

WZORY UMÓW W PRZETARGACH PUBLICZNYCH – NA CO NALEŻY ZWRACAĆ UWAGĘ?

Istotnym elementem opisu przedmiotu zamówienia są warunki umowy, które określają sposób wykonania zamówienia oraz obowiązki ciężące na wykonawcy. Decyzję wykonawcy o złożeniu oferty powinna poprzedzać wnikliwa analiza treści wzoru umowy i ocena ryzyka, która z niej wynika. Mimo ograniczonej możliwości wpływu na treść przyszłej umowy, wykonawca posiada narzędzia umożliwiające kontrolę zamawiającego w stosowaniu niekorzystnych lub niejasnych postanowień umownych.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową o charakterze adhezyjnym, co z zasady wyklucza jakąkolwiek możliwość negocjowania i wpłynięcia na treść wzorca umowy przez wykonawców. Stosunek zobowiązaniowy, który nawiązuje się pomiędzy wykonawcą i zamawiającym w ramach zamówienia publicznego nie charakteryzuje się równością stron i pełną realizacją zasady swobody umów. Te reguły i zasady prawa cywilnego w przypadku umów o zamówienie publiczne ulegają pewnym naturalnym, ustawowo przewidzianym odrębnościom (KIO 1183/12; KIO/UZP 1461/09).

Zamawiający publiczny, jako gospodarz postępowania, jest uprawniony do określenia istotnych dla stron postanowień umowy. Zawarcie umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następuje przez przystąpienie do warunków przedstawionych przez zamawiającego. Pozycja wykonawcy sprowadza się w zasadzie do powzięcia decyzji w zakresie udziału w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne, a z chwilą złożenia oferty, do akceptacji treści sporządzonego przez zamawiającego wzoru umowy.

Swoboda zamawiającego do jednostronnego kształtowania postanowień umownych nie jest nieograniczona. Jest ona limitowana przez Prawo zamówień publicznych oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego.

ZASADY KSZTAŁTOWANIA TREŚCI UMOWY

1 stycznia 2021 r. weszła w życie nowa ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych („Pzp”), która znajduje zastosowanie do postępowań wszczętych od początku 2021 roku. W dziale VII Pzp ustawodawca zawarł regulacje, których celem jest częściowe wyrównanie pozycji zamawiających publicznych i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Przejawia się to m.in. wprowadzeniem do ustawy obligatoryjnych elementów umowy, obowiązku uwzględnienia klauzuli waloryzacyjnej oraz postanowień dotyczących udzielenia zaliczki i płatności częściowych w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a także postanowień przewidujących prawo opcji.

Pozytywnie należy ocenić wprowadzenie przez ustawodawcę katalogu klauzul abuzywnych, tj. postanowień umownych, których zamawiający nie mogą wprowadzić do treści umowy (art. 433 Pzp). W szczególności istotny z punktu widzenia wykonawców jest zakaz wprowadzenia do treści wzorców postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. Podstawowym narzędziem stosowanym przez zamawiających jest zastrzeżenie kar umownych za nieterminową realizację przedmiotu umowy przez wykonawcę. Dotychczas w umowach zastrzegane były kary umowne za opóźnienie albo za zwłokę. Obecnie przepis ten zakazuje konstruowania kar umownych za opóźnienie. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek uprawniający zamawiającego do rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, jeżeli jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Pozostałe zakazy dotyczą postanowień przewidujących (I) naliczanie kar umownych za zachowania wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, (II) odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający oraz (III) możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

ZAPISY NIEBUDZĄCE WĄTPLIWOŚCI

Ustawodawca wymaga od zamawiających, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpu-

jący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 i nast. Pzp). Zasada ta dotyczy również treści umów.

Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”) wielokrotnie w swoim orzecznictwie wskazywała na konieczność redagowania postanowień umownych w sposób umożliwiający pełne i precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest m.in. uzależnienie zakresu zamówienia od zdarzeń przyszłych i niepewnych (KIO 24/14), wprowadzania postanowień umownych przerzucających na wykonawcę ryzyko, które jest poza jego kontrolą lub którego wykonawca nie jest w stanie zidentyfikować i wycenić (KIO 2436/14), a także postanowień, które mogą być w trakcie realizacji zamówienia interpretowane na niekorzyść wykonawcy (KIO 134/17).

ZGODNOŚĆ UMOWY Z ZASADAMI WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO

Na zamawiającym spoczywa obowiązek kształtowania treści umowy m.in. zgodnie z zasadami współżycia społecznego, które wyznaczają granice swobody umów (art. 3531 k.c.). Zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej ograniczają zamawiającego w korzystaniu z uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści umowy w sposób absolutny. Dotyczy to w szczególności przerzucania na wykonawców całego ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia i takiego kształtowania umowy, które rażąco narusza równowagę stron (tak np. KIO 283/14 i KIO 651/17).

PYTANIA DO SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dokonać analizy treści umowy przez pryzmat ww. zasad. Z punktu widzenia wykonawców istotne są m.in. te posta-

nowienia, które regulują zasady zmiany terminu wykonania umowy lub wynagrodzenia wykonawcy, kar umownych, zasad wprowadzenia robót dodatkowych lub zamiennych, zasad obliczenia i zapłaty wynagrodzenia, a także postanowienia nakładające na wykonawcę konkretne obowiązki lub wyznaczające zakres ryzyka (np. przejęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowe).

Jeżeli postanowienia umowy są niejasne lub przenoszą na wykonawcę niemożliwe do wyceny ryzyka, wykonawca powinien rozważyć podjęcie działań zmierzających do zmiany treści umowy. W tym celu ustawodawca przewidział dwa mechanizmy ustawowe. Po pierwsze, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawcy powinni korzystać z tego uprawnienia i podejmować próbę wyjaśnienia postanowień, które budzą ich wątpliwości lub są niejasne. Jeżeli pytania dotyczące wyjaśnienia treści SWZ zostaną złożone w ustawowym terminie, zamawiający jest obowiązany udzielić na nie odpowiedzi. Minusem tego rozwiązania jest brak obowiązku zamawiających do zastosowania

się do wniosku wykonawcy o zmianę treści umowy lub udzielenia umotywowanych wyjaśnień. Częstą praktyką zamawiających jest udzielanie „jakichkolwiek” odpowiedzi, aby tylko formalnie wypełnić obowiązek ustawowy. Tym niemniej zadawanie pytań do treści SWZ jest o tyle istotne, gdyż stanowi przejaw należytej staranności wykonawców i może chronić ich przed obciążeniem negatywnymi skutkami niejasnych postanowień na etapie realizacji umowy, a także w toku ewentualnego postępowania sądowego.

Po drugie, wykonawca może wnieść odwołanie od treści SWZ. W tym celu konieczne jest wykazanie, że treść wzoru umowy jest sprzeczna z przepisami prawa zamówień publicznych lub bezwzględnie obowiązującymi przepisami zawartymi w innych ustawach (np. kodeksie cywilnym). Skorzystanie z tego narzędzia może doprowadzić do nakazania zamawiającemu przez KIO usunięcia konkretnych postanowień wzoru umowy lub zmiany postanowień na proponowane przez wykonawcę w odwołaniu. W praktyce zdarzało się, że dopiero wniesienie odwołania skłaniało zamawiającego do zmiany treści SWZ.

PODSUMOWANIE

Choć zamawiający publiczny jednostronnie kształtują treści umów, wykonawcom przysługują narzędzia mające na celu kontrolę zamawiających. Wykonawcy powinni nie tylko zadawać pytania do treści umów, ale również starać się uzasadniać wnioski o ich zmianę. W przypadku postanowień sprzecznych z Pzp lub innymi ustawami wykonawcy mogą je zaskarżać do KIO wnosząc odwołanie. Należy pamiętać, że bierność wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do negatywnych skutków na etapie realizacji umowy. Ryzyko to można ograniczyć – nawet nieskuteczną – próbą wyjaśnienia nieprecyzyjnych postanowień umowy.



Iwo Franaszczyk
Adwokat
Zespół Postępowań Sądowych i Arbitrażowych
Zespół Zamówień Publicznych
Kancelaria JDP

Zespół Postępowań Sądowych i Arbitrażowych
Zespół Zamówień Publicznych
Kancelaria JDP

AQUA TECH

Od **10** LAT tworzymy

**NOWOCZESNE ROZWIĄZANIA
DLA BUDOWNICTWA HYDROINŻYNIERYJNEGO**



dowiedz się
więcej:



Z NAJWYŻSZĄ STARANNOŚCIĄ

projektujemy, produkujemy i montujemy zapory oraz jazy ruchome

JAKOŚĆ, TRWAŁOŚĆ I DŁUGA ŻYWOTNOŚĆ

stanowią dla nas najwyższą wartość

PROFESJONALNIE

wspieramy inwestorów i pomagamy na każdym etapie budowy



- ✓ budowa matych- modułowych elektrowni wodnych
- ✓ generatory synchroniczne dla MEW
- ✓ ruchome jazy powłokowe typu hydraulicznego lub pneumatycznego
- ✓ jazy klapowo powłokowe typu hydraulicznego lub pneumatycznego
- ✓ autonomiczne jazowe zamknięcia powłokowe zbiorników retencyjnych i melioracyjnych

Podzielmy się doświadczeniem!

Porozmawiajmy o wyborze technologii na etapie koncepcji MEW dla optymalizacji wykorzystania odnawialnych źródeł energii. Rozważmy modernizację istniejących progów stałych, wykorzystując nowatorskie rozwiązania oraz materiały kompozytowe.

+48 530 133 269
+48 32 441 77 17

biuro@aqu-tech.info.pl

www.aqua-tech.info.pl

Lipcowa 64
32-540 Trzebinia



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



AQUA-Tech Sp. z o. o. jest beneficjentem projektu POIR.01.02.00-00-0251/16 Opracowanie technologii niskospadowej modułowej elektrowni wodnej o wysokiej efektywności energetycznej i minimalnej ingerencji w środowisko