

Uwagi dotyczące treści umów w sprawie zamówień publicznych



ŁUKASZ ŚWIERCZAK
radca prawny

Analizując postanowienia wzorów umów w sprawie zamówień publicznych stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a następnie podstawę ostatecznego formułowania treści umów zawieranych pomiędzy Zamawiającymi a wybranymi Wykonawcami, należy zwrócić uwagę na liczne przypadki występowania postanowień umownych budzących uzasadnione wątpliwości Wykonawców.

Na wstępie trzeba podkreślić, że Zamawiający przygotowują, a de facto narzucają Wykonawcom treść umów, często kształtując postanowienia kontraktów w sposób jednostronny, tzn. korzystny dla Zamawiającego. W większości działań takie nie naruszają – przynajmniej w sposób wyraźny ustawy Prawo zamówień publicznych („Pzp”) bądź kodeksu cywilnego. Niemniej jednak takie podejście może skutkować ograniczeniem kręgu potencjalnych Wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego, w konsekwencji stawiając Zamawiającego przed koniecznością wyboru Wykonawcy spośród mniejszego grona oferentów. Nierzadkie są sytuacje, w któ-

rych Zamawiający w treści specyfikacji, wzorów umów i umów właściwych odwołują się do dokumentów, które nie stanowią elementu dokumentacji przetargowej.

PO PIERWSZE: przywoływane są – jako dokumenty wiążące dla Wykonawców – rozmaite akty prawa wewnętrznego Zamawiającego (regulaminy, zarządzenia, pisma okólne, itp.), których treść pozostaje nieznana Wykonawcom, przynajmniej na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, czyli także w przypadku, gdy Zamawiający zobowiązuje się do udostępnienia ich treści tylko wybranemu Wykonawcy – po jego wyborze lub po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

PO DRUGIE: postanowienia SIWZ nawiązują do dokumentów o charakterze niejawnym, w szczególności do np. Planu ochrony obiektu w rozumieniu art. 7 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Jeżeli Zamawiający nie przeniesie odpowiedniej – nie obejmującej danych istotnie wrażliwych i poufnych – części postanowień tego dokumentu do specyfikacji i/lub wzoru umowy (czego ustawa nie wyklucza), wówczas Wykonawca w wielu przypadkach nie dysponuje danymi niezbędnymi do sporządzenia prawidłowej oferty. Powyższe sytuacje, w niektórych przypadkach, można uznać za naruszające ww. art. 29 Pzp, analogicznie – poprzez brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

W większości umów w sprawie zamówień publicznych występują zapisy dotyczące kar umownych. Nie negując prawa Zamawiającego do wprowadzania do umów tego typu zapisów należy podkreślić, że kary te nie powinny być nadmierne co do zakresu i wysokości, a także aby w sposób precyzyjny określane były przesłanki oraz procedura ich nakładania. Zbyt wysokie kary mogą zniechęcać co najmniej część potencjalnych Wykonawców, a tym samym ograniczyć możliwość wyboru przez Zamawiającego faktycznie najkorzystniejszej,

potencjalnie dostępnej na rynku oferty. Z kolei brak precyzyjności zapisów co do podstaw nałożenia kar, a także brak procedury – najlepiej z udziałem Wykonawcy – pozwalającej ustalić w sposób jednoznaczny okoliczności powstania i zasadność obciążenia Wykonawcy karą umowną, rodzi ryzyko powstania sporów pomiędzy stronami, utrudniających dalszą współpracę w ramach wykonywania umowy.

W świetle treści przepisu art. 142 § 5 Pzp, obowiązującego od dnia 19 października 2014 r., dosłowne powtórzenie jego treści w postanowieniach umowy nie realizuje dyspozycji tego przepisu, albowiem Zamawiający jest zobowiązany do określenia zasad wprowadzenia odpowiednich zmian. Przepis art. 142 § 5 Pzp takich zasad nie zawiera, a tym samym Zamawiający powinien to uczynić we własnym zakresie. Dlatego zapisy wzorów umów przygotowanych przez Zamawiającego powinny w szczególności potwierdzać, że: ■ zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie obowiązywać od dnia wejścia w życie zmian przepisów, ■ wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającego ze zmiany przepisów.

Zawierane umowy w sprawach zamówień publicznych w wielu przypadkach nie realizują zasady równowagi stron w zakresie możliwości rozwiązania umowy, albowiem jedynie Zamawiający jest wyraźnie uprawniony do wypowiedzenia umowy (z zachowaniem okresu wypowiedzenia bądź w trybie natychmiastowym), a umowa nie przewiduje analogicznych postanowień w stosunku do Wykonawcy. Taka

sytuacja nie wyklucza – w przypadku umów o świadczenie usług – możliwości rozwiązania umowy przez Wykonawcę na podstawie art. 746 § 2 w związku z art. 750 kodeksu cywilnego. Jednakże rozwiązanie umowy na tej podstawie może jednakże rodzić wątpliwości i spory co do właściwego terminu wypowiedzenia umowy (o ile przyjąć, że taki termin wypowiedzenia co do zasady powinien zostać wprowadzony ze względu na charakter świadczonych usług ochrony), a także co do ewentualnej odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu wypowiedzenia umowy bez ważnego powodu wypowiedzenia. Celem uniknięcia sporów, wskazane byłoby wprowadzania do umów jasnych zasad możliwości rozwiązywania umowy także przez Wykonawców. Takie rozwiązanie byłoby spójne chociażby z ustawą z dnia 23 października 2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw, w wersji aktualnie obowiązującej, gdzie w art. 5 wprowadzono uprawnienie stron (więc także i Wykonawcy) do rozwiązania umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku niezawarcia porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego.

Z art. 36a i 36b Pzp jednoznacznie wynika, że podwykonawstwo w zamówieniach publicznych jest dopuszczalne (poza przypadkiem zastrzeżenia przez Zamawiającego konieczności osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia), zaś w przypadku korzystania przez Wykonawcę z podwykonawstwa – ustawa Pzp nie przewiduje ograniczeń w zakresie dopuszczalności zmiany podwykonawcy innych niż związane z przypadkiem, w którym Wykonawca powoływał się na zasoby podwykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków. W konsekwencji prawo zamówień publicznych nie przyznaje Zamawiającemu uprawnienia do wprowadzania zakazu zmiany podwykonawcy, bądź też zakazu takiej zmiany bez zgody Zamawiającego. □

WAŻNE

Często występującym w praktyce problemem jest brak spójności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, a zakresem obowiązków i uprawnień stron, wynikającym z umowy. W wielu przypadkach rozbieżności pomiędzy treścią opisu przedmiotu zamówienia a warunkami umowy, skutkują powstaniem sprzeczności pomiędzy treścią obu dokumentów, a co za tym idzie - tworzą wątpliwości co do treści rzeczywistego zakresu obowiązków i uprawnień stron w sytuacji, kiedy art. 29 ust. 1 Pzp wymaga, aby przedmiot zamówienia opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.