sposób, który nie będzie wiązał się z przetwarzaniem danych indywidualnych osób.

Wykonawca może złożyć oświadczenie o ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę w wybranych obszarach firmy, np. w placówce nadawczej wykonawcy, w mieście Kielce, w województwie świętokrzyskim.

W związku z powyższym prosimy o rezygnację z zapisu umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ § 3 ust. 13 iż Wykonawca zobowiązuje się do udostępnienia Zamawiającemu w terminie dziesięciu dni od otrzymania wezwania dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wykonujących usługę na rzecz Zamawiającego w zakresie: przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz odbioru przesyłek kurierskich z siedziby Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Ponadto Wykonawca, informuje że może przedkładać Zamawiającemu oświadczenie o liczbie zatrudnionych osób, biorących udział w realizacji zamówienia w odstępach półrocznych lub na wezwanie Zamawiającego w terminie 15 dni od otrzymania wezwania.

Odpowiedź:

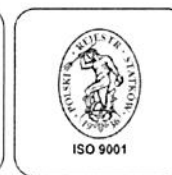
Zamawiający modyfikuje treść wzoru Umowy -załącznika nr 3 do SIWZ § 3 ust. 13

Było:

„Wykonawca zobowiązuje się do udostępnienia Zamawiającemu w terminie dziesięciu dni od otrzymania wezwania dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wykonujących usługę na rzecz Zamawiającego w zakresie: przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz odbioru przesyłek kurierskich z siedziby Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.”

Jest:

„Wykonawca zobowiązuje się do udostępnienia Zamawiającemu w terminie **piętnastu** dni od otrzymania wezwania oświadczenia o liczbie zatrudnionych osób, biorących udział w realizacji zamówienia lub zanonimizowanych dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wykonujących usługę na rzecz Zamawiającego w zakresie: przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz odbioru przesyłek kurierskich z siedziby Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.”



Pytanie 5 do wzoru Umowy

Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ § 4 ust. 3 Odbiór przesyłek odbywał się będzie od poniedziałku do piątku w godzinach 7:30-18:00, za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy w rozumieniu ustawy z dn. 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz.U. Nr 2015 r. poz.90.).

Wykonawca informuje, że może dokonać odbioru przesyłek w godzinach wskazanych przez Zamawiającego, jednak przesyłki nadane po godzinach wskazanych poniżej: odbiór przesyłek odbywał się będzie od poniedziałku do piątku w mieście wojewódzkim – w placówkach pocztowych do godziny zakończenia urzędowania danej placówki pocztowej, nie później niż do 15:00, albo za pośrednictwem kuriera w siedzibie Zamawiającego do godziny 17:00, w pozostałych miejscowościach do godziny 15:00 będą traktowane jako nadane w dniu następnym.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje treść wzoru Umowy -załącznika nr 3 do SIWZ § 4 ust. 3

Było:

„Odbiór przesyłek odbywał się będzie od poniedziałku do piątku w godzinach 7:30-18:00, za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy w rozumieniu ustawy z dn. 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz.U. Nr 2015 r. poz.90.).”

Jest:

„Odbiór przesyłek odbywał się będzie od poniedziałku do piątku w godzinach 7:30-18:00, za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy w rozumieniu ustawy z dn. 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz.U. Nr 2015 r. poz.90.). Przesyłki listowe odebrane po godzinie 15.00 oraz przesyłki kurierskie odebrane po godzinie 17.00. traktowane będą jako nadane w dniu następnym.”

Pytanie 6 do wzoru Umowy

Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ § 4 ust. 5

Zamawiający wymaga, aby przesyłki kurierskie były doręczone w następujących terminach:

- krajowe standardowe nie później niż 48 godzin po odebraniu przesyłki od Zamawiającego
- krajowe terminowe nie później niż do godziny 14:00 następnego dnia roboczego po odbiorze; Zamawiający może przy odbiorze żądać dostarczenia przesyłki do adresata w terminie krótszym tj. w godz. 08:00 – 14:00 następnego dnia roboczego lub w przypadku wykupieni dodatkowej opcji w innym terminie

Wykonawca wskazuje, iż terminy doręczeń przesyłek kurierskich każdy z operatorów ustala w oparciu o uregulowania wewnętrzne, obowiązujące u danego operatora/kuriera, stąd nie można zagwarantować realizacji terminów wskazanych przez Zamawiającego.

Ponadto Wykonawca zwraca uwagę, że prowadzone postępowanie zgodnie z ustawą PZP powinno być podzielone na 2 części. Co prawda Zamawiający wskazuje dwa kody CPV jednak uniemożliwia przystąpienie do postępowania Wykonawcy, który nie może spełnić określonego warunku dla usług kurierskich a jest w stanie zapewnić prawidłową i rzetelną realizację usług pocztowych.

Brak wydzielonych części postępowania narusza w sposób istotny art. 7 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zdjęcie z postępowania usług kurierskich i przeniesienie świadczenia usług kurierskich do odrębnego postępowania lub dokonanie zmian zapisów, dotyczących świadczenia usług kurierskich, w ten sposób aby każdy potencjalny Wykonawca miał możliwość złożenia oferty.

Odpowiedź:



Nie, zgodnie z SIWZ

Pytanie 7 do wzoru Umowy

Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ § 7 ust. 1 pkt 2) a),b),c),d)

2). Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu:

- a) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości **10%** wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 8,
- b) za zwłokę w doręczeniu przesyłki terminowej do adresata w wysokości 25% ceny danej usługi za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym,
- c) za zwłokę w doręczeniu przesyłki do adresata w wysokości 100% ceny danej usługi za każdy dzień zwłoki w wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym,
- d) za zwłokę w odbiorze przesyłek przygotowanych do wyeksponowania w wysokości 50zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym

Ponadto Zamawiający określił kary za odstąpienie od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie zarówno Zamawiającego jak i Wykonawcy - w wysokości **10%** wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 8, nie wskazując jednoznacznie jakie to są przyczyny.

Zamawiający wskazuje również karę za zwłokę w doręczeniu przesyłki terminowej do adresata w wysokości **25%** ceny danej usługi za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki wykonaniu czynności objętych umową, za zwłokę w doręczeniu przesyłki do adresata w wysokości **100%** ceny danej usługi za każdy dzień zwłoki w wykonaniu czynności objętych umową, za zwłokę w odbiorze przesyłek przygotowanych do wyeksponowania w wysokości **50zł** za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym i jednocześnie ma prawo ewentualnego potrącenia naliczonych kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy.

Wykonawca informuje iż obowiązują go przepisy zawarte w ustawie Prawo pocztowe, tym samym Wykonawca jako operator wyznaczony jest zobowiązany do stosowania w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych przepisów Rozdziału 8 ustawy Prawo pocztowe. Zgodnie z art. 87 w/w ustawy do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem w przypadku wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej w pierwszej kolejności znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo pocztowe i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami) nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń przewidzianych ustawą na drodze sądowej. W art. 88-90 ustawodawca przewidział ścisły katalog wysokości odszkodowań oraz przypadków, kiedy operator pocztowy zobligowany jest do jego wypłaty.

Rozszerzenie odpowiedzialności operatora pocztowego zostało przewidziane jedynie w art. 87 ust. 5, zgodnie z którym operator pocztowy odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte jej wykonanie:

- 1) jest następstwem czynu niedozwolonego;
- 2) nastąpiło z winy umyślnej operatora;
- 3) jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora.

Zatem jedynie w w/w przypadkach operator pocztowy może podlegać odpowiedzialności szerszej aniżeli wynikająca z przepisów prawa pocztowego.

Podkreślenia wymaga, że w Kodeksie cywilnym w art. 471 występuje pojęcie "niewykonanie zobowiązania", co odnosi się dokładnie do pojęcia "niewykonanie zamówienia" w ustawie



Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach

25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45
tel.: 41/36-71-301, fax: 41/34-50-623
e-mail: szpital@wszkielce.pl
www.wszkielce.pl



o zamówieniach publicznych. Zdarzenie to występuje tylko wtedy, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle wykonane.

W tym samym artykule Kodeksu cywilnego mamy pojęcie "nienależytego wykonania zobowiązania", a w art. 472 pojęcie "niezachowanie należytej staranności". Oba te określenia należy przypisać pojęciu użytemu w ustawie, a mianowicie "wykonanie zamówienia z nienależytą starannością". Określenie to jest tak pojemne, że niemożliwe jest określenie wszystkich sytuacji, w których ono występuje. Dokonując jednak dla jasności uogólnienia, można stwierdzić, że o nienależytym spełnieniu świadczenia możemy mówić w aspekcie niezachowania terminu spełnienia świadczenia, czy też wadliwości świadczenia. Należy do naszego uogólnienia dodać jeszcze, że w Kodeksie cywilnym pojęcie "niezachowanie należytej staranności" rozumiane jest jako synonim winy w postaci niedbalstwa. Skoro tak, to zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kodeksu cywilnego).

W związku z powyższym wnosimy o odstąpienie od zapisów dotyczących kar i pozostawienie postanowień regulujących odpowiedzialność operatora pocztowego wynikającą z ustawy Prawo pocztowe oraz regulaminu świadczenia usług pocztowych (uniknięcie sytuacji podwójnego karania).

Ponadto konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w § 7 ust. 1 pkt2) a),b),c),d) wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej 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 powtórny 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 ustawy Prawo pocztowe, bądź ograniczenie wysokości kar umownych co najmniej do poziomu 2% wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 5 ust. 8,

Za zwłokę w odbiorze przesyłek przygotowanych do wyekspediowania niniejszej umowy zapłaci każdorazowo Zamawiającemu karę pieniężną w wysokości 200% wynagrodzenia (opłaty) za jeden



odbior zgodnie ze złożoną ofertą”, co pozwoli na pozbawienie ich charakteru rażąco wygórowanych, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu Zamawiającego,
- uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje zapis wzoru Umowy – Załącznika nr 3 do SIWZ § 7 ust. 1 pkt 2) a),b),c),d)

Było:

- 2) Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu:
 - b) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości **10%** wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 8,
 - c) za zwłokę w doręczeniu przesyłki terminowej do adresata w wysokości 25% ceny danej usługi za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym,
 - d) za zwłokę w doręczeniu przesyłki do adresata w wysokości 100% ceny danej usługi za każdy dzień zwłoki w wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym,
 - e) za zwłokę w odbiorze przesyłek przygotowanych do wyekspediowania w wysokości 50 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym

Jest:

- 2) Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu:
 - a) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości **10%** wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 8,
 - b) za zwłokę w doręczeniu przesyłki terminowej do adresata w wysokości 10% ceny danej usługi
 - c) za zwłokę w doręczeniu przesyłki do adresata w wysokości 10% ceny danej usługi
 - d) za zwłokę w odbiorze przesyłek przygotowanych do wyekspediowania w wysokości 50 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w wykonaniu czynności objętych umową ponad terminy określone w umowie lub ustalone z Zamawiającym

Pytanie 8 do wzoru Umowy

Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ § 7 ust. 2 Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kar umownych oraz kosztów, o których mowa w umowie, z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. O potrąceniu Zamawiający zawiadomi Wykonawcę w formie pisemnej wraz z podaniem uzasadnienia.

W załączniku nr 3 do SIWZ § 7 ust. 2 Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kar umownych oraz kosztów, o których mowa w umowie, z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. O potrąceniu Zamawiający zawiadomi Wykonawcę w formie pisemnej wraz z podaniem uzasadnienia.

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, prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy poprzez

modyfikację zapisu i dodanie do treści Załącznika nr 3 do SIWZ § 7 ust. 2 zwrotu: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający modyfikuje zapis wzoru Umowy – Załącznika nr 3 do SIWZ § 7 ust. 2

Było:

2. Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kar umownych oraz kosztów, o których mowa w umowie, z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. O potrąceniu Zamawiający zawiadomi Wykonawcę w formie pisemnej wraz z podaniem uzasadnienia.
3. Jeżeli kara umowna nie pokryje poniesionej szkody, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.
4. Postanowienia umowy dotyczące kar umownych pozostają wiążące dla stron w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron.

Jest:

2. Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kar umownych oraz kosztów, o których mowa w umowie, z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. O potrąceniu Zamawiający zawiadomi Wykonawcę w formie pisemnej wraz z podaniem uzasadnienia.
3. Potrącenie o którym mowa w ust. 2 jest możliwe po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. Zamawiający zwraca się na piśmie do Wykonawcy celem przedstawienia wyjaśnień dotyczących nienależytego wykonywania umowy. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia pisemnych wyjaśnień w terminie 5 dni od daty otrzymania pisma od Zamawiającego.
4. Jeżeli kara umowna nie pokryje poniesionej szkody, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.
5. Postanowienia umowy dotyczące kar umownych pozostają wiążące dla stron w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron.

Pytanie 9 do wzoru Umowy

Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ § 8 ust.1 pkt1) d) wskazuje możliwość odstąpienia od umowy w przypadku jeżeli

„Wykonawca trzykrotnie został ukarany za naruszenie tożsamyh obowiązków określonych w umowie,

Wykonawca wnosi o wykreślenie powyższego zapisu z uwagi na fakt, że za naruszenie obowiązków określonych w umowie Zamawiającemu przysługuje odszkodowanie, kara. Odstąpienie od umowy można rozpatrywać jako nałożenie kolejnej kary za naruszenie takich samych obowiązków a zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa nie można karać dwa razy za to samo.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje zapis wozu Umowy – Załącznika nr 3 do SIWZ_§ 8 ust.1 pkt1) d) poprzez wykreślenie punktu d.

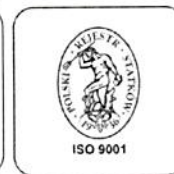
Było:

- 1) Zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli:
 - a) Wykonawca rozwiązał firmę lub utracił uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem,
 - b) w stosunku do Wykonawcy otwarto likwidację lub złożono wniosek o ogłoszenie upadłości,
 - c) Wykonawca jest w zwłoce rozpoczęciu realizacji usługi ponad 3 dni od upływu wyznaczonych terminów i pomimo wyznaczenia dodatkowego terminu nie realizuje usługi zgodnie z umową,
 - d) Wykonawca trzykrotnie został ukarany za naruszenie tożsamyh obowiązków określonych w umowie,
 - e) Wykonawca realizuje usługę niezgodnie z wymogami określonymi w umowie, a w



Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach

25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45
tel.: 41/36-71-301, fax: 41/34-50-623
e-mail: szpital@wszkielce.pl
www.wszkielce.pl



szczegółności w opisie przedmiotu zamówienia i pomimo wezwania do usunięcia niezgodności usługa nadal jest świadczona nieprawidłowo.

Jest:

- 2) Zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli:
 - a) Wykonawca rozwiązał firmę lub utracił uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem,
 - b) w stosunku do Wykonawcy otwarto likwidację lub złożono wniosek o ogłoszenie upadłości,
 - c) Wykonawca jest w zwłoce rozpoczęciu realizacji usługi ponad 3 dni od upływu wyznaczonych terminów i pomimo wyznaczenia dodatkowego terminu nie realizuje usługi zgodnie z umową,
 - d) Wykonawca realizuje usługę niezgodnie z wymogami określonymi w umowie, a w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia i pomimo wezwania do usunięcia niezgodności usługa nadal jest świadczona nieprawidłowo.

Pytanie 10 do wzoru Umowy

Czy po ewentualnym wyborze Wykonawcy Zamawiający wyrazi zgodę na dołączenie do umowy załączników regulujących zasady prawidłowego świadczenia usług?

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający wyraża zgodę na dołączenie do umowy załączników regulujących zasady prawidłowego świadczenia usług, jednakże w przypadku regulacji tożsamych zasad/zadań nadrzędne są postanowienia Umowy o zamówienie publiczne.

DYREKTOR
Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Kielcach
Bartosz Stemplewski

KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych
mgr Sebastian Szaniawski