

WAT. 272.3.2.2017

Dot. postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Wojewódzkiego Inspektoratu Transportu Drogowego w Katowicach - nr postępowania: WAT.272.3.2.2017

Szanowni Państwo,

zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), w odpowiedzi na zapytania jakie wpłynęły do zamawiającego w dniu 23 października 2017 r., uprzejmie informujemy:

Pytanie nr 1:

W odpowiedzi na pismo z dnia 23.10.2017, Wnioskodawca wnosi o ponowną weryfikację stanowiska Zamawiającego w przedmiocie wykreślenia ustępów w zakresie kar umownych określonych w Załączniku nr 7 do SIWZ Ogólny wzór umowy par. 8 ust. 1, ust 10 oraz ust 11.

Zamawiający wyraził stanowisko w powyższym przedmiocie, z którym wykonawca co do zasady się zgadza, jednakże wysokość kary umownej, jej ewentualna częstotliwość oraz brak możliwości weryfikacji zasadności jej nałożenia przez obciążeniem wykonawcy (zwłaszcza że przyczyna reakcji wykonawcy będzie m.in. spowodowana niewłaściwym działaniem zamawiającego) co powoduje w ocenie wykonawcy oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej z tego tytułu.

Pragniemy przypomnieć, że Wykonawca szeroko uzasadnił wniosek o zmianę kar umownych w treści wniosku o wyjaśnienie treści siwz pisma z dnia 20 października 2017r. Powołana tam argumentacja pozostaje aktualna także we wskazanym wyżej zakresie. W szczególności wskazania wymaga, iż 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. Przewidziane zatem w Załączniku nr 7 do SIWZ Ogólny wzór umowy § 8 ust. 1, ust 10 oraz ust 11, kary umowne są zdecydowanie nieadekwatna w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług oraz praw i obowiązków umownych dotyczących obu Stron.

Pytanie: 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 kar umownych poprzez wykreślenie kar umownych przewidzianych w Załączniku nr 7 do SIWZ Ogólny wzór umowy § 8 ust. 1, ust 10 oraz ust 11, oraz wprowadzenie mechanizmu konieczności wyjaśnienia przyczyn nienależytego wykonania umowy w danym zakresie przez nałożeniem kary?

Odpowiedź:

Zamawiający w załączniku nr 7 do swiz zmienia brzmienie w § 8:

1) ust.1 na:

„ 1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne w wysokości:

- 1) 5 % wartości umownej brutto, o której mowa w § 4 ust. 1 umowy - w przypadku, rozwiązania lub wypowiedzenia lub odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn zawinionych i leżących po stronie Wykonawcy,
- 2) 200 % wysokości opłaty za jeden odbiór przesyłek pocztowych - w przypadku nieodebrania z każdej lokalizacji wymienionej w tabeli A załącznika nr 1 do umowy przesyłek pocztowych przygotowanych przez Zamawiającego do nadania za każdy dzień nieodebrania przesyłek przygotowanych do nadania.

Zamawiający może nałożyć kary, o których mowa w ust. 1 dopiero po przeprowadzeniu przez Strony umowy postępowania wyjaśniającego oraz zgodnego przyjęcia ich uzasadnionego charakteru.”;

2) ust.10 na:

„10) Za niedopełnienie wymogu zatrudniania w sposób nieprzerwany pracowników świadczących czynności, o których mowa w § 3 ust. 4 umowy na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu Pracy, Zamawiającemu przysługuje od Wykonawcy kara umowna w wysokości 2 % wartości umownej brutto, o której mowa w § 4 ust. 1 umowy. Nałożenie kary pieniężnej zostanie poprzedzone przeprowadzeniem przez Strony postępowania wyjaśniającego oraz zgodnego przyjęcia ich uzasadnionego charakteru.”;

3) ust.11 na:

„11) Zamawiający jest uprawniony do potrącania kwot kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej oraz zgodnego przyjęcia ich uzasadnionego charakteru.”.

Śląski Wojewódzki
Inspektor Transportu Drogowego
Anna Sokół-Wska-Olesik