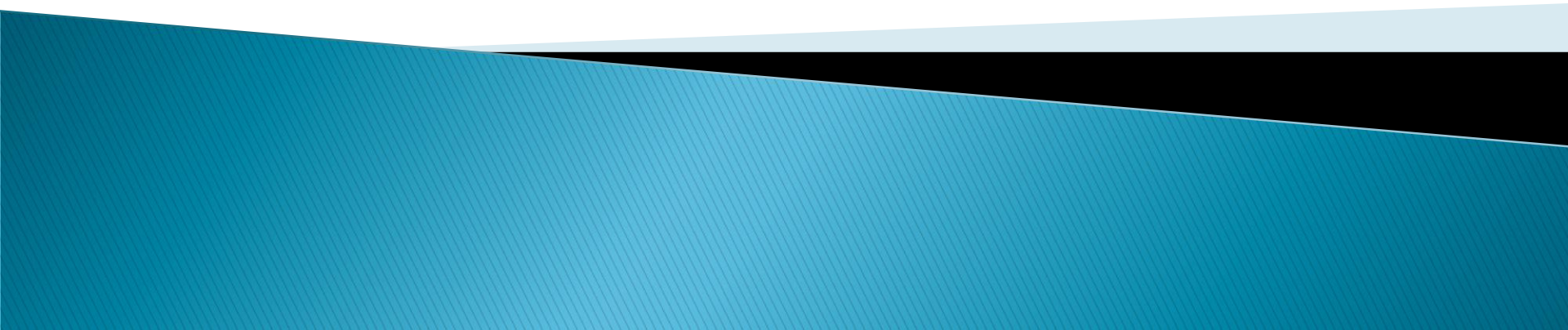
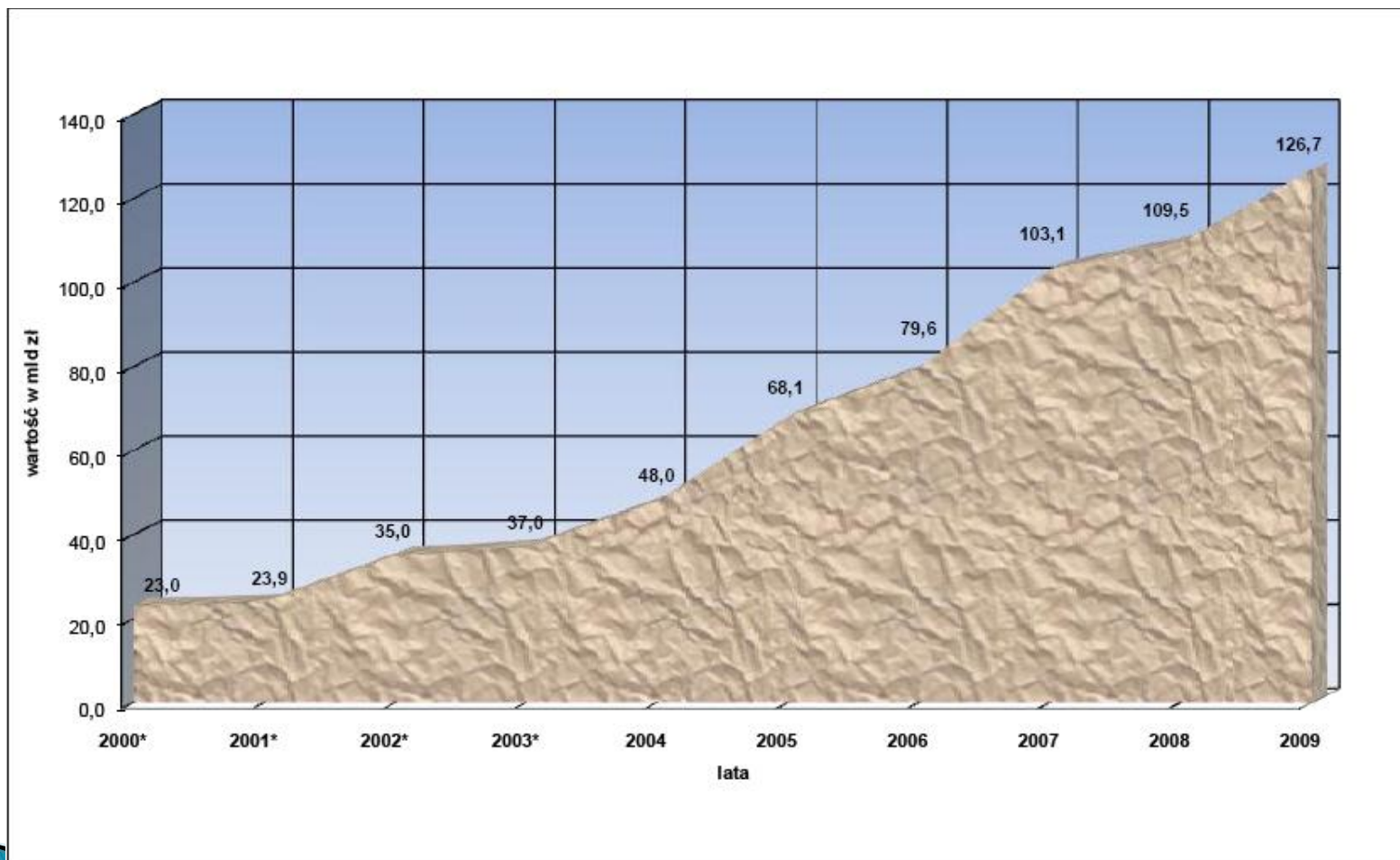


UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZEGO

Wykład KDZ ORA w Warszawie – 17.05.2011 r.



Rozwój wielkości rynku zamówień publicznych w latach 2000 – 2009



Ogólna charakterystyka umowy sprawie zamówienia publicznego

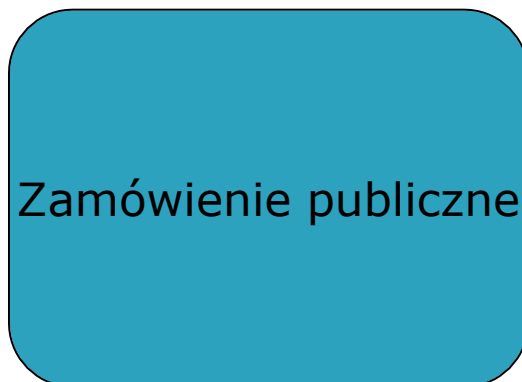
Art. 139. 1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zamówienia publiczne – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Wykonawca – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;

Zamawiający – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy;

Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego



Dostawa

Usługi

Roboty budowlane

Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego

dostawa – należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu;

usługi – należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a;

roboty budowlane – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu [ustawy](#) z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.2), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu [ustawy](#) z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

Ogólna charakterystyka umowy sprawie zamówienia publicznego

- ▶ Czy wykonawca musi być przedsiębiorcą ?
- ▶ Czy umowa, która nie przekracza równowartości 14 000 euro jest zamówieniem publicznym?
- ▶ Czy umowa barterowa jest zamówieniem publicznym?
- ▶ Czy zlecenie przez Gminę jej spółce komunalnej wykonania zadań użyteczności publicznej, np. utrzymania zieleni gminnej stanowi udzielenie zamówienia publicznego?
- ▶ Czy umowę w sprawie zamówienia publicznego można negocjować ?
- ▶ Czy umowa, której przedmiotem jest dostawa, robota budowlana w rozumieniu PZP jest odrębnym typem umowy?
- ▶ Czy poświadczenie nieprawdy w treści umowy stanowi czyn zabroniony z art. 271 § 1 k.k. ?

Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13.9.2001 r. (IV CKN 381/00,)

„Umowa o zamówienie publiczne należy uznać za pozakodeksowy typ umowy nazwanej”.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5.12.2006 r. (II CSK 327/06, LEX 238947)

Argumenty:

„Umowy o zamówienie publiczne nie charakteryzują żadne wspólne essentialia negotii”

„Brak odrębnej natury stosunku prawnego, zawieranych według przepisów PZP”.

Brak możliwości zdefiniowania umowy poprzez uczynienia jej przedmiotem robót budowlanych opisanych w art. 2 pkt 8 PZP.

Wykonanie zamówienia na podstawie umowy o roboty budowlane w rozumieniu k.c. nie przesądza o kwalifikacji przedmiotu zamówienia.

Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego

Typologia umów w sprawie zamówienia publicznego i jej cele:

- ▶ progi stosowania ustawy: próg stosowania ustawy, próg unijny i krajowy,
- ▶ opis przedmiotu zamówienia (art. 29 – 31 PZP),
- ▶ termin składania ofert (art. 43 PZP),
- ▶ przesłanki wyboru trybu udzielenia zamówienia
Wyłączenie trybu zapytania o cenę, zamówienia uzupełniające,
- ▶ wysokość wpisu od odwołania,

Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego – Kazus

Gmina w W. ogłosiła przetarg nieograniczony na „Dostawę i montaż klimatyzatorów budynkach Urzędu”. Ustalając wartość zamówienia oszacowano, że wartość klimatyzatorów wynosi równowartość 11 000 euro, a koszt ich montażu wynosi 3 500 euro. Montaż niektórych klimatyzatorów wymagał zmian w instalacji elektrycznej i skucia ściany – koszt tych prac odtworzeniowych ustalono na 4000 euro.

Zamawiający wyznaczył 7 dniowy termin na składanie ofert. Do s.i.w.z. załączono wzór umowy o dzieło. W treści wzoru wskazano, że wykonawca jest obowiązany przestrzegać przy wykonaniu zamówienia przepisów prawa budowlanego.

Prezes UZP wszczął kontrolę doraźną zarzucając błędną kwalifikację przedmiotu zamówienia i nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert. Prezes podniósł, że na mocy art. 658 k.c. stosuje się przepisy o umowie o roboty budowlane do remontu budynku, tak więc zamówienie powinno być zakwalifikowane jako zamówienie publiczne na roboty budowlane.

Oceń zasadność zarzutów.

Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego

Art. 6. 1. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.

- ▶ 2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw.
- ▶ 3. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych.
- ▶ 4. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi oraz roboty budowlane niezbędne do wykonania usług, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług.

Ogólna charakterystyka umowy w sprawie zamówienia publicznego

- ▶ **budowa** – należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;
- ▶ **robota budowlana** – należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;
- ▶ **przebudowa** – należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;
- ▶ **remont** – należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym;

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Tryb zawarcia umowy. Umocowanie do zawarcia umowy.

Art. 10. [Tryby udzielania zamówień] 1. Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

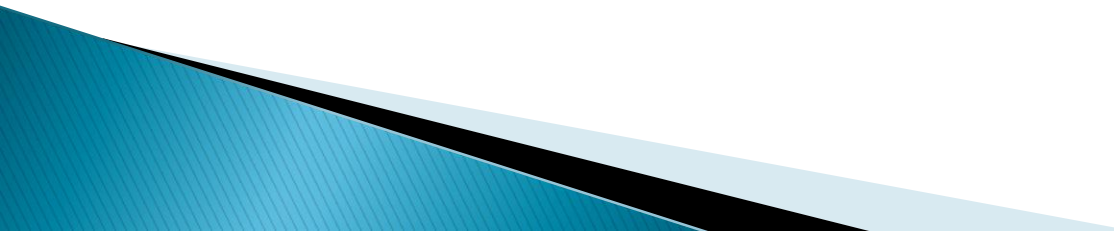
Czy pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub do udziału w przetargu stanowi umocowanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego?

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Tryb zawarcia umowy. Umocowanie do zawarcia umowy.

postępowanie o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy;

art. 23 ust. 2 PZP – W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia **albo** reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.



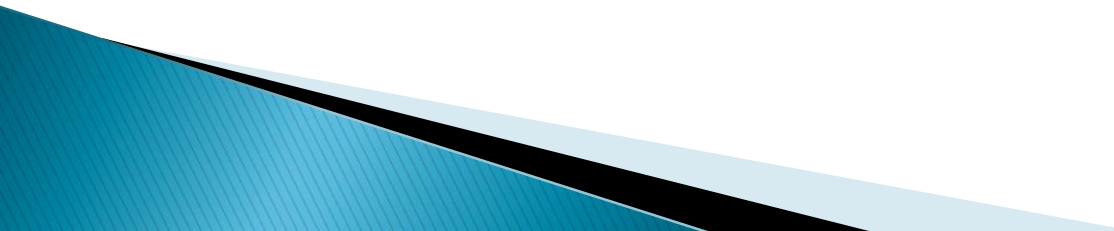
Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Art. 144. [Dopuszczalność zmiany umowy] 1. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Art. 7. [Zasady uczciwej konkurencji] 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.



Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Zmiany związane z tzw. cesją zamówienia.

1. Czy dopuszczalna jest cesja roszczenia o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę na rzecz innego podmiotu?
2. Czy możliwa jest zmiana wykonawcy po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego na inny podmiot, który samodzielnie będzie wykonywał zamówienie publiczne, tj. przejęcie przez niego ogółu praw i obowiązków?

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Przetarg nieważności czynności prawnej

Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2004–01–13, V CK 97/03

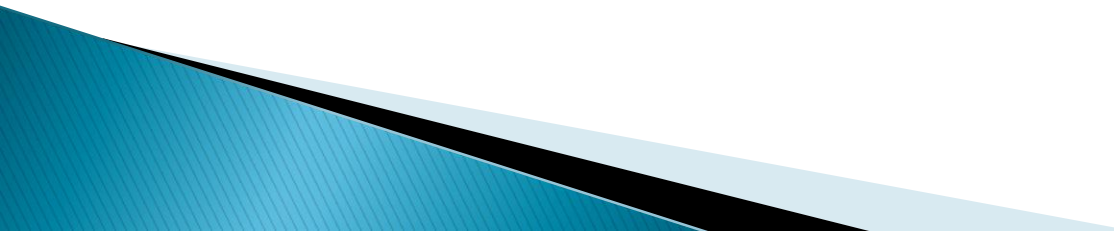
Opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
rok 2005, Nr 2, poz. 34, str. 82

Teza:

Niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego.

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Przystąpienie do długu po stronie wykonawcy.

1. Czy dopuszczalna jest zmiana polegająca na przystąpieniu do wykonawcy, który podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego przez inny podmiot w celu wspólnego wykonania zamówienia, tzw. kumulatywne przystąpienia do długu?
 2. Czy dopuszczalne jest przystąpienie przez wykonawcę wykluczonego na etapie postępowania do wykonawcy, który podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego w celu wspólnego wykonania zamówienia?
 3. Czy dopuszczalne jest zawiązanie spółki cywilnej przez wykonawcę, który samodzielnie uzyskał zamówienie publiczne w celu wspólnej realizacji zamówienia publicznego?
 4. Czy dopuszczalne jest „poszerzenie składu” spółki cywilnej lub konsorcjum?
 5. Czy dopuszczalna jest zmiana współnika spółki cywilnej w przypadku uprzedniego wspólnego uzyskania zamówienia przez innych wykonawców ?
 6. Czy dopuszczalna jest zmiana umowy poprzez wskazanie, że jej stroną jest firma pod jaką prowadzi działalność dotychczasowy współnik spółki cywilnej ?
- 

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Dopuszczalność kumulatywnego przystąpienia do długu.

1. Kumulatywne przystąpienie do długu skutkuje pojawieniem się obok dotychczasowego dłużnika, nowego dłużnika odpowiadającego solidarnie za wykonanie zamówienia.
2. Ocena tej czynności następuje na podstawie art. 58 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 3 PZP, a nie art. 144 PZP. Brak przewidzenia tej zmiany przez zamawiającego nie oznacza jej niedopuszczalności.

Tak trafnie: M. Kalina – Nowaczyk, Granice wyjątkowych podmiotowych w umowach o zamówienie publiczne, PZP 2008, nr 4.

Odmienne: J. Jerzykowski, Komentarz do art. 144 PZP, Lex.

„Kumulatywne przystąpienie do długu w odmianie polegającej na zawarciu umowy pomiędzy wierzycielem a przystępującym do długu będzie mieścić się w kategorii dozwolonych przez art. 144 ust. 1 zmian umowy o zamówienie publiczne, o ile zamawiający dopuści taką możliwość w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i określi warunki takiej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

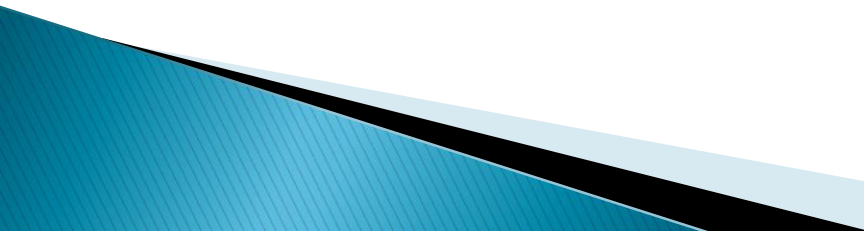
Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2003-10-28, I CK 201/02

„Pogląd, według którego odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania spółki, nie rozciąga się na te zobowiązania, które powstały przed jego przystąpieniem do spółki, nie oznacza zwolnienia się takiego wspólnika wobec wierzyciela za zobowiązania, za które inny "wspólnik solidarny" niewątpliwie odpowiada (dług powstał w okresie jego udziału w spółce). Za zobowiązania powstałe w okresie przed przystąpieniem wspólnika do spółki wspólnik taki odpowiada na zewnątrz solidarnie z pozostałymi wspólnikami, bowiem ustawa nie różnicuje ich odpowiedzialności ze względu na chwilę powstania długu. Okoliczność, że wspólnik zaspokoił dług powstały w okresie, gdy nie był wspólnikiem spółki będzie miała znaczenie tylko przy rozliczeniach ze wspólnikami, którzy pozostawali w spółce w czasie powstania zobowiązania. W tym zatem tylko znaczeniu "odpowiedzialność nowego wspólnika nie rozciąga się na te zobowiązania, które powstały przed jego przystąpieniem do spółki".

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

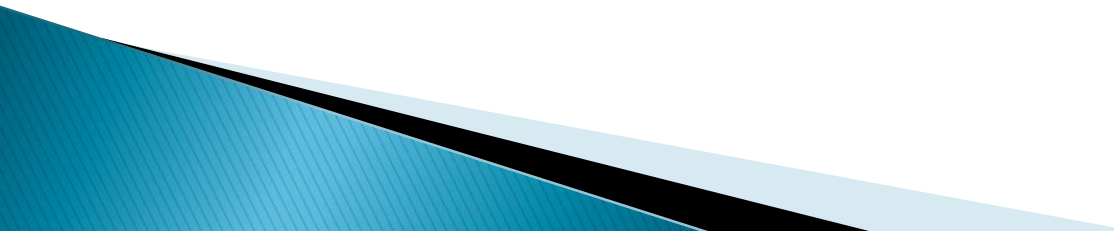
OPINIA UZP – Niedopuszczalność podmiotowej zmiany wykonawcy zamówienia publicznego w odniesieniu do spółki cywilnej.

„Wydaje się, że nie jest możliwe dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez wskazanie, że jej stroną jest firma, pod jaką prowadzi działalność dotychczasowy wspólnik spółki cywilnej, gdyż w istocie prowadziłoby to do podmiotowej zmiany stron umowy. Należy bowiem pamiętać, że w przypadku wystąpienia ze spółki cywilnej wspólnika spółki dwuosobowej – spółka ta ulega rozwiązaniu, a prowadzenie działalności gospodarczej przez jednego ze wspólników pod inną firmą wymaga zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej”.



Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Zbycie przedsiębiorstwa. Sukcesja uniwersalna.

1. Czy dopuszczalna jest dalsza realizacja zamówienia publicznego przez wykonawcę, który po podpisaniu umowy zbył przedsiębiorstwo na inny podmiot?
 2. Czy możliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia w przypadku przekształcenia formy organizacyjno-prawnej wykonawcy?
 3. Czy możliwa jest realizacja zamówienia przez spółkę, która przejęła wykonawcę realizującego zamówienie?
 4. Czy możliwa jest realizacja zamówienia przez nabywcę przedsiębiorstwa i przejęcie przez niego zamówienia ze skutkiem zwolnienia z długu pierwotnego wykonawcy (zbywcy przedsiębiorstwa)?
- 

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Status wykonawcy a zbycie przedsiębiorstwa

wyrok KIO z 2008-04-07 KIO/UZP 256/08 www.uzp.gov.pl

Nie ma oparcia w obowiązujących przepisach sytuacja w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której przedsiębiorca zdolny do uzyskania zamówienia wskutek nabycia przedsiębiorstwa traci tę możliwość z powodu uzyskania tego statusu po dniu składania ofert, **a przedsiębiorca mający taką zdolność na dzień składania ofert traci ją w wyniku zbycia przedsiębiorstwa po dacie składania ofert.** Tego rodzaju procesy, nieodłącznie są związane z prowadzeniem działalności gospodarczej i nie mogą pozbawiać przedsiębiorców możliwości realizacji celów gospodarczych i doprowadzić do eliminacji obu podmiotów z postępowania.

Argumenty za przyjęciem przedmiotowego stanowiska:

Solidarna odpowiedzialność nabywcy – art. 55 (4) KC.

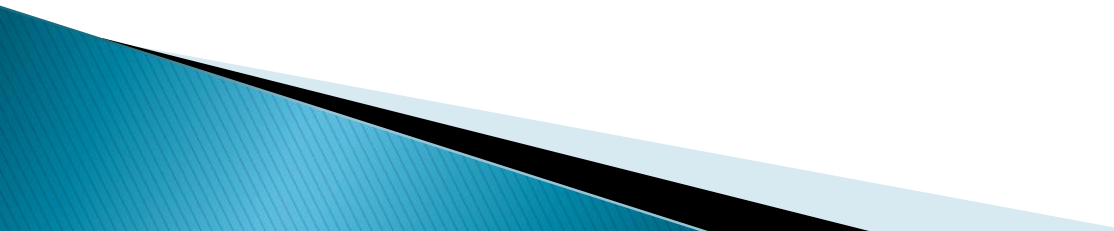
Brak zwolnienia zbywcy z długu, a więc skutek analogiczny jak przy kumulatywnym przystąpieniu.

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Sukcesja generalna– przejęcie spółki

wyrok KIO z 2010-01-12 KIO/UZP 1946/09

1. Połączenie spółek kapitałowych **poprzez przejęcie**, oznacza, iż od dnia przejęcia podmiotem wszelkich praw i obowiązków staje się spółka przejmująca, gdyż spółka przejmowana ulega rozwiązaniu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego. Powyższa sukcesja jest sukcesją uniwersalną obejmując zarówno sukcesję cywilnoprawną, jak i administracyjnoprawną. Prawem takim jest również uprawnienie nabyte, przez spółkę przejętą, na wcześniejszym etapie postępowania, polegające na prawie do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego.



Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Posługiwanie się referencjami przejętego lub zbytego przedsiębiorstwa; posługiwanie się referencjami przez członków konsorcjum

wyrok KIO z 2008-02-22 KIO/UZP 99/08

1. Dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się przy jednoczesnej odmowie takiej możliwości w wypadku zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w innej formie niż spółka, narusza podstawowe zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.



Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Problem przejęcia zamówienia przez nabywcę przedsiębiorstwo należące do wykonawcy, który uzyskał zamówienie.

Argumenty za:

- sukcesja składników przedsiębiorstwa potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie art. 22 ust. 1 PZP,
- Swoboda działalności gospodarczej, w przypadku podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w EDG, brak możliwości sukcesji generalnej i „wymuszona” konieczność kontynuacji działalności gospodarczej,

Argumenty przeciwko:

- Brak weryfikacji nabywcy pod kątem przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 PZP
- Wykonawca nie musi być przedsiębiorcą – kumulatywne przystąpienie zbywcy.

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Art. 24. [Przyczyny wykluczenia wykonawcy] 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

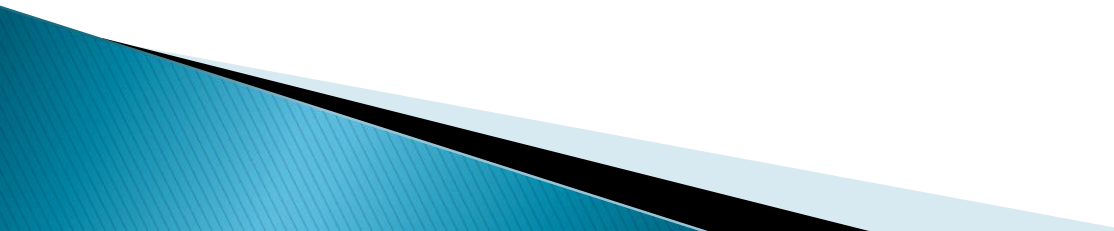
- 1) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;
- 2) wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego;
- 3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 4) osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- 9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:

Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Czy dopuszczalna jest zmiana podwykonawcy przy wykonywaniu zamówienia?

Art. 26 ust. 2 b Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.



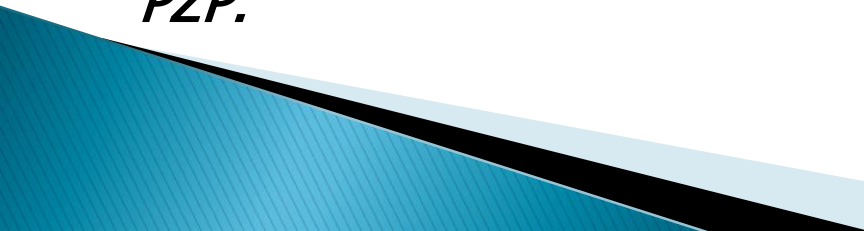
Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

Wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 kwietnia 2010 r. (sprawa C-91/08 Wall AG p. miastu Frankfurt nad Menem).

39 *„Zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może, w wyjątkowych wypadkach, stanowić tego rodzaju zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego od podwykonawcy, a nie innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy, czego zbadanie jest w każdym wypadku zadaniem sądu krajowego”.*

Komentarz:

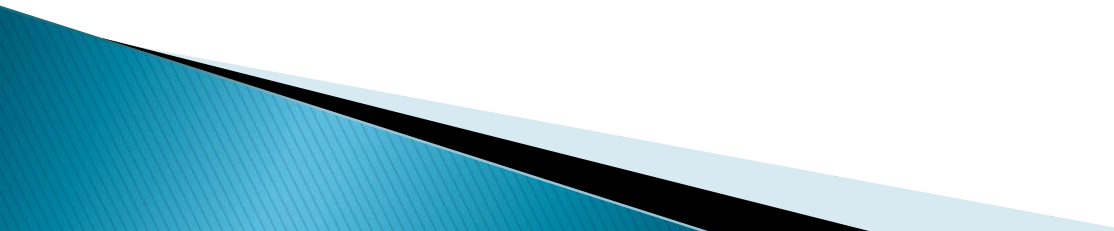
Obowiązek weryfikacji „równoważności” podwykonawcy, brak oceny pod kątem przewidzenia zmiany w rozumieniu art. 144 PZP.



Ograniczenie swobody wyboru i zmiany wykonawcy

**Klauzula umowna dotycząca możliwości zmiany przez wykonawcę osoby przewidzianej do wykonania zadania
wyrok KIO z 2009-06-29 KIO/UZP 754/09**

W przypadku zamówień związanych z posiadaniem odpowiednich kwalifikacji przez osoby zatrudnione przez wykonawcę, dopuszczalne jest zawarcie generalnej klauzuli umownej wskazującej na możliwość zmiany osoby przewidzianej do realizacji zamówienia w określonych sytuacjach, pod warunkiem każdorazowej akceptacji przez zamawiającego rezerwowej osoby, która ma kwalifikacje nie gorsze od opisanych w tym zakresie wymogów w SIWZ.



Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Normatywne reguły kształtowania elementów koniecznych treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

- ▶ zasady opisanie przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego i jego funkcje (art. 29 – 32 PZP)
 - ▶ termin wykonania zamówienia i jego ograniczenia (art. 142 – 143 PZP)
 - ▶ określenie wysokości wynagrodzenia i opis sposobu obliczenia ceny (dyscyplina finansów publicznych, cena całkowita obliczona w ofercie, wynagrodzenia maksymalne)
 - ▶ ograniczenia swobody umów w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – asymetryczność umów w interesie publicznym.
- 

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Normatywne reguły kształtowania elementów koniecznych treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 29. [Opis przedmiotu zamówienia] 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Normatywne reguły kształtowania elementów koniecznych treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

- ▶ **Art. 30. [Opis przedmiotu zamówienia]** 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.
- ▶ 2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:
 - ▶ 1) europejskie aprobaty techniczne;
 - ▶ 2) wspólne specyfikacje techniczne;
 - ▶ 3) normy międzynarodowe;
 - ▶ 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.
- ▶ 3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w ust. 2, uwzględnia się w kolejności:
 - ▶ 1) Polskie Normy;
 - ▶ 2) polskie aprobaty techniczne;
 - ▶ 3) polskie specyfikacje techniczne.
- ▶ 4. Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1–3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.
- ▶ 5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.
- ▶ 6. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1–3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Normatywne reguły kształtowania elementów koniecznych treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 31. [Opis przy zamówieniu na roboty budowlane] 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

4. Minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

- 1) dokumentacji projektowej,
 - 2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
 - 3) programu funkcjonalno-użytkowego
- mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Normatywne reguły kształtowania elementów koniecznych treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 142. [Okres zawarcia umowy] 1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

3. Jeżeli wartość zamówienia, o którym mowa w ust. 2, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. Przepisu ust. 3 nie stosuje się w przypadku umów:

- 1) kredytu i pożyczki;
- 2) rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
- 3) ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
- 4) *(uchylony)*
- 5) ^[9] o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Normatywne reguły kształtowania elementów koniecznych treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 142. [Okres zawarcia umowy] 1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

3. Jeżeli wartość zamówienia, o którym mowa w ust. 2, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. Przepisu ust. 3 nie stosuje się w przypadku umów:

- 1) kredytu i pożyczki;
- 2) rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
- 3) ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;
- 4) *(uchylony)*
- 5) ^[9] o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

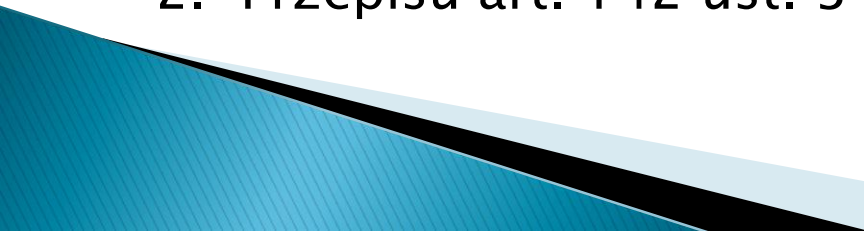
Normatywne reguły kształtowania elementów koniecznych treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 143. [Umowy na czas nieoznaczony] 1. Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy:

- 1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;
- 2) *(uchylony)*
- 3) gazu z sieci gazowej;
- 4) ciepła z sieci ciepłowniczej;
- 5) licencji na oprogramowanie komputerowe.

1a. Na czas nieoznaczony może być również zawierana umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

2. Przepisu art. 142 ust. 3 nie stosuje się.

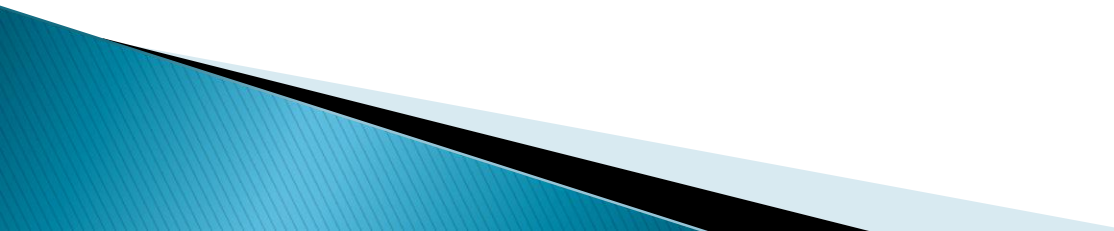


Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Nierówność stron umowy. Asymetryczność umów

wyrok KIO z 2010-06-30 KIO 1189/10, wyrok KIO z 26 listopada 2009 r., KIO/UZP 1547/09

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ Kodeksu cywilnego) a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego, który działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Uznaje się zatem, że ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.



Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Asymetryczność umów a nierówny podział ryzyka. Wyższy poziom ryzyka jako cecha umowy w sprawie zamówienia publicznego.

wyrok KIO z 26 listopada 2009 r., KIO/UZP 1547/09

Wskazać też należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 3531 k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego (Wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 niepubl.)

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Sygn. akt: KIO/UZP 1547/09, Wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009 r.

Kryteria ustalenia poziomu kar umownych

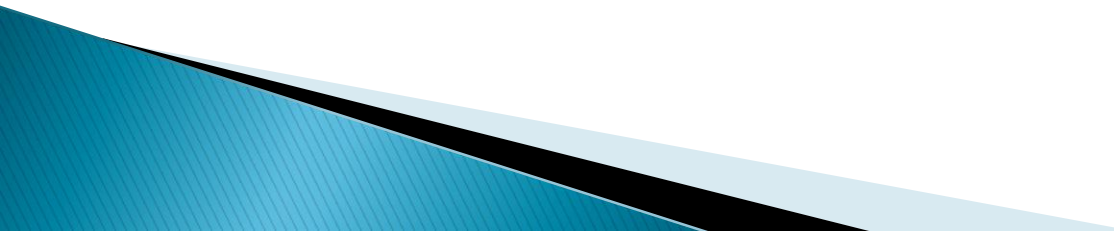
„Przy ocenie jej dolegliwości dla wykonawcy, adekwatności, właściwym punktem odniesienia powinno być, w okolicznościach sporu, znaczenie czynności wykonawcy, których należyte wykonanie zabezpiecza zamawiający przez ustanowienie kary umownej, dla realizacji całości inwestycji. Nietrafnie wywodzi odwołujący się rażące wygórowanie kar umownych przewidzianych w Subklauzuli 8.7. pkt d i e w oparciu o przemnożenie ich kwoty przez przewidywany czas trwania kontraktu. W ocenie Izby zasadniczą podstawą oceny winno być znaczenie danej czynności w kontekście należytego zrealizowania danego zamówienia publicznego (tak, co do wymagań przedmiotowych, jak i zachowania przewidywanego terminu)”.

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Kryteria określenia poziomu kary umownej

wyrok KIO z 2010-06-25 KIO 1123/10

Kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego do pokrycia jego strat wywołanych czynnikami opisanymi w umowie. **Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń.** Podobnie możliwość odstąpienia od umowy musi być bardzo precyzyjnie określona i nie można grozić zastosowaniem tej sankcji bez względu na okoliczność zawinienia czy przyczynienia się do powstania strat przez wykonawcę.

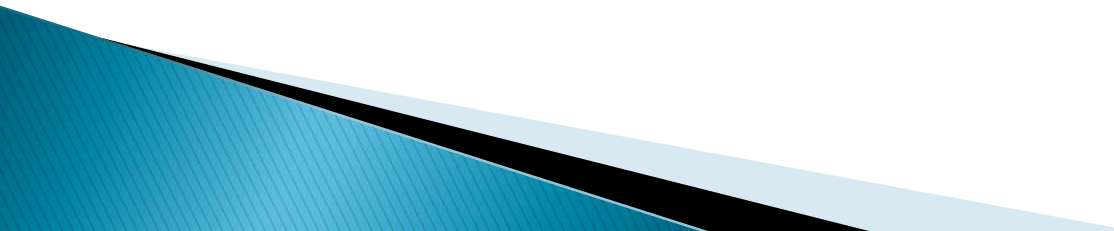


Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Czas na rozpoczęcie spełniania świadczenia; określenie dni działań wykonawcy; kara umowna

wyrok KIO z 2010-06-25 KIO 1123/10

Kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego do pokrycia jego strat wywołanych czynnikami opisanymi w umowie. **Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń.** Podobnie możliwość odstąpienia od umowy musi być bardzo precyzyjnie określona i nie można grozić zastosowaniem tej sankcji bez względu na okoliczność zawinienia czy przyczynienia się do powstania strat przez wykonawcę.



Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Kary umowne

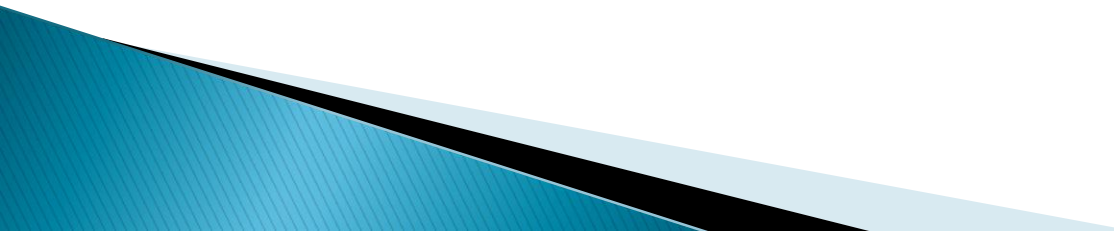
wyrok KIO z 2010-07-19 KIO 1388/10

1. Za nadmierne i niedopuszczalne uznać należy nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

2. Niejasność w przedmiocie określenia wartości świadczenia pieniężnego jest okolicznością rzutującą na niepewność, co do rzeczywistego kształtu zobowiązania stron, a więc szeroko pojętego przedmiotu zamówienia i tym samym narusza dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

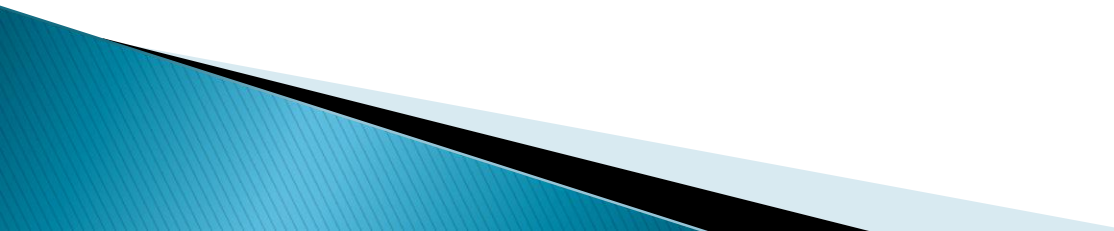
Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Kary umowne. Podsumowanie:

1. Przy ustaleniu poziomu kary należy uwzględnić cel publiczny zamówienia, co uprawnia do zastrzeżenia dolegliwych kar umownych dyscyplinujących do należytego wykonania czynności o podstawowym znaczeniu dla należytego wykonania zamówienia,
 2. Górną granicą kar umownych jest wartość umowy w sprawie zamówienia publicznego,
 3. Wykonawca może zostać obciążony dodatkowym ryzykiem kontraktowym ponad poziom wynikający z zasady winy, jednakże nie ponosi odpowiedzialności za zaniechania i wadliwe czynności zamawiającego, w szczególności brak prawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia.
- 

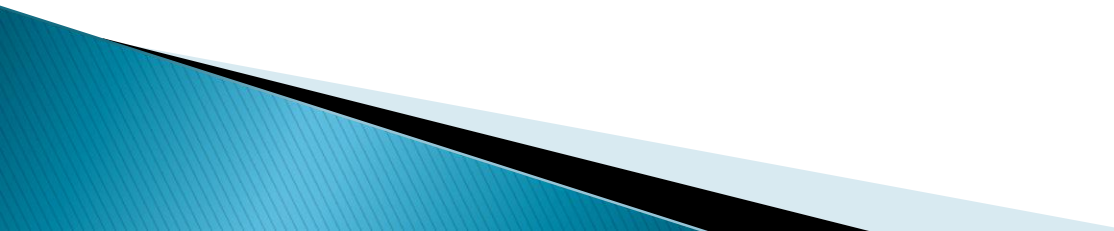
Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Zasada niezmienności (treści) umów w zamówieniach publicznych.

- ▶ Problem delimitacji: Następczej zmiany treści umowy od modyfikacji treści zobowiązania wynikające ze zdarzeń przewidzianych w pierwotnej treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.
 - ▶ Próba wskazania kryteriów wyróżnienia powyższych instytucji oraz praktycznych postaci automatycznej modyfikacji, aktualizacji treści zobowiązania
 - ▶ Niewykonania umowy w terminie a tzw. aneks porządkowy, oświadczenia wiedzy
- 

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Kryterium wyróżnienia: czynności wykonawcze (deklaratywne) a czynności kształtujące, precyzyjny mechanizm korygujący – brak konieczności podejmowania dodatkowych negocjacji i uzgodnień.

- ▶ klauzula automatycznego dostosowania, klauzule waloryzacyjne indeksacyjne – klauzule oparte na konstrukcji warunku w rozumieniu art. 89 Kc. Brak ograniczeń w ustalaniu wskaźników – obiektywne i niezależne od stron. W praktyce konstrukcja podwyższenia wynagrodzenia o wskaźnik inflacji wg GUS.
 - ▶ Prawo opcji – wykonawcze rozszerzenie zakresu zamówienia.
 - ▶ Tzw. „wynagrodzenia obmiarowe”
- 

Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

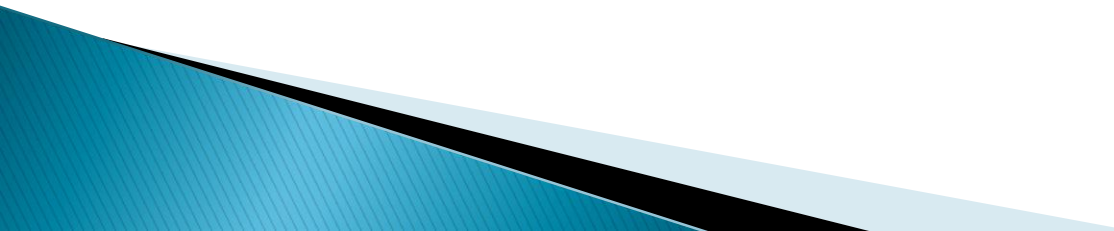
Prawo opcji a zamówienia uzupełniające.

Art. 34 ust. 5 PZP

Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się **największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.**

Art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP

W przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na **powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień**, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;



Ograniczenia w kształtowaniu treści umowy w sprawie zamówienia publicznego

Prawo opcji a zamówienia uzupełniające. Różnice.

Cechy opcji w zamówieniach publicznych.

- ▶ Prawo opcji stanowi czynność wykonawczą opartą na pierwotnych postanowieniach umowy,
- ▶ Rozszerzenia zakresu przedmiotowego następuje w graniach opisu przedmiotu zamówienia,
- ▶ Wszystkie istotne postanowienia umowne, w szczególności cena zostały określone w umowie w sprawie zamówienia publicznego lub w s.i.w.z.
- ▶ Opcja nie jest ograniczona wartościowo w stosunku do wartości zamówienia podstawowego,

Zamówienia uzupełniające.

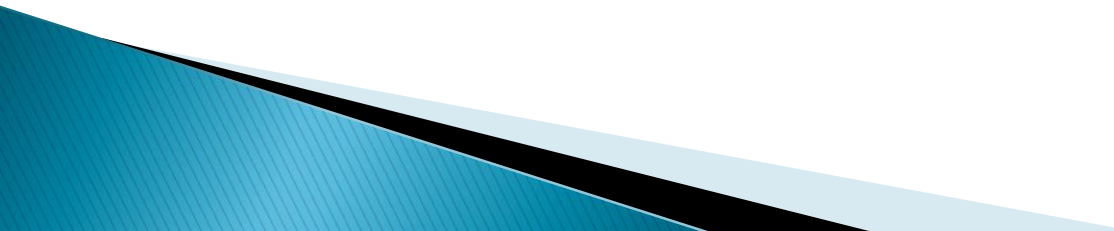
- ▶ Stanowią odrębne zamówienia, którego udzielenie wymaga przeprowadzenia negocjacji w zakresie istotnych postanowień umownych, w szczególności ceny i przedmiotu zamówienia ustalonego w granicach jego rodzajowego podobieństwa do przedmiotu zamówienia podstawowego.

Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

Art. 140. [Zakres świadczenia] 1. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

2. *(uchylony)*

3. Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.



Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

- ▶ Zakres zastosowania przepisu, wyłącznie tryby ofertowe
- ▶ Art. 140 ust. 1 PZP *lex specialis* w stosunku do art. 144 PZP, niedopuszczalność przewidzenia zmiany polegającej na uzgodnieniu redukcji zakresu zamówienia,
- ▶ zakaz rozszerzenia zakresu świadczenia poza określenie przedmiotu zamówienia – problem robót dodatkowych a zamówienia dodatkowego,
- ▶ Termin jako miernik zakresu świadczeń ciągłych lub okresowych,

Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

**Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie
Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 lutego 2010
r. KIO/UZP 1876/09; KIO/UZP 1881/09; KIO/UZP
1883/09**

*"Przepis art. 140 p.z.p. stanowi lex specialis
względem unormowania art. 144 ust. 1 p.z.p. Art.
140 odnosi się wyłącznie do przedmiotu
zamówienia, zaś art. 144 odnosi się do wszystkich
innych korekt zobowiązania".*

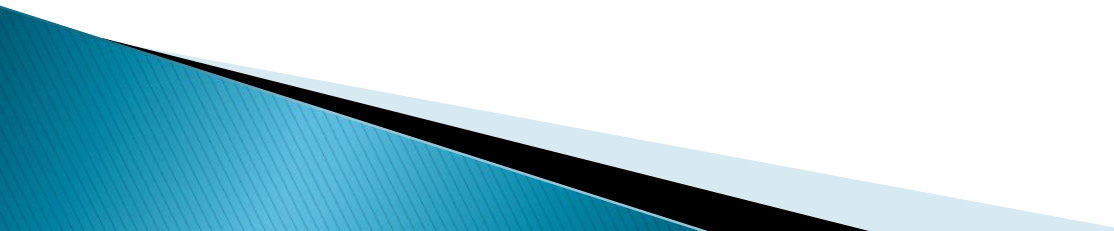
Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

Redukcja zakresu zamówienia w orzecznictwie

Możliwość odstąpienia od realizacji części zamówienia

wyrok KIO z 2010-06-16 KIO 1041/10

W ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest przepisów, które zakazywałyby zawierania w postanowieniach SIWZ mechanizmów zabezpieczających interesy finansowe zamawiających poprzez zastrzeżenie możliwości odstąpienia od realizacji części świadczeń. Zamawiający winien jednak liczyć się z sytuacją, w której wobec takiego ukształtowania postanowień SIWZ nie otrzyma w ogóle ofert na wykonanie kontraktu lub będą one nieproporcjonalnie wysokie w stosunku do rzeczywistej wartości robót.



Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

Redukcja zakresu zamówienia w orzecznictwie

Możliwość odstąpienia od realizacji części zamówienia

KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1041/10) wyraziła pogląd o dopuszczalności redukcji zakresu świadczenia, stwierdzając, że *„W zakresie powołania jako podstawy konieczności unieważnienia postępowania art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, Izba stoi na stanowisku, że ustawodawcy w ust. 3 przewidywał tylko w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz. Takie stwierdzenie wskazuje na możliwość zmiany zakresu świadczenia w pozostałym zakresie. Tym samym wydaje się możliwe wskazanie w umowie mniejszego zakresu świadczenia, gdyż cel tego przepisu – wyeliminowanie możliwości zwiększenia zakresu przedmiotu poza zakres objęty procedurą udzielania zamówień w trybie ustawy, nie będzie naruszony”*

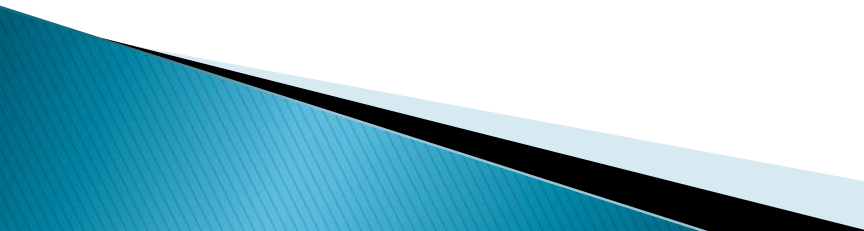
Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

Redukcja zakresu zamówienia w orzecznictwie

Niedopuszczalność odstąpienia od realizacji części zamówienia

SO w Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2006 r. X Ga 88/2006

„Prawo do ewentualnego rozszerzenia lub ograniczenia umownego zakresu zamówienia w trakcie realizacji, w przypadku ograniczenia środków finansowych, stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy. Jak bowiem powołany przepis, zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Oznacza to, iż w chwili zawierania umowy, opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego, jak również to, że nie wolno odbiegać od treści oferty, poprzez wprowadzenie do niej zmian, już w trakcie wykonywania umowy”.



Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

Redukcja zakresu zamówienia w orzecznictwie

Propozycja rozwiązania problemu

- ▶ Prounijna ocena zmiany w kontekście jej wpływu na krąg potencjalnych wykonawców,
- ▶ Zastrzeżenie w s.i.w.z. dopuszczalności redukcji zakresu przedmiotu zamówienia w określonych granicach warunkowanej okoliczności za, które odpowiedzialności nie ponosi jedynie jedna ze stron umowy

Możliwość zmiany ilości jednostek taboru kolejowego we wzorze umowy.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2008-03-18, KIO/UZP 196/08

„Zapis w umowie dotyczący możliwości zmiany ilości jednostek taboru kolejowego ma na celu zabezpieczenie interesu zamawiającego, przed niecelowym dokonywaniem wydatku ze środków publicznych za coś, czego wykonawca nie będzie realizował, **z przyczyn obiektywnie niezależnych od zamawiającego**. Wprowadzona do wzoru umowy klauzula w żaden sposób nie wpływa na sposób przygotowania oferty, którą należy skalkulować na podstawie załączonego do SIWZ wykazu taboru podlegającego utrzymaniu w czystości. Usunięcie kwestionowanego postanowienia wzoru umowy, mogłoby doprowadzić do konieczności ponoszenia przez zamawiającego kosztów w wysokości wyższej od wielkości świadczenia niepieniężnego wykonawcy”.

Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

Wyjście poza granice przedmiotu zamówienia. Roboty budowlane.

- ▶ Stanowisko UZP z 26 sierpnia 2009 r., granice określenia przedmiotu zamówienia wyznacza dokumentacja projektowa a nie przedmiar robót
- ▶ Problem braku wyceny pozycji pominiętych w przedmiarze robót, zupełny brak wyceny danej pozycji rzeczowej, a możliwość jej wyceny w ramach tożsamej pozycji w innej części przedmiaru
- ▶ Przypisanie wyceny do zaniechanej pozycji przedmiaru a wpływ na pierwotny wynik postępowania,

Granice dopuszczalnej modyfikacji postanowień umowy (relacja art. 140 ust. 1 do art. 144 PZP)

Wyjście poza granice przedmiotu zamówienia. Roboty budowlane.

Wykroczenie poza przedmiot zamówienia
wyrok KIO z 2010-03-02 KIO/UZP 184/10

1. Nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w SIWZ i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania. Lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno – gruntowych, niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 58 § 1 KC, jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ.

2. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia, objętego ceną oferty.

Dopuszczalne zmiany treści umowy zawartej przed 24 października 2008 r. (zmiany korzystne dla zamawiającego; zmiany, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy).

Ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz.U. Nr 206, poz. 1591)

Art. 4. Do zmian umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z tym że do zmian umów zawartych od dnia 24 października 2008 r. stosuje się art. 144 ust. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

Art. 144 1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że **konieczność** wprowadzenia takich zmian wynika **z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy**, lub zmiany te są **korzystne dla zamawiającego**.

2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.



Dopuszczalne zmiany treści umowy zawartej przed 24 października 2008 r. (zmiany korzystne dla zamawiającego; zmiany, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy).

Zmiany korzystne.

Uchwała KIO z 3 listopada 2010 r. KIO/KD 79/10.

„Warunek „korzystności zmian dla zamawiającego” obejmować będzie wszelkie wzmocnienia pozycji zamawiającego względem wykonawcy, przykładowo: obniżenie ceny, wydłużenie terminu gwarancji lub rękojmi, wydłużenia zapłaty itp.”

Globalna, „wypadkowej” oceny korzystności zmian, czy też ocena jednostkowa w ujęciu zmiana danego postanowienia a postanowienia pierwotne.

Dopuszczalne zmiany treści umowy zawartej przed 24 października 2008 r. (zmiany korzystne dla zamawiającego; zmiany, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy).

Możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT

Reasumując, w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, możliwość dokonania na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy zmian umowy o zamówienie publiczne w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT, istnieje w sytuacji łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

- 1.) gdy istnieje obiektywna konieczność wprowadzenia zmian, np. gdy spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą w rozumieniu art. 3571 k.c.,
- 2.) zmiana wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w momencie zawarcia umowy.

Inna sytuacja determinującą konieczność zmiany – „następcza” rażąco niska cena

Dopuszczalne zmiany treści umowy zawartej przed 24 października 2008 r. (zmiany korzystne dla zamawiającego; zmiany, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy).

Nieprzewidywalność okoliczności determinującą zmianę:

- ▶ Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy zdarzeń skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia w ogóle nieobjętego świadomością stron, **lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne.** Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez zamawiającego powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik.
- ▶ Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne (gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców, globalny wzrost cen materiałów). Charakter niemożliwy do przewidzenia będą miały również zmiany stanu prawnego.

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

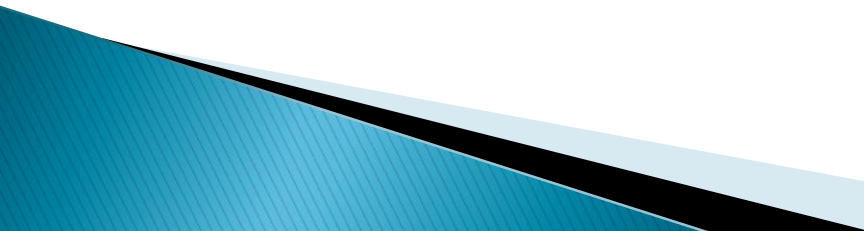
Wyrok ETS z 19.6.2008 r. w sprawie C-454/06 – Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Austrii,

zmiana jest istotna, gdy:

- ▶ wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, **umożliwiłyby** dopuszczenie **innych oferentów** niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni **lub** **umożliwiłyby** dopuszczenie **innej oferty** niż ta, która została pierwotnie dopuszczona,
- ▶ w sposób **znaczący poszerza** zamówienie o usługi, które **pierwotnie nie były w nim przewidziane**
- ▶ zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje ona **równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób**, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Test na istotność zmian:

- ▶ Zamawiający dokonując *in casu* oceny wpływu zmiany treści umowy powinien ustalić w szczególności:
 - ▶ czy treść pytań zadanych w trybie wyjaśnień do s.i.w.z. odnosiła się do rozważanych zmian postanowień umowy? Jeśli tak, czy zawierały one propozycję modyfikacji w tym zakresie postanowień s.i.w.z., w tym umowy które mają być przedmiotem zmiany po zawarciu umowy?
 - ▶ Czy rozważane zmiany dotyczą tych postanowień umowy, które były przedmiotem wniesionych odwołań oraz innych informacji sygnalizujących naruszenie przepisów ustawy?
 - ▶ Czy porównanie liczby wykonawców w analogicznym lub podobnym postępowaniu, w którym wprowadzona zmiana była zawarta w pierwotnych warunkach zamówienia, np. wyłączenie podwykonawstwa wskazuje na różnice w liczbie wykonawców?
 - ▶ Czy wprowadzenie zmiany rzutuje na poziom ryzyka kontraktowego wykonawcy?
- 

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Określenie zakresu i warunków zmiany istotnych postanowień umowy w ogłoszeniu lub s.i.w.z.

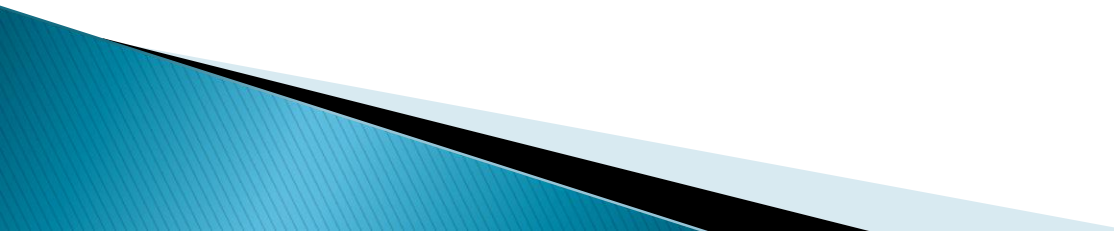
- ▶ Pojęcie warunku – warunek w rozumieniu art. 89 k.c., czy w rozumieniu potocznym,
- ▶ stopień konkretyzacji i charakter okoliczności uzasadniających zmiany
- ▶ „obszar” renegotjacji
- ▶ obowiązek dokonania zmian – Wyrok SN z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, OSP 2009, nr 2, poz. 12.

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Pojęcie warunku w rozumieniu potocznym

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 września 2010 r. KIO/UZP 1756/10

Przewidziane w ogłoszeniu lub specyfikacji przypadki zmiany umowy **nie mogą być całkowicie dowolne** i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny być to przypadki pozwalające zamawiającemu **na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli**. Przesłanki mogą być natomiast sformułowane **z pewnym stopniem ogólności**, przepis art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie mówi bowiem o przewidzeniu konkretnych przypadków zmian, lecz na określeniu warunków zmiany.



Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Przesłanki skutecznego zastrzeżenia zmian umowy (klauzule renegocjacyjne):

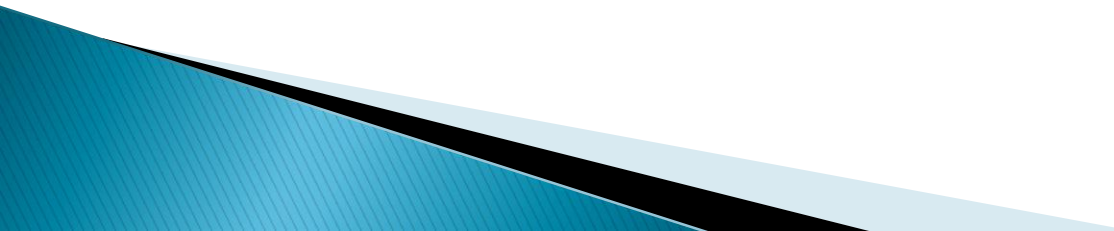
1. Wskazanie okoliczności, od których uzależnione zostaje prawo stron do żądania renegocjacji określonych praw i obowiązków objętych umową albo wprowadzenie niezbędnych uzupełnień
2. Zidentyfikowanie, chociażby w ujęciu rodzajowym zakresu potencjalnych zmian, tj. wskazanie „obszaru” renegocjacji,
3. Określenie procedury uzgodnienia zmiany oraz wskazanie obowiązku renegocjacji w dobrej wierze lub złożenia określonego oświadczenia woli zmieniającego w sposób określony treść umowy,

Brak obowiązku zmiany umowy:

Wyrok SN z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, OSP 2009, nr 2, poz. 12.

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

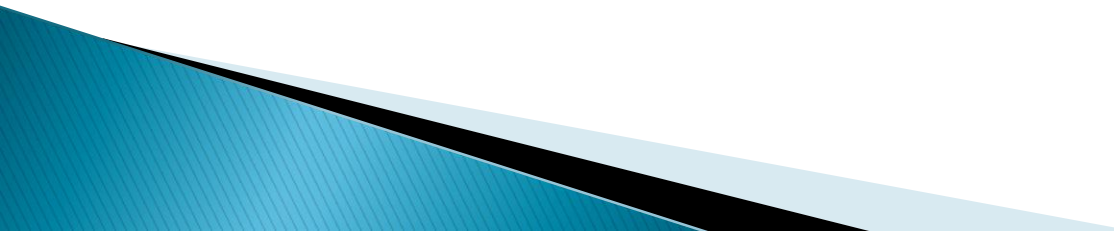
Praktyczne przykłady zmiany treści umowy:

- ▶ zmiana stawki podatku VAT – Opinia UZP
 - ▶ zmiana wynagrodzenia w umowie o roboty budowlane,
 - ▶ roboty zamienne,
 - ▶ zmiana terminu wykonania,
 - ▶ zmiany technologiczne związane z przedmiotem świadczenia,
- 

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Zmiana podatku VAT

W świetle przywołanego przepisu podatek VAT jest jedynie składnikiem ceny, stanowiąc element cenotwórczy. Zatem sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia do niej podatku VAT należnego od tego towaru lub usługi. Wyżej powołany przepis nie daje jednak podstawy do uznania, że z jego mocy nabywca towaru lub usługi jest obowiązany zapłacić sprzedawcy cenę wyższą, powstałą w wyniku zmiany stawki podatku VAT (tak też uchwała SN z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. akt III CZP 54/06, Lex nr 188835).



Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Zmiana podatku VAT. Opinia UZP.

Podatek VAT stanowi podatek pośredni, który konstrukcyjnie ma być (i co do zasady jest) **neutralny ekonomicznie** dla podatnika. Powyższe wynika z faktu, że podatnik tego podatku ma prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego (arg. z art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług – Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.).

Czy zmiana jest neutralna w stosunku do podmiotów sektora finansów publicznych ?

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Roboty zamienne.

Art. 20. 1. Do podstawowych obowiązków projektanta należy:

4) sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie:

a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,

b) uzgadniania możliwości wprowadzenia **rozwiązań zamiennych** w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Art. 23. Kierownik budowy ma prawo:

1) występowania do inwestora o zmiany w rozwiązaniach projektowych, jeżeli są one uzasadnione **koniecznością zwiększenia bezpieczeństwa realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowy**

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Roboty zamienne.

Art. 36a. 1. Istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę.

5. Nieistotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę i jest dopuszczalne, o ile nie dotyczy:

- 1) zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub terenu,
 - 2) **charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego: kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości i liczby kondygnacji,**
 - 3) (uchylony),
 - 4) (uchylony),
 - 5) zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne,
 - 6) **zmiany zamierzonego sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części,**
 - 7) **ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi.**
6. Projektant **dokonyje kwalifikacji zamierzonego** odstępiania oraz jest obowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstępiania, o którym mowa w ust. 5.

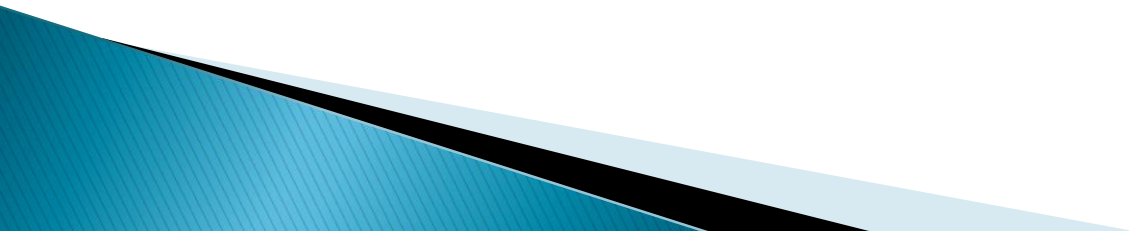
Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Roboty zamiennie.

- ▶ polegają na zmianie sposobu wykonania elementu, technologii lub zmian cech elementu bez zmiany rodzaju i charakteru robót, a także celu jaki ma być w ich efekcie osiągnięty, np. zmiana technologiczna materiałów,
- ▶ Problem wyceny robót zamiennych – odesłanie do ceny czynników produkcji – np. zeszyty Sekocenbud i do katalogów nakładów rzeczowych (KNR),
- ▶ Konieczność zawężenia zakresu robót zamiennych do niezbędnych ze względu na kwestie bezpieczeństwa i prawidłowe osiągnięcie rezultatu, tj. obiektu budowlanego,
- ▶ Zachowanie tożsamości przedmiotu świadczenia, w szczególności ten sam rodzaj obiektu,

Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Analiza klauzul zmiany umowy funkcjonujących w praktyce obrotu. Przykłady z praktyki.

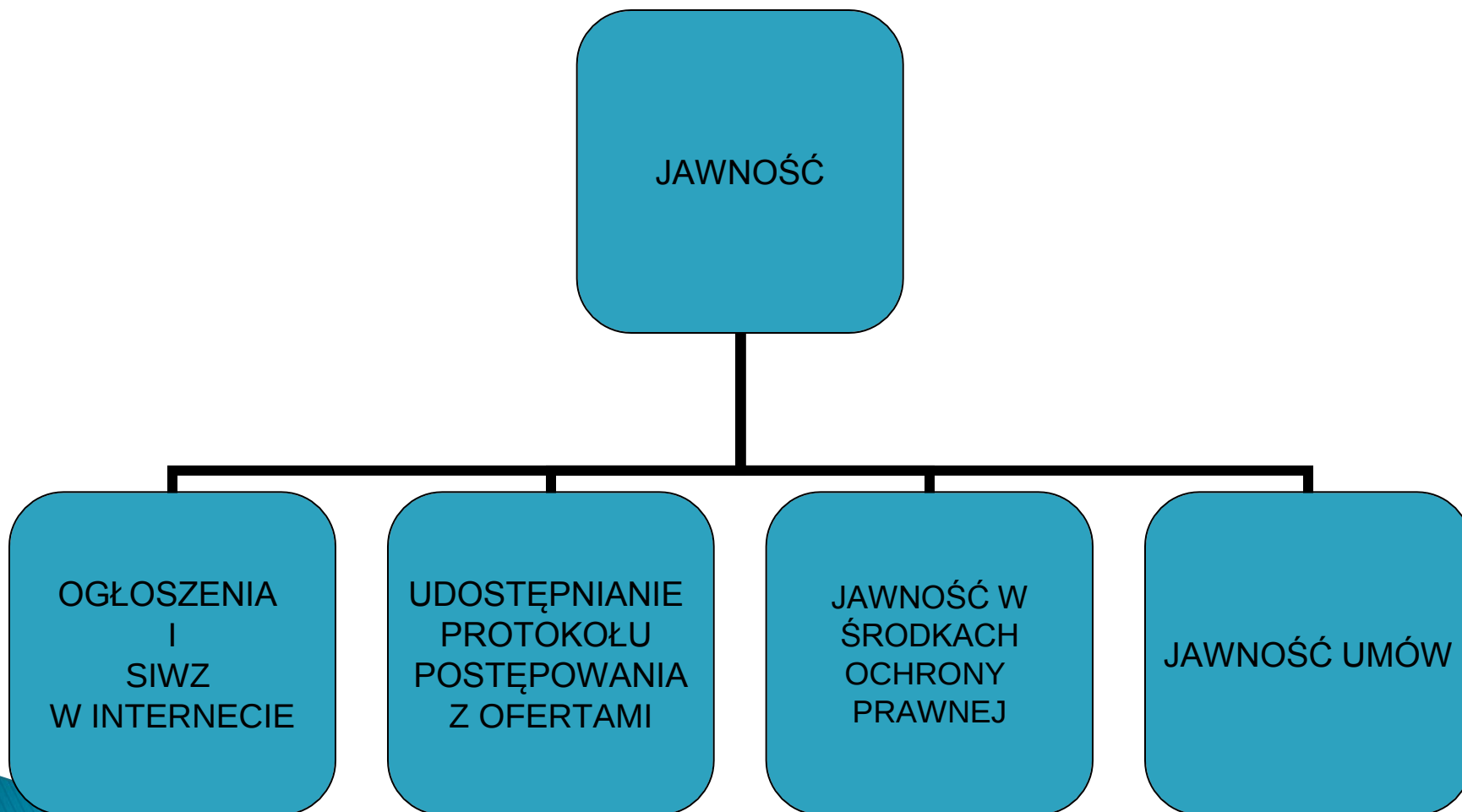


Przesłanki modyfikacji postanowień umowy zawartej w trybie konkurencyjnym po 24 października 2008 r.

Zmiana umowy zawartej w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

- ▶ brak zastosowania art. 140 ust. 1 i 144 PZP,
- ▶ Zachowanie cech przedmiotu zamówienia determinujących monopol wykonawcy,
- ▶ Problem znacznego rozszerzenia zakresu zamówienia w kontekście art. 7 ust. 3 PZP, konieczność przeprowadzenia negocjacji,

Realizacja zasady jawności



Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Art. 139. [Umowy według KC] 1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

Art. 5. [Ograniczenia prawa do informacji publicznej] 1. Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych.

2. Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa.

3. Nie można, z zastrzeżeniem ust. 1 i 2, ograniczać dostępu do informacji o sprawach rozstrzyganych w postępowaniu przed organami państwa, w szczególności w postępowaniu administracyjnym, karnym lub cywilnym, ze względu na ochronę interesu strony, jeżeli postępowanie dotyczy władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne albo osób pełniących funkcje publiczne – w zakresie tych zadań lub funkcji.

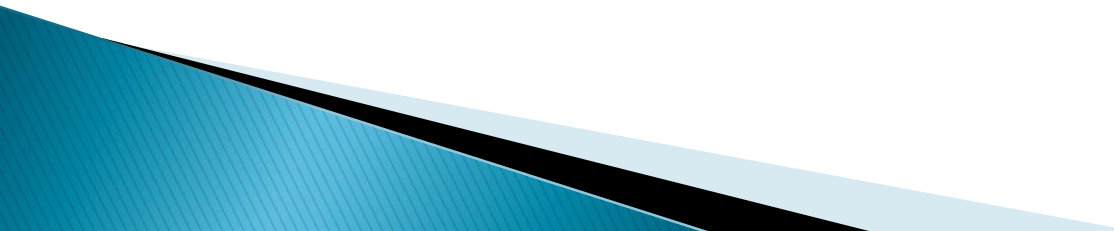
4. Ograniczenia dostępu do informacji w sprawach, o których mowa w ust. 3, nie naruszają prawa do informacji o organizacji i pracy organów prowadzących postępowania, w szczególności o czasie, trybie i miejscu oraz kolejności rozpatrywania spraw.

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Zakres jawności umów

I Jawność faktu zawarcia umowy i jej treści

II Jawność wykonywania umów:

- ▶ Problem dostępu do aneksów – udostępnienie na podstawie rozporządzenia czy ustawy o dostępie ?
 - ▶ Jawność **referencji**, protokołów odbioru i innych dokumentów potwierdzających należyte spełnienie świadczenia przez wykonawcę.
 - ▶ Jawność przepływu środków finansowych; faktury i rozliczenia.
 - ▶ Opinie prawne dotyczące dopuszczalności aneksu.
 - ▶ Jawność informacji zastrzeżonych uprzednio jako poufne w ofercie
- 

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Rozbieżność w orzecznictwie dotycząca jawności aneksów.

Wyrok WSA w Gdańsku z 2010-12-01, II SAB/Gd 69/10

Stosownie do treści art. 139 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Przyjąć zatem należy, że ustawa – Prawo zamówień publicznych kreuje samodzielną podstawę udostępniania dokumentów związanych z udzielaniem zamówień publicznych. Mieć przy tym należy na uwadze, że zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej, przepisy ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi. Z powyższych uwag wynika, że na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej, spośród dokumentów związanych z udzielaniem zamówień publicznych, udostępnieniu podlegają wyłącznie umowy w sprawie zamówień publicznych. Tylko zatem takie umowy zostały uznane przez ustawodawcę za dokumenty stanowiące informację publiczną. Inne dokumenty lub dane stanowiące jedynie realizację umów w sprawach zamówień publicznych nie stanowią w konsekwencji informacji publicznej.

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Rozbieżność w orzecznictwie dotycząca jawności aneksów.

WSA w Wrocławiu w wyroku z dnia 12 września 2006 r. (IV SA/Wr 568/06) uznał, że „*wszystkie informacje dotyczące umów o realizację zamówień publicznych, a więc takich w oparciu, o które wydatkowane są środki publiczne i osiągane cele o znaczeniu publicznym są informacjami publicznymi*”. Koresponduje to ze stanowiskiem zawartym w wyroku WSA w Poznaniu z dnia 8 lipca 2004 r. (IV SA/Po 224/06) na mocy, którego stanowi informację publiczną treść umów dotyczących majątku publicznego.

Z powyższego wynika, iż jawna jest nie tylko informacja o istnieniu (zawarciu) danej umowy, ale także jej treść. Udostępnienie umowy dotyczy, więc danych dotyczących jej poszczególnych składników oraz sposobu jej wykonania (zob. WSA w Wrocławiu w wyroku z dnia 12 września 2006 r., IV SA/Wr 568/06). Zakres informacji jawnej wynikających z umowy obejmuje zarówno pierwotną treść umowy, jak i zmiany jej treści (aneksów) – (por. wyrok NSA w Warszawie z dnia 7 marca 2003 r., II SA 3604/02, LEX nr 78065).

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Rozbieżność w orzecznictwie dotycząca jawności aneksów.

Skutkiem wprowadzenia art. 139 ust. 3 PZP jest poszerzenie kręgu podmiotów zobowiązanych do udostępniania informacji w stosunku do art. 4 u.d.i.p. Obowiązek udostępnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego spoczywa zatem na wszystkich zamawiających, niezależnie od podstawy prawnej stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, w tym także na tych zamawiających, którzy nie są objęci podmiotowym zakresem zastosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej (art. 3 pkt 5 PZP). W praktyce może stanowić to argument przesądzający za przyjęciem obowiązku udostępniania umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo braku wyraźnego powiązania celu zawarcia danej umowy z realizacją zadań publicznych.

inne niż określone w pkt 1 i 2 podmioty, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:

- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a,
- b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Problem referencji.

- 1) Czy wykonawca może żądać ich wystawienia w trybie dostępu ?
- 2) Czy może konkurent żądać udostępnienia ich przez Zamawiającego, np. celem wykazania, że konkurent w postępowaniu podał nieprawdziwe informacje ?

WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 12 września 2006 r. (IV SA/Wr 568/06) uznał za niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą art. 139 ust. 3 PZP prowadzącą do wniosku, że udostępnienie umów oznacza także obowiązek stwierdzenia sposobu ich wykonania. Koresponduje to ze stanowiskiem NSA, który w wyroku z dnia 19 września 2007 r. (I OSK 1992/06, LEX nr 383741) stwierdził, że *„na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej nie można domagać się dokonywania przez organ, będący stroną umowy cywilnoprawnej, oceny wykonania tej umowy”*.

Świadcstwo wykonania Kontraktu, protokół odbioru – ocena należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy spraw publicznych, albowiem pośrednio potwierdza efektywne wydatkowanie środków publicznych i prawidłową realizację zadań publicznych.

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Sprzeczne orzecznictwo odnośnie dokumentów finansowych:

W wyroku z 11 czerwca 2007 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu, (sygn. akt II SA/Op 109/07). Sąd wskazał, że dokumenty takie (protokoły odbioru, faktury VAT) **nie stanowią informacji publicznej**, o której mowa w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Żaden z tych dokumentów nie jest bowiem informacją publiczną. *Sąd wskazał też, że wymaga podkreślenia fakt, że funkcjonowanie podmiotów wykonujących władzę publiczną oraz gospodarujących mieniem publicznym generuje także inną kategorię informacji, które nie są w ogóle informacjami publicznymi, są informacjami niezwiązanymi z wykonywaniem funkcji publicznych. Informacje te nie podlegają udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznych. Informacjami takimi są informacje wynikające z dokumentów zawieranych przez podmioty wykonujące władzę publiczną w zakresie obrotu gospodarczego z podmiotami prywatnymi, np. umowy cywilnoprawne, opinie biegłych, protokoły i inne. Dokumenty takie zawierają oświadczenia woli lub wiedzy, które nie dotyczą bezpośrednio wykonywania władzy publicznej, ale zobowiązań i uprawnień o charakterze cywilnoprawnym.*

Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 11 września 2009 r., (I SA/OI 713/09, Wspólnota 2009/44/30), iż „informacja publiczna to nie tylko dokumenty urzędowe. Są nią np. rachunki wystawione przez zleceńobiorcę za wykonane na rzecz urzędu miasta czynności, mimo że zostały wypisane przez osobę prywatną”.

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Sprzeczne orzecznictwo odnośnie dokumentów finansowych:

W wyroku z 11 czerwca 2007 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu, (sygn. akt II SA/Op 109/07). Sąd wskazał, że dokumenty takie (protokoły odbioru, faktury VAT) **nie stanowią informacji publicznej**, o której mowa w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Żaden z tych dokumentów nie jest bowiem informacją publiczną. *Sąd wskazał też, że wymaga podkreślenia fakt, że funkcjonowanie podmiotów wykonujących władzę publiczną oraz gospodarujących mieniem publicznym generuje także inną kategorię informacji, które nie są w ogóle informacjami publicznymi, są informacjami niezwiązanymi z wykonywaniem funkcji publicznych. Informacje te nie podlegają udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznych. Informacjami takimi są informacje wynikające z dokumentów zawieranych przez podmioty wykonujące władzę publiczną w zakresie obrotu gospodarczego z podmiotami prywatnymi, np. umowy cywilnoprawne, opinie biegłych, protokoły i inne. Dokumenty takie zawierają oświadczenia woli lub wiedzy, które nie dotyczą bezpośrednio wykonywania władzy publicznej, ale zobowiązań i uprawnień o charakterze cywilnoprawnym.*

Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 11 września 2009 r., (I SA/OI 713/09, Wspólnota 2009/44/30), iż „informacja publiczna to nie tylko dokumenty urzędowe. Są nią np. rachunki wystawione przez zleceńobiorcę za wykonane na rzecz urzędu miasta czynności, mimo że zostały wypisane przez osobę prywatną”.

Jawność umów w sprawie zamówienia publicznego

Opinie prawne.

WSA w Warszawie w wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r. (II SAB/Wa 175/06, LEX nr 340013) stwierdził, że *„opinia prawna sporządzona przez pracownika organu dla potrzeb załatwienia konkretnej sprawy, czy też bliżej nieokreślonej liczby spraw, jako dokument wewnętrzny, służący załatwianiu spraw i realizacji zadań organu, posiada walor informacji publicznej”*. Natomiast NSA w wyroku z dnia 16 czerwca 2009 r. (I OSK 89/09, Wspólnota 2009/37/36) stwierdził, że *„Nie każda opinia prawna sporządzona przez organ administracji publicznej jest informacją publiczną. O tym, czy taka opinia podlega udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, decyduję cel, w jakim została opracowana”*.

Opinia prawna sporządzona na użytek organu administracji publicznej w przedmiocie zasadności wszczęcia w przyszłości postępowania w konkretnej sprawie cywilnej, nie stanowi informacji publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej”.

Nieważność umowy

- ▶ **Art. 146. [Unieważnienie umowy]** 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:
 - ▶ 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
 - ▶ 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
 - ▶ 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
 - ▶ 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
 - ▶ 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;
 - ▶ 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.
- ▶ 2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:
 - ▶ 1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; lub
 - ▶ 2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1.
- ▶ 3. Unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b.
- ▶ 4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz 6, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.^[10]).
- ▶ 5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.
- ▶ 6. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

- ▶ **Art. 148. [Formy zabezpieczenia]** 1. Zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:
 - ▶ 1) pieniądzu;
 - ▶ 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
 - ▶ 3) gwarancjach bankowych;
 - ▶ 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - ▶ 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

- ▶ **Art. 147. [Zabezpieczenie należytego wykonania umowy]** 1. Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej "zabezpieczeniem".
- ▶ 2. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.
 - Czy żądanie zabezpieczenia jest obligatoryjne?
 - Kiedy należy wnieść zabezpieczenie ?

Art. 46 ust. 5 PZP

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- ▶ 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- ▶ 2) **nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;**
- ▶ 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Art. 149. [Zmiana formy zabezpieczenia] 1. W trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1.

2. Za zgodą zamawiającego wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 2.

3. Zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.

Art. 150. [Wysokość zabezpieczenia] 1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Odstąpienie od umowy

Art. 145. [Odstąpienie od umowy] 1. 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.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.