



Burmistrz Łomianek

05-092 Łomianki, ul. Warszawska 115
tel. 022 768 63 01, fax. 022 768 63 02

RZP.271.64.2017

Łomianki, dnia 21.12.2017 r.

Wykonawcy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie art. 138o Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) **RZP.271.64.2017 „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Urzędu Miejskiego w Łomiankach w 2018 roku”.**

Zamawiający działając zgodnie z art. 38 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz.1579 ze zm.) przekazuje treść zapytań do Ogłoszenia wraz z odpowiedziami bez ujawniania źródła zapytania.

Pytanie 1

Zamawiający w § 1 pkt. 2 Umowy napisał: „Nadanie przesyłek objętych przedmiotem zamówienia następować będzie w dniu ich przekazania przez Zamawiającego”. Wykonawca zwraca się z prośbą o uszczegółowienie zapisu poprzez dodanie treści: „W przypadku uzasadnionych zastrzeżeń w stosunku do już odebranych przesyłek (np. nieprawidłowe opakowanie, brak pełnego adresu, niezgodność wpisów w dokumentach nadawczych z wpisami na przesyłkach, brak znaków opłaty itp.) Wykonawca bez zbędnej zwłoki wyjaśnia je z Zamawiającym. Brak możliwości wyjaśnienia zastrzeżeń, o których mowa lub ich usunięcia w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego powoduje, iż nadanie przesyłek przez Wykonawcę nastąpi w dniu następnym lub ich całkowitym usunięciu przez Zamawiającego”.

Odp. Pytanie 1: Zamawiający nie wyraża zgody na uszczegółowienie zapisu Wzoru Umowy.

Pytanie 2

Umowa § 5 pkt.3

Wykonawca prosi o wykreślenie w Umowie § 5 pkt.3 „Ceny zaoferowane przez Wykonawcę nie ulegają zmianie przez cały okres obowiązywania umowy”.

Odp. Pytanie 2: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zapisu ze Wzoru Umowy.

Pytanie 3

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisów w Umowie w § 7 pkt. 3 na zapisy „Wypłata wynagrodzenia nastąpi w terminie 14 dni od daty wystawienia faktury VAT, przelewem na rachunek bankowy wskazany w fakturze przez Wykonawcę”.

Odp. Pytanie 3: Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów Wzoru Umowy.

Pytanie 4

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisów w Umowie w § 7 pkt. 4 na zapisy: „Za dzień zapłaty przyjmuje się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy”.

Odp. Pytanie 4: Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów Wzoru Umowy.

Pytanie 5

Umowa § 9, pkt a także 13, pkt 8.

Wykonawca prosi o usunięcie powyższych zapisów dotyczących 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. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania 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 ukształtowania 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*

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

by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia 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 prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. 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.

Odp. Pytanie 5: Zamawiający podtrzymuje zapisy Wzoru Umowy.

Pytanie 6

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisów w Umowie § 8 pkt. 1 „Wykonawca najpóźniej w dniu podpisania umowy) wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 1% całkowitego wynagrodzenia brutto.

Odp. Pytanie 6 Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów Wzoru Umowy.

Pytanie 7

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację zapisów w Umowie w § 14 pkt. 2 w sposób następujący: „W razie braku porozumienia spory będą podlegać rozstrzygnięciu przez Sąd Powszechny właściwy dla siedziby Wykonawcy”.

Odp. Pytanie 7: Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów Wzoru Umowy.

Pytanie 8

Czy Zamawiający przewiduje doprecyzowanie w Kalkulacji cenowej Formularza Cenowego - w pozycji II Przesyłki z zadeklarowaną wartością – krajowe w pozycji 1,2,3 doprecyzowanie wartości przesyłki oraz gabarytu. Powyższe jest niezbędne do prawidłowej kalkulacji cenowej przedmiotowego zamówienia.

Odp. Pytanie 8 Zamawiający nie doprecyzowuje Kalkulacji cenowej.

Niniejsze pismo należy traktować jako integralną część Ogłoszenia.

Z up. BURMISTRZA
Kierownik Referatu Zamówień Publicznych

Aneta Witkowska

Sprawę prowadzi:

Katarzyna Jaczyńska/ Aneta Witkowska Referat Zamówień Publicznych

Tel.: 22 7686209 Fax.: 22 7686229