ZP.271.1.29.2021.DS Końskie, dn. 01.12.2021 r.

**Otrzymują uczestnicy postępowania**

**o udzielenie zamówienia publicznego**

**Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:** **„Zakup usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych (listowych i paczek pocztowych) oraz ich ewentualnych zwrotów na rzecz Urzędu Miasta i Gminy w Końskich”**

Zamawiający na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 t. j.) udziela odpowiedzi na zadane pytania:

**Pytanie 1.**

**Zamawiający w treści Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) pkt.** 17. Wymagania w zakresie zatrudniania na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 ustawy pzp.

17.1. Zamawiający stawia wymóg w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących niżej wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia.

Zamawiający wymaga, by czynności polegające na wykonywaniu prac biurowych – były wykonywane przez osoby zatrudnione (przez Wykonawcę lub podwykonawcę) na podstawie umowy o pracę, w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1974r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.).

17.2. Sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób:

W trakcie realizacji umowy, na każde wezwanie Zamawiającego, Wykonawca lub podwykonawca przedłoży Zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane w pkt 17.1. czynności, w terminie do 14 dni roboczych od dnia przesłania przez Zamawiającego wezwania e-mailem, niżej wskazane dowody:

1) oświadczenie 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,

2) poświadczone „za zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę lub podwykonawcę: kopie umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji umowy czynności, których dotyczy ww. oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony); kopie umów powinny zostać zanonimizowane w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych, tj. w szczególności bez adresów, PESEL pracowników); informacje takie jak: imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania,

3) poświadczoną „za zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, potwierdzającego opłacanie przez Wykonawcę lub podwykonawcę składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy, imiona i nazwiska osób nie podlegają anonimizacji,

4) poświadczoną „za zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych, imiona i nazwiska osób nie podlegają anonimizacji.

17.3. Uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem osób:

1) możliwość żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogu,

2) możliwość żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości potwierdzenia ww. wymogu,

3) możliwość przeprowadzania kontroli na miejscu wykonywania świadczenia

17.4. Sankcje z tytułu niespełnienia wymagań związanych z zatrudnianiem osób:

1) Niezłożenie przez Wykonawcę lub podwykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądanych dowodów, w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę będzie traktowane jako niespełnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w pkt 17.1 czynności oraz będzie stanowić podstawę do naliczenia kary umownej, o której mowa we wzorze umowy.

2) W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę, Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.

Wskazane w SWZ wymagania w zakresie zatrudnienia w ocenie Wykonawcy są warunkiem nadmiernym. Wykonawca nie jest w stanie sporządzić kopii umów wszystkich aktywnych pracowników na dany dzień realizacji zamówienia. Standardowa umowa o pracę pracownika ma 2 strony a dokument regulujący zakres wykonywanych czynności 3 strony. Łącznie każda umowa wraz z zakresem ma 5 stron. Licząc średnio 5 stron razy 70 tys. pracowników zatrudnionych na umowę o pracę podzielone przez 500 (500 jest liczba kartek w ryzie papieru) daje 700 ryz papieru. Dokumenty wydrukowane zajęłyby więc 700 ryz papieru i ważyły ok. 1,77 tony. Spowodowałoby to dla Wykonawcy utrudnienie w ich dostarczeniu.

Wykonawca pragnie zauważyć, że przedmiotem Wykonawca i istotą zamówienia są usługi pocztowe, a nie przesyłanie kserokopii dokumentów. Ewentualne opóźnienie w przesłaniu dokumentów może być  bez negatywnego wpływu na przedmiot zamówienia, zatem kary za opóźnienie w przesłaniu takowych kserokopii dokumentów są w ocenie Wykonawcy nieuzasadnione. Istotą kar jest zabezpieczenie jakości świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia i nie powinny  być źródłem nieuzasadnionych przychodów Zamawiającego.

Ponadto proces technologiczny związany z realizacją przedmiotu zamówienia jakim jest świadczenie usług pocztowych są zaangażowane odpowiednie służby  operacyjne. Taka organizacja u Wykonawcy jest oparta o powszechnie obowiązujące przepisy i ma swoje odzwierciedlenie w cenie.

Chcąc zrealizować oczekiwanie Zamawiającego dot. przekazywania kserokopii pod groźbą kar   Wykonawca zmuszony byłby do zaangażowania służb ds. zarządzania zasobami ludzkim, a efekcie tego odpowiednio wyższego skalkulowania ceny niż powszechnie obowiązujące przy realizacji tego typu zamówień.

Ponadto żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku nie będzie w stanie złożyć oferty
i podjąć się realizacji zamówienia na warunkach określonych w SWZ.

W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia, w tym również obowiązek wynikający z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym uniemożliwić złożenie oferty. Określenie przez Zamawiającego  w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania warunku, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych.

Ponadto Zmawiający wymaga wskazania w przedstawionych kopiach dokumentów danych osobowych, dat zawarcia umów, ich rodzaju oraz zakresu obowiązków pracowników. W tym celu Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania od pracowników zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.

Wskazujemy, iż ustawa Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) nie ogranicza uprawnień Zamawiającego dotyczących weryfikowania spełniania warunku zamówień zastrzeżonych na etapie realizacji zamówienia publicznego. W ramach postanowień umownych Zamawiający może określić zobowiązania dotyczące kontroli i weryfikowania spełniania przedmiotowego warunku także w zakresie żądania dodatkowych dokumentów, pod warunkiem, że jest to zgodne (dopuszczalne) w świetle innych przepisów. W przypadku udostępniania umów o pracę przepisy Ustawy Pzp, jak zresztą także Kodeksu Pracy, nie przewidują jakiejkolwiek regulacji. Natomiast umowy o pracę zawierają informacje stanowiące dane chronione, wobec czego Wykonawca (będący pracodawcą), występujący jako administrator danych osobowych, powinien przestrzegać przepisów ustawy z 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (tekst jednolity: Dz. U. 2002 r. Nr 101, poz. 926, ze zm.) (zwanej dalej: "ustawą"). W świetle przepisów ustawy każda osoba ma zagwarantowane konstytucyjnie ochronę danych osobowych i wykonawcy zatrudniający pracowników muszą tej gwarancji dochować. Istotne jest, iż udostępnienie danych osobowych może nastąpić jedynie za zgodą zainteresowanego (art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy). Zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy, pracodawca ma obowiązek technicznie i organizacyjnie zagwarantować ochronę danych osobowych swoich pracowników. Udzielenie informacji o pracowniku bez jego zgody może stanowić zarówno naruszenie jego prawa do prywatności, które jest chronione, jako dobro osobiste na mocy art. 23 Kodeksu cywilnego, jak i może stanowić nieuprawnione przetwarzanie danych osobowych. Reguła powyższa nie obowiązuje jedynie w przypadku sądów powszechnych
i administracyjnych oraz organów kontrolnych, które ze względu na pełnione funkcje mają prawo wglądu do dokumentacji pracowniczej. Zatem w świetle powyższych uwag, stwierdzić należy, iż stawiany wykonawcom wymóg udostępnienia do wglądu treści umów o pracę poszczególnych pracowników narusza przepisy ustawy o ochronie danych osobowych, a także rażąco narusza zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 7 ustawy Pzp, bowiem obowiązek przekazania umów o pracę może de facto uniemożliwić złożenie oferty wykonawcom, w szczególności tym zatrudniającym wiele osób na podstawie umowy o pracę, w przypadku niewyrażenia zgody pracownika na udostępnienie danej umowy. Wobec powyższego zasadnym jest, aby Zamawiający szczególną wagę przyłożył do wprowadzenia odpowiednich sankcji i zapisów umownych, by mieć pewność, iż wykonawca faktycznie będzie przestrzegać wymagań SWZ i zatrudnienia na etacie, mając jednakże na uwadze, że mechanizmy sprawdzające, pozwalające zweryfikować zobowiązanie wykonawcy muszą być zgodne z innymi właściwymi przedmiotowo przepisami. Zamawiający może przykładowo żądać od Wykonawcy, aby przedstawił we wskazanym terminie listy osób, które będą wykonywały zamówienie, ze wskazaniem podstawy ich zatrudnienia.

**Czy zatem, w świetle powyższych uwag oraz z uwagi na fakt, iż żądanie przedłożenia umów o pracę narusza powszechnie obowiązujące przepisy, Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści postanowień SWZ poprzez wykreślenie obowiązku przedłożenia do wglądu kopii umów o pracę zawartych z osobami zatrudnionymi do realizacji przedmiotu zamówienia oraz oświadczeń ze wskazaniem danych osobowych bądź zastąpienie go innym prawnie dopuszczalnym sposobem weryfikacji obowiązków wynikających z SWZ takim jak np. Złożenie przez Wykonawcę na żądanie Zmawiającego poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników z terenu gminy Końskie, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych?.**

**Wnosimy również o zmianę terminu przedłożenia Zamawiającemu na jego wezwanie oświadczeń wskazanych w SWZ pkt. 17.1 z 14 dni na 25 dni roboczych od dnia przesłania przez Zamawiającego wezwania e-mailem.**

**Odp.**

Zamawiający nie precyzuje w SWZ wymaganej ilości osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy. Zamawiający stawia wymóg w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności **w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia**. Nie oznacza to, że będzie żądał oświadczeń/dokumentów od wszystkich pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w firmie.

Zamawiający zmienia termin z 14 dni na 25 dni roboczych od dnia przesłania przez Zamawiającego wezwania e-mailem.

**Pytanie 2**

**Zamawiający w treści SWZ wzór umowy w § 5 wskazuje, że**

**3.** Wykonawca zapłaci karę w wysokości 5,0 % wynagrodzenia umownego brutto. za niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądanych przez Zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę

Wykonawca informuje, że zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego. Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Wykonawca bynajmniej nie neguje wprowadzenia do umowy zapisów o karach umownych, niemniej jednak podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, który nie może pozostawać w sprzeczności z naturą stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego.Taki sposób kształtowania umowy zwiększa bezpodstawnie ryzyka po stronie Wykonawców i zmusza ich do skalkulowania tego elementu  w cenie oferty.

**W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o dokonanie odpowiedniej zmiany § 5 ust. 3 poprzez odpowiednie obniżenie wysokości kary do takiego poziomu, aby uniknąć sytuacji gdy wielkość kary nałożonej przez Zamawiającego przewyższy wynagrodzenie Wykonawcy. Wykonawca proponuje w § 5 ust. 3 obniżenie kary do 100,00 zł brutto; lub też całkowite odstąpienie od kar.**

**Odp.**

Zamawiający nie zmienia zapisów zawartych we wzorze umowy.