



GMINA

## NAKŁO NAD NOTECIĄ

Nakło nad Notecią, dnia 7 grudnia 2022r.

ZP.271.38.2022

**Zainteresowani Wykonawcy**

### **Odpowiedzi na pytania w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji na świadczenie usług pocztowych w 2023r.**

Uprzejmie informuję, że dnia 6 grudnia 2022r. do Zamawiającego wpłynęły pytania Wykonawcy. Poniżej przedstawiam treść pytań wraz z odpowiedziami:

#### **Pytanie 1**

„Wykonawca ponownie wnosi o wykreślenie lub zmianę zapisów § 9 Projektu Umowy dotyczącego kar umownych, bowiem wszelkie zasady odpowiedzialności operatorów pocztowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy określa ustawa Prawo pocztowe. W przypadku woli pozostawienia przez Zamawiającego powyższych zapisów o karach, Wykonawca wnosi o modyfikację zapisów dotyczących sposobu obliczania wysokości kary umownej, która byłaby naliczana od niezrealizowanej części umowy, a mając na uwadze zasadę równości stron, Wykonawca wnosi o przewidzenie kary również obciążającej Zamawiającego oraz nadanie poniższego brzmienia § 9 ust.1 lit. a, b i dodanie lit c.

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy:

- a) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub nierozpoczęcie przez Wykonawcę wykonywania umowy, w wysokości 1,00 % niezrealizowanej części wartości umowy brutto, o której mowa w § 6 ust. 1 umowy.
- b) z tytułu niespełnienia wymagań w zakresie zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę w związku z realizacją Przedmiotu Umowy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 1 % niezrealizowanej części wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy za każdy miesiąc braku spełnienia obowiązku zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę – za każdy pojedynczy przypadek niedopełnienia przez Wykonawcę wymogu zatrudniania osób świadczących pracę na podstawie umowy o pracę.
- c) Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub nierozpoczęcie przez Zamawiającego wykonywania umowy, w wysokości 1,00 % niezrealizowanej części wartości umowy brutto, o której mowa w § 6 ust. 1 umowy”.

#### **Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zapisów.**

Na etapie prowadzonego postępowania Zamawiający nie wie, któremu Wykonawcy udzielone zostanie zamówienie. Współpraca z Wykonawcami na rynku zamówień publicznych nie zawsze układa się prawidłowo, zdarzają się przypadki nienależytego wykonywania umowy. W związku z powyższym Zamawiający musi dołożyć starań aby zapisy umowy umożliwiały prawidłowy przebieg jej realizacji i najwyższą jakość świadczonych usług. W tym celu sankcje w postaci kar umownych zabezpieczają interesy Zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą.

Pragnę nadmienić, że w toku prowadzonej procedury Zamawiający przychylił się do wniosku Wykonawcy i zmniejszył znacząco wysokość kar umownych. Nie ma jednak możliwości odstąpienia od żądania kar z uwagi na ryzyko wyboru wykonawcy, który w sposób nieprofesjonalny wykonywać będzie zamówienie. Tym bardziej dziwi fakt, że Wykonawca, będący profesjonalistą na rynku usług pocztowych, obawia się nałożenia kar umownych, jak gdyby wychodził z założenia, że nie wykona usługi zgodnie z zawartą umową. Kary umowne przestrzegają nierzetelnych Wykonawców przed złożeniem oferty i zawarciem umowy, gdy ich intencją jest zaniedbywanie obowiązków nałożonych na nich w drodze postanowień umownych.

## Pytanie 2

„Zamawiający w Projekcie umowy § 11 ust. 1 stawia wymóg dotyczący zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności administracyjne i koordynujące świadczenie usług w trakcie wykonywania przedmiotu umowy (wszystkie osoby wykonujące czynności w odniesieniu do przedmiotu umowy – w placówce pocztowej, w której Zamawiający będzie nadawał przesyłki). Ponadto w rozdziale w § 11 ust. 3 pkt. 1 Projektu umowy Zamawiający określa sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób wymagając stosownych oświadczeń, które należy złożyć w wyznaczonym terminie. Dalej w § 9 ust.1 lit. b Zamawiający przewiduje karę umowną w wysokości 1% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Projektu umowy za każdy miesiąc braku spełnienia obowiązku zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę – za każdy pojedynczy przypadek niedopełnienia przez Wykonawcę wymogu zatrudniania osób świadczących pracę na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający ponownie wnosi o wykreślenie zapisu dotyczącego oświadczenia składanego przez zatrudnionego pracownika. W przypadku zawarcia umowy stronami będą Wykonawca i Zamawiający, a nie pracownik. Pracownik nie ma obowiązku składać oświadczenia na rzecz Zamawiającego. Treść zapisów wskazuje, że zarówno pracownik jak i pracodawca byłoby zobowiązani do poświadczania tej samej informacji tj. zatrudnienia w ramach umowy o pracę. Poza oświadczeniem wykonawcy o zatrudnieniu pracowników na podstawie umów o pracę, również zanonimizowana umowa o pracę będzie stanowić potwierdzenie zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę. Zapisy takie nakładają na Pracodawcę obowiązek, który nie będzie zależał od Pracodawcy. To będzie zależało od dobrej woli pracownika, a nie pracodawcy. A w przypadku niewykonania - na pracodawcę wskazane są określone kary. Nadto Wykonawca zauważa, że nie ma podstaw również do tego, żeby w oświadczeniu wskazanym w § 11 ust. 3 Projektu umowy wskazywać z imienia i nazwiska osoby spełniające wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, albowiem dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudniania osób w takiej formie – dla potwierdzenia którego nie jest konieczna zamawiającemu znajomość imion, nazwisk, daty zatrudnienia czy rodzaju umowy o pracę. W przypadku natomiast woli pozostawienia przez Zamawiającego klauzuli zatrudnienia Wykonawca wnosi o rozważenie jej modyfikacji i wprowadzenie zapisu określającego wyraźnie ilość kopii umów, jakie miałyby być przedłożone Zamawiającemu i poświadczonych za zgodność z oryginałem do np. 10 szt., na każde wezwanie Zamawiającego, jednak nie częściej niż raz na kwartał oraz z terminem przekazania dowodów zatrudniania nie krótszym niż 10 dni roboczych”.

## Odpowiedź:

**Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanych zapisów jak również wykreślenie dotychczasowo obowiązującej klauzuli zatrudnienia oraz kary za niezatrudnienie osób – zgodnie z SWZ.**

Ponadto Zamawiający informuje iż powyższe zapisy wynikają wprost z Ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.)

Cytując komentarz „Prawo zamówień publicznych” pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych:

*„Art. 438 Pzp określa sposób dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli przez zamawiającego wykonania obowiązku wynikającego z art. 95 ust. 1 Pzp, a dotyczącego zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności pozostające w związku z realizacją zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp.*

Gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas umowa zawiera postanowienia dotyczące:

- 1) sposobu dokumentowania zatrudnienia,
- 2) sposobu kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,
- 3) sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Zamawiający zobowiązany jest wskazać sposób dokumentowania zatrudnienia osób, które będą wykonywać czynności w związku z wykonaniem zamówienia na podstawie stosunku pracy. Zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 438 ust. 1 Pzp może wymagać od wykonawcy 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 podejmowane w celu realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Art. 438 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wskazania w umowie sposobu kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań, o których mowa w art. 95 ust. 1 Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Oznacza to, że z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności zamawiający może przewidzieć sankcje w postaci np. obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości określonej w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za mieszczące się w tym zakresie działania lub zaniechania podwykonawcy odpowiada wykonawca, w stosunku do którego zamawiający może wystąpić z żądaniem zapłaty kary umownej. Skuteczna kontrola wykonania umowy w powyższym zakresie może być realizowana przez zamawiającego w sposób analogiczny jak kontrola innych elementów realizacji umowy w sprawie zamówień publicznych, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, tj. głównie poprzez żądanie stosownych informacji lub dokumentów. Dopuszczalne jest także przeprowadzanie kontroli przez przedstawicieli zamawiającego lub upoważnione osoby trzecie na miejscu wykonania świadczenia. Ponadto zamawiający, gdy poweźmie wątpliwość co do sposobu zatrudnienia personelu wykonawcy lub podwykonawcy, może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.

W celu zrealizowania zasady uczciwej konkurencji przewidzianym w umowie mechanizmom kontrolnym powinny towarzyszyć sankcje za nieprzestrzeganie zobowiązań ustanowionych na podstawie art. 95 ust. 1 Pzp, np. w postaci kar umownych lub – w przypadku stwierdzenia powtarzającego się naruszenia tych obowiązków – prawa odstąpienia od umowy. Ewentualna kara umowna musi wyraźnie wskazywać, jakiej okoliczności dotyczy.

W celu zapewnienia, aby czynności opisane przez zamawiającego, polegające na wykonywaniu pracy rzeczywiście wykonywali pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, zasadne jest ustalenie w projekcie umowy postanowienia, w którym wykonawca zobowiązuje się realizować zamówienie przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w zakresie czynności opisanych przez zamawiającego. Konsekwentnie, uchylanie się od obowiązku zatrudniania pracowników na umowę o pracę winno skutkować sankcjami nałożonymi przez zamawiającego.

Powyższa regulacja ma na celu przede wszystkim zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez nadzorowanie prawidłowości wykonania zamówienia w sposób określony w ofercie wykonawcy w odniesieniu do wymagań dotyczących umów o pracę.

W art. 438 ust. 2 Pzp ustawodawca przewidział przykładowy katalog oświadczeń i dokumentów, których zamawiający może żądać w celu weryfikacji zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę”

Pzp przewiduje zatem możliwość żądania:

- 1) oświadczenia zatrudnionego pracownika,
- 2) oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,
- 3) poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
- 4) innych dokumentów

– zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

W konsekwencji na gruncie art. 438 ust. 2 Pzp możliwe będzie w szczególności żądanie przez zamawiającego oświadczenia zatrudnionego pracownika, oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę, kopii umowy o pracę zawierających imię i nazwisko osób, które świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego, datę zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika.

Do katalogu innych dokumentów zaliczyć można dokumenty potwierdzające 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 poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zawierającą informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Na etapie prowadzonego postępowania Zamawiający nie wie, któremu wykonawcy udzielone zostanie zamówienie. Współpraca z Wykonawcami na rynku zamówień publicznych nie zawsze układa się prawidłowo, zdarzają się przypadki nienależytego wykonywania umowy. W związku z powyższym Zamawiający musi dołożyć starań aby zapisy umowy umożliwiały prawidłowy przebieg jej realizacji i najwyższą jakość świadczonych usług. W tym celu zapisy o zatrudnieniu na umowy o pracę czy sankcje w postaci kar umownych zabezpieczają interesy Zamawiającego przed nierzetelnym Wykonawcą.

*Z up. Burmistrza  
Krzysztof Błoński  
Z-ca Burmistrza*