

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129, z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający w ramach prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy postępowania na: „Usługę kompleksowego utrzymania czystości w budynku MUP w Lublinie i w pomieszczeniach wynajmowanych dla potrzeb MUP w Lublinie oraz usługę utrzymania czystości terenu zewnętrznego przy budynku MUP w Lublinie, w tym w zakresie odśnieżania i zapobiegania gołoledzi i śliskości pośniegowej na okres 24 miesięcy nie wcześniej niż od 01.10.2021r.” **przekazuje treść wniesionych pytań wraz z wyjaśnieniami:**

Treść pytania nr 1

„ 1. Mając na uwadze treść wzoru umowy wnoszę 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, 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. 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 rażące 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. 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 natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Odpowiedź na pytanie nr 1

Odpowiadając na pytanie Zamawiający wyjaśnia, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują kwestii dotyczącej kar umownych określanych przez Zamawiającego istotnych warunkach zamówienia lub wzorze umowy. Zamawiający uprawniony jest zatem sam do kształtowania postanowień umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Przy

uwzględnieniu zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą na gruncie prawa zamówień publicznych zasada swobody umów ulega ograniczeniu poprzez fakt, iż Zamawiający wymaga, by Wykonawca zawarł umowę na określonych warunkach. Niniejsze warunki, zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 7 ustawy, zamawiający winien zawrzeć w Specyfikacji Warunków Zamówienia w ramach projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w przypadku niniejszego postępowania na usługi ochrony mienia należącego do zamawiającego zostało spełnione poprzez zastosowanie projektu umowy będącego załącznikiem do SWZ.

Z tak skonstruowanych przepisów prawa wynika uprawnienie dla Zamawiającego do ukształtowania postanowień umowy, w tym w zakresie kar, zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie podkreśliła, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikują w tym zakresie zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów wynikającą z przepisów kodeksu cywilnego. Podkreślić należy że „Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w postępowaniu celu może prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości.” (zgodnie np. z wyrokiem KIO 654/16, KIO 47/18). Ryzyko Zamawiającego przewyższa ryzyko w ramach prowadzonej działalności gospodarczej występujące przy umowach zawieranych przez dwóch przedsiębiorców. Co więcej, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwem, Zamawiający nie jest zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla samego siebie. Podkreślić należy, iż przyjęte w zapisach wzoru umowy kary oraz ich wysokość pełnią funkcję prewencyjną i zabezpieczają interes publiczny przed naruszeniami ze strony Wykonawcy, co jest szczególnie istotne przy realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać podmiotu realizującego zamówienie. Kara umowna ma charakter nie tylko odszkodowawczy, Zamawiający ma zatem prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem nienależyte wykonanie postanowień umowy mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Dodatkowo, zgodnie z orzecznictwem KIO (np. sygn. akt 1431/08, sygn. akt 654/16) „...kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie w sensie finansowym dla Wykonawcy....”. Działanie Zamawiającego nie ma więc charakteru dobrowolności w ocenie sytuacji i zastosowania kary bez uzasadnienia. Podkreślić także należy, że postanowienia umowne w zakresie kar nie powodują różnego traktowania potencjalnych wykonawców, a także nie ograniczają dostępu do zamówienia. Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych i jako taka ponosi odpowiedzialność chociażby za naruszenia z tytułu odpowiedzialności za naruszenie ustawy o finansach publicznych oraz innych przepisów prawa. Podkreślić również należy, iż ewentualne odstąpienie od umowy przez Zamawiającego bez uzasadnienia oraz biorąc pod uwagę zakres zadań i specyfikę działalności Zamawiającego nie leży w jego interesie, a także może narazić go na odpowiedzialność.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, znajdujące również potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie dopuszcza proponowanych przez Wykonawcę zmian we wzorze umowy będącym załącznikiem nr 10 do Specyfikacji warunków zamówienia.

Treść pytania nr 2

„2. Uprzejmie proszę o informację, czy Zamawiający akceptuje wystawienie przez wykonawcę ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych, dotyczących wykonania umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz przesłanie tychże dokumentów za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/> ?

Podkreślam przy tym, że pytanie nie dotyczy zgody na wystawianie ustrukturyzowanych faktur elektronicznych, gdyż takowe Zamawiający jest zobowiązany odbierać od wykonawcy na podstawie art. 4.1 ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach

publicznych.... (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1666), lecz zgody na wystawianie ustrukturyzowanych faktur **korygujących** oraz **innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych**.

Fakturowanie oraz wystawienie innych dokumentów w ustrukturyzowanej formie elektronicznej jest zgodne z przepisami podatkowymi, wynikającymi z ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) oraz jest powszechnie stosowane pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcami. Taki sposób przekazywania dokumentów ułatwia wzajemną komunikację oraz eliminuje szereg błędów, występujących w procesie tradycyjnego fakturowania. Jest on też rekomendowany, jako docelowy sposób obiegu dokumentów księgowych przez Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii (<https://www.gov.pl/web/rozwoj-praca-technologie/e-fakturowanie-w-zamowieniach-publicznych>). Ponadto, w dobie epidemii COVID-19, taki sposób przekazywania dokumentów rozliczeniowych jest jedną ze skutecznych metod w powstrzymaniu rozprzestrzeniania się wirusa oraz gwarantuje utrzymanie ciągłości procesów księgowych i podatkowych.

Jednocześnie proszę o podanie konta Zamawiającego znajdującego się na Platformie Elektronicznego Fakturowania, umożliwiającego przesłanie ustrukturyzowanych dokumentów.”

Odpowiedź na pytanie nr 2

W ramach odpowiedzi na wniesione pytanie Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na wystawianie ustrukturyzowanych faktur korygujących.

Zamawiający **nie wyraża zgody** na wystawianie innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż posiada konto na Platformie Elektronicznego Fakturowania - <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/>. W ramach posiadanego konta Wykonawca może posłużyć się nazwą Zamawiającego.

Zamawiający podaje listę identyfikatorów dla konta:

Nazwa podmiotu: Miejski Urząd Pracy w Lublinie;

Adres PEF: NIP 7122524848.

**Z up Prezydenta Miasta Lublin
Dyrektor
Miejskiego Urzędu Pracy w Lublinie
mgr Katarzyna Kępa**