Sulejów 13.12.2022 r.

Znak sprawy: IZ.ZP.271.29.2022

# dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pn.: **Świadczenie usług pocztowych na rzecz Gminy Sulejów i podległej jej jednostki na okres 6 miesięcy**

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z wpłynięciem do Zamawiającego pytań do przedmiotowego postępowania, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

**Pytanie 1**

Zamawiający w § 11 wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SWZ), żąda od wykonawców, na potwierdzenie spełniania warunku zatrudnienia na umowę o pracę, przekazania w terminie co najmniej 3 dni roboczych przed przystąpieniem przez osoby, do czynności określonych w specyfikacji warunków zamówienia jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu w formie oświadczenia (wykazu) informacji o tych osobach, w tym zawierającego 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.

Wykonawca niniejszym wskazuje, iż ww. postanowienie specyfikacji stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami, przede wszystkim w zakresie ochrony danych osobowych oraz ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp). Przepisy ustawy Pzp nie precyzują w jaki sposób zamawiający może kontrolować spełnienie wymagań przez wykonawcę, o których mowa w art. 29 ust 3a ustawy Pzp. Również przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) nie odnoszą się do kwestii sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Jednakże wskazania wymaga, iż Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (dalej GIODO) w piśmie z dnia 23 września 2016 roku, kierowanego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyraził jednoznaczne stanowisko w przedmiotowym zakresie. W piśmie tym GIODO stwierdza, iż „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 trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków 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 zatrudniania osób w takiej formie —dla potwierdzenia którego nie jest konieczna zamawiającemu znajomość imion, nazwisk i adresów pracowników, czy wysokości ich wynagrodzeń. 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 wszelki wypadek", tj. bez wykazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych — którym po uzyskaniu danych stałby się zamawiający.

W związku z powyższym, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych stoi na stanowisku, iż z regulacji zawartych w art. 29 ust. 3a oraz 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp nie można wywodzić podstawy do przekazywania zamawiającemu przez wykonawcę 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." Zatem z przepisów w żaden sposób nie wynika uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawcy będącego pracodawcą oświadczeń składanych przez jego pracowników, bądź zaświadczeń wyłącznie ich dotyczących.

Ponadto legalność przetwarzania danych, w tym również ich udostępniania musi znajdować oparcie w jednej z przesłanek określonych w art. 23 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych — jeśli chodzi o dane osobowe tzw. zwykłe, bądź też w art. 27 ust. 2 — w odniesieniu do danych szczególnie chronionych, których zamknięty katalog określony został w art. 27 ust. 1 ustawy. Jedną z przesłanek, o której stanowią powołane przepisy, jest upoważnienie do przetwarzania danych zawarte w odrębnych przepisach prawa (vide art. 23 ust. 1 pkt 2 i art. 27 ust. 2 pkt 2), przy czym — jeśli chodzi o dane szczególnie chronione (jak np. dane o stanie zdrowia) — przepisy te powinny znajdować się w akcie prawnym o randze ustawy i stwarzać pełne gwarancje ochrony tych danych.

W opisywanym przypadku jako podstawy przetwarzania (udostępniania) danych nie można uznać zgody osoby, której dane dotyczą, byłaby to bowiem zgoda wyrażona dla realizacji celu innego podmiotu. Zgodnie z zaproponowanym rozwiązaniem, pracodawca miałby występować wyłącznie jako pośrednik w pozyskiwaniu zgód od swoich pracowników, a taka konstrukcja nie znajduje uzasadnienia w świetle zasad przetwarzania danych osobowych.

Ponadto, aby zgoda mogła być uznana za podstawę prawną musi być wyrażona w sposób dobrowolny. Jednak w relacji zachodzącej między pracodawcą a pracownikiem trudno jest mówić o takiej dobrowolności, gdyż brak jest tu równowagi podmiotowej (stosunek nadrzędności i podrzędności podmiotów), co często może sprzyjać wymuszeniu zgody. Stanowisko GIODO poparł także Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 1 grudnia 2009 r. o sygn. akt I OSK 249/09, stwierdzając, że „wyrażona na prośbę pracodawcy pisemna zgoda pracownika, na pobranie i przetworzenie jego danych osobowych, narusza prawa pracownika i swobodę wyrażenia przez niego woli. (...) Brak równowagi w relacji pracodawca pracownik stawia pod znakiem zapytania dobrowolność w wyrażeniu zgody na pobieranie i przetworzenie danych osobowych (biometrycznych). Z tego względu ustawodawca ograniczył przepisem art. 221 kodeksu pracy katalog danych, których pracodawca może żądać od pracownika". Nie bez znaczenia jest również fakt, iż — zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych — zgoda może być odwołana w każdym czasie. Dlatego w sytuacji, gdy dostęp do określonych informacji miałby służyć realizacji zadań wynikających z przepisów prawa, oparcie się wyłącznie na zgodzie osoby, której dane dotyczą, mogłoby okazać się nieskuteczne.

W świetle powyższego wykonawca wnosi o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza zmianę postanowień SWZ poprzez wykreślenie żądania przedstawienia oświadczenia wykonawcy o stanie zatrudnienia zawierające listę osób świadczących pracę na umowę o pracę, a w jego miejsce wprowadzenia postanowień w następującym brzmieniu:

„1. W trakcie realizacji zamówienia zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec wykonawcy odnośnie spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w punkcie 1 czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

a) żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów i dokonywania ich oceny,

b) żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów,

c) przeprowadzania kontroli na miejscu wykonywania świadczenia.

2. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie zamawiającego, w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, uwzględniającym czas niezbędny do przygotowania żądanych dokumentów, wykonawca przedłoży zamawiającemu dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane w punkcie 1 czynności w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający może żądać następujących dokumentów:

a) oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie zamawiającego. 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, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu wykonawcy lub podwykonawcy;

b) zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, potwierdzającego opłacanie przez wykonawcę lub podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy;

d) poświadczonej za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę kopii dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowanej w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych."?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie dopuszcza zmiany postanowień SWZ w zakresie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę. Zamawiający informuje, że wymóg przedstawienia w formie oświadczenia (wykazu) informacji o osobach wykonujących czynności określone w specyfikacji warunków zamówienia w trakcie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, 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 **są zgodne z art. 438 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej: Pzp)** [2. W celu weryfikacji zatrudniania, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, umowa przewiduje możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności:

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**.]

Ponadto należy nadmienić, że Wykonawca przywołuje zapisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które obowiązywały do 31.12.2020 r.

Klauzule zatrudnienia wynikają z art. 95 Pzp i nie są warunkami udziału w postępowaniu określonymi zgodnie z art. 112 Pzp, a więc nie ma do nich zastosowanie Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zgodnie z art. 95 ust. 2 Pzp Zamawiający określa w dokumentach zamówienia, w szczególności:

1) rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;

2) sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób;

3) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

**Pytanie 2**

Zamawiający w § 11 wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SWZ) określił kary umowne w ust. 6. Zgodnie z postanowieniami SWZ usługi pocztowe stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą m.in. na zasadach określonych w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo Pocztowe (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r., poz. 1529). Wykonawca jako operator wyznaczony jest zobowiązany do stosowania w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych przepisów Rozdziału 8 wskazanej ustawy. Zgodnie z art. 87 w/w ustawy do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem w przypadku wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej, w pierwszej kolejności znajdą zastosowanie przepisy w/w ustawy i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami), nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń na drodze sądowej. Ponadto, zastrzeżenie kary umownej z tytułu rozwiązania umowy nie odpowiada literalnemu brzmieniu przepisów art. 483 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Nadto art. 484 kodeksu cywilnego stanowi m.in. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Wskazujemy, iż zwłaszcza w odniesieniu do operatora wyznaczonego, takie określenie zasad odpowiedzialności nosi znamiona naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących. Zgodnie z SWZ usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane będą wobec przesyłek, których realizacja oparta jest m.in. na zasadach określonych w ustawie Prawo pocztowe, tym samym Wykonawca jako operator wyznaczony jest zobowiązany do stosowania w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych przepisów Rozdziału 8 ustawy Prawo pocztowe. Zgodnie z art. 87 w/w ustawy do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zatem w przypadku wykonania lub nienależytego wykonania usługi pocztowej w pierwszej kolejności znajdą zastosowanie przepisy ustawy Prawo pocztowe i dopiero w przypadku przeprowadzenia trybu reklamacyjnego (uregulowanego w/w przepisami) nadawcy przysługuje prawo dochodzenia roszczeń przewidzianych ustawą na drodze sądowej. W art. 88-90 ustawodawca przewidział ścisły katalog wysokości odszkodowań oraz przypadków, kiedy operator pocztowy zobligowany jest do jego wypłaty. Rozszerzenie odpowiedzialności operatora pocztowego zostało przewidziane jedynie w art. 87 ust. 5, zgodnie z którym operator pocztowy odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi

pocztowej w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte jej wykonanie:

1) jest następstwem czynu niedozwolonego;

2) nastąpiło z winy umyślnej operatora;

3) jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora.

Zatem jedynie w w/w przypadkach operator pocztowy może podlegać odpowiedzialności szerszej aniżeli wynikająca z przepisów prawa pocztowego.

Podkreślenia wymaga, że w Kodeksie cywilnym w art. 471 występuje pojęcie "niewykonanie zobowiązania", co odnosi się dokładnie do pojęcia "niewykonanie zamówienia" w ustawie o zamówieniach publicznych. Zdarzenie to występuje tylko wtedy, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle wykonane.

W tym samym artykule Kodeksu cywilnego mamy pojęcie "nienależytego wykonania zobowiązania", a w art. 472 pojęcie "niezachowanie należytej staranności". Oba te określenia należy przypisać pojęciu użytemu w ustawie, a mianowicie "wykonanie zamówienia z nienależytą starannością". Określenie to jest tak pojemne, że niemożliwe jest określenie wszystkich sytuacji, w których ono występuje. Dokonując jednak dla jasności uogólnienia, można stwierdzić, że o nienależytym spełnieniu świadczenia możemy mówić w aspekcie niezachowania terminu spełnienia świadczenia, czy też wadliwości świadczenia.

Należy do naszego uogólnienia dodać jeszcze, że w Kodeksie cywilnym pojęcie "niezachowanie należytej staranności" rozumiane jest jako synonim winy w postaci niedbalstwa. Skoro tak, to zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kodeksu cywilnego). Ponadto 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 § 11 ust. 1 lit. b) c) d) 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. 353' 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. 353' 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.

Przewidziane w § 11 ust. 6 kary umowne są zdecydowanie 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 powtórną analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

Czy zatem z uwagi na niezgodność postanowień SWZ z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w przedmiotowym zakresie, Zamawiający dopuszcza wykreślenie lub postanowień zawartych w § 11 wzoru umowy poprzez:

* Wykreślenie lub złagodzenie wygórowanej w ocenie Wykonawcy wysokości kary umownej co najmniej do poziomu 50 złotych wartości brutto w § 11 ust. 6 pkt 1) i analogicznie w ust. 6 pkt 2),
* wykreślenie lub złagodnienie kary wskazanej w § 11 ust. 6 pkt 3 oraz analogicznie ust. 6 pkt. 4 projektu umowy co najmniej do poziomu 50.00 zł, co spowoduje zniesienie znamion kary wygórowanej,
* uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej.

**Odpowiedź 2:**

Zamawiający informuje, że w §11 ust. 6 projektowanych postanowień umowy określono wysokości z kar z tytułu braku realizacji obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę, natomiast §5 projektowanych postanowień umowy określa pozostałe kary wynikające z realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zgadza się z tezą Wykonawcy, że „(…) 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 (…)”. Na potwierdzenie powyższego w §5 ust. 3 projektowanych postanowień umowy zawarto zapisy o treści „3. Przed naliczeniem kar określonych w ust. 1 oraz ust. 4 zostanie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające z udziałem Wykonawcy”.

Zdaniem Zamawiającego wysokość kar określona w §5 projektowanych postanowień umowy jest dostosowana do sytuacji faktycznej oraz charakteru zamówienia. Należy nadmienić, że kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzonym do umowy w ramach swobody kontraktowania i ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy. Służy zabezpieczeniu realnego wykonania zobowiązań. W umowie o zamówienie publiczne Zamawiający ma prawo skorzystać z funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że Wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami. Należy nadmienić, że Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarcze (w przypadku umów zawieranych między przedsiębiorcami). Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Zamawiający nie może odnieść się do części pytania o treści: „(…) Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej szczególnie **w § 11 ust. 1 lit. b) c) d)** wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej z tego tytułu.(…)”, ponieważ odwołanie do § 11 ust. 1 lit. b) c) d) nie ma zastosowania w niniejszych projektowanych postanowieniach umowy (w §11 w ust. 1 nie ma punktorów – liter).

W odniesieniu do części pytania dotyczącego zmiany zapisów zawartych w §11 ust. 6 projektowanych postanowień umowy Zamawiający zmienia zapisy:

**Z:**

„6. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia Wykonawcy kar umownych z tytułu:

1. nie złożenia w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 – w wysokości 2.000 zł (kara może być nakładana po raz kolejny, jeżeli Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nadal nie przedkłada wykazu);
2. nie złożenia w przewidzianym terminie nowego oświadczenia, o którym mowa w ust. 3 – w wysokości 2.000 zł (kara może być nakładana po raz kolejny, jeżeli Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nadal nie przedkłada oświadczenia);
3. oddelegowania do wykonywania prac, osób nie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek (kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej samej osoby, jeżeli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdzi, że nadal nie jest ona zatrudniona na umowę o pracę);
4. oddelegowania do wykonywania prac wskazanych w ust. 1 osób niewymienionych w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 2 lub ust. 3 – w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek (kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej samej osoby, jeżeli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdzi, że nadal nie jest ona wymieniona w oświadczeniu o którym mowa w ust. 2 lub ust. 3).”

**NA:**

„6. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia Wykonawcy kar umownych z tytułu:

1. nie złożenia w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 – w wysokości **50 zł** (kara może być nakładana po raz kolejny, jeżeli Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nadal nie przedkłada wykazu);
2. nie złożenia w przewidzianym terminie nowego oświadczenia, o którym mowa w ust. 3 – w wysokości **50 zł** (kara może być nakładana po raz kolejny, jeżeli Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nadal nie przedkłada oświadczenia);
3. oddelegowania do wykonywania prac, osób nie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – w wysokości **50 zł** za każdy stwierdzony przypadek (kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej samej osoby, jeżeli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdzi, że nadal nie jest ona zatrudniona na umowę o pracę);
4. oddelegowania do wykonywania prac wskazanych w ust. 1 osób niewymienionych w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 2 lub ust. 3 – w wysokości **50 zł** za każdy stwierdzony przypadek (kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej samej osoby, jeżeli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdzi, że nadal nie jest ona wymieniona w oświadczeniu o którym mowa w ust. 2 lub ust. 3).”

Zamawiający **przekazuje w załączeniu** zmieniony **Załącznik nr 4 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy – zmiana 13.12.2022 r.**

Działając na podstawie art. 271 i art. 286 ust. 3, ust. 5, ust. 7 i ust. 9 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych informuję, że zmienia się terminy składania i otwarcia ofert oraz termin związania ofertą:

- termin składania ofert na: 20.12.2022 r. godzina 10:00;

- termin otwarcia ofert na: 20.12.2022 r. godzina 10:30;

- termin związania ofertą na: 18.01.2023 r.

Burmistrz Sulejowa

Wojciech Ostrowski