

Dopuszczalność zmiany umowy

Uchwalona przez Sejm 4 września 2008 r. ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw znowelizowała brzmienie artykułu 144 ust. 1 ustawy dotyczącego możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego po jej zawarciu. Spowodowane to zostało uwagami Komisji Europejskiej dotyczącymi między innymi dopuszczalności zmian umów, które to zmiany były możliwe od przewidzenia, ale zostały ocenione jako „korzystne” dla zamawiającego.

Piotr Wiśniewski

ekspert zamówień publicznych,
Członek Zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych

ZAKAZ ZMIAN

Tego typu zapis mógł przyczyniać się do braku zachowania zasady równości na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ jeden z wykonawców mógł posiadać większą wiedzę od innych na temat możliwości zmiany umowy, w związku z czym był w stanie złożyć najkorzystniejszą ofertę, oczekując modyfikacji umowy po jej podpisaniu. W trakcie procesu legislacyjnego wypracowano uchwalony ostatecznie tekst art. 144 ust. 1 uPzp w brzmieniu:

- ***Zakazuje się 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.***

Jak podkreślał w czasie posiedzenia Komisji Gospodarki z 10 czerwca 2008 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych Jacek Sadowy, zmiana ta: *zmierza do wprowadzenia zasady przejrzystości. Nie eliminuje to możliwości dokonywania zmian w umowie, ale tylko wtedy jest to możliwe, jeżeli zostało przewidziane w warunkach przetargu. To gwarantuje przejrzystość procedury. Wykonawcy przystępujący do przetargu wiedzą z góry, w jakich fragmentach umowa może być później zmieniona. Poprawka*

służy zatem zamawiającemu, ponieważ umożliwia dokonywanie zmian, także korzystnych dla zamawiającego, a również chroni wykonawcę przed uznaniowością postępowania zamawiającego, który najpierw ustala warunki przetargu, a na etapie umowy o zamówienie publiczne zmienia je.

Podobnie na posiedzeniu komisji 25 czerwca 2008 r. Prezes UZP stwierdził, że: *Każda zmiana umowy powinna być znana wszystkim wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne. Chodzi o zagwarantowanie, na etapie przetargu, równych szans i uczciwej konkurencji. Nie może być tak, że tylko jeden wykonawca, posiadając odpowiednią wiedzę, składa ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Następnie dokonuje zmian umowy, które wypaczają sens i istotę procedury udzielania zamówień publicznych. W związku z tym zmiana ta wprowadza przejrzystość również przy dokonywaniu modyfikacji w umowach o zamówienia publiczne. W praktyce takich przykładów nie brakuje. Zmiana umów, o których nikt nie wie, jest najczęstszym naruszeniem przepisów procedury Prawa zamówień publicznych.*

Prezes Sadowy zacytował również fragment orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99: *Zmiana niektórych warunków, na których zamówienie zostało udzielone, jest dopuszczalna jedynie wówczas, gdy zamawiający*

wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej modyfikacji. Warunkiem koniecznym dokonania modyfikacji jest nie tylko określenie okoliczności, z których zmiana wynika, ale również dokładny opis przewidywanych zmian i ich dopuszczalny zakres.

Z powyższych wypowiedzi wynika, że treść przyjętej nowelizacji uPzp pod względem dopuszczalności zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zgodna z prawem europejskim. Ma być zagwarantowana jawność i przejrzystość poczynąń zamawiającego, jednakże obawy może budzić to, jak zamawiający podejść do nowego uprawnienia i jak brzmieć będą owe zapisy w ogłoszeniach o zamówieniu i siwz dotyczące przewidywanych zmian w umowach. Przed wszczęciem postępowania konieczna stanie się dogłębna analiza różnych sytuacji, w których zamawiający będzie dopuszczał zmianę umowy po to, by podać to do publicznej wiadomości w dokumentach przetargowych. Łatwo jednak wyobrazić sobie sytuację, w której mimo najwyższej staranności zamawiającemu nie uda się przewidzieć wszystkich możliwych okoliczności, które staną się przesłanką do modyfikacji kontraktu. Wówczas zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 144 ust. 1 umowy zmienić nie będzie można.

PRZEWIDYWANY ZAKRES ZMIAN

Na zamawiającym ciążyć będzie zatem duża odpowiedzialność co do wyczerpującego określenia przewidywanych zmian. Oprócz wyliczenia tych zmian konieczne będzie też określenie warunków, na jakich aneks do umowy będzie możliwy. Nie wystarczy więc przewidzieć, co może ulec zmianie, ale też trzeba będzie jak najdokładniej opisać zakres tych zmian, tak aby można było stwierdzić, czy rzeczywiście zachodzi sytuacja uzasadniająca modyfikację umowy. Jeżeli w siwz opis zmian i ich warunków będzie nazbyt ogólny lub niedokładny, może stać się to powodem licznych protestów na treść siwz, gdyż wbrew zamiarom ustawodawcy nie zapewnią takie zapisy przejrzystości i jawności zamiarów zamawiającego.

Zauważyć też trzeba inny, niekorzystny dla zamawiających element nowelizacji uPzp. W art. 4 ust. 3 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw określa się, że: *Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe*. Oznacza to, że jeśli umowa zostanie zawarta w dniu wejścia w życie ustawy lub później, nie będzie można dokonać w niej żadnych zmian w stosunku do treści oferty, chyba że zmiany te będą wcześniej przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz.

PUŁAPKA LEGISLACYJNA

Co jednak w przypadku postępowań wszczętych i prowadzonych według brzmienia uPzp przed nowelizacją? Przetarg może trwać nawet kilka miesięcy. W bardzo wielu postępowaniach, w których umowy zostaną podpisane po wejściu w życie ustawy nowelizującej uPzp, brak będzie zapisów dotyczących możliwości i warunków zmiany umów. Nic zresztą dziwnego, bo dotychczasowy stan prawny nie przewiduje tego typu zapisów w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu. Mogłyby one stać się nawet potencjalnym powodem oprostowania ich z powodu niezgodności z prawem. Trudno sobie wyobrazić, że na długo przed wejściem w życie wspomnianego wyżej przepisu art. 4 ust. 3 uPzp zamawiający zaczęli konstruować teksty ogłoszeń i siwz według nieobowiązujących jeszcze przepisów, których przecież przed publikacją w Dzienniku Ustaw nie muszą nawet znać.

Z pewnością wiele podpisywanych umów nie będzie w ogóle mogło być zmodyfikowanych właśnie z tego powodu. Zamawiający wpadną w pułapkę legislacyjną, która, dopuszczając stosowanie starych przepisów do umów sprzed wejścia w życie nowelizacji, nie przewidziała, że trwające kilka tygodni lub miesięcy postępowanie o udzielenie zamówienia będzie przygotowane i przeprowadzone według starych przepisów. O wiele korzystniejszy dla zamawiających byłby przepis nakazujący stosować stare przepisy do umów podpisanych w wyniku przeprowadzonych postępowań wszczętych przed wejściem w życie ustawy zmieniającej uPzp; jako że art. 4 ust. 3 nakazuje stosować nowe przepisy do umów zawartych od dnia wejścia w życie ustawy, setki zamawiających zostanie pozbawionych uprawnień do zmiany umów w stosunku do treści oferty nawet w całkowicie uzasadnionych przypadkach. ■



foto: Theta