

Dom Pomocy Społecznej

Koszalin, dnia 22.05.2015 r.

ul. Leonida Teligi 4

75-235 Koszalin

**WYKONAWCY**

**BIORĄCY UDZIAŁ**

**W POSTĘPOWANIU**

Dotyczy: postępowanie przetargowe pn. „Świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej w Koszalinie”.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania złożone w przedmiotowym postępowaniu.

**Pytanie nr 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 Zespołów Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych 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, nr 164, 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 Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. Zważyć bowiem należy, że 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 rażąco naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. II.*

### **Odpowiedź na pyt. nr 1:**

Zamawiający podtrzymuje wysokość kary umownej, zastrzeżonej w § 8 ust. 1 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ.

Uzasadnienie:

Zamawiający ustalił poziom kary umownej, mając na względzie art. 484 § 1 k.c., który stanowi: *„w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości (...)”*.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK, 139/07 kara umowna jest rażąco wygórowana, gdy zachwiana zostaje relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia, a wysokością kary umownej, zastrzeżonej za opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia oraz gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznanej szkody. Ponadto, jak wskazuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10, kara, jako surogat odszkodowania, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Zdaniem Zamawiającego żadna z powyższych przesłanek nie ma zastosowania do wysokości kary umownej, zastrzeżonej w postępowaniu pn. „Świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej w Koszalinie”. Przedmiotowa kara jest bowiem adekwatna do skali szkody, którą może wyrządzić Zamawiającemu wykonawca w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Podkreślić należy, że ocenę, czy kara jest rażąco wygórowana należy dokonać dla konkretnej sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, cel kary oraz wszystkie okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona i w jakich dochodzi do sytuacji uzasadniającej jej naliczenie, a także wagę, zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy i nade wszystko charakter negatywnych skutków dla drugiej strony (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I Aca 26/14)..

Niezaprzeczalnym jest fakt, że zarówno niewykonanie, jak i nienależyte wykonanie umowy w postaci zwłoki w terminie wykonania umowy lub złej jakości świadczenia usługi stanowi zagrożenie prawidłowego funkcjonowania Zamawiającego oraz narazi go na poważną szkodę.

Zgodnie bowiem z art. 55 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, dom pomocy społecznej świadczy m.in. usługi bytowe i opiekuńcze, a organizacja domu, zakres i poziom świadczonych usług uwzględnia w szczególności: wolność, intymność, godność i poczucie bezpieczeństwa jego mieszkańców. Natomiast w zakresie potrzeb bytowych dom zapewnia swoim mieszkańcom nie tylko miejsce zamieszkania i utrzymanie czystości, ale również wyżywienie na poziomie obowiązującego standardu, w zakresie i formach wynikających z indywidualnych potrzeb osób w nim przebywających.

Ponadto na podstawie § 6 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 sierpnia 2012 r. w sprawie domów pomocy społecznej, dom uznaje się za spełniający warunki, w zakresie wyżywienia i organizacji posiłków, jeżeli zapewnia co najmniej 3 posiłki dziennie, a dla każdego z posiłków czas wydawania wynosi 2 godziny, z tym, że ostatni posiłek podany jest nie wcześniej niż o godzinie 18:00.

Wobec powyższego priorytetem Zamawiającego jest zapewnienie mieszkańcom godnego pobytu w Domu.

Niewątpliwie dobra jakość posiłków i stałe pory ich wydawania wpłyną w sposób istotny na poczucie bezpieczeństwa oraz przyczynią się do poprawy stanu zdrowia mieszkańców.

Podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku diet, w szczególności cukrzycowej, niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę może narazić mieszkańców, dla których te diety zostały ustalone, na poważny uszczerbek na zdrowiu.

Dlatego Wykonawcy, którzy złożą ofertę w przedmiotowym postępowaniu muszą mieć świadomość powinności Zamawiającego, wynikających z przytoczonych wyżej przepisów oraz, że nie tylko uprawnieniem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest skuteczne zabezpieczenie się przed niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.

Zgodnie z intencją Zamawiającego zagrożenie karą umowną ma mobilizować wykonawcę do prawidłowego wykonania zobowiązania. Ponadto stanowi formę naprawienia szkody powstałej w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a także ma eliminować zagrożenie dalszego naruszenia powinności kontraktowych.

Natomiast obowiązek zapłaty kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania dotyczy sytuacji nadzwyczajnych i powstaje tylko wówczas, gdy naruszenia są skutkiem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Zgodnie z tym Zamawiający opisał w § 7 projektu umowy, co rozumie pod pojęciem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, i tak, w szczególności, gdy: wykonawca nie rozpoczął wykonywania przedmiotu umowy, bez uzasadnionych przyczyn, przez okres co najmniej 1 dnia, nie kontynuował wykonywania przedmiotu umowy, pomimo przesłania wezwania przez

Zamawiającego, przez okres co najmniej 1 dnia, co najmniej trzykrotnie opóźnił wydawanie posiłków, zawarł umowę z podwykonawcą bez zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie, wykonuje przedmiot umowy w sposób rażąco niezgodny z umową, co potwierdzi kontrola Zamawiającego lub kontrola sanitarna itp.

Zamawiający podkreśla, że, jeżeli wykonawca zachował należyłą staranność w wykonaniu zobowiązania, a ewentualne opóźnienia wynikają z obiektywnej przyczyny, niezależnej od wykonawcy, czasowo uniemożliwiającej wykonanie, co wykonawca jest w stanie wykazać, nie ponosi on odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie tego zobowiązania.

#### **Pytanie nr 2:**

*W związku z zapisami siwz dot. dzierżawy pomieszczeń kuchennych, zwracam się z prośbą o udostępnienie wzoru umowy, na mocy której będą wynajmowane pomieszczenia kuchenne.*

#### **Odpowiedź na pyt. Nr 2:**

Dzierżawa pomieszczeń kuchennych nie stanowi przedmiotu zamówienia. Zamawiający w SIWZ wskazał wszelkie informacje, niezbędne do przygotowania oferty.

**Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), Zamawiający DOKONUJE MODYFIKACJI TREŚCI SIWZ:**

1. zmianie ulega treść § 6 ust. 2 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, który otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca przyjmuje na siebie odpowiedzialność cywilną z tytułu zdarzeń losowych oraz z tytułu szkód wyrządzonych Zamawiającemu lub w mieniu Zamawiającego oraz szkód wyrządzonych osobom trzecim lub w mieniu osób trzecich, powstałych podczas, w związku lub przy okazji wykonywania przedmiotu umowy i zobowiązuje się do wypłaty odszkodowania z tego tytułu w pełnej wysokości”.

2. zmianie ulega zapis Rozdziału II ust. 2 SIWZ oraz odpowiednio § 1 ust 6 pkt 1 projektu umowy w zakresie godziny wydawania śniadania i otrzymuje brzmienie:

„Śniadanie 8:00 – 10:00”.

Powyższa modyfikacja treści SIWZ wymaga zmiany treści ogłoszenia.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że termin składnia ofert nie ulega zmianie.

*Dyrektor Domu Pomocy Społecznej*

*Grażyna Sienkiewicz/-/*