



Strona internetowa prowadzonego postępowania

WYJAŚNIENIA SWZ NR 1

Dotyczy: postępowania pn. „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Starostwa Powiatowego w Trzebnicy” prowadzonego na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zm.).

Powiat Trzebnicki, jako Zamawiający w postępowaniu jak wyżej, na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy Pzp, przekazuje treść zapytań dotyczących zapisów SWZ wraz z wyjaśnieniami, zgodnie z poniższym:

Pytanie 1:

1/ Wykonawca wnosi o modyfikację zapisu rozdz. VII SWZ oraz par.2 projektu umowy poprzez nadanie nowego brzmienia:

„ 1. Wykonawca zobowiązuje się, że osoba/osoby wyznaczone do wykonywania czynności bezpośredniej obsługi zamawiającego w placówkach pocztowych nadawczych w zakresie realizacji całego zamówienia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 z późn. zm.). Obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczy także podwykonawców. Wykonawca jest zobowiązany zawrzeć w każdej umowie o podwykonawstwo stosowne zapisy dot. zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich osób wykonujących czynności, o których powyżej.

2. Dla udokumentowania wymogu określonego w ust. 1, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu w dniu rozpoczęcia świadczenia usług **oświadczenie o zatrudnieniu** na umowę o pracę osoby/osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz ze wskazaniem czynności jakie będzie/ą te osoby wykonywać.

3. Na każde pisemne wezwanie Zamawiającego, Wykonawca będzie zobligowany **przedstawić dokumenty** lub oświadczenie potwierdzające zatrudnienie na umowę o pracę przy wyznaczonych czynnościach zamówienia i inne dokumenty, o których mowa w art. 438 ustawy Pzp.

4. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądanych przez Zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie jako niespełnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.”

W związku zapisami dotyczącymi wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, Wykonawca informuje, iż warunek postawiony przez Zamawiającego jest nadmierny i nieracjonalny, gdyż żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku usług pocztowych nie jest w stanie go spełnić, a tym samym zapewnić, przy obejmującym zasięgiem cały kraj zamówieniu, iż w realizacji zamówienia udział brać będą jedynie pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę, tym bardziej, że Prawo Pocztowe dopuszcza posiadanie sieci agencji pocztowych. Żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku nie będzie w stanie złożyć oferty i podjąć się realizacji zamówienia na warunkach określonych w SWZ. Określenie przez Zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania warunku, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych. Fakt, że Wykonawca będący jednocześnie Operatorem Wyznaczonym może w ogóle nie złożyć oferty w realiach niniejszej sprawy, powinien



Starostwo Powiatowe w Trzebnicy

zostać uznany za okoliczność świadcząca o tym, że przewidziany przez Zamawiającego wymóg, nie znajdujący oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i w specyficie przedmiotowego postępowania, może utrudniać udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że przepis ustawy PZP wymaga jedynie uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji. Tym bardziej, że orzecznictwo, co do opisu przedmiotu zamówienia w takich okolicznościach, jest jednoznaczne, np. w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: „Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwiania takiej konkurencji”.

Postawienie ww. wymogu, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawcę, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 29 ust. 2, z uwagi na niezgodne z ustawą PZP opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Wobec powyższego, ww. wymóg należy uznać za warunek nadmierny, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy. Wykonawca informuje, iż jest operatorem wyznaczonym, w związku z czym będzie na nim ciążył obowiązek przedstawienia nawet **kilkudziesięciu tysięcy** dowodów zawarcia umów o pracę. Żądanie jest technicznie niemożliwe do realizacji i już na wstępie praktycznie wyklucza Wykonawcę z możliwości złożenia oferty. Ponadto, przekazywanie Zamawiającemu powyższych informacji 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 według wymagań Zamawiającego.

Odpowiedź 1:

Zamawiający dokona zmiany zapisu w zakresie czynności wskazanej przez Zamawiającego w związku z wymogiem zatrudnienia osób przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy. Jednocześnie Zamawiający informuje, że w pierwszej kolejności Wykonawca będzie musiał złożyć imienną listę osób zatrudnionych wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w ramach realizacji zamówienia. Z kolei dodatkowe dokumenty, których Zamawiający może żądać w celu weryfikacji zatrudnienia wskazane w § 2 ust. 4 umowy są zgodne z art. 438 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zm.).

Zamawiający informuje, iż zakres przekazywanych danych jest zgodny z art. 438 ust. 2 ustawy pzp, jak i również został zaprezentowany w opinii UZP, co prawda dotyczącej nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., jednak mający także zastosowanie do obowiązujących przepisów tj. opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp uwzględniająca wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r. tj. „(...) Art. 36



Starostwo Powiatowe w Trzebnicy

ust. 2 pkt 8a) lit. a ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający zobowiązany jest wskazać sposób dokumentowania zatrudnienia osób, które będą wykonywać czynności mające charakter stosunku pracy. Należy przy tym pamiętać, iż kwestia sposobu dokumentowania zatrudnienia pracowników w sposób bezpośredni związana jest z przetwarzaniem danych osobowych i uprawnieniem określonych podmiotów do ich przetwarzania, o których mowa w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.). W myśl zasady adekwatności wyrażonej w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych, administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. W świetle tego przepisu dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, bez wskazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych – którym po uzyskaniu danych stałby się zamawiający. Zakres informacji żądanych przez zamawiającego od wykonawcy w celu kontroli zatrudnienia nie może zatem wykraczać poza zakres określony przepisami ustawy o ochronie danych osobowych. Zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a ustawy Pzp, może wymagać od wykonawcy zatem wyłącznie takich informacji, które są niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez ten podmiot wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. W konsekwencji, na gruncie ww. przepisu możliwe będzie żądanie przez zamawiającego kopii umów o pracę zawierających imię i nazwisko osób, które świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego, datę zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu. Ponadto, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, w celu wykazania spełnienia ww. warunku, zamawiający może żądać przedłożenia przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w związku z realizacją zamówienia. 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, z wyjątkiem imienia i nazwiska, dowodów potwierdzających zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń. (...)

Pytanie 2:

2/ Zamawiający w § 8 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 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 § 8 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



Starostwo Powiatowe w Trzebnicy

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 usterek, 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. Przewidziane w § 8 kary umowne są zdecydowanie



Starostwo Powiatowe w Trzebnicy

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 się wyłącznie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych lub zmianę ich wysokości- ust.2 i 5 na 0,5%, ust.3 na 50 zł. Wykonawca nadmienia, iż w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia odpowiada zgodnie z zapisami Ustawy Prawo Pocztove z aktami wykonawczymi.

Odpowiedź 2:

Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmniejszanie wysokości kary umownej wskazanej w §8 ust. 2 i 5 umowy tj. z tytułu odstąpienia od umowy. Wysokość kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy została ustalona na takim samym poziomie zarówno dla Wykonawcy jak i Zamawiającego. Dodatkowo odstąpienie od umowy może nastąpić z szeregu różnych przyczyn wskazanych w umowie. Natomiast kara umowna wskazana w § 8 ust. 3 umowy zostanie zmniejszona do kwoty 500 zł.

Niniejsze wyjaśnienie stanowi integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zatwierdzam:

Przewodnicząca Zarządu Małgorzata Matusiak (-)
Wiceprzewodniczący Zarządu Grzegorz Terebun (-)

Sporządziła: Natalia Jakubiak-Wardziak