

ZAWIERANIE UMÓW W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Umowy na nowych zasadach

Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych dość dużo uwagi – w porównaniu ze stanem obecnym – poświęca regulacjom dotyczącym umów w sprawie zamówienia publicznego.

Marzena Jaworska

radca prawny w JMGG Kancelaria Prawna
Jaworska Matusiak Grześkowiak-Stojek
Jarnicka Sp. j.

Szymon Makowski

specjalista ds. zamówień publicznych, JMGG
Kancelaria Prawna Jaworska Matusiak
Grześkowiak-Stojek Jarnicka Sp. j.

Opublikowana w czerwcu tego roku *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych* (dalej: Koncepcja) – owoc długich prac zespołu ekspertów Urzędu Zamówień Publicznych oraz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii – prezentuje wizję nowej ustawy, mającej zastąpić uchwaloną w 2004 r. ustawę Prawo zamówień publicznych. Już sam tytuł Koncepcji wskazuje, że w założeniu autorów ma to być zupełnie nowy system, a nie jak dotychczas jedynie nowelizacja i łatanie aktualnego aktu prawnego. Biorąc pod uwagę zakres niezbędnej reformy – będącej w wielu aspektach wręcz rewolucją – stworzenie nowego systemu wydaje się posunięciem uzasadnionym, gdyż próby pogodzenia planowanych zmian

z istniejącym tekstem pzp mogłyby przynieść legislacyjny bałagan.

**Diagnoza wypaczeń
obecnego systemu**

Zaprezentowanemu dokumentowi daleko jeszcze do formy choćby zbliżonej do gotowego projektu ustawy. Zawiera on podsumowanie obecnych wad systemu zamówień publicznych – będące w zasadzie streszczeniem krytyki podnoszonej przez ekspertów w ostatnich latach – oraz zbiór ogólnych postulatów, wspartych na niektórych polach bardziej konkretnymi propozycjami. Co cenne, dość dużo uwagi w porównaniu ze stanem obecnym poświęcono umowom w sprawie zamówienia publicznego.

Dotychczas zawieranie takich umów nie stanowiło przedmiotu szczególnego zainteresowania ustawodawcy, mimo że umowy te są specyficzne. Przepisy pzp odnoszące się do umów (zawarte w dziale IV pzp) ograniczają się w zasadzie do odesłania do stosowania przepisów ustawy Kodeks cywilny (dalej: kc) w kwestiach nieuregulowanych w ustawie, odnosząc się jedynie do: sposobu udostępniania umowy, jej formy, okresu, na jaki może być zawarta, obowiązkowych postanowień dotyczących zmiany wysokości

wynagrodzenia w przypadkach uzasadnionych zmianą obciążeń publicznonprawnych, umów o roboty budowlane zawieranych z podwykonawcami, mających na celu ochronę ich interesów – a zatem do kwestii, które w praktyce nie mają wymiernego znaczenia dla sytuacji wykonawców i nie zapewniają należytej ochrony ich praw.

Do kształtowania postanowień umowy pośrednio, ale w ograniczonym zakresie, odnoszą się również ogólne zasady udzielania zamówień, w szczególności wyrażona wprost (od nowelizacji z 2016 r.) w art. 7 ust. 1 pzp zasada proporcjonalności. Obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z tą zasadą najczęściej jednak nie jest rozumiany jako rozciągający się również na kształtowanie postanowień umownych. W tym zakresie niemal autorytarnym „gospodarzem postępowania” dotychczas pozostawał zamawiający.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami pzp zamawiający samodzielnie przygotowuje – a faktycznie narzuca – wzór umowy w dokumentacji postępowania. Powoduje to brak równości stron i nierzadko zawieranie w umowach postanowień niekorzystnych dla wykonawców, szczególnie w zakresie kar umownych, opisu przedmiotu i warunków wykonania



zamówienia, a także zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie najczęściej umowy te nie przewidują postanowień dotyczących procedury waloryzacji wynagrodzenia czy też umownego prawa do odstąpienia od umowy przez wykonawcę w jakichkolwiek okolicznościach, nawet uzasadnionych zawinionym działaniem zamawiającego.

Obciążani jednostronnie ryzykiem kontraktowym wykonawcy oczywiście mogą wnosić o zmianę postanowień umownych, jednak w praktyce nie jest to skuteczne narzędzie – postulowane zmiany rzadko bowiem spotykają się z akceptacją zamawiających. W rezultacie ryzyko wynikające z jednostronnie ukształtowanych warunków umownych wliczane jest w cenę oferty, co prowadzi do zawyżenia kosztów realizacji zamówienia, które przecież ostatecznie ponoszone są przez zamawiającego. Nierzadko wykonawcy odstępują od udziału w postępowaniu, co z kolei negatywnie odbija się na konkurencyjności ofert.

Jak wskazują autorzy Konceptcji, obecnym stanem rzeczy są pokrzywdzone w szczególności małe i średnie przedsiębiorstwa, zwłaszcza że aktualnie regulacje dotyczące umów o podwykonawstwo mają na celu głównie wyeliminowanie problemów z płatnościami na ich rzecz, natomiast nie zapewniają należytej ochrony interesów samych wykonawców. W efekcie wiele polskich firm, zwłaszcza z sektora MŚP, nie bierze udziału w postępowaniu w charakterze wykonawców, choć w praktyce realizują zamówienia jako podwykonawcy. Zwiększenie dostępności do zamówień publicznych dla MŚP jest zaś jednym z podstawowych celów stawianych nowemu prawu zamówień publicznych.

Wspomniany wyżej stan rzeczy powodował liczne, narastające przez lata, problemy i wypaczenia związane z rzeczywistym brakiem równowagi stron, właściwej dla umów cywilnoprawnych.

W przypadku wcielenia Konceptcji w życie stan ten uległby zatem poważnej zmianie. Ustawowym regulacjom dotyczącym zawierania umów o realizację zamówienia publicznego poświęcono cały rozdział 8 Konceptcji. Jej autorzy wskazali cechy, które odróżniają umowy w sprawie zamówienia publicznego od umów zawieranych na podstawie kc, a które stanowią odstępstwa od zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc. Nie pozostawili przy tym wątpliwości, że uważają je raczej za bolączki obecnego systemu aniżeli za jego zalety.

W Konceptcji zarysowano wyraźny zamiar zmiany podejścia do umów zawieranych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego oraz do kształtowania ich postanowień. Te ogólne założenia mają być osiągnięte przez nowe przepisy zawierające nie tylko klauzule generalne (zasadę proporcjonalności), ale również klauzule abuzywne i obowiązkowe postanowienia umowy.

Zasada proporcjonalności

W odpowiedzi na wskazane wyżej wyzwania Konceptcja kładzie nacisk na ściślejsze, bardziej restrykcyjne przestrzeganie w stosunku do kształtowania postanowień umownych ogólnej zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 7 pzp. Dokument deklaruje dążenie do zrównoważenia pozycji stron kontraktu oraz do bardziej partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne. Oznaczałoby to ukrócenie najbardziej rażących nierówności w prawach i obowiązkach stron umowy.

Taka klauzula generalna pozostawia jednak szerokie pole do interpretacji, wobec czego sama w sobie raczej nie stanowi wystarczającego zabezpieczenia interesów wykonawców, choć zdecydowanie wzmocni pozycję wykonawców, którzy obecnie mogą powoływać się jedynie na zasadę równowagi stron jako charakterystyczną dla stosunków cywilnoprawnych. Zrównoważeniu interesów stron będzie też służyć

wyraźne potwierdzenie możliwości zaskarżenia postanowień umownych jako niezgodnych z prawem lub wspomnianą zasadą proporcjonalności.

Klauzule abuzywne

Znacznie skuteczniejszym z proponowanych rozwiązań jest wprowadzenie do pzp otwartego katalogu klauzul abuzywnych, który będzie wskazywał zakazane postanowienia umowne szczególnie negatywnie oddziałujące na prawa i obowiązki wykonawców. Za niedozwolone postanowienia umowne słusznie uznaje się:

- 1) naliczanie kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie wynika z winy zamawiającego;
- 2) wprowadzanie nieproporcjonalnie wysokich kar umownych;
- 3) przewidywanie odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe do przewidzenia.

Otwarty charakter tego katalogu zapewniłby mu przy tym elastyczność, uniemożliwiając obchodzenie przepisów zapisami nieprzewidywanymi przez ustawodawcę i pozwalając na zaskarżanie w postępowaniach odwoławczych wszelkich postanowień naruszających zasady ogólne. W Konceptcji zastrzeżono również, że to praktyka obrotu gospodarczego oraz orzecznictwa będzie w miarę potrzeby formułować kolejne przykłady niedozwolonych postanowień umownych. Rozwiązanie takie należy ocenić zdecydowanie pozytywnie, biorąc pod uwagę swobodę zamawiających przy kształtowaniu wzorców umów, która – co do zasady – nie zostanie im odebrana.

Obowiązkowe postanowienia umowne

Ponadto przewiduje się wprowadzenie obowiązkowych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz dotyczących ich realizacji umów o podwykonawstwo.

Do przykładowych zaliczono postanowienia dotyczące:

- 1) zalecanego terminu wykonania umowy określonego w jednostkach czasu z wyłączeniem sytuacji, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione (np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE);
- 2) płatności częściowych;
- 3) klauzul waloryzacyjnych, gdy termin wykonania umowy jest dłuższy niż 12 miesięcy;
- 4) obowiązku zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę o ich równowartość (przy czym ten ostatni obowiązek w zasadzie jest przewidziany w art. 142 ust. 5 pzp, choć w praktyce nie jest prawidłowo stosowany).

Szczególnie istotne będzie wprowadzenie obowiązku wskazania w umowie opisu sposobu dokonywania waloryzacji wysokości wynagrodzenia. Będzie to miało wymierne znaczenie zwłaszcza w przypadku zawierania umów wieloletnich i *de facto* pozwoli na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy, a także zmniejszy ryzyko niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zamówienia. **Możliwość waloryzacji wynagrodzenia jest obecnie niedoceniana przez zamawiających, choć niesie korzyści również dla nich samych – pozwala na nieponoszenie kosztów realizacji zamówienia szacowanych „na zapas” i przyczynia się do eliminowania problemów realizacyjnych wynikłych na skutek zmiany warunków realizacji zamówienia (jakie dla przykładu występują obecnie na rynku budowlanym).**

Należy przy tym zauważyć, że wymienione w Koncepcji postanowienia umowne, planowane jako obowiązkowe, często są już zamieszczane przez zamawiających w projektach umów. Niewskazane wydaje się zatem

Zasada współdziałania stron umowy na etapie jej realizacji

Jedną z nowości w nowym prawie zamówień publicznych ma być nałożenie obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy w celu prawidłowej realizacji umowy. Jest to postulat bardzo ogólny i nieprzesądający o tym, czy obowiązek ten będzie nałożony przepisami prawa, czy też będzie musiał

znaleźć odzwierciedlenie w umowie. Jednak wydaje się, że nie sposób doprecyzować zasad realizacji tego obowiązku w drodze przepisów ustawowych z uwagi na wielką różnorodność zamówień. Szczegółowe określenie zasad współpracy stron umowy w celu prawidłowego wykonania zamówienia powinno

być zatem dokonywane na etapie kształtowania postanowień umownych. Obecnie obowiązek ten wynika z przepisów kc, jednak wielu wykonawców nie zdaje sobie sprawy z możliwości powołania się na te przepisy w sporze z zamawiającym, który nie przejawia woli współpracy podczas realizacji umowy.

wprowadzanie zbyt szczegółowego katalogu postanowień obowiązkowych, zwłaszcza bez możliwości uwzględnienia przy ich stosowaniu specyfiki zamówienia. Każde zamówienie – co podkreśla się zarówno w orzecznictwie, jak i w opiniach UZP – posiada swoje odmienne cechy, wyznaczane jego przedmiotem oraz oczekiwaniami zamawiającego. Zapisy obowiązkowe mogłyby być w niektórych przypadkach zupełnie zbędne lub oderwane od specyfiki zamówienia, niemniej jednak wyraźne wskazanie ich jako obowiązkowych (z dopuszczeniem jednak pewnego uzasadnionego „luzu decyzyjnego”) niewątpliwie skłoni zamawiających do ich stosowania i przyczyni się do poprawy sytuacji wykonawców.

Wzorce umowne

Zdecydowanie pozytywnie należy ocenić pomysł opracowywania przez UZP przykładowych wzorców umów, a także dobrych praktyk dla poszczególnych branż i zamówień. Takie rozwiązanie byłoby poważnym wsparciem zamawiających – szczególnie mniej doświadczonych w prowadzeniu postępowań – i ułatwiłoby wdrażanie dobrych praktyk

w zakresie kształtowania postanowień umów. Pozwoliłoby ono na upowszechnianie odpowiednich zapisów, zabezpieczających interesy obu stron z zachowaniem równowagi między nimi oraz zasady proporcjonalności, w sposób bardziej elastyczny i skuteczny niż przez narzucanie zamawiającym sztywnego katalogu postanowień obowiązkowych. Ustandaryzowanie warunków realizacji zamówień z pewnością zmniejszy wątpliwości interpretacyjne i potencjalne spory na tle realizacji umów, prowadząc do zwiększenia pewności obrotu, choć i w tym wypadku zastrzec trzeba, że wzorce umów nie mogą być stosowane przez zamawiających bezrefleksyjnie. Udostępniane gotowe wzory, co do zasady, nie powinny być wykorzystywane w dosłownym brzmieniu, lecz każdorazowo konieczne jest dostosowanie postanowień przygotowywanej umowy do przedmiotu i okoliczności związanych z realizacją konkretnego zamówienia.

Zwiększenie roli dialogu między zamawiającym a wykonawcami

Oprócz wymienionych powyżej konkretnych propozycji zawartych w Koncepcji autorzy dokumentu wskazują

➤ również na konieczność rozszerzenia przesłanek stosowania trybów negocjacyjnych udzielania zamówień publicznych oraz wykorzystywania instytucji wstępnych konsultacji rynkowych. Narzędzia te niewątpliwie pozwolą na bardziej skuteczne niż dotychczas zgłoszenie postulatów przez wykonawców co do postanowień przyszłej umowy.

Również w tym celu proponowane jest odformalizowanie trybów właściwych do zamawiania innowacji przez wprowadzenie regulacji pozwalających na elastyczne prowadzenie rozmów w możliwie najszerszym zakresie. Co więcej, w odniesieniu do niektórych trybów udzielania zamówień (negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego) proponowane jest zastąpienie siwz przez „nowy, uproszczony dokument, zawierający informacje niezbędne dla wykonawców, pozwalające na podjęcie decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu, a także informacje pozwalające zamawiającemu na sprawne przeprowadzenie kwalifikacji podmiotowej wykonawców, który będzie modyfikowany na kolejnych etapach postępowania”.

Na chwilę obecną nie sposób przewidzieć nawet przybliżonego kształtu ewentualnych propozycji w tym zakresie, nie przedstawiono bowiem żadnych konkretów. Zróżnicowanie niektórych zasad zawierania umów w zależności od trybu prowadzenia postępowania i zwiększenie roli dialogu w trybach negocjacyjnych jest jednak rozwiązaniem właściwym, prowadzącym do większej elastyczności dokonywanych uzgodnień i tym samym do poprawy efektywności udzielanych zamówień.

Środki ochrony prawnej a zawieranie umów

Wiele problemów obecnego systemu zamówień publicznych – wskazywanych od dawna w debacie publicznej

– wiąże się ze środkami ochrony prawnej. Koncepcja zalicza do nich ograniczoną możliwość kwestionowania postanowień umownych na drodze odwoławczej, z uwagi na to, że obowiązujące przepisy nie zawierają wyraźnej podstawy prawnej pozwalającej na zaskarżanie postanowień umownych. Zatem autorzy dokumentu proponują zmiany i w tym zakresie, przez dopuszczenie zaskarżenia postanowień umownych niezgodnych z prawem lub zasadą proporcjonalności. Ma to szczególne znaczenie w obliczu rozwiązań przedstawionych wcześniej. Niecelowe byłoby ściślejsze regulowanie zasad zawierania umów w celu polepszenia pozycji wykonawców, gdyby nie dano im środków do wyegzekwowania swoich praw w tym zakresie. Jako że uregulowanie to ma być w znacznym stopniu dokonane za pomocą ogólnej zasady proporcjonalności, potrzebna jest także możliwość złożenia skutecznego odwołania jedynie na podstawie tak wyrażonej klauzuli generalnej. Doprecyzowanie jej znaczenia dokona się na drodze wykładni (orzecznictwo, doktryna i opinie UZP), podobnie jak to miało już miejsce w odniesieniu do zasad uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.

Koncepcja nie zawiera postulatu ustawowego zawieszenia zawarcia umowy na czas postępowania przed sądem powszechnym. Przewiduje jednak zmiany mogące przynieść podobny skutek w bardziej subtelny sposób. Należy do nich zaliczyć „wprowadzenie rozwiązań pozwalających sądowi właściwemu do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO na rozstrzygnięcie sprawy również w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest wykonana w całości, wobec czego aktualnie sądy okręgowe rozpoznające takie sprawy umarzają postępowanie (...), uznając, iż rozpoznanie sprawy stało się bezprzedmiotowe”. Zamawiający nie będą

mogli zatem niejako legitymizować swoich działań przez zawarcie i realizację kontraktu, wiedząc, że w razie wpłynięcia skargi postępowanie i tak zostanie umorzone jako bezprzedmiotowe (jak to ma miejsce obecnie).

Jeszcze silniejszy efekt może mieć wprowadzenie odszkodowania w stałej wysokości za szkodę wyrządzoną przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, w przypadku gdy sąd zmieni wyrok KIO na korzyść wykonawcy, a doszło już do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z innym wykonawcą, w związku z czym roszczenie wykonawcy o zawarcie z nim umowy stało się bezprzedmiotowe. Takie rozwiązanie, wyjątkowo szczegółowo omówione w Koncepcji, postawiłoby zamawiających przed alternatywą: zawarcie umowy z ryzykiem zapłaty odszkodowania albo wstrzymanie się w oczekiwaniu na wyrok sądu, co – z uwagi na zakładaną profesjonalizację sądów rozpoznających sprawy odwoławcze – nie powinno być zbyt długim okresem.

Dążenie do ograniczenia zawierania umów nie tylko w czasie postępowania odwoławczego przed KIO, ale również podczas stanowiącego jego dalszy ciąg postępowania sądowego wydaje się ze wszech miar słuszne. Nie jest bowiem celem procedur przetargowych doprowadzenie do jak najszybszego zawarcia umowy, lecz uczynienie tego w sposób zgodny z prawem oraz zagwarantowanie realizacji potrzeb zamawiającego na możliwie najkorzystniejszych rynkowych warunkach, przy uwzględnieniu słusznym interesów wykonawców. Należy uznać, że sukcesem prowadzonego postępowania nie jest zawarcie umowy, lecz pomyślne zakończenie realizacji zamówienia. Wszelkie działania zmierzające do tego, nawet jeśli powodują przedłużenie postępowania, są właściwe. ■