



## WYJAŚNIENIE I ZMIANA TREŚCI SWZ

### **Kompleksowe sprzątanie i utrzymanie czystości i porządku nieruchomości zarządzanych przez KZGM w Katowicach – dzielnice Dąb, Józefowiec-Welnowiec - rejon EB 6**

Zamawiający, Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej Ustawą, w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia otrzymany w dniu 06.05.2022 r. zamieszcza treść pytania i udziela wyjaśnień:

**Pytanie 1:** 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/>?

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że dopuszcza otrzymywanie faktur ustrukturyzowanych za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/>, zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. 2020, poz. 1666). Jak wynika z art. 4 ust. 2 ww. ustawy, decyzja o tym, czy wykonawca chce wysłać ustrukturyzowaną fakturę elektroniczną do zamawiającego za pośrednictwem Platformy, należy do wykonawcy. Natomiast na chwilę obecną Zamawiający nie dopuszcza przesyłania za pomocą tej Platformy innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych (do których zgodnie z rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 25 kwietnia 2019 r. w sprawie listy innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych, które mogą być przesyłane za pośrednictwem platformy elektronicznego fakturowania służącej do przesyłania ustrukturyzowanych faktur elektronicznych oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz. 856) zalicza się m.in. fakturę korygującą). Stosownie bowiem do art. 4 ust. 4 ww. ustawy zamawiający nie jest zobowiązany do ich odbierania za pośrednictwem Platformy.

**Pytanie 2:** Zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający przewiduje kary umowne za nienależyte wykonywanie usługi. Czy Zamawiający, po analizie poniższych argumentów Wykonawcy, zmodyfikuje wysokość kar umownych? Wykonawca wnosi o zmianę o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej 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. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku 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 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. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie widzi podstaw do obniżenia wysokości kar umownych i pozostawia zapisy projektowanych postanowień umowy bez zmian. Proponowane wysokości kar nie są wygórowane i nie mają charakteru zarobkowego, tylko pełnią funkcję dyscyplinującą, co wynika z charakteru tego środka. Nie jest prawdą, jakoby zadaniem kar umownych było wyłącznie naprawienie szkody, skoro art. 484 §1 kodeksu cywilnego wprost stanowi, że „W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości **bez względu na wysokość poniesionej szkody**”. Ponadto, w ślad za art. 436 pkt 3 Ustawy Pzp, w §10 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wprowadził górną granicę kar umownych, którą ustalił na poziomie 40% wynagrodzenia brutto, zarówno dla kar naliczanych dla każdego miesiąca jak i w stosunku do całości realizacji umowy.

**Pytanie 3:** W § 10 ust. 5 umowy Zamawiający wskazał, że: Ustala się, że łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 40% wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy ustalonego w § 6 ust. 3 pkt 2 lit. c) umowy. Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 40% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za prawie połowę wykonanego zamówienia, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel, w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska zwrot połowy inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

Wskazujemy również, że zgodnie z aktualną linią orzecznictwa sądów powszechnych, wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadczącą o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Ustalona, w Istotnych postanowieniach umownych (§ 10 ust. 3 umowy) kara za odstąpienie wynosi 20% wynagrodzenia wykonawcy. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego. Wskazujemy również, że postanowienie § 10 ust. 5 umowy jest niesymetryczne względem uprawnień wykonawcy. Wykonawcy w ogóle nie przysługuje uprawnienie do nakładania jakichkolwiek kar umownych na Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nadużywa przysługującego mu prawa do kształtowania postanowień umownych. Wykonawca jest bowiem w dużo gorszej sytuacji i przysługują mu mniejsze prawa niż Zamawiającemu w takiej samej sytuacji faktycznej. Zastrzeżenie dokonane przez zamawiającego na swoją korzyść potwierdza bowiem wyżej przedstawione tezy, że kary umowne sformułowane we wzorze umowy, zostały zdefiniowane niezgodnie z celem, określonym w prawie cywilnym i nie służą także realizacji zasad Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności nie zostały ustalone proporcjonalnie względem przedmiotu zamówienia. Wnosimy zatem o zmianę postanowienia umownego na: Ustala się, że łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy ustalonego w § 6 ust. 3 pkt 2 lit. c) umowy.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia projektowane postanowienia umowy bez zmian. Projektowane postanowienia umowy spełniają wymogi nałożone na Zamawiającego przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zasad naliczania kar umownych. Przepis art. 433 pkt 2 Ustawy zakazuje bowiem Zamawiającemu naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, a art. 436 pkt 3 nakazuje wprowadzenie górnego limitu kar umownych. Dlatego Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy wprowadził obiektywny mechanizm regulujący kontrolę wykonywania usług, kary umowne oraz rozwiązanie umowy. Wszystkie te postanowienia trzeba analizować łącznie. Paragraf 8 ust. 5 definiuje nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, za które uznaje się naruszenie obowiązków stwierdzone w danym miesiącu, czyli takie, które zostało niewykonane pomimo wyznaczenia terminu do usunięcia nieprawidłowości, a zgodnie z § 8 ust. 4 kary naliczane są w przypadku stwierdzonych i nieusuniętych usterek. Zatem Wykonawca ma możliwość dokonania naprawy i tym samym zapobieżenia naliczenia kary. Podobnie § 11 ust. 2, na mocy którego Zamawiający w przypadku nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę (wg definicji z § 8 ust. 5) może rozwiązać umowę, w zdaniu drugim zastrzega, że wypowiedzenie musi zostać poprzedzone wezwaniem do należytego wykonania umowy z terminem 14 dni, dopiero po upływie którego Zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę. Przy czym nie następuje ono w trybie natychmiastowym, a z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia. Przewidziane

w § 11 ust. 3 pkt 6 wypowiedzenie umowy bez zachowania terminów dotyczy uporczywego charakteru działań Wykonawcy.

Trzeba tu także zauważyć, że wysokość poszczególnych kar nie oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, gdyż wynosi od 50,00 zł do 900,00 zł, czyli od 0,007% do 0,1287% wartości zamówienia. Trudno tu zatem mówić o „nadmiernej dolegliwości, świadczącej o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.”, który to mówi o prawie do żądania zmniejszenia kary umownej w wypadku, gdy ta jest rażąco wygórowana. Natomiast w przypadku nienależytego wykonywania umowy, bo o takim trzeba mówić, w przypadku, jeśli są naliczane Wykonawcy kary w świetle przytoczonych wyżej postanowień umowy, trudno mówić o tym, aby naliczenie to skutkowało brakiem otrzymania przez Wykonawcę „prawie połowy wynagrodzenia pomimo zrealizowania przedmiotu umowy”. Tym bardziej trudno mówić o zrealizowaniu przedmiotu umowy, skoro jest nim stałe, bieżące utrzymywanie określonej powierzchni w czystości, które, skoro naliczono kary, nie miało miejsca.

Jak wyjaśnialiśmy powyżej, projektowane postanowienia umowy nie przewidują kary w przypadku odstąpienia od umowy, tylko jej rozwiązania przez Zamawiającego z przyczyn zależnych od Wykonawcy. Odstąpienie od umowy jest inną instytucją prawną, na wypadek której nie przewidziano w umowie kary.

Z kolei co do symetrii stron umowy w zakresie kar umownych, należy zauważyć, że głównym obowiązkiem Zamawiającego jest terminowa płatność wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Zgodnie z art. 483 § 1 kary umowne dotyczą niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, a nie pieniężnego. Za ewentualne opóźnienie Zamawiającego Wykonawcy należą się odsetki. Ponadto, Zamawiający zabezpieczył interesy Wykonawcy dodając w postanowieniach dotyczących kar umownych odpowiednie zapisy uzależniające obciążenie Wykonawcy karami od tego, że stwierdzone uchybienia bądź opóźnienia muszą wynikać z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

**Jednocześnie na podstawie art. 284 ust. 3 Ustawy Zamawiający przedłuża termin składania ofert i na podstawie art. 286 ust. 1 Ustawy dokonuje następujących zmian treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:**

Miejsce zmiany	Treść przed zmianą	Treść po zmianie
1 <b>Rozdział XIV (Termin związania ofertą) pkt 1</b>	Termin związania ofertą wynosi: 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, określonym w rozdziale XVI SWZ. Dzień ten jest pierwszym dniem terminu związania ofertą. <b>Powyższe oznacza, iż termin związania ofertą upływa w dniu 10.06.2022 r.</b>	Termin związania ofertą wynosi: 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, określonym w rozdziale XVI SWZ. Dzień ten jest pierwszym dniem terminu związania ofertą. <b>Powyższe oznacza, iż termin związania ofertą upływa w dniu 11.06.2022 r.</b>
2 <b>Rozdział XVI (Termin oraz miejsce składania i otwarcia ofert, informacja o trybie otwarcia) pkt 1-2</b>	1. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy umieścić na Platformie pod adresem: <a href="https://platformazakupowa.pl/pn/kzgm_katowice">https://platformazakupowa.pl/pn/kzgm_katowice</a> na stronie dotyczącej niniejszego postępowania do dnia <b>12.05.2022 r, godz. 9:00</b> . 2. Otwarcie ofert nastąpi w dniu <b>12.05.2022 r., godz. 9:15</b> za pośrednictwem <a href="https://platformazakupowa.pl">platformazakupowa.pl</a> , w siedzibie Zamawiającego w Dziale Zamówień Publicznych.	1. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy umieścić na Platformie pod adresem: <a href="https://platformazakupowa.pl/pn/kzgm_katowice">https://platformazakupowa.pl/pn/kzgm_katowice</a> na stronie dotyczącej niniejszego postępowania do dnia <b>13.05.2022r., godz. 9:00</b> . 2. Otwarcie ofert nastąpi w dniu <b>13.05.2022r., godz. 9:15</b> za pośrednictwem <a href="https://platformazakupowa.pl">platformazakupowa.pl</a> , w siedzibie Zamawiającego w Dziale Zamówień Publicznych.

**Z upoważnienia Dyrektora KZGM w Katowicach  
Ewelina Kołodziejczyk - Kozyra  
Kierownik Działu Zamówień Publicznych**

Otrzymują:

- Uczestnicy postępowania,

- NZ – a/a.

Sporządziła: Bettina Wieczorek, Dział Zamówień Publicznych

Informacja dla osób fizycznych, których dane osobowe są przetwarzane przez KZGM w Katowicach: Administratorem Danych Osobowych jest Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach z/s 40-126 Katowice ul.Grażyńskiego 5, skr. pocztowa 334, tel:32 258 20 21 do 25, fax: 32 258 20 25, NIP: 634 269 76 80, REGON: 241031620.



Adres e-mail Inspektora Ochrony Danych: [IOD@kzgm.katowice.pl](mailto:IOD@kzgm.katowice.pl). Dane osobowe przetwarzamy w celu wykonania określonych prawem obowiązków i uprawnień, realizacji zawartych umów oraz gdy jest to niezbędne do wykonania zadań realizowanych w interesie publicznym. Możemy także przetwarzać dane w celu ochrony żywotnych interesów Państwa bądź osób trzecich. Podstawą przetwarzania może być również udzielona zgoda. Dane przechowujemy tylko do czasu spełnienia celów, dla których je zebraliśmy lub przez okres wymagany przez przepisy prawa. Przekażemy dane tylko takim odbiorcom, których udział w realizacji celów przetwarzania jest niezbędny, lub które są uprawnione do ich przetwarzania na podstawie przepisów prawa. Podanie danych osobowych jest obowiązkowe, w sytuacji gdy przesłankę przetwarzania tych danych stanowi przepis prawa lub zawarta między stronami umowa. Mają Państwo prawo żądania dostępu do swoich danych osobowych, ich sprostowania i usunięcia, ograniczenia przetwarzania (o ile realizacja tych praw nie będzie w sprzeczności z realizacją celów przetwarzania), prawo do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania i skargi do PUODO, a w przypadku gdy podstawą przetwarzania jest zgoda – prawo do wycofania tej zgody, bez wpływu na zgodność z prawem przetwarzania dokonanego do momentu wycofania zgody.

