

Katowice 09.10.2017 r.

dotyczy postępowania: **Świadczenie usług pocztowych na przesyłki o masie do 2000 g w obrocie krajowym i zagranicznym dla Głównego Instytutu Górnictwa.**

Zamawiający informuje, że do w/w postępowania wpłynęło następujące pytanie:

W odpowiedzi na pismo z dnia 06.10.2017, Poczta Polska wnosi o ponowną weryfikację stanowiska Zamawiającego w przedmiocie wykreślenia ustępu w zakresie kary umownej określonej w ust 27 załącznika nr 7 do SIWZ.

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 wymierzonej z tego tytułu.

Pragniemy przypomnieć, że Wykonawca szeroko uzasadnił wnioski o zmianę kary umownej w treści wniosku o wyjaśnienie treści siwz w pkt III pisma z dnia 4 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.

Przewidziana zatem w ust 27 załącznika nr 7 do SIWZ, kara umowna jest 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 kary umownej przewidzianej w ust 27 załącznika nr 7 do SIWZ, oraz wprowadzenie mechanizmu konieczności wyjaśnienia przyczyn nienależytego wykonania umowy w danym zakresie przez nałożeniem kary?

Z uwagi na powyższe, oraz uwzględniając, iż na Poczcie Polskiej S.A. jako operatorze wyznaczonym ciężą określone obowiązki ustawowe, Poczta Polska S.A. prowadzi proces kontroli i weryfikacji procesów handlowych, ze szczególnym uwzględnieniem aspektu ograniczania ryzyka kontraktowego, pragniemy zauważyć, że brak reakcji Zamawiającego na niniejszy wniosek, może stanowić przyczynę rozpatrzenia przez Wykonawcę możliwości nie złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia ust. 27 załącznika nr 7 do SIWZ na następujący:

W przypadku nie wykonania usługi Poczty Firmowej w danym dniu Zamawiający przysługuje kara umowna zgodna z regulaminem Wykonawcy.

W związku z wprowadzonymi zmianami Zamawiający przesuwa termin składania i otwarcia ofert na 12.10.2017 r.

Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Przewodniczący Komisji Przetargowej  
Głównego Instytutu Górnictwa  
na roboty budowlane, prace konserwacyjne i usługi

inż. Bogdan Chrzost

