

Katowice, dnia 13 stycznia 2021 r.

ZP.261.22.27.2021.GZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, montaż i serwis stacjonarnych automatów biletowych wraz z oprogramowaniem” (nr postępowania: ZR/1/ZP/22/20).

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach jako Zamawiający informuje, że w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zamawiający przekazuje treść zapytania (pisownia oryginalna) wraz z następującym wyjaśnieniem.

#### Pytanie:

Dotyczy Zał. 8 I, 8.II, 8.III, 8.IV do SIWZ:

Zwracamy się o wyjaśnienie w oparciu o jaką podstawę prawną Zamawiający rozszerzył w §10 ust. 1 i ust. 3 wzór umowy ZTM, a w pozostałych trzech wzorach umów stanowiących załączniki do SIWZ w § 9 ust. 1 i ust. 3, katalog podstaw dla odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, podczas gdy przepis art. 145 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w sposób wyczerpujący wymienia podstawy dla odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (treść art. 145 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych ujęta została w ust. 2 §10 wzoru umowy ZTM, a w pozostałych wzorach w ust. 2 § 9 wzorów umów).

Art. 145 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych jest przepisem szczególnym wobec art. 395 kodeksu cywilnego co powoduje, że poza przypadkami wskazanymi w art. 145 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający nie może dodawać innych podstaw dla możliwości odstąpienia od umowy, co oznacza, że zapisy zaproponowane w § 10 ust. 1 i ust. 3 wzoru umowy ZTM jako sprzeczne z treścią art. 145 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych powinny zostać wykreślone z wzoru umowy.

Do kwestii braku możliwości dodawania przez Zamawiającego innych niż wymienione w art. 145 ust. 1 pzp podstaw dla odstąpienia od umowy Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w wyroku z 18 maja 2015 r. (KIO 897/15), w którym wskazano:

„W ocenie Izby obecne brzmienie klauzuli 15.5 pozostaje w sprzeczności z regulacją zawartą w art. 145 ustawy Pzp. Art. 145 ustawy Pzp przewiduje możliwość odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że możliwość jego zastosowania nie może być wyłączona wolą stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowi on samoistną podstawę takiego odstąpienia. Tym samym niejako w każdy kontrakt publiczny, z mocy ustawy, wpisana jest klauzula odstąpienia. Klauzula referująca do wydarzeń przyszłych i niepewnych, których wystąpienia nie tylko nie sposób przewidzieć, ale też dokładnie zdefiniować. Ustawodawca przewidział

więc w ustawie Pzp regulację szczególną w stosunku do art. 395 kodeksu cywilnego ograniczającą umowne prawo stron odstąpienia od umowy o realizację zamówienia publicznego. Prawo to przysługuje wyłącznie Zamawiającemu i może z niego korzystać w ściśle określonej sytuacji. Regulacja pozostaje w zgodzie z naturą umów o w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca podpisujący umowę o realizację zamówienia publicznego czyni to w przeświadczeniu, iż wzajemne zobowiązania zostaną wykonane tj. zrealizowany zostanie cel publiczny określony w SIWZ, w zamian za co wykonawca otrzymania odpowiednie wynagrodzenia, zaś prawo odstąpienia będzie przysługiwać Zamawiającemu wyłącznie w sytuacji, gdy realizacja celu zamówienia nie będzie już w interesie publicznym. Dlatego też ustawodawca wyłączył możliwość dowolnego ustalenia przez strony przypadków uprawniających do umownego odstąpienia od umowy, wprowadzając regulację szczególną, która prawo odstąpienia do umowy wiąże z celem postępowania czyli realizacją interesu publicznego. Gdyby ustawodawca pozostawił stron dowolność w określeniu podstaw do odstąpienia od umowy, wówczas zbędna byłaby regulacja zawarta w art. 145 ustawy pzp. Oczywiście jest również, że art. 145 ustawy Pzp nie wyłącza ustawowego prawa odstąpienia od umowy wynikającego z przepisów kodeksu cywilnego tj. z art. 491 i nast. kodeksu cywilnego. Potwierdził to również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 kwietnia 2010 r. (III CKN 1320/00) wskazując, że iż kwestię odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego oceniać należy w odniesieniu do przesłanek wskazanych w przepisach Kodeksu cywilnego, z wyjątkiem przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, o którym mowa w art. 77 ustawy o zamówieniach publicznych (obecnie art. 145 ustawy Pzp).

W analizowanej sprawie przesłanka odstąpienia zakwestionowana przez Odwołującego narusza regulację art. 145 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem zastrzega sobie jednostronne prawo do odstąpienia od niewykonanej części zamówienia posługując się niedookreślonym pojęciem „niezasadności” realizacji zamówienia. Tak ukształtowane umowne prawo odstąpienia jest niezgodne z regulacją zawartą w art. 145 ustawy Pzp i winno zostać wykreślone ze wzoru umowy. Zamawiający winien wyłącznie odwołać się do art. 145 ustawy Pzp, która jest wyczerpującą regulacją co do zakresu możliwości odstąpienia stron od umowy o realizację zamówienia publicznego.”

#### **Podobne stanowisko KIO przedstawiła w wyroku z 15 czerwca 2015 r.(KIO 1040/15, KIO 1043/15)**

„(...) okoliczność decydująca o zastosowaniu tej normy musi mieć charakter nieprzewidywalny. Tymczasem Zamawiający już teraz tę okoliczność identyfikuje, a w dodatku chce przesądzić, że wypełnia ona dyspozycję art. 145 ust. 1 Pzp (...). Wprowadzenie tego rodzaju ustaleń nie koresponduje z celem i treścią art. 145 Pzp”.

Czy w związku z powyższym Zamawiający wykreśli sprzeczne z treścią art. 145 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych zapisy §10 ust. 1 i ust. 3 wzoru umowy ZTM oraz zapisy § 9 ust. 1 i ust. 3 pozostałych 3 wzorów umów dołączonych do SIWZ w niniejszym postępowaniu, tj. zapisy o treści jak poniżej:

*Ust. 1 Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej Umowy w części lub całości w przypadkach przewidzianych w postanowieniach niniejszej umowy, a także w przypadku rażącego naruszenia przez Wykonawcę warunków niniejszej umowy, w szczególności:*

- a) *w sytuacji istotnych opóźnień (powyżej 30 dni) w realizacji harmonogramu realizacji przedmiotu umowy, o którym mowa w § 5 ust. 1 niniejszej umowy, przy czym*

*Zamawiający może odstąpić z tej przyczyny w terminie 90 dni, licząc od dnia powstania opóźnienia,*

- b) dostarczenia do testów automatu serwisowego/testowego, o którym mowa w § 5 ust. 5 niniejszej umowy niespełniającego wymagań określonych w umowie, przy czym Zamawiający może odstąpić z tej przyczyny w terminie 90 dni, licząc od dnia powzięcia przez Zamawiającego wiedzy na temat niespełniania w/w wymagań,*
- c) opóźnienia (powyżej 30 dni) w realizacji obowiązków określonych w § 3 ust. 1.1 w stosunku do terminu tam wskazanego bez konieczności kierowania do Wykonawcy jakiegokolwiek dodatkowego wezwania, przy czym Zamawiający może odstąpić z tej przyczyny w terminie 90 dni, licząc od dnia powstania opóźnienia,*
- d) opóźnienia (powyżej 30 dni) w realizacji obowiązków określonych w § 3 ust. 1.2 w stosunku do terminu tam wskazanego bez konieczności kierowania do Wykonawcy jakiegokolwiek dodatkowego wezwania, przy czym Zamawiający może odstąpić z tej przyczyny w terminie 90 dni, licząc od dnia powstania opóźnienia,*
- e) opóźnienia (powyżej 30 dni) w realizacji obowiązków określonych w § 1 ust. 11 w stosunku do terminu tam wskazanego bez konieczności kierowania do Wykonawcy jakiegokolwiek dodatkowego wezwania, przy czym Zamawiający może odstąpić z tej przyczyny w terminie 90 dni, licząc od dnia powstania opóźnienia,*
- f) naruszenia przez Wykonawcę innych niż wskazane wyżej postanowień niniejszej umowy, jeśli pomimo udzielenia mu dodatkowego 14-dniowego terminu, nie wykona ciężących na nim obowiązków i/lub nie zaniecha naruszeń i/lub nie przywróci stanu zgodnego z postanowieniami niniejszej umowy.*
- g) jeśli łączna kwota kar umownych naliczonych przez Zamawiającego przekroczy 25% wynagrodzenia brutto określonego dla zamówienia podstawowego tj. wskazanego w § 7 ust. 2 lit. a).*

*Ust. 3 .W przypadku podjęcia w trakcie realizacji niniejszej umowy przez Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię decyzji w przedmiocie rezygnacji z kontynuacji i/lub utrzymania systemu ŚKUP, z którym zgodnie z niniejszą Umową mają być zintegrowane automaty biletowe, Zamawiający może odstąpić od umowy w części lub całości w terminie 90 dni, licząc od dnia podjęcia w/w decyzji przez Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię.*

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż w doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) dominuje stanowisko, zgodnie z którym art. 145 pzp nie wyłącza możliwości wprowadzania do umowy o udzielenie zamówienia publicznego umownego prawa do odstąpienia opartego o art. 395 K.c. w zw. z art. 139 pzp. W szczególności Zamawiający wskazuje, iż KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. KIO 2578/15 stwierdziła, iż: „ (...) zamawiający na gruncie ustawy ma dogodniejszą pozycję, nie tylko dlatego że jemu przysługuje jednostronnie rola kształtowania warunków postępowania oraz projektu umowy, ale także dlatego, że ustawodawca już w ustawie przewidział dodatkowe, niezależne od umownych regulacje poprawiające pozycję zamawiającego w ramach ukształtowanego stosunku umownego, przewidując **dodatkową, niezależną od ewentualnie przewidzianej na podstawie art. 395 KC w umowie podstawę do odstąpienia od umowy.** Zgodnie bowiem z art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Oznacza to, że nawet jeśli zamawiający nie skorzysta z przewidzianej w dyspozytywnym przepisie art. 395 KC

*możliwości wprowadzenia postanowień przewidujących uprawnienie do odstąpienia od umowy w ciągu oznaczonego terminu, to takie prawo przysługuje mu z mocy przepisu art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w razie zaistnienia opisanych w nim okoliczności. Jest to zatem autonomiczna podstawa do odstąpienia przez zamawiającego od umowy, istotnie wzmacniająca jego pozycję i dająca mu dodatkowy przywilej w stosunku do wykonawcy“.*

Również w wyroku z dnia 22 stycznia 2014, sygn. KIO 24/14, KIO uznała, iż: *„Przy realizacji zamówień publicznych – uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy zawiera art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że może to nastąpić wówczas, gdy dalsze wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, a sytuacja ta nie była możliwa do przewidzenia w momencie zawarcia umowy. W takim przypadku wykonawca może żądać wynagrodzenia za wykonanie części umowy. Przepis ten nie stanowi o kompleksowej regulacji zakończenia bytu prawnego umowy o zamówienie publiczne. Poprzez art. 139 ust. 1 Pzp zastosowanie mogą znajdować przepisy Kodeksu cywilnego. (...) W przekonaniu Izby, zamawiający w innych postanowieniach SIWZ oraz wzoru umowy w sposób wystarczający zabezpieczył swoje interesy oraz interes publiczny, **opisując podstawy do rozwiązania umowy z wykonawcą i odstąpienia od umowy**, aby miał jeszcze stosować rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem bez podania przyczyn i bez rekompensaty wydatków wykonawcy z tytułu wcześniejszego rozwiązania umowy należycie realizowanej“* (por. również wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. KIO 1300/16 z dnia 5 sierpnia 2016 r.).

Ponadto dopuszczalność wprowadzania do umów prawa do odstąpienia opartego o art. 395 K.c. potwierdza doktryna. W szczególności przytoczyć można stanowisko S. Babiara, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III*, dostęp z poziomu bazy LEX, zgodnie z którym: *„Z ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wynika zakaz stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku regulowania postanowień umownych dotyczących możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy (odstąpienia, wypowiedzenia, rozwiązania za porozumieniem stron). Ustawodawca nie przewidział bowiem odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnośnienie się do uregulowań Kodeksu cywilnego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/2007, LexPolonica nr 1806420 (OSNC-ZD 2008, nr D, poz. 108), strony, w zależności od ich woli, mogą zastrzec prawo odstąpienia od umowy, mogą też określić skutki odstąpienia (w szczególności gdy ma ono skutek ex nunc) i wzajemne obowiązki w razie odstąpienia, inaczej niż przewiduje to art. 395 § 2 k.c.“*

Podsumowując powyższe, Zamawiający stoi na stanowisku, iż wskazane przez Wykonawcę postanowienia nie naruszają art. 145 pzp i odmawia wprowadzenia zmian wnioskowanych przez pytającego w zakresie §10 ust. 1 wzoru umowy ZTM oraz § 9 ust. 1 pozostałych 3 wzorów umów.

**Natomiast w związku z ostatnimi decyzjami wewnętrznymi ZTM odnośnie kontynuacji systemu ŚKUP, Zamawiający, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zmienia treść SIWZ – wykreśla się §10 ust. 3 Załącznika nr 8.I do SIWZ (Wzór umowy na rzecz ZTM) oraz §9 ust. 3 Załącznika nr 8.II do SIWZ (Wzór umowy na rzecz Gminy Łaziska Górne), Załącznika nr 8.III do SIWZ (Wzór umowy na rzecz Gminy Siewierz) i Załącznika nr 8.IV do SIWZ (Wzór umowy na rzecz Gminy Sosnowiec), w związku z czym dotychczasowe ust. 4, 5 i 6 ulegają przenie numerowaniu na ust. 3, 4 i 5.**

Ponadto, Zamawiający informuje, że na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonał przedłużenia terminów podanych w SIWZ. Odpowiednim zmianom uległy daty wskazane:

- a) w **pkt 11.2 oraz 11.3 SIWZ** (terminy składania/otwarcia ofert):

**Zamiast:**

15.01.2021 r.

**Powinno być:**

**22.01.2021 r.**

- b) wskazana w **pkt 9 SIWZ** (termin związania ofertą):

**Zamiast:**

14.04.2021 r.

**Powinno być:**

**22.03.2021 r.**

Zastępca Dyrektora ZTM  
ds. Zarządzania Operacyjnego

(-) Renata Żochowska