



Łomianki, 18 listopada 2024 r.

RZP.271.44.2024

Wykonawcy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji **RZP.271.44.2024 Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym, w zakresie przyjmowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych i ich ewentualnych zwrotów oraz świadczenie usługi odbioru przesyłek z siedziby Urzędu Miejskiego w Łomiankach w 2025 roku**

Zamawiający działając zgodnie z art. 284 ust. 6 i art. 286 ust. 1, 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) przekazuje treść pytań wraz z odpowiedziami, bez ujawniania źródła zapytania oraz dokonuje zmiany SWZ.

1. Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako: Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Gminy Łomianki. Jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający zobowiązał wykonawcę do świadczenia usług na podstawie ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (dalej Ustawa), czyli także zgodnie z przepisami wykonawczymi do Ustawy. W związku z powyższym wykonawca zwraca się o wyjaśnienie, czy poprzez usługę pocztową Zamawiający rozumie usługę pocztową określoną w art. 2 ust. 1 pkt 1 Ustawy, zdefiniowaną ustawowo w następujący sposób: Usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe: realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych? Jeżeli, jak wskazał Zamawiający, przedmiotem zamówienia są usługi pocztowe określone w Ustawie, a ich świadczenie powinno być realizowane na podstawie przepisów Ustawy, czy Zamawiający potwierdza, że podstawą prawną, zgodnie z art. 14 Ustawy, świadczenia usług pocztowych są: a) umowy o świadczenie usług pocztowych zawierane między nadawcami a operatorami pocztowymi, b) umowy o współpracę zawierane między operatorami pocztowymi? Wykonawca wskazuje, że zgodnie z ustawową definicją zawartą w art. 3 pkt. 10) Ustawy, nadawcą jest podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej. Przekładając to na przedmiotowe zamówienie Wykonawca wnosi o potwierdzenie, czy w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty, nadawcą przesyłek będzie Zamawiający, tj. Gmina Łomianki, który wybierze jednego operatora pocztowego i zawrze z tym operatorem umowę o świadczenie usług pocztowych?

Ad. 1 Zamawiający poprzez usługę pocztową rozumie usługę pocztową określoną w art. 2 ust. 1 pkt 1 Ustawy, zdefiniowaną ustawowo w następujący sposób: Usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe: realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych. Zamawiający potwierdza, że podstawą prawną, zgodnie z art. 14 Ustawy, świadczenia usług pocztowych są: a) umowy o świadczenie usług pocztowych zawierane między nadawcami a operatorami pocztowymi, b) umowy o współpracę zawierane między operatorami pocztowymi. Zamawiający potwierdza, że nadawcą przesyłek będzie Zamawiający, tj. Gmina Łomianki, który wybierze jednego operatora pocztowego i zawrze z tym operatorem umowę o świadczenie usług pocztowych.

2. Zamawiający, w SWZ rozdział VIII_ Warunki udziału w postępowaniu, dopuścił możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy/om. W dokumentach zamówienia określił również, że postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Czy słusznie interpretujemy, że również w zakresie podwykonawstwa zastosowanie będą miały właściwe przepisy przedmiotowej ustawy? W przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie, czy Zamawiający będzie wymagał dostarczenia kopii umowy o podwykonawstwo ze wskazaniem, które części zamówienia wykonawca powierzył do wykonania podwykonawcy?

Ad. 2 Tak, Zamawiający będzie wymagał dostarczenia kopii umowy o podwykonawstwo ze wskazaniem, które części zamówienia powierzył do wykonania podwykonawcy.

3. Zamawiający, w części SWZ Rozdział IX _Podstawy wykluczenia z postępowania wskazał wyłącznie część spośród dopuszczonych ustawą Prawo zamówień publicznych podstaw wykluczenia z postępowania. Czy Zamawiający uwzględni w treści dokumentów postępowania, wśród podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podstawę wskazaną w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 8? Czy w razie stwierdzenia względem danego wykonawcy sytuacji opisanej art. 109 ust. 1 pkt 8, 10 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający oceni prawidłowość złożenia przez tego wykonawcę oferty pod kątem podstaw odrzucenia przewidzianych art. 226 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych?

Ad. 3 Zamawiający nie uwzględni w postępowaniu przetargowym fakultatywnych podstaw wykluczenia.

4. Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisów w Załączniku nr 1_ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do SWZ ust. 17 i 18 oraz Załącznik nr 4_ Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 10 ust. 2. 3 / jednolite zapisy / Wykonawca wnosi o wykreślenie żądania przedstawienia jako dowodu kopii umów o prace. Wykonawca informuje, że: - jest operatorem wyznaczonym, w związku z czym będzie na nim ciążył obowiązek przedstawienia nawet kilkudziesięciu tysięcy umów i kopii dokumentów

potwierdzających zgłoszenie pracownika do ubezpieczeń. Czynności polegające na zanonimizowaniu takiej ilości dokumentów będą niemożliwe do wykonania. Żądanie jest technicznie niemożliwe do realizacji; - nie będzie w stanie wskazać, którzy pracownicy będą fizycznie realizować umowę (z uwagi na liczbę pracowników, fluktuację itp.); Czy w związku z powyższym Zamawiający zmodyfikuje projekt umowy w sposób następujący?

„17. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy, odnośnie spełniania przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

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

18. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności w trakcie realizacji zamówienia. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, tych osób, oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy”

Ad. 4 Zamawiający zmienia Załącznik nr 4 do SWZ – Projektowane postanowienia Umowy oraz Załącznik nr 1 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób następujący:

- **§10 projektowanych postanowień umowy ust. 2 i ust. 3, otrzymują brzmienie „2. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy, odnośnie spełniania przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:**

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

3. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte

wezwaniami czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, tych osób, oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy”

- Załącznik nr 1 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ust. 17 i 18 otrzymują brzmienie:

„17. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy, odnośnie spełniania przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

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

18. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę osób wykonujących wskazane w ust. 1 czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, tych osób, oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy”

5. Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisów w Załączniku nr 1_ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do SWZ ust. 19

„ 19. Faktury VAT będą wystawiane na: Gmina Łomianki ul. Warszawska 115, 05-092 Łomianki „ NIP 118 17 68394 i przesyłane na adres Zamawiającego podany w ust. 6. lub drogą elektroniczną zgodnie z obowiązującymi przepisami, w formacie PDF. Zlecający oświadcza, że adresem e-mail właściwym do przesyłania informacji dotyczących rozliczeń wynikających z umowy jest@.....

Ad. 5 Zamawiający zmienia punkt 19 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, który otrzyma następujące brzmienie:

„Faktury VAT będą wystawiane na:

Gmina Łomianki ul. Warszawska 115, 05-092 Łomianki, NIP 118 17 68 394 i przesyłane na adres Zamawiającego podany w ust. 6 lub wysyłane drogą elektroniczną , zgodnie z art. 106 n ustawy o VAT, po wcześniejszej pisemnej akceptacji przez Zamawiającego, na adres e-mailowy wskazany przez Zamawiającego”.

6. Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisu w Załącznik nr 4_ Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 4 ust. 11

” 11. Wykonawca będzie przekazywał faktury na adres wskazany w ust. 10, składając je na dziennik podawczy Zamawiającego lub drogą elektroniczną na adres e-mail:@..... „

Ad. 6 Zamawiający zmienia § 4 ust. 11 projektowanych postanowień umowy, który otrzyma następujące brzmienie:

„Wykonawca będzie przekazywał faktury na adres wskazany w ust. 10, składając je na dziennik podawczy Zamawiającego lub drogą elektroniczną, zgodnie z art. 106 n ustawy o VAT, po wcześniejszej pisemnej akceptacji przez Zamawiającego, na adres e-mailowy wskazany przez Zamawiającego”.

7. Załącznik nr 4_ Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 4 ust. 13 /split payment Wykonawca oświadcza, iż wskazany w umowie lub na fakturze rachunek rozliczeniowy jest rachunkiem zgłoszonym zgodnie z art. 96b ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług i jest widoczny w wykazie udostępnionym zgodnie z art. 96b ust. 2 przedmiotowej ustawy

Ad. 7 Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

8. Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisu w Załącznik nr 4_ Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 4 ust. 14 „ 14. Za dzień zapłaty Strony przyjmują dzień obciążenia rachunku bankowego Wykonawcy”

Ad. 8 Zamawiający nie wyraża zgody na powyższą zmianę.

9. Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisu w Załącznik nr 4_ Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 12 ust. 3: „2. Ewentualne spory wynikłe z niniejszej umowy podlegać będą orzecznictwu sądów powszechnych, właściwych ze względu na siedzibę Wykonawcy.”

Ad. 9 Zamawiający wyraża zgodę na powyższą zmianę i zmienia § 12 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, który otrzyma następujące brzmienie:

„3. Ewentualne spory wynikłe z niniejszej umowy podlegać będą orzecznictwu sądów powszechnych, właściwych ze względu na siedzibę Wykonawcy.”

10. Zamawiający w Załącznik nr 4_ Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 6 ust. 1 ustanawia kary umowne. Przewidziana w ust. 8 kara umowna jest zdecydowanie nieadekwatna 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 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. Wykonawca nie znajduje uzasadnienia dla żądania zapłaty kary umownej od łącznego maksymalnego wynagrodzenia. Mając na uwadze powyższe,

Wykonawca wnioskuję o modyfikację punktu w sposób następujący: „W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4. Ust. 3 Umowy, które pozostało do wykorzystania.

Ad. 10 Zamawiający wyraża zgodę na powyższą zmianę i zmienia § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, który otrzyma następujące brzmienie:

„1. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4. Ust. 3 Umowy, które pozostało do wykorzystania.”

11. Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 6 ust. 2 Wykonawca wnioskuję o zmianę w sprawie kwoty kary umownej ujętej w SWZ § 6 ust. 2. Wykonawca nie neguje wprowadzenia kar umownych w projekcie umowy jako takich, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w jego ocenie nie stoi w sprzeczności z naturą porządku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Podkreślić należy, że ustanowienie w umowie rażąco wysokich kar umownych, bezwzględnie należy uznać za naruszenia zasad zachowanie uczciwej konkurencji. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego. W związku z powyższym, Wykonawca wnioskuję o wykreślenie kary umownej z umowy SWZ § 6 ust. 2

Ad. 11 Zamawiający wyraża zgodę na powyższą zmianę i wykreśla z § 6 projektowanych postanowień umowy ust. 2.

12. Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 6 ust. 3 Wykonawca wnioskuję o wskazanie w którym punkcie Formularza ofertowego ma zostać zamieszczone zobowiązanie „dotyczące osób wykonujących czynności.....”. Ze względu na brak powyższego zapisu Wykonawca wnioskuję o ww. punktu z Projektowanych Postanowień Umowy.

Ad. 12 Zamawiający wyraża zgodę na powyższą zmianę i wykreśla z § 6 projektowanych postanowień umowy ust. 3.

13. Projektowane Postanowienia Umowy do o SWZ § 6 ust. 5 Zamawiający § 6 ust. 5 ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelną zasadę 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 zakładając 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 § 7 ust. 1 pkt 2b) 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. 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: - uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

Ad. 13 Zamawiający zmienia § 6 projektowanych postanowień umowy, dodając ust. 9, który otrzyma następujące brzmienie

„9. Zapłata kar umownych zostanie poprzedzona wezwaniem do prawidłowego wykonywania umowy”.

14. Zamawiający w Szczegółowym Opisie Zamówienia przewidział wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Zamawiający wymienił również rodzaje czynności, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy sformułowane w związku z art. 95 ustawy, określił sposób dokumentowania zatrudnienia, a także przewidział sankcję w postaci obowiązku zapłaty kary umownej za naruszenie powyższych wymagań w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego w §9. Czy słusznie interpretujemy, że wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących w/w rodzaje czynności i sposób dokumentowania zatrudnienia pracowników przy tych czynnościach w takim samym stopniu dotyczą umowy o podwykonawstwo? W przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie, czy poprawnie wnioskujemy z SWZ, że postanowienia dotyczące kary umownej w umowie o podwykonawstwo nie mogą być mniej korzystne dla podwykonawcy niż dla wykonawcy w umowie zawartej z Zamawiającym?

Ad. 14 Zamawiający zmienia § 6 projektowanych postanowień umowy, dodając ust. 10, który otrzyma następujące brzmienie „Kary umowne dotyczą również podwykonawców”.

Niniejsze pismo należy traktować jako integralną część SWZ.

Sprawę prowadzi:

Agnieszka Radowańska-Celuch

tel.: 22 888 98 95