

Już dziś można zmieniać umowy zgodnie z dyrektywami

01 grudnia 2015 | Administracja | Wojciech Hartung

Chociaż dyrektywy dotyczące zamówień publicznych nie zostały jeszcze implementowane do polskiego porządku prawnego, w pewnym zakresie można je stosować.

Rz: W jakich sytuacjach zamawiający może zmienić umowę z wykonawcą? Wydaje się, że przepisy polskiej ustawy - Prawo zamówień publicznych nie dają w tym zakresie dużych możliwości.

Wojciech Hartung: Najważniejsze przepisy dotyczące tej kwestii to art. 140 i 144 prawa zamówień publicznych. Pierwszy mówi m.in. o tym, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z kolei art. 144 PZP wskazuje, że zakazane są istotne zmiany postanowień zawartej umowy, chyba że przesłanki takich zmian zostaną z góry jasno przewidziane.

Co to za zmiany nieistotne, które można wprowadzić?

Właśnie z interpretacją tego pojęcia mają najwięcej problemów instytucje stosujące ustawę. Pewną pomocą służy tu orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wskazuje on m.in., że zmiany istotne to takie, które, gdyby były znane od początku postępowania, to mogłyby wpłynąć na przebieg całej procedury, czyli m.in. na wyłonienie wykonawcy. Jednak i ta wskazówka zostawia duże pole do interpretacji. Zdarzają się tak absurdalne interpretacje, że niemal każda zmiana mogłaby wpłynąć na przebieg procedury.

Gdzie więc zamawiający mogą szukać dodatkowych wskazówek?

Kwestia zmian umowy jest uregulowana w nowych unijnych dyrektywach. Warto sięgnąć właśnie po nie.

Jednak Polska jeszcze nie implementowała tych przepisów. Mamy czas do kwietnia 2016 r.

Dyrektywy nie zostały jeszcze implementowane, jednak to nie znaczy, że nie obowiązują. Moim zdaniem w pewnym zakresie można je stosować. Wskazuje na to m.in. opinia rzecznika generalnego Niila Jaaskinena z 8 września tego roku. Przy okazji innego przepisu wskazał on, że już dzisiaj jest możliwe interpretowanie obowiązujących w prawie krajowym przepisów w świetle norm nowych dyrektyw, jeśli nie wprowadzają one regulacji sprzecznych z dotychczasowymi, lecz jedynie kodyfikują orzecznictwo. Tak jest moim zdaniem w tym przypadku. Dyrektywy w odniesieniu do możliwości zmian umowy o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim kompilują dotychczasowy dorobek orzecznictwa TS UE. Dlatego moim zdaniem już dziś można, a nawet powinno się, je stosować - właśnie do interpretacji owego budzącego wątpliwości pojęcia „zmiany nieistotne”.

To duża rewolucja. Dyrektywy są bowiem o wiele bardziej liberalne w odniesieniu do zmian umowy niż polskie przepisy.

To prawda, przepisy dyrektyw dają daleko idące możliwości wprowadzania zmian. Choćby w

kwestii wynagrodzeń, które do tej pory w polskiej praktyce wydawały się nie do ruszenia. Regulacje unijne mówią o możliwości zmiany nawet w granicach 10-15 proc. wartości zamówienia. Dodatkowym ograniczeniem są tu jednak progi unijne. Jest to zupełnie inne podejście niż to, które do tej pory obowiązywało w naszym kraju. Zmiany w tym kierunku od lat były postulowane przez środowisko, szczególnie w kontraktach budowlanych.

W jakich jeszcze sytuacjach w świetle unijnych przepisów można zmieniać umowy?

Dyrektywy wskazują, że jest to możliwe m.in., gdy konieczność zmiany wynika z okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, gdy prowadził postępowanie, oraz gdy modyfikacja nie zmienia charakteru umowy. Co ważne, dyrektywy jednoznacznie postulują zindywidualizowane podejście; analizując dane okoliczności, powinniśmy brać pod uwagę możliwości zamawiającego; inaczej może wyglądać ta kwestia w stosunku do dużych, doświadczonych, inaczej w niewielkich gminach niedysponujących rozbudowanymi zespołami.

Czyli jakie zmiany, pana zdaniem, w świetle tych przepisów można wprowadzić do umów?

Najważniejsze wydaje mi się to, że prawo unijne pozwala na zdecydowanie więcej, niż pokazuje praktyka działania zamawiających i kontrolujących ich w naszym kraju instytucji. Mam wrażenie, że ograniczania w dopuszczalności zmian umów o zamówienie publiczne są kolejnym przykładem na to, że sami sobie niepotrzebnie tworzymy nieistniejące przeszkody. Chodzi o to, aby rozsądnie wykorzystywać możliwości, które wprost podsuwają nam nowe dyrektywy.

Nowelizacja polskich przepisów wprowadziła możliwość waloryzacji umowy, jeśli zmienią się np. przepisy dotyczące VAT lub umów cywilnoprawnych. Jak ta nowela ma się do przepisów dyrektywy?

Wolałbym, aby nie wprowadzać regulacji punktowych, nie dostosowywać każdorazowo przepisów ustawy do pojawiającego się problemu, choć oczywiście rozumiem dobre intencje. Możliwość takiej waloryzacji umowy moim zdaniem wynikała już z dotychczasowego brzmienia ustawy i jej interpretacji. Zmiana prawa często jest okolicznością, której zamawiający nie mógł przewidzieć, a co nawet ważniejsze - skutki zmiany najczęściej dotyczyłyby w równym stopniu wszystkich wykonawców.

—rozmawiała Katarzyna Borowska

Wojciech Hartung, ekspert zajmujący się zamówieniami publicznymi w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

Rzeczpospolita

© © Wszystkie prawa zastrzeżone