

Świdnica, dnia 23 maja 2017 r.

PO VII WB 261.19.2017

ANEKS nr 2 do SIWZ

**WYJAŚNIENIE I MODYFIKACJA TREŚCI
SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Całodobowa ochrona siedziby Prokuratury Okręgowej w Świdnicy przy ul. 1 Maja 21”

Na podstawie art. 38 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) udzielamy odpowiedzi na pytania złożone przez uczestnika postępowania:

Pytanie 1:

Mając na uwadze treść wzoru umowy wnosimy o zmianę o 50 % wysokości kar umownych zastrzeżonych w powyższych przepisach.

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 przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku, nr164, poz. 1163 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 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. syg. akt: KIO/1519/15. zważyć bowiem należy, iż 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 ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Odpowiedź 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę o 50 % wysokości kar umownych zastrzeżonych w przepisie § 12 projektu umowy, które zdaniem uczestnika postępowania są rażąco wysokie, a tym samym uznaje za bezwzględne naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający określając wysokość kar umownych zastosował je w równiej wysokości zarówno dla Zamawiającego jak i Wykonawcy.

Zadaniem Zamawiającego zastosowane kary umowne nie są wygórowane, pozostają na poziomie dotychczas stosowanych i akceptowanych bez zastrzeżeń przez wszystkich Wykonawców w przeprowadzanych postępowaniach przetargowych na wykonywanie usług ochrony osób i mienia, przez co pełnią funkcję dyscyplinującą w zakresie należytego wykonywania usługi.

Natomiast przytoczony przez uczestnika postępowania wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1519/15 nie znajduje odzwierciedlenia w przedmiotowym postępowaniu i to zarówno w zakresie zamówienia jak i w wartości, gdzie przedmiot zamówienia obejmuje migrację sprzętu, a wysokość kary umownej w kwocie 40 tysięcy złotych za każdą godzinę opóźnienia w wykonaniu przeniesienia systemu.

Należy zauważyć, że uczestnik postępowania wnosi o zmianę wysokości kar umownych jedynie w stosunku do Wykonawcy, natomiast kary umowne po stronie Zamawiającego miały pozostać bez zmian, podczas gdy ustanowienie tych kar ma na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego, poprzez realizację warunków umowy zgodnie z udzielonym zamówieniem publicznym.

Nadto Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wskazuje że kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, ale również represyjny, gdyż jest ona swego rodzaju sankcją za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązań niepieniężnych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 sierpnia 2005 r. w sprawie V CK 90/05, opubl. w M. Prawn. 2005/18/874).

W związku z powyższym Zamawiający pozostawia zapisy projektu umowy bez zmian.

**Prokurator Okręgowy
w Świdnicy
Wiesław Dworzak**