



Wrocław, dnia 1.08.2019 r.

**Wykonawcy***(informacja przesłana drogą elektroniczną wg  
rozdzielnika oraz zamieszczona na stronie  
internetowej zamawiającego)*

Dotyczy: Postępowania na realizację zamówienia stanowiącego usługę społeczną pod nazwą:  
Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Uniwersytetu  
Wrocławskiego.

**INFORMACJA NR 5. WYJAŚNIENIE TREŚCI OGŁOSZENIA**

Na podstawie zapisu w Rozdziale X punkt 13 OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU NA USŁUGI  
SPOŁECZNE Zamawiający udziela wyjaśnień treści OGŁOSZENIA wraz z załącznikami  
w przedmiotowym postępowaniu:

**Pytanie 1:** Zamawiający w § 10 ust. 8 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 co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszyły okoliczności mogące stanowić podstawę do nałożenia kar (brak w umowie opisanego procesu weryfikacji należytego wykonania umowy i sposobu wspólnej weryfikacji prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia), co świadczy o tym, że Zamawiający stawia się na pozycji uprzywilejowanej zakłócając jedną z naczelną zasad prawa wynikających, zarówno z prawa zamówień publicznych (równości stron postępowania), jak i kodeksu cywilnego (równości stron stosunku cywilnoprawnego). Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej we wzorze umowy jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzonej 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 zróżnicowały 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 w 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. Dodatkowo Zamawiający nie gwarantuje ilości realizowanych usług, a Wykonawca ma utrzymać w czasie realizacji umowy potencjał osobowy i techniczny. Warto wspomnieć, iż korzystanie z usług powszechnych w formie gotówkowej (znaczek pocztowy) nie rodziłoby konieczności wprowadzania kar umownych.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o ponownie o powtórny analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- wykreślenie par. 10 ust.8.

**Odpowiedź 1:** Zamawiający nie zmienia treści umowy.

Zamawiający nie widzi podstaw do modyfikacji istotnych postanowień umowy w powyższym zakresie. Zamawiający przewiduje możliwość obciążenia Wykonawcy karą umowną w wysokości 0,5% wartości brutto umowy, o której mowa w § 5 ust. 2 umowy. Reguły odpowiedzialności w postaci zastrzeżenia kar umownych w § 10 ust. 2 umowy nie są represyjne. Kara umowna nie jest tutaj traktowana jako zamiennik wykonania zamówienia. Kara umowna nie została zastrzeżona w stopniu nieproporcjonalnie wysokim w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie traktuje zastrzeżenia o karach umownych jako okazji do wzbogacenia się kosztem drugiej strony. Kara umowna ma dyscyplinować wykonawcę, co samo w sobie nie uchybia art. 5 kc. Taką

funkcję (dyscyplinującą) pełni kara umowna przewidziana na wypadek odstąpienia od umowy w § 10 ust. 8 wzoru umowy.

Nie można tracić z pola widzenia, że Zamawiający dysponuje środkami publicznymi i jest związany dyscypliną ich wydatkowania. Zamawiający ma prawo podmiotowe jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczają jego interes w wykonaniu umowy. Zamawiający wydając środki publiczne, podlega dyscyplinie finansów publicznych i ma obowiązek działać w interesie publicznym. Zamawiający w związku ze swoją działalnością ponosi większe ryzyko niż zwykły przedsiębiorca, gdyż w przypadku nieosiągnięcia celu zamówienia potrzeby zbiorowe mogą zostać niezaspokojone.

W orzecznictwie powszechnie akceptuje się dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy. Aktualna jest linia orzecznicza co do tego, że Zamawiający nie jest zobowiązany do ustalenia limitu wysokości kary umownej oraz może naliczać kary także w przypadku odstąpienia od umowy.

Dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy. Zastrzeżenie takiej kary znajduje podstawy w art. 483 § 1 kc w zw. W konsekwencji, nie ma przeszkód do wprowadzenia w trybie art. 353(1) kc do umowy postanowień zastrzegających karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po drugiej stronie.

prof. dr hab. Adam Jeziński  
REKTOR  
Uniwersytetu Wrocławskiego