

Oznaczenie sprawy: ZP/2/GDB/2018

## WYJAŚNIENIA TREŚCI REGULAMINU

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w na podstawie art. 138 o ustawy Prawo zamówień publicznych na świadczenie usług pocztowe.

Zamawiający Biuro Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, działając na podstawie pkt 3.8 ppkt 1 w zw. z pkt 3.5 Regulaminu o udzielenie niniejszego zamówienia (dalej jako *Regulamin*) informuje, że do Zamawiającego wpłynęły pytania. Poniżej Zamawiający przekazuje treść pytań wraz z wyjaśnieniami:

### Pytanie nr 1:

Zamawiający w § 8 ust. 2 oraz § 8 ust. 3 pkt 5 *Wzoru umowy* ustanawia kary umowne. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelną zasadę zamówień publicznych.

Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej przez Zamawiającego jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej z tego tytułu. 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 korzystał ze swojego uprawnienia w sytuacji zrealizowania przez wykonawcę znaczącej części przedmiotu zamówienia w danym okresie rozliczeniowym, czy wręcz w okresie trwania umowy. Zasadność takiego stanowiska znowu znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 lutego 2014 roku (Sygn. akt : I ACa 710/13) "możliwość miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika; jeżeli zaś strony w umowie różnicowały karę umowną w zależności od stopnia niewykonania zobowiązania lub rodzaju i wagi konkretnego uchybienia, to dłużnik nie może powoływać się na wykonanie zobowiązania w znacznej części jako na przesłankę miarkowania. Będzie tak wówczas gdy kara umowna ustalona jest w postaci stawki dziennej lub tygodniowej. Z kolei przy przesłance rażąco wygórowanej kary umownej należy się kierować stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych – a nie relacją kary do świadczenia głównego, do interesu wierzyciela oraz do szkody". 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 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. Co więcej, ustalanie wysokości kary umownej powyżej pułapu, którego wysokość byłaby uzasadniona wagą naruszenia obowiązków Wykonawcy jest bezprzedmiotowe, gdyż nie spowoduje już dodatkowej motywacji u Wykonawcy. Kwestię motywacji jako jednego z czynników branych pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy kara umowna ma wygórowaną wysokość, poruszyła także Krajowa Izba Odwoławcza: „o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się” (orzeczenie KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 roku). Kara umowna ustalona na zbyt wysokim poziomie przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywującą dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy. 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. 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. Przewidziane kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne 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 znacznej części należnego wynagrodzenia, co jest powodem, iż przedmiotowe zamówienie traci dla niego sens ekonomiczny i uniemożliwia mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

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:

**(1) Modyfikację zapisu § 8 ust. 2 Wzoru umowy:**

**1) wykreślenie pkt. 1.**

Przesyłka nierejestrowana doręczana jest bez pokwitowania odbioru, co uniemożliwia Wykonawcy weryfikację skutecznego doręczenia. Tym samym Wykonawca nie ma również możliwości weryfikacji ewentualnych zarzutów dotyczących utraty, ubytku czy też uszkodzenia przesyłki powstałych z winy Wykonawcy. Dodatkowo istotnym aspektem jest także fakt, iż ustawodawca nie przewidział odszkodowania z tytułu utraty, ubytku lub uszkodzenia przesyłki nierejestrowanej. Mając na uwadze przytoczoną argumentację wnioskujemy o wykreślenie § 8 ust. 2 pkt. 1 Wzoru umowy.

**2) wykreślenie pkt. 3.**

Przesyłka polecona niezależnie czy zostaje nadana ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru czy bez niego nadal pozostaje przesyłką rejestrowaną w świetle ustawy Prawo pocztowe, a kara umowna dla przesyłek poleconych została określona już w § 8 ust. 2 pkt. 2 *Wzoru umowy*. Obecny zapis daje możliwość Zamawiającemu duplikowania kar umownych. Wobec powyższego wnioskujemy o wykreślenie § 8 ust. 2 pkt. 3 *Wzoru umowy*.

3) **wykreślenie pkt. 4.**

Wykonawca informuje, iż zwrot potwierdzonego dokumentu potwierdzającego doręczenie przesyłki odbywa się analogicznie jak dla przesyłek nierejestrowanych, tj. potwierdzenie odbioru zostaje doręczone bez pokwitowania odbioru. Tym samym Wykonawca nie ma możliwości zweryfikowania faktycznej daty wpływu pokwitowanego druku ZPO do Zamawiającego, przez co ewentualne nałożenie kary umownej na Wykonawcę staje się jednostronne i sprzeczne z powszechnie obowiązującym prawem. Uwzględniając powyższe wnioskujemy o wykreślenie § 8 ust. 2 pkt. 4 *Wzoru umowy*.

4) modyfikację pkt. 5.

**Proponujemy zapis § 8 ust. 2 pkt. 5 *Wzoru umowy*:**

W przypadku braku zapewnienia placówki, o której mowa w § 2 ust. 6 – w wysokości 500 zł (dwóch tysięcy pięciuset złotych) za każdy stwierdzony przypadek. Prawo do naliczania kary umownej,

o której mowa w zdaniu pierwszym i w określonej tam wysokości, Zamawiający uprawniony jest realizować cyklicznie w każdym z rozpoczętych okresów rozliczeniowych, o których mowa w § 6 ust. 2,

5) modyfikację pkt. 6.

Proponowana przez Zamawiającego kara umowna jest wygórowana w stosunku do miesięcznej opłaty za realizację usługi odbioru korespondencji. Wnioskujemy o obniżenie kary umownej z tytułu braku odbioru przesyłek od Zamawiającego.

**Proponujemy zapis § 8 ust. 2 pkt. 6 *Wzoru umowy*:**

W przypadku braku odbioru przesyłek od Zamawiającego, o którym mowa w § 2 ust. 1 – w wysokości 50 (pięćdziesięciu) zł za każdy stwierdzony przypadek,

6) **wykreślenie pkt. 7.**

Wykonawca zwraca uwagę, iż przystępując do postępowania akceptuje jego warunki i dostosowuje kursy logistyczne w taki sposób, aby postanowienia umowy realizowane były zgodnie z warunkami przetargu. Ewentualne opóźnienia w odbiorze przesyłek mogą powstać nie ze złej woli Wykonawcy a z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, takich jak wzmożony ruch uliczny. Biorąc powyższe pod uwagę wnioskujemy o wykreślenie § 8 ust. 2 pkt. 7 *Wzoru umowy*.

7) modyfikacja pkt. 10.

Proponowane w § 8 ust. 2 pkt. 10 *Wzoru umowy* kary umowne są zdecydowanie nieadekwatne do ewentualnych przewinień Wykonawcy w tym zakresie. W ocenie Wykonawcy opóźnienie w przekazaniu oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 15 *Wzoru umowy* w żaden sposób nie narusza należytego świadczenia usług pocztowych na rzecz Zamawiającego, a niniejsze postępowanie dotyczy właśnie świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym.

**Wobec powyższego proponujemy zapis § 8 ust. 2 pkt. 10 *Wzoru umowy*:**

W przypadku stwierdzenia naruszenia postanowień § 2 ust. 15 – w wysokości 20 (dwudziestu) zł za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu oświadczenia Wykonawcy, o którym mowa w § 2 ust. 15, a jeżeli opóźnienie przekroczy 5 (pięć) dni w wysokości 200 (dwustu) zł za każdy okres rozliczeniowy, w którym stwierdzono naruszenie,

8) **w celu doprecyzowania, wracamy się z prośbą o potwierdzenie, iż kara umowna wskazana w § 8 ust. 2 pkt. 11 *Wzoru umowy* zostanie naliczona w przypadku nie nadania przesyłek do końca dnia, w którym zostały one odebrane z siedziby Zamawiającego.**

**(2) Modyfikację zapisu § 8 ust. 5 *Wzoru umowy*:**

Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 1% wartości brutto Umowy określonej w § 5 ust. 1, w przypadku wypowiedzenia Umowy lub odstąpienia od Umowy przez Stronę Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub w przypadku określonym w ust. 4.

#### Odpowiedź:

##### W zakresie pkt (1) pkt 1-7 i (pkt (2):

Odnosząc się do rzekomo rażąco wygórowanych kar umownych w każdym przypadku należy stwierdzić, że zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na fakt poniesienia szkody. Sąd Najwyższy ustanowił zatem zasadę prawną, która usankcjonowała istnienie nie tylko kompensacyjnej funkcji kary umownej, ale również jej funkcję dyscyplinującą dłużnika, przymuszającą go do należytego wykonania zobowiązania i represjonującą naruszenia. Wystarczy zatem samo naruszenie obowiązku, którego wykonanie zostało zabezpieczone karą. Każdy przypadek kary należy rozpatrywać indywidualnie. Nie ma kar rażąco wygórowanych *a priori*. Taka cecha kary nie istnieje obiektywnie i abstrakcyjnie, ale wynika z porównania wysokości kary „do czegoś”, do jakiegoś probieża oceny. Kara powstaje dopiero z chwilą powstania naruszenia i zażądania jej zapłaty przez podmiot uprawniony. Jeżeli kara po jej powstaniu okazałaby się wygórowana, ustawodawca przewidział sądową instytucję miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.). Analogiczny mechanizm motywowania wykonawcy do usunięcia naruszenia (Zamawiającemu zależy bowiem przede wszystkim na uzyskaniu należycie wykonanej usługi) jest powszechnie stosowany w obrocie prawnym. Co więcej ustawodawca wprowadza nawet tzw. kary ustawowe, np. w postaci odszkodowania za nieuzasadnione rozwiązanie umowy o pracę za wypowiedzeniem (art. 47 k.p.) za niezgodne z prawem rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia (art. 58 k.p.), lub w razie ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków pracowniczych przez pracodawcę (art. 55 k.p.), których wysokość jest także niezależna od wysokości poniesionej szkody, ale funkcja w obrocie prawnym jest analogiczna. Tym samym należy dojść do wniosku, iż zarzut zawarty w pytaniu ma charakter oceny biznesowej, nie zaś zarzutu naruszenia prawa lub zasad współżycia społecznego poprzez przyjęte w § 8 ust. 2 wzoru umowy regulacje, które są zarówno zgodne z prawem jak również z zasadami współżycia społecznego. Ponownie należy podkreślić, iż z punktu widzenia Zamawiającego priorytetem, celem udzielenia zamówienia jest otrzymanie usług o wymaganej jakości i parametrach, a nie ściąganie kar umownych od wykonawcy zamówienia. W tym właśnie ujawnia się istotna i w pełni dopuszczalna prawnie funkcja zastrzeżonych we wzorze umowy kar – funkcja przymuszająca kontrahenta do prawidłowego wykonywania umownych obowiązków. Kara umowna wtedy spełnia swoją funkcję w sposób należyty, jeżeli wykonawca nie dokonuje kalkulacji, co mu się bardziej „opłaca”, tj. zapłacić karę, czy należyście wykonać zobowiązanie.

Warto również zaznaczyć, że Wykonawca w pytaniu poświęca dużo uwagi instytucji kary umownej, która może się zaktualizować wyłącznie, jeżeli nienależyście wykona lub nie wykona swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego. *A contrario*, do aktualizacji kary nie dojdzie nigdy, jeżeli Wykonawca zamówienia będzie wykonywał świadczenie w sposób należyty – i na tym najbardziej zależy Zamawiającemu. Najlepszym zatem sposobem na uniknięcie obowiązku zapłaty kary jest „po prostu” należyte wykonanie zobowiązania, co jest w pełni zależne od Wykonawcy, bowiem jak wiadomo obowiązek zapłaty kary nie powstanie w przypadku braku świadczenia lub nienależytego świadczenia spowodowanego działaniem siły wyższej.

Nie zależnie od faktu, iż z wyżej opisanych przyczyn Zamawiający odmawia zasadności zarzutów zawartych w pytaniu, ważąc ryzyka i korzyści jakich Zamawiający może oczekiwać obniżając kary umowne (potencjalnie niższe stawki wynagrodzenia), Zamawiający dokonuje stosownych zmian we Wzorze umowy (Załącznik nr 1 do Regulaminu).

##### W zakresie pkt (1) pkt 8:

Zamawiający doprecyzowuje, iż kara umowna wskazana w § 8 ust. 2 pkt. 11 Wzoru umowy zostanie naliczona, w wypadku niewypełnienia zapisów § 2 pkt 1 Wzoru umowy. Przesyłki przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego należy nadać w dniu ich przekazania, z zastrzeżeniem, że w przypadku przesyłek priorytetowych przekazanych przez Zamawiającego do godziny 14:30, ich nadanie następować będzie w dniu przekazania do godziny 15:00.

**W zakresie pkt (2):**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną modyfikację zapisu § 8 ust. 5 Wzoru umowy.

**Pytanie nr 2:**

Zamawiający w § 1 ust. 3 *Wzoru umowy* określa, iż realizacja usług nastąpi zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem, w szczególności zgodnie z ustawą Prawo pocztowe, a Wykonawca jest operatorem pocztowym w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1529), tj. przedsiębiorcą uprawnionym do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych. W momencie przekazania Wykonawcy danych osobowych w celu świadczenia usługi, staje się on administratorem tych danych i jest zobowiązany do prawidłowego zabezpieczenia przekazanych danych. W świetle przytoczonych regulacji prawnych dodatkowe zapisy w umowie są zbędne. Wobec powyższego wnioskujemy o wykreślenie § 9 z Wzoru umowy.

**Odpowiedź:**

Paragraf 9 wzoru umowy (Załącznik nr 1 do Regulaminu) pozostaje bez zmian.

DYREKTOR BIURA  
Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji  
  
Maciej Myśka