

Biznes

kancelarie  rp

Kancelarie RP to nowa jakość w usługach prawnych. Sieć prawna zrzesza dynamicznie rozwijające się, w pełni niezależne kancelarie ze wszystkich województw, a doświadczeni specjaliści udzielają kompleksowej pomocy prawnej.

PRZETARGI PUBLICZNE

W sprawie zmiany wynagrodzenia można się dogadać

Ugoda pozwala zamawiającemu i wykonawcy zamówienia publicznego na wyważenie ryzyk związanych z ustaleniem właściwej treści zmiany umowy, jak i na oszczędzenie czasu i kosztów postępowania sądowego.

TOMASZ SROKOSZ
PATRYCJA FINGAS

Umowy o zamówienie publiczne zawierane są pomiędzy zamawiającymi (np. gminami), a wykonawcami wyłonionymi w wyniku postępowania przewidzianego w jednym z trybów przewidzianych prawem zamówień publicznych (pzp) m.in. w przetargu nieograniczonym lub ograniczonym. Umowy zawarte w trybie zamówień publicznych są umowami cywilnymi, przy zachowaniu specyfiki trybu ich zawarcia (wyboru wykonawcy), jak i ich realizacji, a wynikających z reżimu zamówień publicznych. Uzasadnione to jest m.in. ochroną finansów publicznych. Jednym z szczególnych uregulowań na gruncie ustawy jest ograniczona możliwość zmiany umowy w toku jej realizacji. Treść umowy o zamówienie publiczne, co do zasady przygotowana jest przez stronę publiczną, a tym samym udostępniona jest wykonawcom na etapie składania ofert. Z kolei określenie szczególnych warunków realizacji, w tym ryzyka ekonomicznego stanowiącego przedmiot oceny oraz wyceny należy do wykonawcy w toku ofertowania z ograniczoną możliwością późniejszej zmiany umowy. Powszechna w odniesieniu do umów cywilnych zasada swobody kontraktowania doznaje tu istotnego ograniczenia.

Zmiany umowy

Zamawiający tak z własnej inicjatywy, jak i na wniosek wykonawcy co do zasady nie może zmienić umowy o zamówienie publiczne, chyba że ziszcila się jedna z przesłanek określonych w przepisach. Regulacją ograniczającą swobodę zmiany umowy o zamówienie publiczne stanowi art. 144 pzp. W swoim poprzednim brzmieniu dopuszczał dokonanie istotnej zmiany umowy wyłącznie w przypadku, gdy zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówienie publiczne. Na gruncie tego niejasnego postanowienia ustawowego wykształciła się stosunkowo jednolita linia orzecznicza, która stanowiła, że przez „przewidzenie” możliwości zmiany umowy winno się rozumieć precyzyjne określenie tak przesłanki jej zmiany (okoliczności, której zaistnienie uprawniać miało strony do

KOMENTARZ EKSPERTA

dr Tomasz Srokosz

partner
Kancelaria Andersen
Tax & Legal



Patrycja Fingas

radca prawny
Kancelaria Andersen
Tax & Legal



Niejednokrotnie w interesie zarówno zamawiającego jak i wykonawcy, korzystniejsze może okazać się skorzystanie z ugody. W sytuacji bowiem, w której nie sposób jest ustalić ekwiwalentu świadczenia wykonawcy, czy to na skutek nadzwyczajnej zmiany stosunków prawnych, czy też nierzetelnego przygotowania postępowania o zamówienie publiczne, strony mogą dokonać podziału ryzyka zmiany stosunków prawnych, która nastąpiła w danym przypadku. Podział ów znajdzie zaś swoje odzwierciedlenie w ustępstwach umgodowych, które stanowią konstytutywny

element tej instytucji prawnej. W takich przypadkach bowiem alternatywą dla ugody stanowi bądź aneks, który powinien być oparty na zasadzie ekwiwalentności świadczeń stron umowy lub pozew jako rozwiązanie długotwale i nieprzewidywalne, a także kosztowne zważywszy na wartość umów zamówieniowych. Ugoda zatem pozwala stronom na wyważenie tak ryzyk związanych z ustaleniem właściwej treści zmiany umowy (w tym np. wartości należnego wykonawcy wynagrodzenia), jak i na oszczędzenie czasu i kosztów postępowania sądowego. /©

zmiany umowy), jak i oznaczenia charakteru zmiany, jaka dopuszczalna jest w przypadku ziszczenia się danej przesłanki. Na gruncie obowiązującego brzmienia art. 144 pzp wyżej oznaczone postulaty orzecznictwa zostały uwzględnione, tj. aktualnie brzmienie art. 144 ust. 1 pkt 1) ustawy wyraźnie obliguje zamawiających do precyzyjnego określenia klauzul umownej zmiany kontraktu o zamówienie publiczne. Ponadto aktualne brzmienie art. 144 ust. 1 zawiera pięć odrębnych, przesłanek zmiany umowy o zamówienie publiczne, która jest możliwa gdy:

- realizacja dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, stała się niezbędna (przy jednoczesnym spełnieniu określonych w przepisach warunków);
- konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50 proc. wartości zamówienia;
- wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca (przy jednoczesnym spełnieniu określonych w przepisach warunków);
- zmiana umowy, niezależnie od jej wartości, nie jest istotna w rozumieniu PZP;
- łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach i jest mniejsza od odpowiednio 10 proc. lub

15 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie (w zależności, czy zamówienie dotyczy usługi lub dostawy albo robót budowlanych).

To co ma kluczowe znaczenie dla analizowanego zagadnienia, ziszczenie się tak ustawowej jak i umownej przesłanki zmiany umowy nie obliguje zamawiającego do zawarcia aneksu, a jedynie otwiera możliwość dokonania określonej zmiany kontraktowej. W praktyce interpretacja powyższej regulacji stwarza szereg problemów i nieporozumień pomiędzy zamawiającymi, a wykonawcami w rozumieniu ustawy, które często kończą się zawezwaniem do próby ugodowej lub sporem sądowym.

Dopuszczalność ugody

Częstotliwość powstających na gruncie regulacji art. 144 pzp sporów, oraz koszty prowadzonych spraw sądowych prowadzą wprost do pytania o możliwość i celowość zawierania ugód z zamawiającym publicznym. W tej sprawie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyroku z 7 września 2016 r., w sprawie C-549/14, w którym stwierdził że: artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie można wprowadzić istotnej zmiany do udzielonego już zamówienia publicznego nie

wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostałyby uprawnienie do dostosowania, już po jego udzieleniu, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także – szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia.

Zatem ugoda w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna jednak nie może być traktowana jako aneks w pełnym jego znaczeniu. W ugodzie zarówno sądowej jak i poza sądowej strony czynią sobie ustępstwa, natomiast aneks stanowiący element stosunku cywilnego odwołuje się do zasady ekwiwalentności świadczeń. Ta różnica pomiędzy aneksem a ugodą została zauważona przez ustawodawcę. 1 czerwca 2017 roku weszła w życie ustawa z 7 kwietnia 2017 roku o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (DzU 2017 poz. 933), zwana „pakietem wierzytelności”. Ta kompleksowa nowelizacja autorstwa Ministra Rozwoju dotyczy wielu ustaw, w tym także ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. W zakresie, której wprowadza ona nowy art. 54a w następującym brzmieniu:

- „Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.
- Ocena skutków ugody nastąpi, w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego.”

Należy zwrócić uwagę na fakt, że ust. 1 nakazuje dokonać oceny korzyści zawarcia przez podmiot publiczny ugody nie tylko poprzez pryzmat finansowy, ale jako kryterium wskazane są szeroko rozumiane skutki zawarcia ugody dla danego podmiotu albo dla budżetu. Potwierdza to ust. 2, w myśl którego podmiot przy dokonywaniu oceny uwzględni okoliczności sprawy, które stanowią katalog otwarty, a jako przykład wskazuje się przewidywany przebieg i wynik ewentualnego procesu. O tym, że jest to katalog otwarty świadczy użyty zwrot „w szczególności”.

To upoważnienie jednostek sektora finansów publicznych do zawierania ugód w przypadku zaistnienia określonych warunków jest zmianą niebagatelną, gdyż dotychczas polubowne rozwiązywanie sporów cywilnoprawnych pomiędzy podmiotami z sektora prywatnego i publicznego, zwłaszcza poprzez zawarcie ugody, należało do rzadkości. Aby rozwiązać problem i rozwiązać wszelkie wątpliwości, nowelizacja wyłącza z katalogu naruszeń dyscypliny finansów publicznych, wykonanie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa.

Przepisy szczególne regulujące umowy o zamówienie publiczne określają jedynie, katalog okoliczności, w przypadku zaistnienia których, zmiana umowy o zamówienie publiczne jest dopuszczalna. Przepisy te nie regulują jednakże wprost formy, w jakiej powinna być dokonana zmiana umowy o zamówienie publiczne. Regulacja

ustawy pzp stanowi jedynie, że sama umowa o zamówienie publiczne wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej (art. 139 pzp). Z powyższego jednakże, przy odpowiednim stosowaniu przepisów kc, wynika, że również zmiana umowy o zamówienie publiczne winna zostać poczyniona z uwzględnieniem wymogu pisemności. Wymóg pisemności spełnia również porozumienie stron, czy też ugoda, w tym zawarta przed sądem tak wskutek skierowania wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, jak i w skutek skierowania powództwa.

Ugoda czy aneks

Ugodą zamiast aneksem można zmienić umowę o zamówienie publiczne. Podstawę do tego stanowi regulacja dopuszczająca zawieranie ugód przez jednostki sektora finansów publicznych. Ugoda taka jest dopuszczalna z zastrzeżeniem, że jej skutki dla odpowiedzialności Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego ocenione zostaną jako korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Przykładowej analizy oceny korzyści zawarcia ugody w sprawie zmiany umowy o zamówienie publiczne dokonać można na przykładzie wniosku wykonawcy o zmianę umówionego wynagrodzenia z uwagi na nadzwyczajną zmianę sytuacji prawnej lub ekonomicznej czyli rebus stantibus (art. 357¹ kc): Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Wnioski te w praktyce bowiem prowadzą do znacznych rozbieżności pomiędzy stanowiskami wykonawców, a zamawiających publicznych, co do oceny wartości wzrostu wynagrodzenia, co czyni zawarcie aneksu niemożliwym lub znacznie utrudnionym. /©