

Prawnie dopuszczalne zmiany umowy zawartej o realizację zamówienia publicznego (granice dopuszczalnego kompromisu z punktu widzenia zamawiającego publicznego)

Tomasz Darowski
Partner

Warszawa, 27.11.2014r.

Tezy

- „Zmiana” w prawie cywilnym, Warunkach FIDIC oraz Prawie zamówień publicznych i Dyrektywie 2014/24/UE nie zawsze znaczy to samo (a kryteria dopuszczalności wprowadzenia zmian różnią się znacząco).
- Występuje ogromna różnica w podejściu do istotności zmiany w praktyce polskiej i europejskiej.
- Review clauses w umowach o zamówienie publiczne są często wadliwe.
- Dyrektywa 2014/24/UE powinna wymusić istotne zmiany w praktyce zamówień publicznych.

„Zmiana” umowy w rozumieniu prawa cywilnego (1)

- może zostać wprowadzona w dowolnej formie i nie jest istotny tytuł stosownego dokumentu lecz jego treść (konkluzja z wyroku SA w Katowicach z 23 kwietnia 2013 roku, V ACa 53/13)
- wymaga zgody stron umowy, nie można więc wprowadzić robót dodatkowych, uzupełniających bądź zamiennych bez zgody wykonawcy
- dopuszczalne są klauzule regulujące (programujące) zmianę (dookreślenie) postanowień umowy, nie można jednak pozostawić określenia zasad takiej zmiany jednej ze stron do swobodnego uznania (wykraczałoby to poza dopuszczalny zakres swobody umów)

„Zmiana” umowy w rozumieniu prawa cywilnego (2)

- przykład: Subklauzula 13.3 Warunków Kontraktu na Południową Obwodnicę Warszawy (przetarg w toku)
„Inżynier, (...), ustali zmianę wartości odpowiedniego elementu ryczałtowego określonego w Wykazie Płatności, kierując się rynkową wartością zmiany przy wykorzystaniu dostępnych krajowych danych statystycznych oraz informacji zawartych w biuletynach krajowych profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich.”
- Pytania: które dane statystyczne?, dla kogo dostępne?, które biuletyny?, którzy profesjonalni doradcy?
- Inżynier ma uzyskać pisemne uzgodnienie Zamawiającego przed dokonaniem rozstrzygnięć z Subklauzuli 13.3 (wynika to z Subklauzuli 3.1). Kryteria udzielenia tego uzgodnienia nie są określone.

„Zmiana” w Warunkach FIDIC

- „Zmiana” to każda zmiana w Robotach, w tym co do zasady także ich pominięcie
- bardzo szeroki zakres możliwych zmian (szczególnie Subklauzula 13.1 Czerwonej Książki FIDIC: zmiana m.in., ilości, jakości, terminów)
- polecenie zmiany co do zasady wiąże wykonawcę
- Czerwona Książka FIDIC: wycena Zmiany poprzez odwołanie do stawek kontraktowych, ale z mechanizmem „koszt plus umiarkowany zysk” w przypadku braku stawki (Subklauzula 12.3)
- Żółta Książka FIDIC: korekta ceny w wyniku Zmiany dokonywana na podstawie Subklauzuli 13.3 ma objąć rozsądny zysk

„Zmiana” w rozumieniu Prawa zamówień publicznych i Dyrektywy 2014/24/UE

- kluczowe znaczenie istotności zmiany
ale
- odróżnić trzeba zmiany umowy (dopuszczalność zależy od istotności zmiany) od zmian w wykonaniu umowy, tzn. zmian przewidzianych umową (*review clauses*), przykładem *review clause* (choć wadliwej) może być wspomniana klauzula 13.3 Warunków Kontraktu
- szczególna regulacja co do zakresu świadczenia wykonawcy: zakres świadczenia wykonawcy ma odpowiadać ofercie (i specyfikacji) (art. 140 Prawa zamówień publicznych)
- zmiana zakresu świadczenia wykonawcy robót może być wprowadzona jako zmiana w trybie art. 144 Prawa zamówień publicznych(?)

Istotność zmiany w Prawie zamówień publicznych i polskiej praktyce (1)

- zmiany nieistotne (w stosunku do treści oferty) są z zasady dopuszczalne
- zmiany istotne (w stosunku do treści oferty) są zakazane, chyba że: (i) zostały przewidziane w ogłoszeniu lub SIWZ, oraz (ii) zostały określone warunki zmiany
- każda zmiana wymaga zgody obu stron

Istotność zmiany w Prawie zamówień publicznych i polskiej praktyce (2)

- jako zmiany nieistotne są traktowane takie zmiany, po wprowadzeniu których cena pozostaje nadal niższa w porównaniu do kolejnej oferty
- przykład: NFOŚiGW uznaje za zmiany nieistotne zmiany w robotach polegające np. na zmianie grubości warstwy wiążącej betonu o 1cm (zmiana ceny o 0,007%), zmianie rodzaju kabli (zmiana ceny o 0,1%), itp. (decyzje z 5 grudnia 2012 roku, NF/DS.JL/932/12 i NF/DS.JL/933/12)
- za zmiany istotne uznaje się zmiany, będące w istocie zaspokojeniem roszczenia wykonawcy (np. zmiana polegająca na przedłużeniu terminu wykonania w następstwie niezawinionego opóźnienia) (wyrok WSA Bydgoszcz z 14 lutego 2012 roku, I SA/Bd 951/11)

Istotność zmiany w Prawie zamówień publicznych i polskiej praktyce (3)

- Zmiana Prawa zamówień publicznych z dniem 19 października 2014 roku: umowa zawarta na okres ponad 12 miesięcy ma zawierać klauzulę waloryzacyjną na okoliczność zmiany stawki VAT, zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia, zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom i zmiany wysokości składek ubezpieczeniowych, o ile zmiany te mają wpływ na koszt wykonania zamówienia.
- Czy taka zmiana Prawa zamówień publicznych oznacza, że zmiana umowy na skutek zmiany stawki VAT jest zmianą istotną i wymaga przewidzenia w ogłoszeniu/SIWZ?

Istotność zmiany w Dyrektywie 2014/24/UE (1)

- Cel Dyrektywy w odniesieniu do kwestii zmiany umowy: doprecyzowanie warunków wynikających już z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.
- Oznacza to możliwość (a wręcz konieczność) odwołania się do treści Dyrektywy w powyższym zakresie przy wykładni polskiego prawa, nawet przed terminem implementacji Dyrektywy (18 kwietnia 2016 roku).

Istotność zmiany w Dyrektywie 2014/24/UE (2)

- Zmiana polegająca na zleceniu dodatkowych robót budowlanych, usług lub dostaw jest możliwa jeżeli:
 - jest niezbędna, oraz
 - zlecenie tych robót (usług, dostaw) innemu wykonawcy nie może zostać dokonane z przyczyn ekonomicznych lub technicznych (np. z powodu zamienności lub interoperacyjności ze sprzętem (usługami, instalacjami) zamówionymi w ramach podstawowego zakresu umowy, oraz
 - zlecenie tych robót (usług, dostaw) innemu wykonawcy spowodowałoby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów zamawiającego, oraz
 - wzrost ceny nie przekracza 50% pierwotnej ceny.

Istotność zmiany w Dyrektywie 2014/24/UE (3)

- Zmiana jest również możliwa, gdy:
 - konieczności zmiany starannie działający zamawiający nie mógł przewidzieć, oraz
 - zmiana nie zmienia ogólnego charakteru umowy,
 - wzrost ceny nie przekracza 50% pierwotnej ceny.

Istotność zmiany w Dyrektywie 2014/24/UE (4)

- Zmiana (w zakresie robót budowlanych) jest także możliwa w każdym przypadku o ile nie zmienia ogólnego charakteru umowy, gdy wartość zmiany jest niższa od niższej z następujących kwot:
 - 5.186.000 EUR,
 - 15% pierwotnej wartości zamówienia na roboty budowlane.

Istotność zmiany w Dyrektywie 2014/24/UE (5)

- Zmiana jest nieistotna i, jako taka, jest możliwa, jeżeli:
 - nie wprowadza warunków, które wpłynęłyby na wynik postępowania, oraz
 - nie zmienia równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany, oraz
 - nie rozszerza znacznie zakresu umowy,
 - nie dotyczy zmiany wykonawcy.

Istotność zmiany w dotychczasowej praktyce polskiej i w Dyrektywie 2014/24/UE - zestawienie

- Znacznie dalej idące wymagania w polskiej praktyce, szczególnie z uwagi na:
 - wartość zmiany uznawanej za nieistotną,
 - tendencje do traktowania drugiej w kolejności oferty jako punktu odniesienia,
 - procedurę zlecenia zamówień dodatkowych jako odrębnego zamówienia z wolnej ręki.

Review clauses w polskiej praktyce (1)

- Przykład:

„Zmiany Umowy dopuszczalne są wyłącznie w przypadku: 1) zmian korzystnych dla [zamawiającego], lub 2) zmian koniecznych dla zapewnienia realizacji zadań statutowych [zamawiającego], lub 3) zmian przepisów prawa obowiązujących w dniu podpisania Umowy.” (zamówienie udzielane w 2014 roku, na prace projektowe).
- Klauzula kompletnie nieczytelna, stwarzają zamawiającemu pole do arbitralnych decyzji.

Review clauses w polskiej praktyce (2)

- Wzorcowe warunki umowy na budowę opublikowane przez PKP PLK na https://zamowienia.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_module=main&MP_action=publicFilesList:
 - długi katalog sytuacji, gdy istotna zmiana może nastąpić, obejmujący m.in., sytuacje stanowiące ewidentne ryzyko zamawiającego (istotne wady dokumentacji projektowej, odmienne od przyjętych w dokumentacji warunki geologiczne) lub okoliczności obiektywne (pojawienie się nowych materiałów)
 - wskazanie możliwości zmiany, ale bez określenia tego, jak zmiana ma wyglądać
 - wadliwość dokumentacji projektowej daje prawo tylko do zmiany Czasu na Ukończenie (co nie przystaje do subklauzul 17.3 i 17.4, które dają wykonawcy prawo do uzyskania płatności za Koszt spowodowany wadliwością dokumentacji projektowej)
 - zmiana prawa (inna niż zmiana stawki VAT) nie jest podstawą do wprowadzenia zmiany istotnej, podczas gdy Subklauzula 13.7 pozwala na korekty ceny w razie każdej zmiany prawa wpływającej na Koszt
- Czy zatem w tym przypadku intencją zamawiającego, w razie zmiany prawa bądź wadliwości dokumentacji projektowej, było tylko wprowadzenie zmian nieistotnych? Można przyjąć, że w ten sposób zamawiający sam sobie wyznaczył granice kompromisu w razie sporu.

Review clauses w Dyrektywie 2014/24/UE

- Postanowienia przewidujące zmianę:
 - powinny być jasne, jednoznaczne i precyzyjne,
 - mają podawać zakres i charakter możliwych modyfikacji i warunki, na jakich można je stosować,
 - nie mogą prowadzić do zmiany ogólnego charakteru umowy.

Konkluzje wynikające z porównania polskiej praktyki z Dyrektywą 2014/24/UE

- Typowa review clause najczęściej nie spełnia kryteriów wyznaczonych przez Dyrektywę 2014/24/UE. Postanowienia, które deklarują tylko to, kiedy i co może się zmienić, najczęściej nie wystarczą do wprowadzenia zmian istotnych.

Konkluzje

- Kryteria dopuszczalności wprowadzenia zmiany różnią się istotnie w polskiej praktyce i w przepisach Dyrektywy 2014/24/UE
- Zamawiający powinien unikać takiego kształtowania warunków umowy, które w sposób jednostronny dawałyby mu prawo wprowadzania zmian.
- Na poziomie dyskusji o istotności zmian uzasadniona już teraz jest „liberalizacja” podejścia zamawiających, na zasadach określonych Dyrektywą 2014/24/UE.
- Zamawiający sami ograniczają sobie zakres możliwej zmiany (kompromisu) w zakresie zmian istotnych, w porównaniu do wymogów Prawa zamówień publicznych, także w porównaniu do standardów wytyczanych Dyrektywą 2014/24/UE.
- Należy spodziewać się, że Dyrektywa 2014/24/UE zmusi zamawiających do większej precyzji przy przygotowywaniu review clauses.

Dziękuję za uwagę



Kontakt

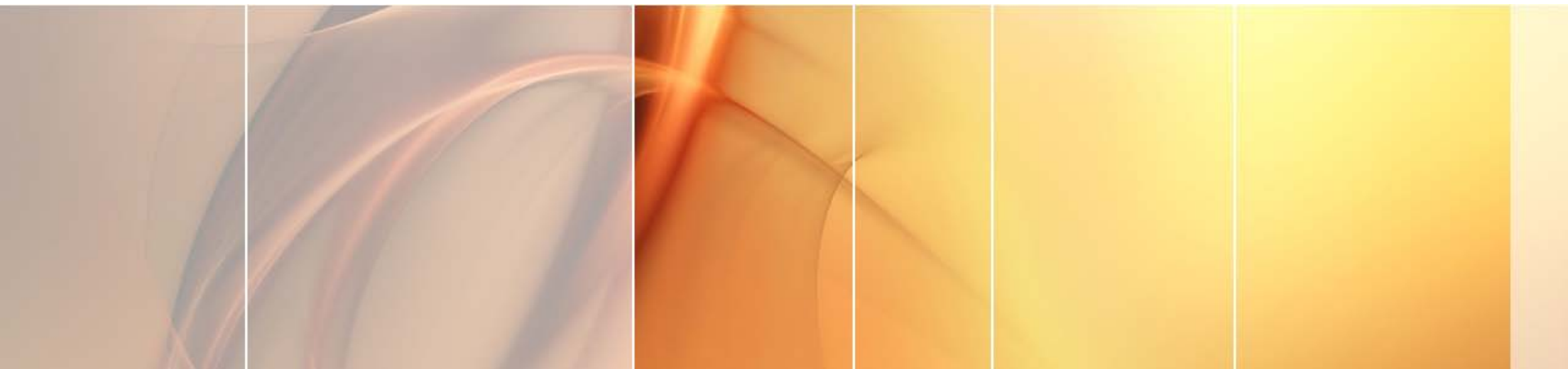


Tomasz Darowski
Partner

T: +48 22 557 76 81

M: +48 660 440 311

E: Tomasz.Darowski@dzp.pl



Domański Zakrzewski Palinka sp. k.

Warszawa

Rondo ONZ 1 | 00-124 Warszawa

T: +48 22 557 76 00 | F: +48 22 557 76 01

Poznań

ul. Paderewskiego 8 | 61-770 Poznań

T: +48 61 642 49 00 | F: +48 61 642 49 50

Wrocław

ul. Powstańców Śląskich 2-4 | 53-333 Wrocław

T: +48 71 712 47 00 | F: +48 71 712 47 50

www.dzp.pl www.linkedin.com/company/dzp