

Katowice, dnia 15 stycznia 2021r.

KS/ZP/39/2020**Wykonawcy w postępowaniu na świadczenie usług w zakresie konwojowania i ochrony wartości pieniężnych****Dot. Postępowanie KS/ZP/39/2020.****WYJAŚNIENIA ZAMAWIAJĄCEGO**

Zamawiający, Koleje Śląskie Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach (40-074), ul. Raciborska 58, dokonuje następujących wyjaśnień treści Zapytania Ofertowego w postępowaniu na świadczenie usług w zakresie konwojowania i ochrony wartości pieniężnych sygnatura sprawy: KS/ZP/39/2020.

Poniższe odpowiedzi (wyjaśnienia treści Zapytania Ofertowego) należy traktować, jako integralną część Zapytania Ofertowego do postępowania o znaku KS/ZP/39/2020.

Zamawiający informuje, że wyjaśnienia treści Zapytania Ofertowego nie powodują zmiany terminu składania ofert.

Termin składania ofert upływa w dniu 19 stycznia 2021r. o godzinie 11:00.

Pytanie 1. Dot. pkt 14 Załącznika nr 2 KS/ZP/39/2020 do Zapytania Ofertowego:

Wykonawca wskazuje, iż konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej w pkt 14 ogłoszenia/wzoru umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę, a rozmiarem sankcji wymierzonej z tego tytułu. Celem unormowania instytucji kar umownych jest 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. 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. Ponadto wskazać należy, że wyrażona w art. 353¹ kc 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. Ponadto Wykonawca wskazuje, że poza wysokością ww. kary, która nosi rażąco wygórowany charakter, budzącym wątpliwości jest stwierdzenie – wynikające z ww. przepisów wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę do odstąpienia od umowy oraz przypadki naruszenia obowiązków (bez ich wskazania) w konsekwencji do nałożenia kar (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 w cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego), a także stojąc w sprzeczności z stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie. Zatem z uwagi na konieczność dostosowania postanowień wzoru umowy do realnych potrzeb w zakresie zabezpieczenia uzasadnionego interesu Zamawiającego oraz obowiązujących przepisów i wytycznych wynikających z orzecznictwa, wnosimy o wyjaśnienie:

1.1. czy w celu dostosowania kar umownych do poziomu pozwalającego na zniwelowanie ich charakteru kar rażąco wygórowanych, Zamawiający dopuszcza obniżenie kary umownej za odstąpienie najwyżej do poziomu 3% wynagrodzenia umownego oraz kary za nieterminową realizację obowiązków najwyżej do poziomu 1% miesięcznego wynagrodzenia?,

1.2. czy w celu umożliwienia należytego wykonania umowy Zamawiający dopuszcza zmianę postanowień pkt 14 ogłoszenia /wzoru umowy poprzez określenie zamkniętego katalogu przypadków nienależytego wykonania umowy, stanowiących podstawę do rozwiązania umowy oraz wskazania wykazu obowiązków wynikających z umowy oraz terminów ich realizacji, których przekroczenie będzie skutkowało nałożeniem kary umownej?,

1.3. czy zamawiający uzupełni pkt 14 przez dodanie kolejnego ustępu uwzględniającego po stronie Zamawiającego konieczność przeprowadzenia każdorazowo postępowania wyjaśniającego w zakresie stwierdzonego przypadku nienależytego wykonania umowy (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem danej kary umownej?.

Ad.1. Zamawiający wskazuje, iż częściowo wyraża zgodę na przedmiotową zmianę w zakresie pkt. 1.1 w związku z czym w miejsce pkt. 14 Istotnych Postanowień Umownych:

„14. Strony przewidują, iż wiążącą je formą odszkodowania będą kary umowne.

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

a) na wypadek odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn dotyczących Wykonawcy – w wysokości 10% wartości umowy brutto w całym okresie jej obowiązywania;

b) na wypadek opóźnienia w realizacji któregokolwiek z obowiązków umownych w wysokości 5%

miesięcznej wartości umowy brutto za każdy dzień opóźnienia.

Na wypadek, gdyby kary umowne nie pokrywały wartości szkody, Zamawiający uprawniony będzie do dochodzenia jej naprawienia na zasadach ogólnych.”

Wprowadza następującą treść:

„14. Strony przewidują, iż wiążącą je formą odszkodowania będą kary umowne.

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

a) na wypadek odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn dotyczących Wykonawcy – w wysokości 5% wartości umowy brutto w całym okresie jej obowiązywania;

b) na wypadek opóźnienia w realizacji któregokolwiek z obowiązków umownych w wysokości 1% miesięcznej wartości umowy brutto za każdy dzień opóźnienia.

Na wypadek, gdyby kary umowne nie pokrywały wartości szkody, Zamawiający uprawniony będzie do dochodzenia jej naprawienia na zasadach ogólnych.”

W zakresie pkt. 1.2. Zamawiający wskazuje, iż dopuszcza na etapie ustalania ostatecznej treści umowy wskazane uzupełnienie poprzez określenie zamkniętego katalogu przypadków nienależytego wykonania umowy, stanowiących podstawę do rozwiązania umowy oraz wskazania wykazu obowiązków wynikających z umowy oraz terminów ich realizacji, których przekroczenie będzie skutkowało nałożeniem kary umownej.

W zakresie pkt. 1.3 Zamawiający wskazuje, iż dopuszcza na etapie ustalania ostatecznej treści umowy uzupełnienie zapisów Zamawiającego o możliwość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie stwierdzonego przypadku nienależytego wykonania umowy (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem danej kary umownej.

W pozostałym zakresie zapisy Zapytania Ofertowego wraz z Załącznikami nie ulegają zmianie.