

SZCZECIŃSKIE CENTRUM ŚWIADCZEŃ
ul. Kadłubka 12, 71-521 Szczecin
tel.: 91 44 27 122, faks: 91 44 27 101

Szczecin, 02.12.2016 r.

Dot. pytań do SIWZ w postępowaniu na: „Świadczenie usług pocztowych w zakresie odbierania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Szczecińskiego Centrum Świadczeń w 2017 roku”

Sprawa: zamówienie społeczne postępowanie nr SCŚ-SO.331.08.2016.MG

1. Czy zamawiający dopuszcza zmianę cen usług pocztowych w trakcie trwania Umowy w przypadku ich akceptacji przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej lub w sposób dopuszczony przez Prawo Pocztowe ?

Odpowiedź:

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do ogłoszenia cena podana przez Wykonawcę nie będzie podlegała zmianom przez okres realizacji zamówienia, z wyjątkami wymienionymi w załączniku nr 7 – Istotne postanowienia umowy ust. 10 tj. ceny określone przez Wykonawcę w ofercie ulegną obniżeniu w toku realizacji zamówienia w przypadku, gdy opłaty pocztowe wynikające ze standardowego cennika lub regulaminu Wykonawcy będą niższe od cen wynikających z przedłożonej oferty. Wykonawca ma obowiązek wówczas stosować względem Zamawiającego obniżone opłaty pocztowe dla usług, wynikające ze swojego aktualnego cennika lub regulaminu.

2. Czy Zamawiający wyraża zgodę, aby zapisy Umowy uwzględniały zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w poniższych przypadkach:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zwracamy uwagę, że nawet Umowy zawierane na okres krótszy (mniej niż 12 miesięcy), bywają w pewnych okolicznościach (przykładowo w okresie na przełomie roku) wrażliwe na wpływ czynników makroekonomicznych, zatem konieczność zawierania postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest jak najbardziej uzasadniona.

Bez wątpienia istotnym celem wprowadzenia ww. zmian jest zapewnienie bezpieczeństwa zatrudnienia

i godnego wynagrodzenia wszystkim tym pracownikom wykonawcy, którzy zostali zaangażowani do realizacji określonego zamówienia publicznego. Taka postawa pozwoli wzmocnić nie tylko rynek pracy, ale także prawidłową wycenę ofert oraz sposób realizacji zamówienia. Troska o należyte wynagrodzenie wykonawcy niejednokrotnie może się przełożyć na jakość oraz efektywność realizowanych przez wykonawców zamówień, o którą od dawna tak bardzo zabiegają instytucje zamawiające.

Odpowiedź:

Zamawiający w załączniku nr 7 ust. 10 „Istotne postanowienia umowy” określił w jakim przypadku możliwe są zmiany postanowień umowy.

Zamawiający nie zmienia zapisów w tym zakresie.

3. Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie programu elektronicznego – EN (elektroniczny nadawca). Elektroniczny Nadawca (EN) to internetowa aplikacja, która powstała z myślą, aby usprawnić proces nadawania przesyłek pocztowych. Umożliwia elektroniczny proces nadawania przesyłek. Za pomocą tego programu, jest możliwość samodzielnego generowania dokumentów nadawczych, tworzenia książki adresowej – łatwe zarządzanie własną bazą odbiorców (adresatów), generowania nalepek adresowych. Aplikacja dokonuje automatycznego przekazywania i odbierania plików z informacjami o nadawanych przesyłkach, komunikując się bezpośrednio z placówką pocztową wskazaną w umowie. Wszystkie przesyłki nadane za pomocą aplikacji można śledzić z jej panelu lub generować poprzez zbiorczy raport w formacie xls.

Odpowiedź:

W związku z brakiem możliwości integracji systemu EN z systemem dziedzinowym SCŚ nie przewidujemy w najbliższym czasie zastosowania programu elektronicznego EN, jednakże Zamawiający nie wyklucza całkowicie możliwości korzystania z takiej aplikacji w przyszłości.

4. W przypadku przesyłek wymienionych w załączniku nr 3 Kalkulacja cenowa, czy Zamawiający dopuszcza sytuację, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, w wyniku czego na dowodzie nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający oraz oznaczenia Nadawcy na kopercie będą wskazywały na to, że Zamawiający nie będzie Nadawcą przedmiotowej korespondencji?
5. Czy Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca świadczący usługi w ramach niniejszego postępowania umieszczał na przesyłkach Zamawiającego znaki opłaty pocztowej innego Operatora Poczтового?

Odpowiedź pyt. 4 i 5

Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, w wyniku czego na dowodzie nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający, ponieważ przedmiotem zamówienia jest doręczenie przesyłek o charakterze szczególnym, dla których rygory związane z prawidłowym nadawaniem mają doniosłe znaczenie proceduralne. Przesyłki muszą być doręczone w oryginalnych opakowaniach Zamawiającego, i nadawane wyłącznie na podstawie dokumentów i druków potwierdzenia nadania, doręczenia i odbioru wypełnionych przez Zamawiającego. Zarówno na opakowaniu jak na ww. dokumentach muszą znajdować się dane adresowe Zamawiającego. Zamawiający nie dopuszcza, aby wykonawca świadcząc usługi w ramach niniejszego postępowania umieszczał na przesyłkach Zamawiającego znaki opłaty pocztowej innego operatora pocztowego bądź umieszczał przesyłki Zamawiającego w innych kopertach w tym zawierających inne nadruki niż Zamawiającego.

6. W Rozdziale IV pkt. 1.3. Zamawiający wskazuje potencjał techniczny poprzez dysponowanie min. 17 placówkami pocztowymi na terenie miasta Szczecin zgodnie z Załącznikiem nr 6. Czy Zamawiający dopuszcza sytuację, że w przedmiotowych placówkach pocztowych główną działalnością będzie działalność inna niż pocztowa nie licująca z powagą korespondencji, tj. działalność typu: kwiaciarnia, lombard, sklepy mięsne, rybne?

Odpowiedź:

Jeżeli placówka pocztowa znajduje się w lokalu, w którym prowadzona jest inna działalność gospodarcza, musi posiadać wyodrębnione stanowisko do obsługi klientów w zakresie usług pocztowych.

7. Prosimy o wskazanie jaki udział przesyłek miejscowych (nadawanych na obszar Miasta Szczecina) stanowi w całym wolumenie nadawanych przesyłek. Czy dla potrzeb kalkulacji można założyć, że jest to 90% wszystkich nadawanych przesyłek?

Odpowiedź:

Można założyć, że udział przesyłek miejscowych w całym wolumenie nadawanych przesyłek wyniesie ok. 90%.

8. Czy Zamawiający będzie skłonny dzielić przesyłki na obszar:
- miejscowy (obszar Miasta Szczecin),
- zamiejscowy (pozostały obszar kraju)?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza możliwość wydzielania korespondencji na miejscową (Miasto Szczecin) i zamiejscową (kraj).

9. Informujemy, iż z dniem 1 stycznia 2014 roku weszła w życie zmiana do artykułu 13 Światowej Konwencji Pocztowej, która polega na rezygnacji krajów członkowskich Światowego Związku Pocztowego ze świadczenia fakultatywnej usługi polecenia dla przesyłek ekonomicznych. Tym samym, została zlikwidowana kategoria ekonomiczne przesyłki listowe polecane w obrocie zagranicznym. Usługa przesyłka polecona jest świadczona wyłącznie jako usługa priorytetowa. Przedmiotowe usługi zostały wykazane przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 kalkulacja cenowa Lp. 3.

W związku z powyższym wnosimy do Zamawiającego o modyfikację załącznika w ww. pozycji.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje modyfikacji załącznika nr 3 w tym zakresie.

10. W załączniku nr 3 kalkulacja cenowa Zamawiający wskazał przesyłki co do których brak określenia Gabarytów (wymiarów przesyłek). Dla potrzeb prawidłowej kalkulacji kosztu zwracamy się z prośbą o ich wskazanie.

Dla ułatwienia podajemy wymiary: **Gabaryt A** to przesyłki o wymiarach: Minimum - wymiary strony adresowej nie mogą być mniejsze niż 90X140 mm, Maksimum – żaden z wymiarów nie może przekroczyć: wysokość 20 mm, długość 325 mm, szerokość 230 mm; **Gabaryt B** to przesyłki o wymiarach: Minimum - jeśli choć jeden z wymiarów przekracza wysokość 20 mm, długość 325 mm lub szerokość 230 mm, Maksimum - suma długości, szerokości i wysokości 900 mm, przy czym największy z tych wymiarów (długość) nie może przekroczyć 600 mm).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż przedmiot zamówienia (w całości) stanowią przesyłki o Gabarycie A.

11. Czy zamawiający wyraża zgodę na zamieszczenie w umowie poniższego zapisu:

„W przypadku nadania przesyłek, które nie zostały wycenione w ofercie Wykonawcy, wynagrodzenie przysługujące za te przesyłki, będzie ustalone na podstawie aktualnego na dzień ich nadania cennika Wykonawcy.”

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zamieszczenie w umowie poniższego zapisu:

„W przypadku nadania przesyłek, które nie zostały wycenione w ofercie wykonawcy, wynagrodzenie przysługujące za te przesyłki, będzie ustalone na podstawie aktualnego na dzień nadania cennika wykonawcy”.

12. Wnosimy o modyfikację kalkulacji cenowej o usługi:

- zwrot przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia w obrocie krajowym oraz rozbić ilości na poszczególne przedziały wagowe tj.: do 350 g; ponad 350g – 1000 g; ponad 1000g – 2000g

- zwrot przesyłki rejestrowanej z potwierdzeniem odbioru po wyczerpaniu możliwości doręczenia w obrocie krajowym oraz rozbicie ilości na poszczególne przedziały wagowe tj.: do 350 g; ponad 350g – 1000 g; ponad 1000g – 2000g
- zwrot przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia w obrocie zagranicznym,

Brak wskazania i modyfikacji w/w pozycji uniemożliwi Wykonawcy złożenie prawidłowej oferty cenowej.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż w przypadku: zwrotu przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia w obrocie krajowym, zwrotu przesyłki rejestrowanej z potwierdzeniem odbioru po wyczerpaniu możliwości doręczenia w obrocie krajowym oraz zwrot przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia w obrocie zagranicznym dotyczy tylko przedziału wagowego do 350g.

13. Czy Zamawiający może określić ilość lub procentowy udział przesyłek w całości zamówienia o których mowa w załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia w ust 4?

Odpowiedź:

Zamawiający szacuje ilość przesyłek, o których mowa w załączniku nr 1 w ilości ok. 90% wszystkich przesyłek ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru.

14. W załączniku nr 7 Istotne postanowienia Umowy w ust. 4 d widnieje zapis: „Należności wynikające z faktur VAT zamawiający regulować będzie przelewem na konto wskazane na fakturze w terminie 14 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury VAT.”

Zwracamy się z prośbą o zmianę się z prośbą o zmianę terminu zapłaty na 21 dni przy zachowaniu terminu płatności liczonego od dnia wystawienia faktury.

Powyższa prośba jest spowodowana tym, że Wykonawca kieruje się procedurami określonymi centralnie dla całej Polski w kwestii wystawiania faktur. Kwestia ustalenia momentu doręczenia faktury i liczenia ewentualnych odsetek od zaległości jest dużym utrudnieniem. Spowodowane jest to scentralizowanym systemem rozliczeń oraz ustaleniem faktycznego momentu odbioru przesyłki.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę terminu zapłaty na 21 dni przy zachowaniu terminu liczonego od dnia wystawienia faktury. W uzasadnieniu wskazuję, iż Zamawiający nie ma wpływu na datę wysłania przez Wykonawcę wystawionej faktury VAT, a w efekcie jej otrzymania przez Zamawiającego, musi mieć zapewniony odpowiedni czas na uruchomienie środków oraz dokonanie płatności, zgodnie z fakturą.

Jednocześnie zwracamy uwagę, iż w załączniku nr 7 Istotne postanowienia Umowy w ust. 4 d Zamawiający używa sformułowania „doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT” a nie jak wskazuje w pytaniu Wykonawca „prawidłowo wystawionej faktury VAT”

15. W odniesieniu do zapisów w Załączniku nr 7 Istotne postanowienia Umowy w ust. 14 - Czy Zamawiający uznając zasadę równości traktowania stron Umowy zmienia zapis na: „Sądem właściwym do rozpatrywania sporów wynikłych na tle realizacji Umowy jest sąd powszechny”?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w tym zakresie.

16. W Załączniku nr 7 Istotne postanowienie Umowy ust. 5 Zamawiający wskazuje, że Wykonawca zapłaci karę umowną za nienadanie przesyłek przeznaczonych do operatora wyznaczonego.

Proszę o informacje czy kara zostanie naliczona jednorazowo w danym dniu za partię nienadanych przesyłek? Proszę o doszczegółowienie zapisu.

Odpowiedź:

Zamawiający doprecyzowuje zapis:

Wykonawca zapłaci karę umowną za nienadanie przesyłek przeznaczonych do operatora wyznaczonego w przypadku kiedy ilość tych przesyłek przekroczy 0,1% w stosunku do wszystkich przesyłek nadanych w danym okresie rozliczeniowym.

17. W Rozdziale X Ad 2 Zamawiający umieścił zapis:

„Przez działalność operacyjną zamawiający rozumie działalność Wykonawcy związaną z bezpośrednim odbiorem i dostarczaniem przesyłek pocztowych w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.”

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację i uwzględnienie grupy pracowników zajmującej się przemieszczaniem korespondencji Zamawiającego, zgodnie z przedmiotem opisu zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje modyfikacji ogłoszenia w tym zakresie.

18. W załączniku nr 7 Istotne postanowienia Umowy ust. 5 Zamawiający umieścił zapis:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nienadanie przesyłek, dla których potwierdzenie nadania powinno mieć moc dokumentu urzędowego w wysokości 0,5% kwoty, o której mowa w pkt. 18.”

Wykonawca wnosi o wykreślenie przedmiotowego zapisu, ponieważ Zamawiający nie przewidział sytuacji w przypadku zastrzeżeń dotyczących odebranych przesyłek. W przedmiotowej sytuacji Wykonawca bez zbędnej zwłoki będzie wyjaśniał je z Zamawiającym. W przypadku braku możliwości ich usunięcia w dniu odbioru przesyłek, nadanie odebranych przesyłek nastąpi przez Wykonawcę w dniu następnym lub po całkowitym usunięciu nieprawidłowości przez Zamawiającego.

Wskazana kara umowna ustalona została na zbyt wysokim poziomie i przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywiącą 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.

Wykonawca zapewnia dopełnienie wszelkiej staranności w realizacji przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź do pytania zgodna z odpowiedzią do pkt. 16

19. W nawiązaniu do pkt. 19 Wykonawca wnioskuję o ujęcie zapisu o treści:

„Strony dopuszczają możliwość przesunięcia nadania przesyłek na dzień następny w przypadku uzasadnionych zastrzeżeń do odebranych przesyłek (nieprawidłowe opakowanie, niezgodność wpisów do dokumentów nadawczych z wpisami na przesyłkach, brak znaków opłaty) i braku możliwości ich wyjaśnienia lub usunięcia w dniu ich odbioru.”

Odpowiedź:

W przypadku uzasadnionych zastrzeżeń do odebranych przesyłek tj. nieprawidłowe opakowanie, niezgodność wpisów do dokumentów nadawczych z wpisami na przesyłkach, brak znaków opłaty Zamawiający dopuszcza możliwość przesunięcia nadania przesyłek na dzień następny

20. W załączniku nr 7 Istotne postanowienia ust. 7 Zamawiający nakłada na Wykonawcę karę umowną w wysokości 10% ceny ofertowej w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy.

Wykonawca zwraca się z prośbą o wykreślenie bądź złagodzenie postanowień i zagwarantowanie Wykonawcy możliwości wypowiedzenia się w zakresie słuszności naliczenia kary, poprzez wcześniejsze uprzedzenie Wykonawcy na piśmie o takim zamiarze.

Prosimy o wyjaśnienie co Zamawiający rozumie poprzez „rażące naruszenie” warunków Umowy. Zwracamy się prośbą o wskazanie wykazu działań których naruszenie może być przez Zamawiającego traktowane jako rażące naruszenie.

Odpowiedź:

Termin „rażące naruszenie postanowień umowy” należy do zakresu tzw. klauzul generalnych, dopuszczonych do stosowania przez polskie prawo cywilne, np. cel społeczno-gospodarczy prawa (art. 354 § 1 kc), należyta staranność (art. 472 kc), nadużycie prawa (art. 5 kc), zasady współzycia społecznego (art. 354 § kc). Zostają one stworzone dla okoliczności wyjątkowych, których system prawa nie może uznać za wykonanie zobowiązania oraz których przewidzieć nie można, a podlegają one ocenie wyłącznie na tle konkretnej sytuacji, która może w przyszłości zaistnieć. Sytuacja rażącego naruszenia postanowień umowy może zaistnieć wówczas gdy działanie wielokrotne lub nawet jednorazowe będzie szczególnie i jednoznacznie sprzeczne z konkretnym ustaleniem umownym. Za rażące naruszenie umowy przez wykonawcę na pewno zostałyby uznane m.in. powierzenie przez wykonawcę wykonania umowy lub jej części jakiegokolwiek osobie trzeciej bez zgody Zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej.

Zamawiający jednocześnie dopuszcza możliwość zapisu w umowie dotyczącego wcześniejszego uprzedzenia wykonawcy na piśmie o zamiarze naliczenia kar umownych.

21. Prosimy o wyjaśnienie jakie wskazane w załączniku nr 7 pkt. 7 Istotnych postanowień Umowy przyczyny dotyczące Wykonawcy mogą mieć skutek na wypowiedzenie Umowy przez Zamawiającego. Ze względu na zbyt ogólny zapis zwracamy się z prośbą o jego wykreślenie.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje zmian w tym zakresie.

22. W załączniku nr 7 Istotne postanowienia ust. 9 Zamawiający zastrzega, że płatność na podstawie wystawionej faktury może być pomniejszona o kwoty należnych Wykonawcy kar umownych określonych niniejszym załączniku.

Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo

i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy poprzez modyfikację zapisu i dodanie do treści: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje modyfikacji załącznika nr 7 Istotne postanowienia ust. 9 poprzez dodanie do treści: „po wezwaniu do wyjaśnień i ocenie ich zasadności. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w terminie 7 dni od daty wezwania”.

23. W związku ze znaczącą liczbą zadanych pytań, wielu wątpliwości zwracamy się z prośbą o wydłużenie terminu składania ofert na dzień 7.12.2016 r. Przesunięcie terminu pozwoli Wykonawcy na zapoznanie się z udzielonymi odpowiedziami Zamawiającego i prawidłowe przygotowanie oferty cenowej.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał modyfikacji treści ogłoszenia w tym zakresie w dniu 28.11.2016 r.

24. Wykonawca prosi o rozważenie wykreślenia, ewentualnie miarkowania kar umownych. Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia.

Zamawiający przewiduje karę umowną w wysokości 10% całkowitej wartości umowy za odstąpienie od umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy jak również w przypadku rażącego naruszenia warunków Umowy. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzeżenia na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z

zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych.[1] Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90) Zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych oraz wykonywania praw podmiotowych.
- wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 362/2007) zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają także przepisy o charakterze imperatywnym.
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. (sygn. akt V ACa 483/08), w którym stwierdzono, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.

Nakładanie kar umownych podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów, obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, co potwierdza orzecznictwo KIO:

- wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13 Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do kształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 3531 k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.
- wyrok z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13) zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w 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. (...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie, (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 Kodeksu cywilnego.
- wyrok KIO 2649/11 nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłyby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

^[1] Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12

Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.

- wyrok KIO/UZP 1387/10 niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Należy również podkreślić, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Takie stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt VCSK 385/2007), zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną

z zasadami współzycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane

z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współzycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem.

Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalnie ryzyko związane z naliczeniem kar umownych w kalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia. W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie zapisów dotyczących kar, ewentualnie miarkowanie wysokości przewidzianych kar umownych.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokona modyfikacji treści ogłoszenia w tym zakresie uznając, że wysokość naliczonych kar będzie adekwatna do konsekwencji finansowych wynikających z rozwiązania umowy przez wykonawcę jak również współmierna do szacowanej wartości zamówienia.