



Kraków, 2018-12-11

WOA/260-02/18-kurier 2019

WYJAŚNIENIA ZWIĄZANE Z TREŚCIĄ SIWZ

W odpowiedzi na skierowane do Okręgowej Komisji Egzaminacyjnej w Krakowie zapytania dot. treści specyfikacji w postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w którym przedmiotem zamówienia jest:

- *Świadczenie usług kurierskich na obszarze kraju, ze szczególnym uwzględnieniem obszaru województw lubelskiego, małopolskiego i podkarpackiego, które obejmuje swoją statutową działalnością Okręgowa Komisja Egzaminacyjna w Krakowie, polegających na odbiorze i dostawach przesyłek (w większości poufnych) pomiędzy OKE i szkołami oraz innymi instytucjami na terenie wyżej wymienionych województw w roku 2019,*

Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami (na podstawie art. 38.1 Ustawy Prawo zamówień publicznych):

Pytanie 1:

w § 4 ust. 9 projektu umowy Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do wypełniania listów przewozowych do wskazanych przesyłek.

Czy Zamawiający dopuszcza wypełnianie, przekazanych przez Wykonawcę listów przewozowych, we własnym zakresie, (tj. wszystkie listy przewozowe będzie wypełniał Zamawiający) ?

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie dopuszcza wypełniania wszystkich listów przewozowych we własnym zakresie.

Obowiązek wypełniania listów przewozowych sędowany na Wykonawcę dotyczy przesyłek dla wybranych przez Zamawiającego akcji wysyłkowych i wypełnianych na podstawie bazy danych otrzymanej od Zamawiającego – dotyczy to przesyłek w liczbie nie większej niż 10 % ogólnej liczby przesyłek nadawanych.

Pytanie 2:

W projekcie umowy w § 10 ust. 1 Zamawiający zawarł zapis dotyczący kary umownej.

Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kary umownej 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 kary (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 naczelných zasad prawa wynikających, zarówno z prawa zamówień publicznych (równości stron postępowania), jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego).

Konieczność zapłaty kary w wysokości przewidzianej w w/w punkcie Umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej 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 r.). 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 r.; 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.

Wskazać należy, że wyrażona w art. 353¹ k.c. 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 § 10 ust. 1 wzoru umowy kara umowna jest zdecydowanie nieadekwatna w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia.

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 kary umownej poprzez:

- wykreślenie lub dokonanie znacznego obniżenia wymiaru kary w § 10 ust. 1 co spowoduje zniesienie znamion kary wygórowanej.

Wyjaśnienie

Zamawiający uwzględni sugestie Wykonawcy, co do kary umownej z tytułu niedotrzymania zobowiązania do zatrudnienia określonej liczby osób wykonujących wskazane w SIWZ czynności na podstawie umowy o pracę, usuwając ust. 1 w § 10 we wzorze umowy wg załącznika nr 3 do SIWZ.

Zmodyfikowany załącznik nr 3 umieszczono na stronie internetowej Zamawiającego.

Konsekwencją dokonanej zmiany jest również zmiana opisu przedmiotu zamówienia w punkcie III.2.3. SIWZ, który otrzymuje brzmienie:

„ 2.3. 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 traktowane będzie jako niespełnienie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w punkcie III. 2 czynności, traktowane może być jako nienależyte wykonanie umowy skutkujące rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

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

Zmodyfikowaną w powyższym zakresie SIWZ umieszczono na stronie internetowej Zamawiającego.

Równocześnie informujemy, że:

1. W związku z postawionymi pytaniami, i udzielonymi wyjaśnieniami nie są spełnione przesłanki wynikające z art. 38 ust. 6 ustawy PZP do przedłużenia terminu na składanie ofert.
2. Wynikające z treści udzielonych wyjaśnień zmiany dokonane w dokumentacji przetargowej obowiązują każdego wykonawcę przystępującego do postępowania.
3. Zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia uwzględniono w „ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia” zamieszczonym w BZP.

Do wiadomości:

Uczestnicy postępowania.

Strona internetowa OKE w Krakowie.

Wydział Organizacyjno-Administracyjny
Specjalista
mgr inż. Stanisław Miśtał

(Podpis osoby uprawnionej)