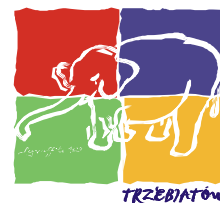




Gmina Trzebiatów

z siedzibą: **Urząd Miejski w Trzebiatowie**
72 – 320 Trzebiatów, ul. Rynek 1, Tel. 91 38 72 984, fax. 91 38 72 619
e-mail: sekretariat@trzebiatow.pl, www.trzebiatow.pl



Trzebiatów, 15.11.2024 r.

Znak sprawy: **RZ.271.25.2024**

WYKONAWCY

ubiegający się o udzielenie zamówienia

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ – nr 2

Zamawiający - Gmina Trzebiatów, na podstawie art. 284 ust. 4 i art. 286 ust. 1 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) – zwanej dalej „ustawą Pzp”, udziela wyjaśnień oraz dokonuje zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: **„Świadczenie usługi w zakresie kompleksowej obsługi pocztowej w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych i paczek pocztowych oraz ich ewentualnych zwrotów na potrzeby Gminy Trzebiatów – Urzędu Miejskiego w Trzebiatowie, w okresie od dnia 01.01.2025 r. do dnia 31.12.2025 r.”** – Ogłoszenie nr 2024/BZP 00580866/01 z dnia 2024-11-06.

Do zamawiającego wpłynęły następujące wnioski o wyjaśnienie treści SWZ:

PYTANIE 1

Umowa § 9 Kary umowne Wykonawca wnosi o złagodzenie postanowień dotyczących wysokości kar umownych poprzez ich modyfikację. Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 483 § 1 KC kara umowna jest formą naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że kara umowa jest pewnego rodzaju zryczałtowanym odszkodowaniem, bez konieczności wykazywania przesłanek, tj. wysokość szkody czy związek przyczynowy między zdarzeniem a poniesioną szkodą. Dla przykładu w tym miejscu warto wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22.09.2022 r. (sygn. V ACa 109/22), zgodnie z którym sąd

podkreślił, że kara umowna, jako sposób naprawienia szkody, poprzez umowne zastrzeżenie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego następuje przez zapłatę określonej sumy, zajmuje miejsce odszkodowania (art. 361 § 2 w zw. z 471 k.c.)”. Oznacza to zatem, że kary umowne, które ustanawiane są w umowach nie powinny stanowić źródła wzbogacenia się jednej ze stron umowy, ale stanowić ewentualny substytut szkody, którą potencjalnie może strona ponieść poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Jakkolwiek kara umowna, jako narzędzie dochodzenia odpowiedzialności przez zamawiającego, zawsze wiąże się z pewnego rodzaju ryzykiem, niemniej jednak ryzyko to jest dla wykonawców akceptowalne i zrozumiałe w kontekście konieczności zabezpieczenia się przed ewentualnym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy pod warunkiem, że nie będzie w sposób nadmiernie wygórowane. Kwoty kar umownych przewidziane w § 9 Umowy w ocenie Wykonawcy są wygórowane i nadmierne względem wynagrodzenia, które za wykonywane usługi wykonawca może oczekiwać. W ten sposób zastrzeżone kary umowne tracą główny cel jakemu przyświecają, tj. cel odszkodowawczy i mobilizujący do należytego wykonania umowy, a przekształcają się w formułę represyjną i model przychodowy. Wykonawca oczywiście nie kwestionuje zasadności i prawa Zamawiającego do ustanowienia kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu publicznego, niemniej jednak Zamawiający nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej wyłącznie dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie Zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Po dokonaniu kompleksowej analizy należy dojść do wniosku, iż katalog kar umownych w wielu przypadkach wykracza poza akceptowalne ryzyko, które wykonawcy działający na rynku pocztowym byłoby w stanie zaakceptować. W ocenie Wykonawcy spora część przewidzianych kar umownych jest nieproporcjonalna względem przedmiotu zamówienia, który zobowiązany jest świadczyć Wykonawca, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. § 9 Wzoru Umowy przewiduje bowiem kary umowne za „czynności główne”, związane bezpośrednio z należytych wykonaniem przedmiotu zamówienia, jak i „czynności poboczne”, niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Przy tak znacznej ilości kar, nienależyte wykonanie jedynie kilku czynności (składowych danej usługi) pozbawiałoby Wykonawcę znacznej części należnego wynagrodzenia. Należy wskazać, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie może zastrzec w umowie kary umownej za zachowania poboczne wykonawcy, tj. takie, które są niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Wyrok KIO z dnia 23.11.2021 r., sygn. akt 3277/21.

1) Umowa § 9 Kary umowne ust. 3

„zamawiający obciąży Wykonawcę za niewywiązanie się z deklaracji (...) w celu uzyskania punktów poza cenowych kryteriach oceny ofert:

- realizowanie usługi bez udziału ilości osób (w rozumieniu ilości pełnych etatów) wskazanych w formularzu ofertowym, tj. w przypadku niespełnienia obowiązku, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy – w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych i 00/100) za każdy stwierdzony przypadek / za każdą brakującą osobę. Kara ta może być naliczana nie częściej niż raz w miesiącu.
- realizowanie usługi bez udostępnienia zamawiającemu bezpłatnej aplikacji /systemu do śledzenia statutów przesyłek nadanych - zgodnie z deklaracją wykonawcy złożoną w formularzu ofertowym, na warunkach, o których mowa w § 1 ust. 25 umowy- w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych i 00/100) za każdy stwierdzony przypadek. Kara może być naliczana nie częściej niż raz w miesiącu”.

2) Umowa § 9 Kary umowne ust. 6

„zamawiający obciąży wykonawcę karą, w przypadku stwierdzenia braku umowy o pracę pracownika wykonującego czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2023 r. poz. 1465) – w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) za każdy stwierdzony przypadek”

3) Umowa § 9 Kary umowne ust. 7

„zamawiający obciąży wykonawcę karą, w przypadku każdego ponownego stwierdzenia braku umowy o pracę danego pracownika wykonującego czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1465, z późn. zm.) – w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) za każdy stwierdzony przypadek. Zamawiający zaproponował kary umowne, które są nieproporcjonalnie wysokie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo kary mogą być wielokrotnie naliczane oraz wszystkie wymienione wyżej kary dotyczą zatrudnienia. Wykonawca zwraca się z prośbą o ich złagodzenie i zostawienie jednej kary dotyczącej zatrudnienia.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zostawienie jednej niżej wymienionej kary?:

„Umowa § 9 Kary umowne ust. 6

„Zamawiający obciąży wykonawcę karą, w przypadku stwierdzenia braku umowy o pracę pracownika wykonującego czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy

(Dz.U. z 2023 r. poz. 1465) – w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) za każdy stwierdzony przypadek”

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na dokonanie modyfikacji treści projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ, poprzez **usunięcie § 9 ust. 1 pkt 7)**.

Przesłanki naliczenia kar umownych, o których mowa w projekcie umowy, w § 9 ust. 1 pkt 3) tiret pierwszy, a pkt 6) – dotyczą odmiennych od siebie okoliczności.

Zamawiający wyjaśnia, że potencjalnie może wystąpić sytuacja, w której np. wykonawca nie zatrudnia deklarowanej ilości pracowników (w przeliczeniu na pełny etat), ale wszystkie osoby wykonujące czynności, o których mowa w § 7 ust. 1 zatrudnia w oparciu o umowę o pracę. W takiej sytuacji, wykonawcy nie mogłaby zostać naliczona kara, o której mowa w pkt 7), ale wymagalne byłoby egzekwowanie kary, o której mowa pkt 3) tiret 1.

ZMIANA nr 1

Projekt umowy, stanowiący załącznik nr 9 do SWZ, w § 9 w ustępach jak niżej, otrzymuje brzmienie:

- **w ust. 1 usuwa się treść pkt 7)**, a w pkt 6), średnik zastępuje się kropką;
- **ust. 7 otrzymuje brzmienie:**
„Sytuacje, o których mowa w ust. 1 pkt 6), dotyczą zarówno osób wykonujących czynności na rzecz wykonawcy, jak i podwykonawców”.

PYTANIE 2

Umowa § 9 ust. 1 pkt 4):

„zamawiający obciąży wykonawcę karą umowną w wysokości 0,1 % brutto wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 pkt 1), w przypadku niespełnienia obowiązku, o którym mowa w § 1 ust. 2 umowy, za każdy stwierdzony przypadek, tj. za każdy dzień roboczy, w którym stwierdzono, że placówka nadawcza (lub punkt odbioru) nie jest czynna, mimo braku zgody zamawiającego”.

Zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie słów: „mimo braku zgody Zamawiającego”
Zamawiający nie może ingerować w organizację pracy Wykonawcy i wyrażać zgodę na godziny funkcjonowania placówek Wykonawcy.

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający wyjaśnia, że nie ingeruje w godziny otwarcia placówek wykonawcy.

PYTANIE 3

Umowa § 9 ust. 1 pkt 4):

„zamawiający obciąży wykonawcę karą umowną w wysokości 0,1 % brutto wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 pkt 1), w przypadku niespełnienia obowiązku, o którym mowa w § 1 ust. 2 umowy, za każdy stwierdzony przypadek, tj. za każdy dzień roboczy, w którym stwierdzono, że placówka nadawcza (lub punkt odbioru) nie jest czynna, mimo braku zgody zamawiającego”.

Wykonawca wskazuje, że ustawodawca nie nakłada na Wykonawcę będącego Operatorem Wyznaczonym obowiązku posiadania czynnych placówek pocztowych w określonych godzinach. Zapis ten ogranicza prawo Wykonawcy do swobodnego stanowienia o organizacji sieci podległych placówek.

Zwracamy z wnioskiem o usunięcie godzin funkcjonowania placówki wskazanych w § 1 ust. 3 pkt. 2 umowy.

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający wyjaśnia, że w zacytowanym przez wykonawcę fragmencie projektu umowy, nie ma treści dotyczącej godzin, w jakich placówka miałaby funkcjonować.

PYTANIE 4

Umowa § 9 ust. 1 pkt 4):

„zamawiający obciąży wykonawcę karą umowną w wysokości 0,1 % brutto wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 pkt 1), w przypadku niespełnienia obowiązku, o którym mowa w § 1 ust. 2 umowy, za każdy stwierdzony przypadek, tj. za każdy dzień roboczy, w którym stwierdzono, że placówka nadawcza (lub punkt odbioru) nie jest czynna, mimo braku zgody zamawiającego”.

Zwracamy się z wnioskiem o uwzględnienie sytuacji losowych z powodu których nie będą naliczane kary umowne np. w przypadku wystąpienia sytuacji losowych powodujących chwilową przerwę w świadczeniu usługi, niezawinionych przez Wykonawcę. W przypadku wystąpienia nieprawidłowości proponujemy w pierwszej kolejności o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji z dedykowanym przez Wykonawcę opiekunem, a w przypadku braku możliwości wyjaśnienia nieprawidłowości z opiekunem wezwanie Wykonawcy w formie pisemnej do przywrócenia stanu zgodnego z umową.

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający wyjaśnia, że kara umowna, o której mowa w pytaniu nie dotyczy „chwilowej przerwy w świadczeniu usługi”, zwłaszcza „w sytuacji niezawinionej przez wykonawcę”.

Zamawiający rozumie, że mogą wystąpić sytuacje niezależne od wykonawcy, a powodujące konieczność chwilowego zamknięcia placówki, np. w sytuacji braku prądu, internetu itd.

Zamawiający, przed nałożeniem na wykonawcę kary umownej każdorazowo będzie się zwracać do wykonawcy o wyjaśnienia przyczyn zamknięcia placówki, z możliwością przedłożenia w tej sprawie dowodów.

PYTANIE 5

W załączniku nr 9 do SWZ § 7 ust. 2 pkt 1 Zamawiający w ramach kontroli będzie mógł wymagać oświadczenia zatrudnionego pracownika.

Ponownie zwracamy się z prośbą o usunięcie zapisu w ust 2 pkt 1.

W przypadku zawarcia umowy, stronami będzie Wykonawca i Zamawiający, a nie pracownik.

Pracownik nie ma obowiązku składać oświadczenia na rzecz Zamawiającego. Zapisy takie nakładają obowiązek, który nie będzie zależał od Pracodawcy tylko od dobrej woli pracownika. W przypadku niezłożenia niniejszego oświadczenia przez pracownika to na pracodawcę zostanie nałożona sankcja w postaci kary. Zdajemy sobie sprawę, że katalog dokumentów, jakich zamawiający może wymagać od wykonawcy, w związku z realizacją kontroli zatrudniania, wynikającej z obowiązków nałożonych na zamawiającego brzmieniem ustawy Pzp w art. 95, jednocześnie żaden przepis nie zobowiązuje pracownika do przedłożenia takiego oświadczenia. W przypadku odmowy pracownika Wykonawca nie ma możliwości wyegzekwowania takiego dokumentu od pracownika.

Zamawiający ma możliwość sprawdzenia wymogu zatrudnienia na podstawie wielu innych dokumentów oraz oświadczenia Wykonawcy.

Zwracamy się ponownie z wnioskiem o usunięcie wymogu dotyczącego oświadczenia pracownika.

Wyjaśnienia zamawiającego:

Zamawiający wyjaśnia, że

- **„oświadczenie pracownika:** o zatrudnieniu na podstawie stosunku pracy o którym mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę lub podwykonawcę”, stanowi jeden z dokumentów wymienionych przez Prezesa Urzędu Zamówień, we wskazówkach dotyczących konstruowania tego typu klauzul w praktyce udzielania zamówień publicznych, pn.: **„Klauzula dotycząca zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia (art. 95 ustawy Pzp)”**, dostępnych pod linkiem: <https://www.gov.pl/web/uzp/klauzule-dotyczace-zatrudniania---art-95-oraz-art-96-ust-2-pkt-2-pzp2>

Zamawiający wyjaśnia jednocześnie, że oświadczenia pracownika wykonawcy / podwykonawcy będzie żądać jedynie w sytuacji, kiedy wystąpi u zamawiającego podejrzenie braku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby, która wykonuje czynności, o których mowa w § 7 ust. 1, w związku z realizacją umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania.

Tym samym, oświadczenia, o którym mowa w pytaniu, zamawiający będzie żądać jedynie w ostateczności.

Zamawiający chciałby jednocześnie zwrócić uwagę, że nałożone na zamawiającego przez ustawodawcę obowiązki, wynikające z brzmienia ustawy Pzp w art. 95, mają przede wszystkim chronić interes pracowników, co należy traktować jako wartość nadrzędną.

Zatwierdził:
Zastępca Burmistrza Trzebiatowa
Grzegorz Jelonek