

Załącznik nr 1 do odpowiedzi z dn. 18.11.2015 r.

Treść pytań Wykonawcy z dn. 16.11.2015 r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Kwalifikowaną ochronę fizyczną osób i mienia Muzeum Śląskiego w Katowicach i konwojowanie” nr sprawy MŚ-ZP-EG-333-55/15

1. Prosimy o doprecyzowanie zapisów SIWZ zawartych w pkt.28 Części II Podstawa prawna świadczenia usługi część B, mówiącym o „wykonaniu na terenie kraju w ramach umowy (w ciągu roku jej obowiązywania) 3 (trzech) konwojów transportów eksponatów o wartości muzealnej do kwoty nie przekraczającej 15 (piętnastu) jednostek obliczeniowych, o których mowa w punkcie 27”- Wnosimy o doprecyzowanie czas trwania konwoju w odniesieniu do ilości roboczogodzin, odległość konwojowania, oraz o podanie informacji czy Zamawiający przewiduje podczas odległego konwojowania postój niezbędny na odpoczynek? Proszę o doprecyzowanie, kto ponosi koszty noclegów?
2. Czy Zamawiający posiada własny pojazd którym będą realizowane transporty zbiorów?
3. Czy Zamawiający dopuszcza aby w zakresie podjazdów Grup Interwencyjnych Wykonawca korzystał z usług podwykonawcy spełniając wymagania stawiane przez Zamawiającego w zakresie czasu dojazdu?
4. Wnosimy o zmianę wysokości kar umownych, określonych w § 10 wzorca umowy. Kary zostały określone niewspółmiernie do przewinień, ponieważ z zapisów wynika, że za każde – nawet drobne uchybienie np. pkt 1 – kara umowna za nieuzasadnione użycie GI, czyli za sytuację absolutnie nie związaną z jakimkolwiek zagrożeniem dóbr chronionych, pkt 2 – kara umowna za każdy dzień opóźnienia niezależnie od okoliczności a nie za zwłokę w zamontowaniu i uruchomieniu systemu, pkt 3 – kara umowna liczoną od całkowitej ceny ofertowej w przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; pkt 5 – kara umowna za opóźnienie w sytuacji, kiedy przygotowanie dokumentów jest zależne od współdziałania zamawiającego, pkt 6 – wysoka kara umowna za każdy przypadek dowolnego

naruszenia, pkt 10 – kara umowna niezależna od przyczyn niedotrzymania czasu dojazdu, pkt 11 – kara umowna za niesprawność systemu, niezależnie od przyczyn niesprawności, pkt 12 – kara umowna za każde uchybienie - potraktowane będzie przez zamawiającego jako nienależyte wykonanie umowy za co będzie Zamawiający nakładał karę.

Tak drastyczne kary umowne stoją w istotnej sprzeczności z zasadami równości stron oraz miarkowania kar, o których mowa w ustawie Kodeks cywilny. Tak określone kary są rażąco wygórowane i absolutnie niewspółmierne do wagi przewinień, co potwierdza istniejące w przedmiotowym zakresie orzecznictwo.

Tak jednostronnie korzystne zapisy w zakresie kar umownych, nakładanych w okolicznościach określonych przez Zamawiającego, mogą w konsekwencji spowodować doprowadzenie Wykonawcy do rażącej straty, a nawet upadłości lub utraty płynności finansowej. Warto zauważyć, że art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego stanowi, że dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Żądając zapłaty kary umownej, Zamawiający (wierzyciel) nie musi wykazywać powstania szkody ani jej wysokości, których dowodzenie w praktyce jest często trudne – jego sytuacja jest zatem uprzywilejowana, bowiem Wykonawca nie ma żadnej swobody w kształtowaniu treści umowy o zamówienie publiczne – jak to bywa w przypadku innych umów cywilnoprawnych. Oznacza to, że Wykonawca zawiera umowę o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy alternatywami są pozyskanie zamówienia, bądź jego brak. Ostatnie orzeczenia sądów wskazują na możliwość, a nawet konieczność miarkowania kar umownych (np. wyrok z 18 marca 2013 roku, w którym Sąd Apelacyjny w Białymstoku – I Wydział Cywilny (sygn. akt I ACa 872/12) uznał, że „przepis art. 484 § 2 KC ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego, co oznacza, że strony nie mogą w umowie wyłączyć możliwości miarkowania kary umownej, a wszelkie postanowienia w tym przedmiocie uznać należy za bezwzględnie nieważne”).

Łączna wysokość możliwych do naliczenia kar umownych nie powinna przekraczać zysku Wykonawcy (wartości marży kontraktowej). Postulowany poziom to 10% wartości umowy, gdyż spodziewana marża w kontraktach publicznych na usługi ochrony nie przekracza z reguły 10%. Należy przy tym pamiętać, że Wykonawca płacący kary umowne, musi w dalszym ciągu posiadać środki na wynagrodzenia i wyposażenie pracowników, które stanowią główny koszt usługi. Przyjęcie większych, niż sugerowane wartości, może skutkować nieuzasadnionym wzbogaceniem się Zamawiającego. Zamawiający, przy znaczących szkodach, poniesionych w wyniku zaniedbań Wykonawcy, a przewyższających wysokość kar umownych, ma możliwość dochodzenia odpowiedniej rekompensaty na drodze sądowej.

W przypadku opisanych przez Zamawiającego kar umownych zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/035). Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Wykonawca rozumie, że ustalona kara umowna ma stanowić rodzaj sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz ma pełnić funkcję stymulującą wykonanie zobowiązania i kompensacyjną, polegającą na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, powinna ona jednakże uwzględniać wagę naruszonych postanowień kontraktowych (obowiązki główne, obowiązki uboczne) oraz zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych (zwłaszcza w razie powiązania kary umownej z obowiązkiem zaniechania określonych działań przez dłużnika), nie zaś nadmiernie represjonować Wykonawcę, prowadząc tym samym do bezpodstawnego uzyskiwania dodatkowych korzyści przez Zamawiającego.

W wyroku z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 99/13, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zwrócił uwagę, że „Rozważając zasadność żądania miarkowania kary umownej należy mieć na uwadze, że art. 484 § 2 k.c. statuuje wyjątek od zasady pacta sunt servanda i od regulacji określonej w przepisach art. 3531 k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Nie może być więc interpretowany rozszerzająco. Ustawodawca nie wskazał stanów faktycznych uzasadniających miarkowanie kary umownej, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Jak wynika z orzecznictwa norma ta może znaleźć zastosowanie zawsze wówczas, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty. Ponadto, Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że „Najbardziej ogólnym wyznacznikiem jest stosunek pomiędzy wysokością kary a wartością całego zobowiązania głównego, odniesienie do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie jej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Z kolei w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, LEX nr 1498922, Sąd Apelacyjny w Katowicach orzekł, że „... brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastyczenie stosowania konstrukcji miarkowania.

Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Z uwagi na powyższe wnosimy o redukcję wysokości zastrzeżonych kar umownych oraz dostosowanie katalogu przesłanek natychmiastowego rozwiązania umowy do faktycznej wagi przewinień Wykonawcy, a w szczególności wielkości powstałej wskutek tego przewinienia szkody.

Prosimy o ustosunkowanie się do powyższych informacji najpóźniej do dnia 17 listopada 2015 do godz. 10,00 , w przeciwnym bowiem wypadku, Wykonawca skorzysta z możliwości wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.