

Odpowiedzi na zapytania do SWZ

dotyczy: zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 – Prawo zamówień publicznych pn.: „**Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Gminy Jasło w 2022 roku**”.

Działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Zamawiający przekazuje treść otrzymanych zapytań dotyczących w/w postępowania wraz z udzielonymi wyjaśnieniami:

Treść zapytania nr 1:

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z propozycją dopuszczenia możliwości świadczenia usług w zakresie ich przyjmowania z wykorzystaniem systemu informatycznego, który automatycznie dopuszcza możliwość korzystania z internetowej aplikacji elektronicznej. Aplikacja dokonuje automatycznego przekazywania i odbierania plików z informacjami o zarejestrowanych usługach, komunikując się bezpośrednio z placówką pocztową wskazaną w umowie. Czy Zamawiający wyraża zgodę na wykorzystanie powyższej aplikacji przy świadczeniu usług?

Treść odpowiedzi ad. 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykorzystanie powyższej aplikacji.

Treść zapytania nr 2:

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z propozycją dopuszczenia możliwości świadczenia usługi Elektroniczne Potwierdzenie Odbioru (EPO), które jako usługa zastępująca Zwrotne Potwierdzenie Odbioru (ZPO) w znacznym stopniu usprawnia proces przygotowywania korespondencji, a także przyspieszy i ułatwi proces przekazywania informacji o statusie przesyłki z EPO, ich przechowywanie a także eksplorowanie danych niezbędnych w procesie reklamacji czy postępowań administracyjnych w przypadku przesyłek nadanych z EPO.

Czy zamawiający jest zainteresowany Elektronicznym Potwierdzeniem Odbioru ?

Jeśli Zamawiający wyrazi zainteresowanie usługą EPO, Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę Formularza ofertowego w zakresie uwzględnienia EPO.

Wykonawca zaznacza, że możliwość nadawania przesyłek z wykorzystaniem EPO możliwe jest wyłącznie z wykorzystaniem bezpłatnej internetowej aplikacji elektronicznej.

Treść odpowiedzi ad. 2:

Zamawiający nie jest zainteresowany Elektronicznym Potwierdzeniem Odbioru

Treść zapytania nr 3:

W §7 Załącznika nr 6 „Wzór Umowy” Zamawiający określa kary umowne za odstąpienie i wypowiedzenie umowy obciążające Wykonawcę w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto. Wg Wykonawcy konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie w § 7 ust 1, 3, 8 wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji

wymierzanej 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. Przewidziana w § 15 ust 3 ppkt) 1) 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 (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 wskazanych w § 7 wzoru umowy poprzez ograniczenie wysokości kar umownych co pozwoli na pozbawienie ich charakteru rażąco wygórowanych, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu Zamawiającego:

- § 7 ust 1, 3, 8 co najmniej do poziomu 3 % wartości wynagrodzenia brutto za odstąpienie od umowy i wypowiedzenie umowy z powodu okoliczności za które odpowiada Wykonawca;

Treść odpowiedzi ad. 3:

Zamawiający ustala kary umowne w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto. Zapisy § 7 ust 1, 3, 8 i 9 we wzorze umowy zostały odpowiednio zmienione.

Treść zapytania nr 4:

Odnosząc się do zapisów § 13 Załącznika nr 6 do SWZ „Wzór umowy”, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę przez cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę osoby zaangażowane bezpośrednio przy świadczeniu usług przyjmowania, przemieszczenia i doręczenia przesyłek i paczek pocztowych oraz ich ewentualnych zwrotów. Wykonawca informuje, iż nie uchyla się od przestrzegania obowiązujących przepisów w tym wskazanych w Pzp i Kodeksie Pracy dot. wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego w Umowie czynności w zakresie

realizacji przedmiotu zamówienia, lecz wskazuje zamawiającemu iż określenie w Załączniku nr 5 § 19 ust.1:”rodzaj czynności świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym, w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych, druków bezadresowych oraz paczek i ich ewentualnych zwrotów” jest określeniem zbyt ogólnym.

Wykonawca działa na terenie całego kraju, gdzie zatrudnionych pracowników do realizacji zadań wynikających z prowadzonej działalności jest bardzo duża, na różnych stanowiskach i z różnymi zakresami zadań. Taki rodzaj prowadzonej działalności pociąga za sobą konieczność bardzo rozbudowanej struktury organizacyjnej, nie tylko części eksploatacyjnej, ale i również administracyjnej,

w tym komórek zajmujących się obsługą kadrową zatrudnionych pracowników. Komórki te zlokalizowane są w różnych częściach kraju w których przechowywane są akta osobowe zatrudnionych pracowników

z obsługiwanego terenu.

Mając na uwadze iż Zamawiający w przeważającej części nadaje korespondencję skierowaną na teren Gminy Jasła bądź okolic oraz mając na uwadze skalę działalności Wykonawcy a także liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników, Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o zawężenie grona wskazanych pracowników do np. pracowników przyjmujących lub doręczających przesyłki wskazując przy tym np.: teren Gminy Jasło.

Treść odpowiedzi ad. 4:

Zamawiający przychyliła się do przedstawionej propozycji, wzór umowy został odpowiednio zmieniony.

Treść zapytania nr 5:

Nawiązując do zapisów § 13 ust 4, w których Wykonawca zobowiązuje się na każde żądanie przez Zamawiającego przedłożyć za zgodność z oryginałem kopie umów o pracę osób wykonujących przedmiot zamówienia.

Wykonawca informuje, iż z uwagi na pracochłonność przygotowania dokumentacji wymaganej przez Zamawiającego, przy bardzo dużej ilości zatrudnianych przez Wykonawcę osób, taka konstrukcja czyni realizację zapisu fizycznie niewykonalną. Zgromadzenie kilkudziesięciu tysięcy dokumentów wymaga zaangażowania w realizację procesu wielu jednostek Wykonawcy z terenu całego kraju oraz kilkudziesięciu pracowników a także trudny jest do określenia termin na przygotowanie i przekazywanie wymaganych przez Zamawiającego dowodów celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Ponadto Wykonawca wskazuje, iż po interwencji GODO Urząd Zamówień Publicznych wycofał się z pierwotnego stanowiska w zakresie dokumentów których Zamawiający powinien żądać.

W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych: „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem 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 zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków [wymogów] przez Wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla

zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie. (...) W tym kontekście przywołać należy zasadę adekwatności, wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którą administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. Dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, „na wszelkie wypadek”, tj. bez wskazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych – którym po uzyskaniu danych stałby się Zamawiający”.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o zawężenie grona wskazanych pracowników do np. pracowników placówki nadawczej lub pracowników doręczających przesyłki na terenie Gminy Jasło lub pracownika wyznaczonego do nadzoru nad realizacją umowy wyznaczając realny termin przekazania informacji, np. 10 dni od otrzymania wezwania, co w żaden sposób nie ogranicza uprawnień Zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez Wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Treść odpowiedzi ad. 5:

Zamawiający przychyliła się do przedstawionej propozycji co do zawężenia grona pracowników tylko do wykonujących czynności na terenie Gminy Jasło, wzór umowy został odpowiednio zmieniony. Zgodnie z art. 438 ust. 2 ustawy pzp w celu weryfikacji zatrudnienia Zamawiający może żądać od Wykonawcy informacji zawierających dane osobowe pracowników.

Treść zapytania nr 6:

Mając na względzie powyższe dot. skali prowadzonej działalności (teren całego kraju), jak również ilości zatrudnionych przez Wykonawcę pracowników i rozbudowanej struktury organizacyjnej Wykonawcy oraz zapisy § 13 ust 4 i 8 Załącznika nr 6 do SWZ, w którym Zamawiający wskazuje rodzaje dokumentów które może zażądać podczas całego okresu realizacji zamówienia - Wykonawca zwraca się z prośbą o ograniczenie modyfikację zapisów ograniczając dokumenty do:

- zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez Wykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy pracowników z danej kontrolowanej jednostki.

lub

- poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę kopie dowodu potwierdzającego zgłoszenie Pracownika przez Pracodawcę do ubezpieczeń,

a w przypadku gdy wymienione dokumenty budziłyby wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia wymagań zatrudnienia osób na umowę o pracę

- do zanonimizowanych kopii umów o pracę pracowników.

Treść odpowiedzi ad. 6:

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji zapisów.

Treść zapytania nr 7:

Nawiązując do zapisów § 13 ust. 7 Załącznika nr 6 do SWZ, w których Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do dostarczenia każdorazowo aktualnego oświadczenia w terminie 3 dni od dokonania zmiany ilości pracowników.

Wykonawca wnosi o modyfikację tego zapisu „Dopuszczalna jest zmiana ilości pracowników wykonujących usługi na podstawie umowy o pracę zawartej z Wykonawcą i Podwykonawcą. Zmiana ilości pracowników wykonujących usługi nie wymaga dostarczenia nowego Oświadczenia, jeśli nie będzie to wpływało na jakość świadczonych usług przez Wykonawcę”.

Treść odpowiedzi ad. 7:

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji zapisu.

W związku z powyższym termin składania ofert nie ulega zmianie.

GMINA JASŁO
ul. Słowackiego 4
38-200 Jasło
NIP 685-16-00-312

Z up. Wójta

mgr inż. Henryk Motkowicz
ZASTĘPCA WÓJTA