

- *W ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje znacznego ograniczenia. Po pierwsze, zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta. Po drugie, to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć. Po trzecie, strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej – tłumaczy z Dziennikowi Warto Wiedzieć dr Mariusz Filipek, radca prawny.*

Dziennik Warto Wiedzieć: Zgodnie z ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Przepis ten wydaje się być wzmocnieniem powszechnie obowiązującej zasady, że umów należy dotrzymywać.

Mariusz Filipek: Zgadza się, ale z drugiej strony przepis ten nie penalizuje dokonania jakichkolwiek zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, a jedynie takie, które naruszają przepisy o zamówieniach publicznych. Dlatego też naruszenie, o którym w nim mowa należy wiązać naruszeniem art. 144 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Co prawda legislator nie określa jaka zmiana umowy posiada cechę zmiany o charakterze istotnym, jednakże niewątpliwie uznać należy, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania winna być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, dopuszczałyby inne podmioty niż te, które pierwotnie złożyły oferty.

Dziennik Warto Wiedzieć : Oceniając takie zmiany można by się chyba odwołać do znanego prawu cywilnemu podziałowi na istotne i nieistotne elementy czynności prawnej?

Mariusz Filipek: W przypadku umów zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotniejsza jest recenzja wpływu zmian na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Stanowisko takie potwierdza orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 22 lutego 2016 r. BDF1.4800.161.2015 tzn. cyt. „*Cywilistyczny podział elementów treści czynności prawnych na istotne (essentialia oraz accidentalia negotii) i nieistotne (naturalia negotii) nie przystaje do istotności postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 p.z.p. Generalnie należy uznać, iż istotne zmiany wszystkich postanowień umowy, zarówno przedmiotowo jak i podmiotowo istotnych, są względnie zakazane na gruncie art. 144 ust. 1 p.z.p. Wyznacznikiem istotności zmiany pozostaje z jednej strony jej ewentualny wpływ na krąg wykonawców, którzy ubiegaliby się o dane zamówienie, a z drugiej strony - na wynik postępowania i określone przez wykonawcę wynagrodzenie*”. Tym samym niewątpliwie zmiana umowy w zakresie terminu realizacji jej przedmiotu należy do kategorii istotnych zmian warunków umowy bowiem na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalenie terminu wykonania przedmiotu umowy ma istotny wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie i bezwzględnie może stanowić o konkurencji. Warto przytoczyć również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 9 sierpnia 2016 r. KIO 1366/16 cyt. „*Okoliczność przedłużania się postępowania nie stanowi wady postępowania a jest okolicznością wpisaną w naturę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym niemożność świadczenia w zakresie i terminie przewidzianym jest zjawiskiem do przewidzenia i samo jako takie nie może stanowić wady postępowania tkwiącej w tym postępowaniu od początku a także wadą niemożliwą do usunięcia nawet przy uwzględnieniu reżimu przewidzianego przepisem art. 144 ust. 1 p.z.p.*”.

Dziennik Warto Wiedzieć: Innymi słowy zamawiający nie może zmieniać ustalonych warunków zamówienia sprecyzowanych i znanych wykonawcom - na etapie oceny ofert, a tym bardziej nie może odstępować od postanowień określonych na etapie przygotowania postępowania i następnie

przeniesionych do umowy, przez co doprowadzać do zmian realizacji umowy. Zatem jakie zmiany można uznać za dopuszczalne?

Mariusz Filippek: Przede wszystkim za takie zmiany, które nie mają charakteru istotnego. A także takie, które zostały przez zamawiającego uprzednio przewidziane. Pamiętać też trzeba, że wśród przesłanek zawartych w art. 144 ust. 1 p.z.p. dotyczących zmiany umowy wymaga się wykazania, czy zmiany są istotne, czy są nieistotne.

Dziennik Warto Wiedzieć: A w jakich sytuacjach potencjalny wykonawca może kwestionować postanowienia tzw. wzoru umowy i na etapie postępowania o udzielenie zamówienia?

Mariusz Filippek: Na tym etapie wykonawcy mogą kwestionować wzór umowy, jeżeli niejednoznaczność, czy niepełność jego postanowień nie pozwala na zidentyfikowanie przedmiotu umowy lub wzajemnych obowiązków stron (w tym oszacowania ceny oferty bez ponoszenia nadmiernych ryzyk). A także gdy wprowadzone do wzoru postanowienia prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawca zainteresowany postępowaniem o zamówienie publiczne i zdolny do jego należytego wykonania nie może złożyć konkurencyjnej lub porównywalnej oferty, albo w sytuacji, gdy zawarcie umowy na warunkach opisanych w istotnych postanowieniach przyszłej umowy prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa albowiem zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Potwierdza to też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 3 października 2012 r. KIO 2015/12 cyt. „*Pomiędzy przedmiotem zamówienia, przedmiotem oferty i przedmiotem umowy musi istnieć znak równości*”.

Dziennik Warto Wiedzieć: Można zatem powiedzieć, że zasada swobody umów jest ograniczana?.

Mariusz Filippek: Dokładnie tak. Doznaje – w przypadku kontraktów zawieranych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego - znacznego ograniczenia. A ma to związek ze specyfiką tak zawieranych stosunków cywilnoprawnych. Po pierwsze, zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta. Po drugie, to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć. Po trzecie, strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. O czym również świadczy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 12 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 475/10 cyt. „*Przepisy p.z.p. dotyczące umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych zawierają ograniczenie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c., co wyraża się m.in. w ograniczeniu dopuszczalności zmiany umowy do okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie. Przy tak rygorystycznych ograniczeniach zmiany umowy Zamawiający tym bardziej precyzyjnie musi określić przedmiot zamówienia, który będzie realizowany*”.

Dziennik Warto Wiedzieć: Serdecznie dziękuję za rozmowę.

Mariusz Filippek - doktor nauk prawnych, radca prawny, specjalista z zakresu prawa zamówień publicznych, medycznego, budowlanego, samorządu terytorialnego. W latach 2009-2011 był konsultantem do spraw zamówień publicznych w Programie Operacyjnym Kapitał Ludzki w Ministerstwie Sprawiedliwości. Od 2012 roku asystent w Katedrze i Zakładzie Zdrowia Publicznego Uniwersytetu Medycznego w Lublinie. Wykładowca w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Lublinie oraz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie – Skłodowskiej w Lublinie. Wspólnik zarządzający Kancelarii Prawnej Filippek & Kamiński sp.k., Prezes Stowarzyszenia „Aktywna Europa”, wiceprezes Pracodawców Ziemi Lubelskiej, wiceprzewodniczący rady nadzorczej Targów Lublin S.A. oraz

Kategoria: Wywiady

Opublikowano: piątek, 13, październik 2017 00:05

Sylwia Cyrankiewicz-Gortyńska

Odsłony: 2872

wiceprzewodniczący rady nadzorczej Powiatowego Centrum Zdrowia sp. z o.o. w Opolu Lubelskim. Prelegent szeregu wykładów i szkoleń. Autor licznych publikacji o tematyce związanej z prawem. Współpracuje min. z pismem samorządu terytorialnego „WSPÓLNOTA”, „Rzeczpospolita”, „Forum Samorządowe”, „Serwisem Administracji Samorządowej”, „Inżynierem Budownictwa”, portalem „Onet Biznes”, portalem „prawopl.pl”.