



**KRAJOWA SZKOŁA
SĄDOWNICTWA I PROKURATURY**
ul. Przy Rondzie 5
31-547 Kraków

Numer sprawy: BD-V.2611.18.2019

Kraków, 25 marca 2019 roku.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego na podstawie przepisów art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), dotyczących zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, pn. „Świadczenie usług kurierskich w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania oraz ewentualnych zwrotów przesyłek w obrocie krajowym” - oznaczenie postępowania: BD-V.2611.18.2019

W dniu 22 marca 2019 roku do Zamawiającego wpłynęły pytania dotyczące treści Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający udziela następujących wyjaśnień dotyczących treści IWZ:

Pytanie 1.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu wskazuje termin doręczania przesyłek. W stosunku do przesyłek niestandardowych regulamin wykonawcy przewiduje termin doręczenie D+4. Definicja przesyłek niestandardowych dostępna jest na stronie internetowej Wykonawcy pod adresem „(...) <http://www.>(...)” Czy zamawiający akceptuje regulamin Wykonawcy w tym zakresie?

Ad1).

Zamawiający wyraża zgodę w tym zakresie na stosowanie regulaminu, na zasadach określonych we wzorze umowy § 1 ust 4.

Pytanie 2.

W par. 7 Wzoru Umowy Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do zatrudniania 100% pracowników uczestniczących w sortowaniu przesyłek na podstawie umowy o pracę. Wykonawca informuje, że wskaźnik zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę na poziomie 100% nie jest możliwy do zapewnienia przez Wykonawców. Zawsze istnieje ryzyko zatrudnienia chociażby na zastępstwo urlopowe pracowników na podstawie umowy zlecenia, co nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte realizowanie przedmiotu zamówienia. Czy Zamawiający może wskazać ilość osób mających być zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę na określonych przez Zamawiających stanowiskach? Pozostawienie zapisów w formie obecnej uniemożliwia Wykonawcy złożenie oferty.

Ad2).

Zamawiający podtrzymuje zapisy w § 7 wzoru umowy i wyjaśnia, iż niniejszy wymóg odnosi się wyłącznie do osób zajmujących się czynnościami sortowania przesyłek kurierskich nadawanych przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury. Zamawiający informuje, że osoby zatrudnione w równoważnych do umowy o pracę stosunkach zatrudnienia będą uznane przez Zamawiającego jako spełniające ww. wymóg.

Pytanie 3.

Przekazywanie Zamawiającemu informacji zawartych w par. 7 ust. 3 Wzoru Umowy 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.

Ponadto, przesyłki Zamawiającego są sortowane co najmniej dwukrotnie, w punkcie rozdzielczym właściwym dla miejsca nadania, oraz miejsca docelowego przesyłki. Ponieważ przesyłki obejmują obszar całego kraju, a zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca nie mają możliwości określenia miejsca destylacji każdej z przesyłek, wymóg zatrudnienia obejmuje każde stanowisko zajmujące się w jakimś zakresie sortowaniem przesyłek.

Wykonawca informuje, że na takich stanowiskach na obszarze kraju zatrudnia kilka tysięcy osób, obsługiwanych kadrowo przez różne właściwe lokalnie jednostki i na żądanie Zamawiającego nie ma technicznej możliwości pozyskać, zanonimizować i udostępnić informacji, których oczekuje Zamawiający.

Wykonawca może złożyć oświadczenie o ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę w wybranym obszarze działalności firmy, druk ZUS DRA.

W związku z powyższym prosimy o rezygnację z pozostałych zapisów zawartych w par. 7 ust. 3 i zastąpienie go formularzem oświadczenia o ilości osób zatrudnionych

na podstawie umowy o pracę w wybranych przez Zamawiającego obszarach Wykonawcy, oraz ewentualnie drukiem ZUD DRA. Pozostawienie zapisów w formie obecnej uniemożliwia Wykonawcy złożenie oferty.

Ad3).

Zamawiający podtrzymuje zapisy i wyjaśnia, iż obok możliwości żądania zanonimizowanych umów o pracę, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający może również żądać przedłożenia oświadczenia Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących te czynności. Dopuszczalne będzie też żądanie dokumentów potwierdzających opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę (wraz z informacją o liczbie odprowadzonych składek), które będzie mogło przyjąć postać zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub zanonimizowanych dowodów potwierdzających zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń.

Pytanie 4.

Zamawiający w § 7 ust. 4 wzoru umowy z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wykonujących czynności wskazane w ust. 1, sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kary umownej w wysokości 5% wartości netto określonej w § 5 Umowy za każdy rozpoczęty miesiąc, w którym trwa niniejszy proceder, a także sankcje w postaci odstąpienia od Umowy. W przypadku tak sprecyzowanych zapisów możliwość naliczenia kary umownej istnieje w sytuacji nie mającej wpływu na możliwość korzystania z usług przez Zamawiającego, a także jakości tych usług.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o usunięcie w/w kar. Przypadki opisane powyżej nie mają wpływu na realizację zamówienia, a wysokość kar jest zbyt wysoka do konsekwencji wynikających z np. zmiany osoby, która będzie sortowała przesyłki np. absencji chorobowej czy w związku z zatrudnieniem osób na okres wzmożonego ruchu, np. święta. Zmiana taka nie ma wpływu na jakość świadczenia usługi, terminowość itp.

Ad4).

Zamawiający informuje, że celem zapisu § 7 ust. 4 nie jest nakładanie na Wykonawcę kary w sytuacji kiedy do zmiany pracownika dojdzie w przypadkach losowych, takich jak podane przez Wykonawcę okoliczności choroby, zwolnienie z pracy.

Pytanie 5.

Zamawiający w § 11 ust. 2 Wzoru umowy 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 zaszyły 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). Trzy dniowy okres na ustosunkowanie się do decyzji Zamawiającego liczony od czasu poinformowania o nałożeniu kary, w praktyce uniemożliwia Wykonawcy przeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego. Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w § 11 ust. 2 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 KI O/UZP 1839/09 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 lub chociażby złagodzenie wygórowanej w ocenie Wykonawcy postanowień zawartych w § 11 ust. 2 wzoru umowy i oparcie odpowiedzialności Wykonawcy głównie na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku oraz regulaminie Wykonawcy dostępnym na jego stronie internetowej.

Ad5).

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu wskazanego w par. 11 ust. 2, kary umowne są adekwatne, nie są sformułowane w sposób naruszający naczelne zasady zamówień publicznych oraz innych przepisów powszechnie obowiązujących.

Pytanie 6.

W par. 5 pkt 8 Wzoru Umowy **Zamawiający** określa warunki płatności dla przedmiotu zamówienia, wskazując niestosowany u Wykonawcy termin płatności faktury jako 21 dni od otrzymania prawidłowo wystawionej faktury.

Wykonawca informuje, iż faktury za usługi pocztowe wystawiane są za pośrednictwem scentralizowanego systemu informatycznego, którego wymogi określają takie kryteria jak termin wystawienia faktury, datę wysłania faktury do klienta, jak również termin płatności będący w ścisłej zależności z terminami sporządzenia faktury. Standardowo obowiązujący termin płatności faktury określony jako 14 dni od daty wystawienia faktury został wprowadzony ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu fakturowania wykonawcy oraz zarządzania płatnościami wynikającymi z zawartych umów. Takie rozwiązanie daje możliwość oszacowania terminów wpływu środków oraz opóźnień w ich płatnościach.

Czy w związku z powyższym Zamawiający zaakceptuje inny niż określony przez

Zamawiającego termin płatności tj. liczony od dnia wystawienia faktury określony jako 21 dni od daty wystawienia faktury VAT, pozwalający terminowo dokonać płatności za wykonane usługi w ramach przedmiotu zamówienia?

Ad6).

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu odnoszącego się do terminu płatności uzależnionego od daty złożenia faktur pozbawionych wad. Z uwagi specyfikę Zamawiającego tj. posiadanie zamiejscowych Ośrodków i konieczność przesyłania dokumentów do siedziby do Krakowa uzależnienie terminu płatności od daty wpływu faktury jest uzasadnione.

Pytanie 7.

Zamawiający wskazuje, że ma prawo zlecić usługę odbioru przesyłek innemu podmiotowi, a kosztami obciążyć Wykonawcę, jeżeli Wykonawca nie odbierze od Zamawiającego przesyłek w wyznaczonym dniu i czasie.

Zgodnie z zapisami tego punktu Wykonawca nie ma wpływu na koszt realizacji zastępczego wykonania usługi jak i na wybór podmiotu, który miałby świadczyć tego typu usługę. Brak jest również określenia sposobu i kryteriów, jakimi Zamawiający kierowałby się przy wyborze.

Wykonawca prosi o precyzyjne określenie kryteriów, którymi w takiej sytuacji będzie się kierował Zamawiający przy wyborze podmiotu wykonującego zastępcze wykonanie usługi oraz określił katalog wyjątków wyłączających odpowiedzialność Wykonawcy, bądź usunięcie przedmiotowego zapisu.

Ad7).

Zamawiający informuje, iż pełny zapis przytoczonego ust. ma brzmienie: „Zamawiający ma prawo zlecić usługę innemu operatorowi, a kosztami realizacji obciążyć Wykonawcę, jeżeli Wykonawca nie odbierze od Zamawiającego przesyłek w wyznaczonym dniu i czasie w sytuacji gdy owa przesyłka dotyczyć będzie spraw wyjątkowych związanych bezpośrednio z interesem Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury.” Stąd nie wyraża zgody na jego zmianę. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający zdaje sobie sprawę z faktu zawarcia umowy z Wykonawcą na świadczenie tego typu usług oraz, że w przypadku niedotrzymania terminu odbioru przesyłki będzie mógł nałożyć karę na Wykonawcę, tym

niemniej w kluczowych dla Zamawiającego sytuacjach, których ukaranie Wykonawcy i otrzymana rekompensata będzie daleko niesatysfakcjonująca, Zamawiający zmuszony będzie dokonania zlecenia usługi innemu operatorowi, który wykona tą usługę najszybciej w oparciu o cenniki powszechnie obowiązujące. Zamawiający zatem dokona wyboru podmiotu w oparciu o daną, konkretną zachodzącą potrzebę.

Jednocześnie działając podstawie rozdziału 10 ust. 18 IWZ Zamawiający dokonuje zmiany treści IWZ - **Termin składania ofert ulega przedłużeniu i upływa 29 marca 2019 roku o godz. 10:00.**

[1/] Rozdział 10 ust. 12 IWZ otrzymuje brzmienie (zmiana została wytłuszczona):

Ofertę (tj. wypełniony Formularz oferty wraz z wymaganymi załącznikami) należy składać w nieprzejrzystym i zamkniętym opakowaniu. Zaleca się, aby opakowanie było odpowiednio zabezpieczone w sposób uniemożliwiający bezśladowe otwarcie (np. podpisane na wszystkich połączeniach). Opakowanie powinno być zaadresowane do Zamawiającego na wskazany w IWZ adres:

Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury
ul. Przy Rondzie 5, 31-547 Kraków

z dopiskiem: *OFERTA na:*

*„Świadczenie usług kurierskich w zakresie przyjmowania, przemieszczania
i doręczania oraz ewentualnych zwrotów przesyłek w obrocie krajowym”,
nr postępowania BD-V.2611.18.2019*

*Nie otwierać przed: **29 marca 2019 r. godz. 10:15***

[2/] Rozdział 11 ust. 1 i 2 IWZ otrzymuje brzmienie (zmiana została wytłuszczona):

1. Oferty należy składać pod adres Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury, ul. Przy Rondzie 5, 31-547 Kraków, Kancelaria Ogólna (na parterze budynku) **do 29 marca 2019 r. do godz. 10:00.**

2. Zamawiający otworzy oferty w dniu składania ofert **o godz. 10:15**, pokój nr 322.

Wynikiem powyższych zmian jest również zmiana w/w terminów w ogłoszeniu o zamówieniu.

ZASTĘPCA DYREKTORA
KRAJOWEJ SZKOŁY SĄDOWNICTWA I PROKURATURY
ds. APLIKACJI SĄDOWSKIEJ

Adam Sek
sędzia

Krajowej Szkoły Sądownictwa
i Prokuratury

ZASTĘPCA DYREKTORA
KRAJOWEJ SZKOŁY SĄDOWNICTWA I PROKURATURY
ds. APLIKACJI SĄDZIOWSKIEJ


Adam Sęk
sędzia