

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

W związku z prowadzonym postępowaniem na zapewnienie całodobowej fizycznej ochrony osób i mienia na terenie nieruchomości przy ul. Nowoursynowskiej 84 w Warszawie oraz przy ul. Piotrkowskiej 258-264 w Łodzi (ID 714060) oraz otrzymanymi zapytaniami dotyczącymi Specyfikacji Warunków Zamówienia o treści:

1. Szanowni Państwo, Jest błąd chyba w SWZ 1. Otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 29.07.2021 r. godz. 18:00
2. Mając na uwadze treść wzoru umowy wnoszę o zmianę o 50% wysokości kar umownych. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 ustawy PZP z dnia 11.09.2019 roku (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, iż „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.
3. Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza - w przypadku wykonawców wspólnie realizujących usługę (konsorcjum) - aby każdy członek konsorcjum mógł wystawić odrębną fakturę za wykonanie swojej części przedmiotu umowy, zgodnie z określonym w umowie konsorcjum podziałem czynności.
4. Uprzejmie proszę o informację, czy Zamawiający akceptuje wystawienie przez wykonawcę ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych, dotyczących wykonania umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz przesłanie tychże dokumentów za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/> ? Podkreślam przy tym, że pytanie nie dotyczy zgody na wystawianie

ustrukturyzowanych faktur elektronicznych, gdyż takowe Zamawiający jest zobowiązany odbierać od wykonawcy na podstawie art. 4.1 ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych... (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1666), lecz zgody na wystawianie ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych. Fakturowanie oraz wystawienie innych dokumentów w ustrukturyzowanej formie elektronicznej jest zgodne z przepisami podatkowymi, wynikającymi z ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) oraz jest powszechnie stosowane pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcami. Taki sposób przekazywania dokumentów ułatwia wzajemną komunikację oraz eliminuje szereg błędów, występujących w procesie tradycyjnego fakturowania. Jest on też rekomendowany, jako docelowy sposób obiegu dokumentów księgowych przez Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii (<https://www.gov.pl/web/rozwoj-praca-technologie/e-fakturowanie-w-zamowieniach-publicznych>). Ponadto, w dobie epidemii COVID-19, taki sposób przekazywania dokumentów rozliczeniowych jest jedną ze skutecznych metod w powstrzymaniu rozprzestrzeniania się wirusa oraz gwarantuje utrzymanie ciągłości procesów księgowych i podatkowych. Jednocześnie proszę o podanie konta Zamawiającego znajdującego się na Platformie Elektronicznego Fakturowania, umożliwiającego przesłanie ustrukturyzowanych dokumentów.

5. Zgodnie z art. 436 pkt 3 Pzp, Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. W Projekcie Umowy, który przewiduje nakładanie kar umownych, brak jest wskazania limitu wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający. Celem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych było wyeliminowanie zapisów prowadzących do stosowania kar rażąco wygórowanych. Zachwiana zostaje wtedy relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej w wykonaniu przedmiotu umowy, z jak i wtedy, gdy zachwiany zostaje stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. W konsekwencji powyższego, konieczne jest określenie górnego pułapu kar, jakich zapłaty od wykonawcy może się domagać Zamawiający. Wykonawca wnosi o dodanie do projektu umowy postanowienia o treści: „łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych projektu umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto umowy. Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego Zamawiającego uprawniony będzie do nałożenia kary umownej.

Zamawiający - Fundacja Centrum Europejskie Natolin wyjaśnia co następuje:

- ad. 1. Punkt XIX ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia otrzymuje brzmienie: „Otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 24 stycznia 2023 r. godz. 12:00.”

ad. 2. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści Projektowanych Postanowień Umowy w zakresie wysokości poszczególnych kar umownych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił enumeratywny katalog wyłącznie najbardziej istotnych dla Zamawiającego przypadków nienależytego wykonania (lub niewykonania) zamówienia, za które Zamawiający może naliczyć wykonawcy kary umowne, i których wysokość jest różna w różnych przypadkach będąc precyzyjnie dostosowana do rodzaju (charakteru) naruszenia i jego istotności dla Zamawiającego.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 680/14 (baza orzeczeń LEX nr 1661150) wskazał, iż kara umowna stanowi dodatkowe zastrzeżenie umowne i jako taka ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy. Służy więc **zagwarantowaniu realnego wykonania zobowiązania**, a także zdyscyplinowaniu stron.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 27 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 99/13 (baza orzeczeń LEX nr 1313465), wskazał, iż ważnym zadaniem kary umownej jest **zabezpieczenie wykonania zobowiązania**, a tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela. Taki jest podstawowy cel zastrzeżenia kary umownej na wypadek niedopełnienia obowiązków przez dłużnika.

Ukształtowanie warunków kontraktowych wymaga określenia przez Zamawiającego sposobu w jaki Zamawiający będzie egzekwował ich dotrzymanie przez wykonawcę. Dopuszczenie do podpisania umowy z wykonawcą, który nie daje rękojmi wykonania przedmiotu umowy zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz treścią swojej oferty w części, na podstawie której doszło do jego wyboru, byłoby bowiem złamaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Nie przypadkowo bowiem ustawodawca łączy zasadę równego traktowania wykonawców właśnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Oznacza ona bowiem *de facto* możliwość uzyskania zamówienia przez odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy mogą złożyć konkurencyjną ofertę, czyli taką ofertę, która uzyska największą liczbę punktów w ramach ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert zawierając przy tym **prawdziwe co do treści** oświadczenia wykonawcy dotyczące jego zobowiązań kontraktowych. *A contrario* zasada uczciwej konkurencji zabrania dopuszczenia do udziału w postępowaniu i konkurowania ze sobą wykonawców znajdujących się w różnej sytuacji - czyli w szczególności wykonawców wiarygodnych i niewiarygodnych.

Utrzymywanie jakości i wiarygodności związane jest w szczególności z koniecznością ponoszenia określonych kosztów temu towarzyszących, których nie mają wykonawcy nie mogący zapewnić jakości na tym samym poziomie, w tym np. co do jakości świadczonych przez siebie usług. Innymi słowy zmuszenie wykonawców wiarygodnych do konkurencji - w tym również cenowej z wykonawcami niewiarygodnymi, ale przez to tańszymi stanowi przykład złego określenia przez

Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz warunków kontraktowych. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zarówno zasady równego traktowania wykonawców, jak i obowiązku ochrony przez Zamawiającego uczciwej konkurencji.

Reasumując, stosowanie zasady ochrony uczciwej konkurencji polega w praktyce na tym aby odpowiednio wykwalifikowany wykonawca mógł wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i mógł przygotować ofertę, która będzie konkurować wyłącznie z ofertami złożonymi przez innych rzetelnych i odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców [D. Koba, Wybór wykonawcy z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, Fundacja Fundusz Współpracy, Warszawa 2010, s. 14]. Możliwość taką warunkuje spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego dotyczących udziału w postępowaniu oraz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania - wymagań, których dotrzymanie będzie następnie egzekwowane przez Zamawiającego. Dlatego wykonawcy mają wiedzę o tych wymaganiach, a także o wszystkich warunkach kontraktowych. W ten sposób Zamawiający komunikuje wykonawcom jakie są jego wymagania odnoszące się zarówno do przyszłego wykonawcy zamówienia, jaki do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Celem wykonawców jest spełnienie tych wymagań Zamawiającego. Konkurencja biorących udział w postępowaniu wykonawców nie może jednak w tym zakresie dotyczyć sytuacji, w której wykonawca *a priori* zakłada, iż nie dotrzyma on określonego warunku kontraktowego, a pomimo to oferuje jego spełnienie, z góry kalkulując przy tym w swej ofercie możliwość zapłaty kary umownej za jego niedotrzymanie. To właśnie taki czyn jest jednym z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji i temu również mają przeciwdziałać kary umowne za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia. Jak bowiem zauważył choćby Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 maja 2009 roku, XII Ga 143/09 (niepubl.) „Przepisy Ustawy nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku”. Zasady uczciwej konkurencji nie należy więc stosować w praktyce jako zasady prowadzącej do „równania w dół”, tak aby każdy wykonawca potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu mógł złożyć w nim ważną ofertę. Zasada ta ma na celu zapewnienie uzyskania ofert od jak największej liczby wykonawców, ale powinni to być **wyłącznie wykonawcy wiarygodni, czyli dający rękojmię wykonania zamówienia zgodnie z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego.**

In fine, przepisy regulujące konstrukcję kary umownej stanowią, że w wypadku zastrzeżenia jej w umowie, naprawienie szkody powstałej wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, zostanie naprawiona przez zapłatę określonej sumy pieniężnej (art. 483 § 1 Kc). W przywołanym już wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 680/14, sąd ten wskazał, że kara umowna jest tzw. „surogatem odszkodowania” za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zastępuje to odszkodowanie, zaś określenie „surogat odszkodowania” należy wg. sądu rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry karę umowną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, zaś kara umowna kompensuje negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wskazuje się przy tym, że kara umowna jest przewidziana za powstanie tzw. szkody ogólnej, innej niż zindywidualizowana szkoda majątkowa wierzyciela.

Dlatego wysokość kar umownych Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu zarówno mając na uwadze szacowaną wysokość szkody jaką może ponieść Zamawiający w razie nienależytego wykonania (lub niewykonania) zamówienia oraz charakter kary umownej traktowanej jako „surogat odszkodowania”, jak i z uwzględnieniem, iż jako dodatkowe zastrzeżenie umowne mają one służyć zdyscyplinowaniu dłużnika do wykonania zobowiązania.

ad. 3. W przypadku wykonawców realizujących wspólnie przedmiot zamówienia na podstawie umowy konsorcjum Zamawiający oczekuje jednej faktury niezależnie od liczby członków konsorcjum.

ad. 4. Zamawiający nie akceptuje wystawiania przez wykonawcę ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych dotyczących wykonania przedmiotu umowy poza ustrukturyzowanymi fakturami elektronicznymi.

ad. 5. W Projektowanych Postanowieniach Umowy, które stanowią Załącznik Nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w § 7 dodaje się ust. 12 w brzmieniu: „12. Maksymalna łączna wysokość kar umownych jakie mogą zostać naliczone Wykonawcy przez Zamawiającego w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę wynosi równowartość dwumiesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy netto wyliczonego przy założeniu świadczenia usług przez czterech pracowników ochrony w zakresie dotyczącym Części I zamówienia oraz dwóch pracowników ochrony w zakresie dotyczącym Części II zamówienia. W przypadku gdy wartość szkody poniesionej przez Zamawiającego przewyższa wysokość kary umownej, a także w przypadku gdy szkoda powstała z przyczyn, dla których nie zastrzeżono kary umownej, Zamawiający jest uprawniony do żądania odszkodowania do pełnej wartości poniesionej szkody na zasadach ogólnych, wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego. W takich przypadkach Zamawiający może żądać odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej niezależnie od tego, czy zrealizował uprawnienie do otrzymania kary umownej.”.

Warszawa, 17 stycznia 2023 r.

Agnieszka Aussenberg
Dyrektor Fundacji
Centrum Europejskie Natolin