

Wasze pismo z dnia:

Znak:

Nasz znak:
DAiO.333.66.2017.DW

Data:
29.12.2017 r.

**Wykonawcy zainteresowani udziałem
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**

Zamawiający odpowiada na zapytania do treści zaproszenia do zadania pod nazwą „Nadawanie przekazów pieniężnych papierowych i elektronicznych na potrzeby Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Dąbrowie Górniczej ze świadczeniami z zakresu pomocy społecznej”, realizowanego na podstawie art. 4 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.).

Pytanie 1:

I. Zaproszenie do składania ofert, Oferta.:

Pytanie 1: Zamawiający określił formularz cenowy:

Nazwa usługi	Szacunkowa ilość sztuk przekazów/zwrotów	Cena jednostkowa brutto (w zł)	Wartość brutto (w zł)
Nadanie przekazu elektronicznego	4 200 szt.		
Nadanie przekazu papierowego	1 szt.		
Zwrot przekazu elektronicznego	40 szt.		
Zwrot przekazu papierowego	1 szt.		
RAZEM		 zł w tym stawka podatku VAT %

Wykonawca na dzień składania ofert nie ma możliwości wyceny usługi wg. wzoru formularza zaproponowanego przez Zamawiającego – stała cena jednostkowa bez względu na wartość nadawanego przekazu. W związku z powyższym Wykonawca wnioskuję o modyfikację formularza cenowego wg. propozycji Wykonawcy:

Nazwa usługi	Szacunkowa ilość nadawanych przekazów	Oplata stała brutto za nadanie jednego przekazu	Łączna szacunkowa wartość przekazów w okresie realizacji umowy	Procent pobierany od wartości przekazu do doręczenia (%)	Wartość brutto za doręczenie nadawanych przekazów (2x3) + (4x5)
1.	2.	3.	4.	5.	6.
Nadanie przekazu elektronicznego					
Nadanie przekazu papierowego					

Tabela II

Nazwa usługi	Szacunkowa ilość niedoręczonych przekazów	Oplata stała brutto za zwrot niedoręczonego przekazu	Wartość brutto za zwrot niedoręczonych przekazów (kol. 2 x kol. 4)
1.	2.	3.	4.
Zwrot niedoręczonego przekazu			

Odpowiedź 1:

Zamawiający nie dokonuje modyfikacji formularza. Wykonawca we wcześniejszych zapytaniach otrzymał od Zamawiającego informacje niezbędne do złożenia oferty. Również obecnie zamieszczony formularz oferty umożliwia w ocenie Zamawiającego, odpowiednie skalkulowanie ceny. Wykonawca wcześniej nie kwestionował powyższych okoliczności.

Pytanie 2:

II. Załącznik nr 2 do zaproszenia, Umowa, § 6, pkt 1:

Zamawiający określił, że:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca w wysokości 20% wartości wynagrodzenia brutto określonego w §3 niniejszej umowy.”

Pytanie 2: Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy m.in. w każdym przypadku stwierdzonego uchybienia przez Zamawiającego, nawet jeśli waga uchybienia nie będzie znaczna. Także więc w takim przypadku Zamawiający będzie miał prawo naliczenia kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia maksymalnego, co może prowadzić do rażącej niewspółmierności naliczonej kary.

Wykonawca wskazuje, iż konieczność zapłaty kary w wysokości przewidzianej w w/w punkcie umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem ewentualnego naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej z tego tytułu, co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę.

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 mógł skorzystać ze swojego uprawnienia w sytuacji zrealizowania przez wykonawcę znaczącej części przedmiotu zamówienia.

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 kwoty, której 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.

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 kodeksu cywilnego, art. 3531 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych.”. Zgodnie z cytowanym orzeczeniem, represyjny charakter kary umownej nie powinien dominować nad jej odszkodowawczą funkcją.

Wskazać należy, że wyrażona w art. 3531 kodeksu cywilnego 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.

W opinii Wykonawcy, wysokość kary przewidziana za wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które winę ponosi Wykonawca jest zdecydowanie nieadekwatna w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Przy tak znacznej ilości, nienależyte wykonanie jedynie kilku czynności (składowych danej usługi) pozbawiałoby Wykonawcę części należnego wynagrodzenia, co jest powodem, iż przedmiotowe zamówienie traci dla niego sens ekonomiczny.

Na [...] ciążą określone obowiązki ustawowe. [...] prowadzi proces kontroli i weryfikacji procesów handlowych, ze szczególnym uwzględnieniem aspektu ograniczenia ryzyka kontraktowego. Pragniemy zauważyć, że brak reakcji Zamawiającego na niniejszy wniosek, może stanowić przyczynę rozpatrzenia przez Wykonawcę możliwości nie złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się o analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych, poprzez oparcie odpowiedzialności Wykonawcy m.in. Na zasadach określonych w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo Pocztowe (Dz. U. Z dnia 29 grudnia 2012 r., poz. 1529) oraz wykreślenie zapisów § 6, pkt 1 projektu umowy.

Odpowiedź 2:

Zamawiający nie wykreśla ww. zapisu dotyczącego kar umownych. Jak słusznie zauważył Wykonawca art. 484 § 2 K.C. pozwala na miarkowanie kary umownej w przypadku gdy byłaby ona rażąco wygórowana. Zatem interes Wykonawcy w tym zakresie jest zabezpieczony przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Z góry nie sposób założyć jakich rozmiarów będzie ewentualna szkoda wynikająca z nienależytych działań Wykonawcy (co mamy nadzieję nie nastąpi).

Z tego też względu, mając na uwadze regulacje dotyczące dyscypliny finansów publicznych, zasadnym jest utrzymanie obecnych zapisów.

Z-ca DYREKTORA
Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej
w Dąbrowie Górniczej
mgr Marcin Dudek

KIEROWNIK
Działu Administracji i Obsługi
mgr Dorota Warchołowska - Kozielec

ADWOKAT
Andrzej Wołowicz