



Sękocin Stary, 13-03-2023 r.

Zn. spr.: DZ.270.2.2023

WYKONAWCY

Dotyczy: Usługa audytu zamówień publicznych przeprowadzonych przez ZILP w 2021 r.

Zamawiający udziela poniższych odpowiedzi

Pytanie 1:

Zamawiający w:

- § 9 ust. 1 pkt 5 projektu umowy (zał. nr 3 do ZO) zapisał: „Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości określonej poniżej: (...) 5) 50% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto w przypadku wypowiedzenia Umowy w trybie określonym w § 10 ust. 2 w związku z § 10 ust. 50% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto dla każdego przypadku ujawnienia informacji chronionej, poufnej, o której mowa w Załączniku nr 4 do Umowy”.
- § 10 ust. 2 pkt 5 projektu umowy (zał. nr 3 do ZO) zapisał: w przypadku wypowiedzenia Umowy w trybie natychmiastowym w przypadku rażącego naruszenia przez drugą Stronę postanowień Umowy: „wysokość kar umownych osiągnie 200% wartości brutto Umowy określonej w § 8 ust. 1”

Mając na względzie opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (https://www.uzp.gov.pl/data/assets/word_doc/0027/48465/Wyrownanie_stron-umowy_partners.docx) Wykonawca wskazuje, że „Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych, winien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 ustawy prawo zamówień publicznych”.

Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, Zamawiający powinien pamiętać ustalając maksymalną

wysokość kar umownych, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy. W konsekwencji Zamawiający, określając górny limit kar umownych, winien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania postanowień umowy sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Zamawiający ustalając maksymalny limit kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współzycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353¹ k.c.

Kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną.

Wykonawca wskazuje, że przy limicie kar umownych na poziomie 200% wartości wynagrodzenia za całość umowy - wykonawcy nie są de facto w stanie sporządzić rzetelnej oferty, gdyż nie mogą należycie ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym. Zamawiający nie powinien zapominać, iż jego obowiązkiem jest współdziałanie przy realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 354 § 2 k.c. Wykonawca wskazuje, że zaproponowane, czy raczej narzucone przez Zamawiającego kary, będą w istocie nienależnym świadczeniem, którego uiszczenie spowoduje wzbogacenie Zamawiającego ponad kwoty realnie poniesionych kosztów lub strat. Stanowi to także naruszenie zasad współzycia społecznego. Wykonawca

wskazuje na dysharmonię wobec limitu wartości kar stosowanych na podobnych zamówieniach realizowanych obecnie w Polsce, których maksymalna wysokość kar umownych nie przekracza z reguły pułapu 20% wartości umowy.

Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną, której celem jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Winna ona wyłącznie kompensować negatywne konsekwencje prawne wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych, natomiast nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę. Przy tak ustalonym limicie kar umownych (sic – 50%, 200% wartości umowy!) kary umowne w niniejszej umowie tracą przymiot surogatu odszkodowania.

Wobec powyższego, Wykonawca wnosi o zmniejszenie wysokości kar umownych i zmianę zapisów projektu umowy, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 5 oraz w § 10 ust. 2 pkt 5 projektu umowy.

Odpowiedź na pytanie 1:

Zamawiający zmienia zapisy projektu umowy.

1. Zamawiający uzupełnia numerację tj. dodaje pkt 6) w § 9 ust. 1 Umowy przed zdaniem:

„6) 50% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto dla każdego przypadku ujawnienia informacji chronionej, poufnej, o której mowa w Załączniku nr 4 do Umowy.”

2. Zamawiający dodaje w §9 ust. 3 o brzmieniu:

„3. Strony zastrzegają sobie prawo dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych.”

3. Zamawiający dodaje w §9 ust. 4 o brzmieniu:

„4. W razie wystąpienia w przyszłości przez osoby trzecie przeciwko Zamawiającemu z roszczeniami z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca podejmie wszelkie kroki niezbędne do obrony przed tymi roszczeniami, a w przypadku, gdy wskutek wystąpienia z takimi roszczeniami Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty z jakiegokolwiek tytułu na rzecz osób trzecich, Wykonawca naprawi wszelkie szkody wynikające z roszczeń osób trzecich, w tym zwróci koszty i wydatki poniesione w związku z tymi roszczeniami.”

4. § 10 ust. 2 pkt 5) Umowy otrzymuje brzmienie:

„5) wysokość kar umownych osiągnie 100% wartości brutto Umowy określonej w § 8 ust. 1.”

Pytanie 2:

Zamawiający w § 8. Ust. 8 wzoru umowy projektu umowy (zał. nr 3 do ZO) zapisał: *Wykonawca przy realizacji Umowy zobowiązuje posługiwać się rachunkiem rozliczeniowym o którym mowa w art. 49 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe (Dz. U. z 2022 r. poz. 2324 t.j.) zawartym w wykazie podmiotów, o którym mowa w art. 96b ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2022 r. poz. 931 t.j.). Wykonawca przyjmuje do wiadomości, iż Zamawiający przy zapłacie wynagrodzenia będzie stosował mechanizm podzielonej płatności, o którym mowa w art. 108a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2022 r. poz. 931 t.j.).*

Wykonawca prosi o wyjaśnienie, w jaki sposób będą dokonywane rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w sytuacji, gdy wykonawca jest osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej.

Odpowiedź na pytanie 2:

Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku Wykonawcy, który jest osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, zostanie zawarta umowa zlecenie lub o dzieło zgodna z postanowieniami ogólnymi załączonego projektu umowy. Umowa ta będzie rozliczana na podstawie rachunków wystawianych przez Wykonawcę za zrealizowane usługi.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zmienia termin składania ofert na dzień 23 marca 2023 r. do godz. 10:00.

Z poważaniem
Dariusz Gąsiorowski
Dyrektor Zakładu Informatyki
Lasów Państwowych