

WYKONAWCY

ubiegający się o zamówienie publiczne

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji - art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na "zapewnienie dostępu do usług sportowo-rekreacyjnych w obiektach Wykonawcy oraz podmiotów z nim współpracujących dla pracowników, emerytów i rencistów, osób przebywających na świadczeniach rehabilitacyjnych oraz ich dzieci" – znak sprawy ZP/518/U/22.

Zamawiający, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 1129), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 23.

Zwracam się z prośbą o modyfikację §10 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„§ 10

1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia Zamawiającemu kar umownych zgodnie z warunkami i w sytuacjach określonych poniżej.
2. Przez niewykonanie Umowy Strony rozumieją zaistnienie okoliczności powodujących, że świadczenie na rzecz Zamawiającego nie zostało spełnione, w szczególności wynikających z odmowy wykonania lub nieprzystąpienia przez Wykonawcę do jego realizacji bez obiektywnie uzasadnionych przyczyn.
3. Przez nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy Strony rozumieją sytuacje wykonania przez Wykonawcę obowiązków wynikających z Umowy w sposób nie w pełni odpowiadający warunkom Umowy, w szczególności w zakresie terminowości, sposobu i jakości świadczonych usług oraz zasad współpracy z Zamawiającym.
4. Strony ustalają, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:
 - 1) ~~za każdy rozpoczęty dzień niewykonania niniejszej Umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 0,5% maksymalnej wartości Umowy, o której mowa w § 4 ust. 2 Umowy;~~
 - 1) za każdy rozpoczęty dzień braku dostępu do usług, który powstał z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 1/30 wynagrodzenia przypadającego na dany okres rozliczeniowy;
 - 2) w przypadku naruszenia przez Wykonawcę zakazu ujawniania informacji, o którym mowa w § 6 umowy – w wysokości 10% maksymalnej wartości Umowy, o której mowa w § 4 ust. 2 Umowy;
 - 3) w przypadku odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 10% maksymalnej wartości Umowy, o której mowa w § 4 ust. 2 Umowy;
 - 4) w pozostałych przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę – w wysokości 0,1% maksymalnej wartości Umowy, o której mowa w § 4 ust. 2 Umowy, za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
 - 5) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 9 ust. 6 umowy – w wysokości 0,3% maksymalnej wartości Umowy za każdy przypadek.

ul. H. Wieniawskiego 1, Collegium Minus, 61-712 Poznań
NIP 777 00 06 350, REGON 000001293
tel. +48 61 829 43 03, fax +48 61 829 44 00
kancelarz@amu.edu.pl

~~5. Kary umowne są niezależne od siebie i należą się w pełnej wysokości, nawet w przypadku, gdy w wyniku jednego zdarzenia naliczana jest więcej niż jedna kara.~~

5. Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie postanowień Umowy nie może przekroczyć 50 20% maksymalnej wartości umowy brutto określonej w § 4 ust. 2.
6. Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie kar umownych z należnego wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zgodnie z wyborem Zamawiającego, o ile obowiązujące przepisy nie stanowią inaczej.
7. Jeżeli całkowite potrącenie nie będzie możliwe, Wykonawca zobowiązuje się do zapłacenia kar umownych w terminie 14 (słownie: czternastu) dni od otrzymania wezwania do zapłaty na rachunek wskazany w wezwaniu.
8. Jeżeli wysokość szkody przekracza wysokość kar umownych, Zamawiający może dochodzić odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych na zasadach ogólnych.
9. Strony nie są odpowiedzialne za skutki wynikające z działania siły wyższej, na które nie mają wpływu, lecz które utrudniają pełne lub częściowe wypełnienie zobowiązań wymienionych w niniejszej umowie i których nie da się uniknąć nawet w przypadku maksymalnej staranności Stron. Strona, która powołuje się na działanie siły wyższej jest obowiązana wykazać jej wpływ na wykonanie zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy.
10. Przez siłę wyższą Strony rozumieją zdarzenie zewnętrzne o charakterze nadzwyczajnym, którego nie można było przewidzieć lub jemu zapobiec, w szczególności takie jak: wojna, stan wyjątkowy, powódź, pożar czy też zasadnicza zmiana sytuacji społeczno-gospodarczej, stan epidemii w tym w związku z COVID-19. Jeżeli wskutek okoliczności siły wyższej Strona nie będzie mogła wykonywać swoich obowiązków umownych w całości lub w części, niezwłocznie powiadomi o tym drugą Stronę.
11. **W przypadku naruszenia przez Zamawiającego zakazu ujawniania informacji, o którym mowa w § 6 umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% maksymalnej wartości Umowy, o której mowa w § 4 ust. 2 Umowy."**

Wysokość ustalonych kar umownych nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego (por. Wyrok KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, LEX nr 2624215, Wyrok SA w Katowicach z 17.12.2008 r., V ACa 483/08, LEX nr 491137), a także naruszenia zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 PZP.

Zamawiający projektując postanowienia dotyczące kar umownych, w tym określając łączną wysokość kar umownych, o których mowa w art. 436 ust. 1 pkt 3 PZP, powinien uwzględnić powyższe. Tym samym brak jest uzasadnienia do ukształtowania łącznej wysokości kar umownych na poziomie aż 50% maksymalnej wartości umowy brutto.

Ponadto, wysokość kary umownej za naruszenie mające miejsce w danym okresie rozliczeniowym, powinna odnosić się do wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w tym okresie, nie zaś do maksymalnej wartości Umowy, skalkulowanej w oparciu o cały okres trwania umowy oraz liczbę użytkowników, która może odbiegać od rzeczywistości.

Za niedopuszczalną należy uznać także sytuację, w której postanowienia umowne dopuszczają możliwość naliczania kumulatywnych kar umownych za to samo zdarzenie (por. np. Uchwała SN z 16.01.1984 r., III CZP 70/83, OSNC 1984, nr 8, poz. 131; Wyrok SN z 28.01.2011 r., I CSK 315/10, LEX nr 784898; Wyrok SA w Warszawie z 13.11.2015 r., I ACa 324/15, LEX nr 1927423).

Wprowadzanie zbyt restrykcyjnych i nieproporcjonalnych kar umownych w oczywisty sposób wpływa negatywnie na efektywność wydatkowania środków publicznych – może to bowiem skutkować otrzymaniem mniejszej liczby ofert oraz uzyskaniem mniej atrakcyjnych warunków cenowych (z uwagi na mniejszą konkurencyjność postępowania lub konieczność wkalkulowania nadmiernego ryzyka w cenę oferty).

Takie uregulowanie kar umownych będzie także sprzeczne z jednym z celów wprowadzenia nowego PZP, tj. ograniczenie zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających (por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624). Mając na uwadze powyższe wprowadzenie proponowanych modyfikacji należy uznać za uzasadnione.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę SWZ we wskazanym zakresie.


KANCLERZ
Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Dr Marcin Wysocki

