Aleksandrów Aleksandrów Kujawski, dnia 19.12.2017 r.

**Urząd Gminy w Aleksandrowie Kujawskim** tel. +48 54 282 20 59

ul. Słowackiego 12 fax. +48 54 282 20 31

87–700 Aleksandrów Kujawski www.gmina–aleksandrowkujawski.pl

woj. kujawsko-pomorskie www.bip.gmina–aleksandrowkujawski.pl

 e–mail: sekretariat@gmina–aleksandrowkujawski.pl

**Gmina**

# Aleksandrów Kujawski

**RG.271.34.2017.JZ**

Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,
(Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), wobec zapytania jakie wpłynęło do Zamawiającego w zakresie postępowania prowadzonego pod nr RG.271.34.2017.JZ, dotyczącego „Udzielenie i obsługa długoterminowego kredytu bankowego na pokrycie planowanego deficytu budżetu oraz spłatę wcześniej zaciągniętych zobowiązań
w wysokości 2 513 334,00 zł” Zamawiający przedstawia następujące wyjaśnienia:

1. Zamawiający w trakcie realizacji ma prawo do kontroli spełnienia przez Wykonawcę i podwykonawcę wymagania wskazanego w pkt. 25 i 26 SIWZ, w szczególności przedłożenia na każde żądanie,
w wyznaczonym przez zamawiającego terminie kopii umów o pracę osób wykonujących czynności wraz z dokumentem regulującym zakres czynności. Wykonawca niniejszym wskazuje, iż ww. postanowienie specyfikacji stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami, przede wszystkim w zakresie ochrony danych osobowych oraz ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp).Przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę osób zatrudnionych jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych
dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest
u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudniania osób w takiej formie – dla potwierdzenia którego nie jest konieczna zamawiającemu znajomość imion, nazwisk i adresów pracowników czy wysokości ich wynagrodzeń.

Wykonawca wnosi, aby zamawiający uznał wymóg za spełniony w przypadku dostarczenia przez wykonawcę weryfikowalnych dokumentów np. oświadczeń o ilości pracowników zatrudnionych
na umowę o pracę (a wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia), zaświadczenia z ZUS potwierdzającego opłacanie przez wykonawcę składek
na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę.

**Odpowiedź.**

Zamawiający nie wprowadza zmian w powyższym zakresie, ponieważ zgodnie z zapisami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. w szczególności bez imion, nazwisk, adresów, nr PESEL pracowników). Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania.

1. Zamawiający określił w zał. Nr 5 § 10 ust. 2 kary umowne za odstąpienie od umowy z przyczyn lezących po stronie Wykonawcy oraz – karę pieniężną stanowiącą równowartość 10 % wynagrodzenia brutto wynikającego z oferty Wykonawcy. Wykonawca wnosi o wykreślenie ust. 2. W myśl przepisów Ustawy Prawo pocztowe art. 48- Wykonawca jako operator wyznaczony nie może odmówić zawarcia umowy o świadczenie usługi pocztowej dotyczącej świadczenia usługi powszechnej. Z zastrzeżeniem art. 16 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1.

Jeżeli Zamawiający nie zgadza się na wykreślenie tych punktów Wykonawca wnosi o uwzględnienie zasady równego traktowania obu stron postępowania i zmianę jego treści na: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% wartości niezrealizowanej części umowy w razie rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jeżeli umowa zostanie rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego zapłaci on karę Wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto wynikającego z oferty.

**Odpowiedź.**

Zamawiający zmienia § 10 ust. 2 umowy, który otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 2.”

1. Ponadto w w zał. Nr 5 Wzór Umowy § 10 ust. 4 Zamawiający przewiduje kary umowne w przypadku nieprzyjęcia przesyłek pocztowych od Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości dziesięciokrotności wartości opłaty za nieprzyjęte przesyłki zgodnie z zestawieniem ilości nadawanych przesyłek stanowiącym załącznik do oferty Wykonawcy. Wykonawca wskazuje, iż postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, w szczególności wysokości kar umownych są sformułowane w sposób naruszający naczelne zasady zamówień publicznych, co uniemożliwia de facto złożenie oferty przez Wykonawcę. W pierwszej kolejności budzącym wątpliwości stwierdzeniem jest fakt – wynikający z treści wzoru umowy, że to Zamawiający jednostronnie stwierdza, czy zaszły okoliczności mogące stanowić podstawę do nałożenia kar (brak w umowie opisanego procesu sposobu wspólnej weryfikacji przyczyn nieprzyjęcia przesyłek pocztowych ), co świadczy o tym, że Zamawiający stawia się na pozycji uprzywilejowanej zakłócając jedną z naczelnych 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 w w/w punkcie jest rażąco wygórowana i wskazuje na oczywistą dysproporcję pomiędzy ciężarem naruszenia obowiązków przez Wykonawcę a rozmiarem sankcji wymierzanej z tego tytułu. 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 r. (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 kodeksu cywilnego, art. 3531 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych.”. Zgodnie z cytowanym orzeczeniem, represyjny charakter kary umownej nie powinien dominować nad jej odszkodowawczą funkcją. Wykonawca wnosi o wykreślenie tego ustępu lub zmianę zmianę poprzez odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z przepisów ogólnych, bądź ograniczenie wysokości kar umownych co najmniej do poziomu wartości i kwot wskazanych w odniesieniu do wartości danych usług nie przyjętych do realizacji (nie całości wynagrodzenia Wykonawcy), co pozwoli na pozbawienie ich charakteru rażąco wygórowanych, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu Zamawiającego.

**Odpowiedź.**

Zamawiający zmienia § 10 ust. 4 umowy, który otrzymuje brzmienie:

„Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym utraty, ubytku lub uszkodzenia przesyłki, Zamawiającemu przysługuje odszkodowanie oraz inne roszczenia na zasadach i wysokości określonych w ustawie prawo pocztowe. W przypadku nienależytego wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym.”

1. Przewidziane w § 10 ust. 5 i 6 wzoru umowy 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 . Konieczność zapłaty kar w wysokości przewidzianej w w/w punkcie siwz 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 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.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 r.). 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.

W związku z powyższym Wykonawca, w celu ustalenia równej pozycji stron, zwraca się o powtórną analizę przedstawionych powyżej kwestii i rewizję stanowiska Zamawiającego w zakresie kar umownych poprzez:

- uwzględnienie we wzorze umowy postanowień dotyczących konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (z udziałem Wykonawcy) przed nałożeniem kary umownej,

- zmianę wysokości kary umownej do dziennej stawki wynagrodzenia określonego co spowoduje zniesienie znamion kary wygórowanej.

**Odpowiedź.**

Zamawiający nie wprowadza zmian w powyższym zakresie.

1. Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 12 umowy Załącznik nr 5 do SIWZ zgodnie z wyjaśnieniem
i propozycją zawartą w pkt. 1 niniejszego pisma.

**Odpowiedź.**

Zamawiający nie wprowadza zmian w powyższym zakresie.

Otrzymują:

1 adresat

2 a/a.