

Sygn. akt: KIO/KU 31/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 czerwca 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 13 maja 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (prowadzący postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski w Sosnowcu), dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej (znak: UZP/DKUE/KU/30/15) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wykonanie robót budowlanych na odcinku Krzeszowice-Kraków Mydlniki w ramach zadania: „modernizacja linii kolejowej E30, etap II odcinek Zabrze-Katowice-Kraków”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie :	Przemysław Dzierzędzki Dagmara Gałczewska-Romek

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych na odcinku Krzeszowice-Kraków Mydlniki w ramach zadania: „modernizacja linii kolejowej E30, etap II odcinek Zabrze-Katowice-Kraków”*.

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp, poprzez niezawarcie w projekcie umowy o roboty budowlane postanowień dotyczących wysokości kar umownych z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Prezes Urzędu ustalił w toku kontroli, że z postanowień wzoru umowy, będącego załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wynika wysokość kary umownej za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty. W związku z powyższym, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie, który z zapisów warunków umowy zawiera postanowienie wskazane w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił, iż postanowienie to zawarte zostało w zapisach Warunków Umowy w Subklauzuli 8.7 *Kary Umowne* lit. s, które to zapisy należy odczytywać z Subklauzulą 4.4 *Podwykonawcy, Dostawy i Usługodawcy* ust. 2 lit. a i b.

W wyniku kontroli ustalono, że powołane przez Zamawiającego postanowienia umowy stanowią:

„SubKLAUZULA 4.4. Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy.

Zawarcie Umowy o podwykonawstwo z Podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą Robót wymaga każdorazowej zgody Zamawiającego, w związku z tym:

- a) *Wykonawca zamierzający zawrzeć Umowę o podwykonawstwo (bądź dokonać zmiany w takiej umowie) obowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu oraz Inżynierowi projektu tej umowy (a także projektu jej zmiany), przy czym Podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę Wykonawcy na zawarcie Umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy (bądź zgodę na zmianę tej umowy). Przedłożony projekt Umowy o podwykonawstwo (bądź projekt jej zmiany) musi być zgodny z obowiązującymi przepisami prawnymi, w szczególności zaś z Ustawą Prawo zamówień publicznych.*

b) Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia pisemnych zastrzeżeń do przedstawionego projektu Umowy o podwykonawstwo (a także projektu jej zmiany) w szczególności w sytuacji, o której mowa w art. 143b ust. 3 upzp, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia mu tejże umowy (projektu jej zmiany). Niezgłoszenie przez zamawiającego pisemnych zastrzeżeń do przedłożonego projektu Umowy o podwykonawstwo (a także do projektu jej zmiany) w tym terminie uważane będzie za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego.

(...)

SubKLAUZULA 8.7 Kary umowne.

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za:

s) za nieprzedstawienie Zamawiającemu w terminie wskazanym poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii Umowy z podwykonawcą lub jej zmiany bądź też za przedstawienie umowy z podwykonawcą niezgodnej z postanowieniami określonymi w SubKLAUZULI 4.4 [Podwykonawcy] – karę w wysokości 0,02 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”.

Prezes Urzędu wskazał, że ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi:

Art. 36. 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

(...)

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”;

Art. 143d. 1. Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:

(...)

7) wysokości kar umownych, z tytułu:

(...)

d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

W Informacji o wyniku kontroli wskazano, że powołane przez Zamawiającego postanowienia wzoru umowy nie zawierają zapisów, które pozwalałyby na ustalenie wysokości kary umownej z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty. Nie jest również możliwym dokonanie wykładni umowy, zarówno wskazanych przez Zamawiającego zapisów, jak i całości umowy, która pozwalałaby na ustalenie wysokości kary umownej z ww. tytułu. Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp.

W dniu 13 maja 2015 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, kwestionując stanowisko Prezesa Urzędu o naruszeniu art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp.

Zamawiający powołał się na treść subklauzuli 4.4 oraz subklauzuli 7.8, podnosząc, że na ich podstawie przewidziana jest kara umowna z tytułu nienależytego wykonania umowy, które może przybrać następującą postać:

1. nieprzedstawienia Zamawiającego w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą lub zmiany umowy,
2. zmiany umowy z podwykonawcą (ze względu na zastosowanie spójnika lub, który stanowi alternatywę rozłączną pozwalającą na wyodrębnienie z zapisu cytowanego powyżej postanowienia umownego wszystkich przypadków braku zmiany umowy jako przejawów jej nienależytego wykonania),
3. lub przedstawienia umowy niezgodnej z treścią subklauzuli 4.4.

W ocenie Zamawiającego, przypadek nienależytego wykonania umowy wskazany w punkcie 2 zawiera w sobie wszystkie sytuacje, w których wykonawca nie dokona zmiany umowy zgodnie z procedurą określoną w subklauzuli 4.4, a więc również przypadek niedokonania zmiany w zakresie terminu płatności wynagrodzenia podwykonawcy.

Zamawiający powołał się na opinię prawną zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w której stwierdzono, że *katalog obowiązkowych (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii.*

Zamawiający stwierdził, że ustawodawca ani w treści ustawy, ani uzasadnienia nie wskazuje, w jaki sposób zamawiający ma implementować zapisy art. 143d ust. 1 pkt 7 do treści umowy z wykonawcą. Zgodnie z subklauzulą 8.7 w związku z subklauzulą 4.4 pkt 2 zamawiający jest uprawniony do nałożenia na wykonawcę kary umownej w wysokości 0,02% zaakceptowanej kwoty kontraktowej w sytuacji, gdy projekt umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany jest niezgodny z ustawą, w treści lit. b znajduje się wprost odwołanie do art. 143b ust. 3, który w pkt 2 odwołuje się do ustawowo określonego terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który wynosi nie więcej niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy faktury lub rachunku. W związku z tym Zamawiający w sposób szeroki określił przesłanki nałożenia na wykonawcę kary umownej związanej z niezgodnymi z ustawą terminami zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, co w ocenie Zamawiającego wypełnia dyspozycję ww. przepisu.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zgłoszonych zastrzeżeń, wskazując na niezgodną z regułami wykładni interpretację subklauzuli 8.7 lit. s i kwestionując stanowisko Zamawiającego, że z powyższej klauzuli wynika możliwość nałożenia kary umownej w każdej sytuacji, w której wykonawca nie dokona zmiany umowy zgodnie z procedurą określoną w umowie, w tym w również gdy nie dokona zmiany w zakresie terminu płatności wynagrodzenia podwykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, jakoby spójnik „lub” stanowił alternatywę rozłączną, pozwalającą na wyodrębnienie z postanowienia umownego wszystkich przypadków braku zmiany umowy jako przejawów jej nienależytego wykonania, Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z zasadami logiki spójnik „lub” jest funktorem alternatywy nierozłącznej, a spójnik „albo” – alternatywny rozłącznej.

Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że nawet w przypadku zastosowania tworzącego alternatywę rozłączną spójnika „albo” przedmiotowy zapis umowy dotyczy jedynie sytuacji, w której wykonawca nie przedstawia zamawiającemu umowy z podwykonawcą, nie przedstawia zmiany takiej umowy, bądź też przedstawia umowę z podwykonawcą, której treść jest niezgodna z postanowieniami subklauzuli 4.4. Zastosowanie spójnika „lub” wskazuje jedynie, że kara umowna może zostać nałożona zarówno w przypadku nieprzedstawienia umowy z podwykonawcą, jak i w przypadku nieprzedstawienia jej zmiany, nie otwiera natomiast w żaden sposób katalogu sytuacji pozwalających na nałożenie kary umownej. W ocenie Prezesa Urzędu, postanowienie subklauzuli 8.7 lit. s nie wskazuje, że wykonawca obowiązany będzie zapłacić karę umowną w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Prezes Urzędu wskazał ponadto, że brak dokonania zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty jest czym innym, niż przedłożenie umowy niezgodnej z obowiązującym prawem bądź nieprzedłożenie zmiany umowy, bowiem wskazane czynności charakteryzuje działanie po stronie wykonawcy, zaś brak zmiany umowy jest rezultatem jego bierności w sytuacji, gdy winien był podjąć działanie. Co za tym idzie, celem zabezpieczenia zamawiającego na ewentualność zaniedbania wykonawcy w zakresie zmiany umowy o podwykonawstwo, umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą winna zawierać postanowienie określające wysokość kary umownej w przypadku zmiany umowy w zakresie terminu zapłaty.

Odnosząc się do przywołanej przez Zamawiającego opinii Urzędu Zamówień Publicznych Prezes Urzędu podniósł, że Zamawiający posłużył się jedynie fragmentem opinii, pomijając m.in. jej podsumowanie, w którym wskazano, że *umowa w sprawie zamówienia publicznego będąca umową o roboty budowlane powinna zawierać*

postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp. Brak ww. postanowień stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp. Prezes Urzędu podtrzymał przedstawione w opinii stanowisko, że szczegółowe uregulowanie kwestii, których dotyczą postanowienia wskazane w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp, pozostają w dyspozycji zamawiającego, jednak postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp muszą znaleźć się w umowie, zaś szczegółowe uregulowanie dotyczyć może np. wysokości kary umownej, treści zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami, czy terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zdaniem Prezesa Urzędu, nie pozostawia wątpliwości, że postanowienia te muszą być w umowie zamieszczone, natomiast swobodną decyzją zamawiającego jest to, jaki przybiorą one kształt i szczegółową treść.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w pełni podzieliła dokonaną przez Prezesa Urzędu ocenę w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp oraz przedstawioną na jej uzasadnienie argumentację.

Zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp, umowa o roboty budowlane zawiera postanowienia dotyczące wysokości kar umownych z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty. Przywołany przepis należy rozumieć jako wprowadzenie bezwzględnego obowiązku zamieszczenia w umowie o roboty budowlane postanowień wprowadzających kary umowne z ww. tytułu i określających ich wysokość, przy pozostawieniu uznaniu zamawiającego określenia wysokości kar umownych. Zatem wysokość kar umownych musi być w umowie obowiązkowo określona, nie została ona natomiast narzucona przez ustawodawcę.

W ocenie Izby słusznie Prezes Urzędu stwierdził, że przygotowany przez Zamawiającego wzór umowy nie zawiera postanowień, o których mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp, a argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach jest nieprawidłowa.

Po pierwsze stwierdzić należy, że obowiązkowi zapłaty kary umownej z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłat (a tym samym wysokości tej

kary) nie sposób wywieść z treści subklauzuli 8.7. Niezależnie od tego, że użyty w przedmiotowym postanowieniu spójnik „lub” nie stanowi – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – alternatywy rozłącznej (kwestia ta w ocenie Izby nie ma znaczenia dla interpretacji treści ww. subklauzuli pod kątem zarzuczonego naruszenia przepisów), zaznaczyć należy, że subklauzula 8.7 określa zamknięty katalog przypadków skutkujących obowiązkiem zapłaty kary umownej, wprowadzając obowiązek zapłaty takiej kary (i określając jej wysokość) jedynie na wypadek: 1) nieprzedstawienia Zamawiającemu umowy z podwykonawcą, 2) nieprzedstawienia zmiany takiej umowy, 3) przedstawienia umówienia umowy niezgodnej z postanowieniami subklauzuli 4.4. W zakresie żadnego z ww. przypadków nie mieści się kara umowna za zaniechanie zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty. Skuteczne dochodzenie kary umownej z tego tytułu byłoby, w ocenie Izby, w praktyce niemożliwe. Tym samym nie został zrealizowany założony przez ustawodawcę cel, jakim jest zabezpieczenie zamawiającego na wypadek zaniedbań wykonawcy.

Chybiona jest również argumentacja Zamawiającego odwołująca się do opinii Urzędu Zamówień Publicznych. Z przywołanej opinii wynika jedynie, że swobodnej decyzji zamawiającego pozostawione zostało szczegółowe uregulowanie kwestii kar umownych, przez co należy rozumieć postanowienia dotyczące np. wysokości takich kar czy mechanizmu ich ustalania. Jednocześnie z opinii jednoznacznie wynika, że przepis art. 143d ust. 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny i nie daje zamawiającemu swobody wyboru, czy wprowadzić do umowy kary umowne z tytułów wskazanych w tym przepisie, zaś brak ww. postanowień stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający ma bezwzględny obowiązek określić w umowie o roboty budowlane kary umowne m.in. z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, natomiast wysokość tych kar czy sposób ich ustalenia nie został przez ustawodawcę narzucony i zależy od decyzji zamawiającego. Nie można więc stwierdzić, aby przedmiotowa opinia mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd co do interpretacji art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp i stanowić usprawiedliwienie dla niezrealizowania nałożonego powyższym przepisem obowiązku.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego i wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....