



Wałbrzych, dnia 5 lipca 2023 roku

WOS.272.1.14.2023

## Do wszystkich Wykonawców

dot. postępowania na zadanie pn. Świadczenie usług pocztowych

W związku z zapytaniem z dnia 03.07.2023 r. o następującej treści:

### **PYTANIE 1.**

Zamawiający w SWZ, Załącznik nr 4, „projekt umowy” § 10 pkt. 2, ust 1, określił:

**2. Ponadto Wykonawca jest zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną:**

**1) w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego w trybie określonym w § 9 ust. 3 – w wysokości 10% wartości brutto, określonej w § 6 ust. 1 Umowy,**

Zamawiający odnosi wysokość kary umownej do wartości brutto umowy, przy czym w treści SWZ zaznacza że ilości zamawianych usług są szacunkowe i mogą w trakcie realizacji umowy ulec zmianie. Tym samym należy przyjąć że cena realizacji zamówienia podana przez Wykonawcę jest również szacunkowa. Uzależnienie więc wysokości kary umownej od wartości szacunkowej kontraktu brutto bez uwzględnienia upływu czasu trwania kontraktu jest nie właściwe. Należy bowiem uwzględnić możliwość że kontrakt może zostać rozwiązany po upływie np. 20 miesięcy co przy ustaleniu wysokości kary umownej jako 10 % wartości brutto kontraktu jest nie współmierne do pozostającego okresu do planowanego zakończenia kontraktu. Możliwe jest również że kontrakt z winy Wykonawcy rozwiązany zostanie krótko po jego rozpoczęciu, w takich okolicznościach zapłata kary umownej w wysokości 10 % wartości kontraktu brutto również wydaje się być niewłaściwa ponieważ może przekroczyć wysokość wynagrodzenia Wykonawcy za okres w którym świadczył usługi, W związku z czym Wykonawca wnosi o zmianę powyższego zapisu i przyjęcie jego nowej treści:

**„2. Ponadto Wykonawca jest zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną:**

**1) w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego w trybie określonym w § 9 ust. 3 – w wysokości 5% wartości brutto, określonej w § 6 ust. 1 Umowy uwzględniającej proporcjonalne zmniejszenie wartości kontraktu wynikające z okresu jego obowiązywania.”**

### **PYTANIE 2.**

Zamawiający w SWZ, Załącznik nr 4, „projekt umowy” § 10 pkt. 2, ust 2, określił:

**„2) za niewypełnienie obowiązku zatrudnienia pracowników wykonujących czynności, o których mowa w § 5 ust. 1 na umowę o pracę w wysokości 1.000 zł za każdy stwierdzony przypadek.”**

Zamawiający w SWZ, Załącznik nr 4, „projekt umowy” § 10 pkt. 2, ust 2, nakłada na Wykonawcę obowiązek zapłaty kar umownych podając ich wysokość, sposób naliczania i tryb wypłaty. Wykonawca wskazuje że przyjęte przez Zamawiającego kary umowne nie dotyczą przedmiotu zamówienia, ponieważ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych opisanych w CPV kodem 64110000-0 a nie zatrudnianie przez Wykonawcę



pracowników na umowę o pracę. Wykonawca wskazuje że kary wynikające z realizacji zamówienia powinny wynikać z przedmiotu zamówienia a nie odnosić się do działań Wykonawcy nie związanych z rzeczywistą realizacją zamówienia. Usiłowanie nałożenia kar umownych nie związanych z przedmiotem zamówienia a odnoszących się do swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, naruszają prawo Wykonawcy do swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Jednocześnie zwracamy uwagę że zatrudnienie przez Wykonawcę osób na umowę o pracę nie stanowi również kryterium oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego o którym mowa w SWZ, tym samym usiłowanie nałożenia kar umownych z tego tytułu na Wykonawcę nie znajdują żadnego merytorycznego uzasadnienia ponieważ forma zatrudnienia nie jest przedmiotem zamówienia i nie stanowi też kryterium oceny ofert. Wykonawca w związku z powyższym uznając jednak prawo Zamawiającego do swobodnego kształtowania SWZ zwraca się z wnioskiem o zmianę powyższego zapisu i przyjęcie jego niżej wskazanej nowej treści:

**„2) za niewypełnienie obowiązku zatrudnienia pracowników wykonujących czynności, o których mowa w § 5 ust. 1 na umowę o pracę w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek.”**

### PYTANIE 3.

Zamawiający w SWZ, Załącznik nr 4, „projekt umowy” § 10 pkt. 5, określił:

**„5. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia, po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej (procedura postępowania reklamacyjnego zgodnie z ustawą Prawo pocztowe).”**

Zamawiający wprowadzając powyższy zapis postanawia że Zamawiający ma prawo potrącić kary umowne z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Wykonawca wskazuje że określenie wypłaty kary umownej z wynagrodzenia należnego Wykonawcy narusza zasadę transparentności wzajemnych rozliczeń. Wykonawca wskazuje również że wynagrodzenie należne Wykonawcy może zawierać taki składnik jak podatek VAT. Potrącenie kary umownej z wynagrodzenia Wykonawcy nie może naruszać standardów dotyczących opodatkowania. Zamawiający nie wprowadził definicji wynagrodzenia należnego Wykonawcy nie wskazując tym samym czy jest to wartość netto czy brutto. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o zmianę treści powyższego zapisu i przyjęcie jego nowej niżej wskazanej treści:

**„5. Wykonawca bez zbędnej zwłoki dokona zapłaty kary umownej na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego, po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej (procedura postępowania reklamacyjnego zgodnie z ustawą Prawo pocztowe).”**

Starostwo Powiatowe w Wałbrzychu działając na podstawie art. 284 ust. 1 i art. 286 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) modyfikuje zapisy projektu umowy:

#### Ad. 1

Celem kary umownej jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Kary umowne stanowią istotne dla zamawiającego zabezpieczenie prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia publicznego. Wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady trzeba uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego



wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kary umowne nie powinny jednak godzić w zasadę proporcjonalności. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, kary umowne powinny być nawet mniej dotkliwe dla wykonawcy niż w sytuacji gdy wykonawca nie przystąpił w ogóle do wykonania zobowiązania lub wykonał je w niewielkim zakresie. Zamawiający nie zgadza się z wykonawcą, że wysokość kar umownych powinna stanowić procent wysokości wynagrodzenia wypłaconego wykonawcy za okres, w którym świadczył usługi. Taki mechanizm nie byłby środkiem odpowiednim w celu zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zgadza się natomiast z wykonawcą, że projekt umowy zawiera wyłącznie szacunkową maksymalną wartość kontraktu brutto. Mając na uwadze art. 433 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym wskazano, że postanowienia umowy nie mogą przewidywać, między innymi możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, zamawiający ustala minimalną wartość kontraktu na 50% wartości maksymalnej, zmniejszając jednocześnie o 50% wysokość kar umownych z tytułu wypowiedzenia umowy w trybie określonym w § 9 ust. 3 projektu umowy do 5% wartości maksymalnej brutto umowy.

Mając na względzie powyższe zamawiający wprowadza następujące zmiany do projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ:

1) §6 ust. 1 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„Całkowite wynagrodzenie brutto Wykonawcy za realizację przedmiotu umowy nie przekroczy kwoty brutto ..... zł (słownie: .....). Wartość wynagrodzenia określonego w zdaniu poprzednim może ulec zmniejszeniu o maksymalnie 50% ze względu na możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego.”

2) §10 ust. 2 pkt 1 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego w trybie określonym w § 9 ust. 3 – w wysokości 5% wartości brutto, określonej w § 6 ust. 1 Umowy,”

3) §10 ust. 3 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„Zamawiający jest zobowiązany zapłacić Wykonawcy karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Wykonawcę w trybie określonym w § 9 ust. 3 – w wysokości 5% wartości brutto, określonej w § 6 ust. 1 Umowy.”

## **Ad. 2**

Artykuł 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia na usługi bądź roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2022 r., poz. 1510).

Przepis ten jest bezwzględnie obowiązujący i nakazuje konkretne zachowanie zamawiającego, polegające na obowiązku określenia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy danej grupy osób.



Zgodnie z art. 438 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w przypadku umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przewidującej wymagania określone w art. 95 ust. 1, w jej treści zawiera się postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowienia dotyczące sankcji z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ust. 1. Kary umowne określone przez zamawiającego w projekcie umowy w zakresie zatrudnienia pracowników wykonujących czynności, o których mowa w §5 ust. 1 projektu umowy na umowę o pracę stanowią wymagane prawem sankcje, o których mowa w zdaniu poprzednim.

Jednocześnie zamawiający przychyła się do propozycji wykonawcy dotyczącej zmniejszenia wysokości kar umownych za z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ust. 1 Pzp z 1.000 zł za każdy stwierdzony przypadek do 500 zł za każdy stwierdzony przypadek.

Mając na względzie powyższe zamawiający wprowadza następujące zmiany do projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ:

1) §10 ust. 2 pkt 2 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„za niewypełnienie obowiązku zatrudnienia pracowników wykonujących czynności, o których mowa w § 5 ust. 1 na umowę o pracę w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przypadek.”

#### **Ad. 3**

Potrącanie przez zamawiającego kar umownych, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego z wynagrodzenia wykonawcy lub innych przysługujących mu wierzytelności jest zgodne z obowiązującym stanem prawnym. W §10 ust. 5 projektu umowy mowa jest jednak o potrąceniu kar umownych za nienależycie wykonane usługi pocztowe poprzedzone postępowaniem reklamacyjnym zgodnym z ustawą Prawo pocztowe potwierdzającym zasadność i wysokość naliczonej kary umownej. Zamawiający przychyła się zatem do wniosku wykonawcy. Zamawiający wprowadza następujące zmiany do projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ:

1) §10 ust. 5 otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca bez zbędnej zwłoki dokona zapłaty kary umownej na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego, po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej (procedura postępowania reklamacyjnego zgodnie z ustawą Prawo pocztowe).”

*W załączeniu:*

Projekt umowy

**STAROSTA**

**Krzysztof Kwiatkowski**