

Ekspert od prawa zamówień publicznych wyjaśnia

Zmiana wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Jeżeli w trakcie realizacji zamówienia publicznego dojdzie do zmniejszenia lub ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, a w konsekwencji zmniejszy się także wysokość wynagrodzenia jakie uzyska wykonawca – to czy w takim przypadku wykonawca może zmniejszyć wartość wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy - pyta Czytelnik Biuletynu Górniczego.

Należy zaznaczyć, że kwestię zabezpieczenia należytego wykonania umowy regulują przepisy art. 147–151 Prawa zamówień publicznych. W przepisach określono m.in. granicę wysokości zabezpieczenia odnoszącą się bezpośrednio do ceny całkowitej oferty (tj. od 2 proc. do 10 proc.). Zgodnie z Prawem zamówień publicznych w trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne ustawodawca określił możliwość zmiany formy zabezpieczenia przez wykonawcę na inną lub kilka form wskazanych w przepisach prawa. Innymi słowy, przepisy ustawy Pzp regulują jedynie możliwość zmiany formy ww. zabezpieczenia. Prawo zamówień publicznych nie odnosi się zatem do sytuacji, o którą pyta Czytelnik.

Udzielając odpowiedzi na zadane pytanie, należy powołać się na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który stwierdził, że: „zarówno w przypadku podwyższenia wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również w sytuacji zmniejszenia tej wartości, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wywniesienia w pierwszej ww. sytuacji – przez zamawiającego – żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy lub – w przypadku drugim – przez wykonawcę żądania zwrotu części zabezpieczenia, o którą obniżono wynagrodzenie. Powyższe nie stoi jednak na przeszkodzie odmiennemu uregulowaniu ww. kwestii w umowie, pod warunkiem, że dokonanie zmiany nie spowoduje ustalenia zabezpieczenia w granicach innych niż 2–10 proc. ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z umowy (pod warunkiem, że mechanizm zmian w tym zakresie był uprzednio znany wszystkim podmiotom ubiegającym się o dane zamówienie pu-

bliczne, co gwarantuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania)” (publ.: opinia prawna pt. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kontekście zmiany nominalnej wartości kontraktu, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013).

Z tej opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należy wywnioskować, że uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne nie mają podstaw do żądania zwiększenia lub odpowiednio zmniejszenia zabezpieczenia, chyba że zamawiający przewidział wcześniej taką możliwość w umowie w sprawie zamówienia publicznego (czyli de facto przewidział taką przesłankę do aneksowania umowy w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych). Przy czym różnice w wysokości nie mogą przekraczać ustawowych widełek procentowych, tj. 2–10 proc. ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. W celu zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania o takiej ewentualności muszą być jednak poinformowani wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zatem, taka możliwość powinna wynikać bezpośrednio z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu.

Odpowiedź na zadane pytanie jest następująca: nawet jeżeli w danym zamówieniu możliwe jest zmniejszenie/ograniczenie zakresu świadczenia objętego umową w sprawie zamówienia publicznego (np. poprzez formalną zmianę umowy), to brak jest podstaw do żądania zwiększenia lub odpowiednio zmniejszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, chyba że zamawiający przewidział wcześniej taką możliwość w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Jeżeli jednak zamawiający nie przewidział takiej przesłanki do zmiany umowy, to rozważyć należy, czy takie zmniejszenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy byłoby możliwe przez przyzmat zmiany umowy, ale jako przesłanki nieokreślonej w treści umowy, która miałaby charakter zmiany nieistotnej (w świetle art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e Prawa zamówień publicznych).

W mojej ocenie modyfikacja postanowień umowy w omawianym zakresie będzie wpływać na sytuację ekonomiczną wykonawcy, bowiem skoro nie będzie on zmuszony do ponoszenia kosztów utrzymania zabezpieczenia (na procentowym poziomie określonym w ofercie), to on uzyska wymierną korzyść finansową. W niniejszej sprawie „redukcja” zabezpieczenia spowoduje, iż na wykonawcę będzie ponosił odpowiedzialność za wykonaną pracę w innym zakresie niż się zobowiązał w ofercie, a zatem koszty realizacji zamówienia będą niższe. Innymi słowy, w wyniku wprowadzenia takiej zmiany umowy równowaga ekonomiczna umowy zostałaby zmodyfikowana na korzyść wykonawcy.

Nawet, gdyby uznać, że taka modyfikacja (z uwagi np. na niewielką wartość) nie ma aż takiego wpływu na sytuację ekonomiczną lub finansową stron procesu inwestycyjnego, to argument przeważającym w sprawie jest taki, że ustawodawca w sposób jasny ustalił dopuszczalną wysokość kwoty zabezpieczenia usługującego się widełkami procentowymi (2–10 proc.) odnoszącymi się do ceny całkowitej podanej w ofercie albo nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z powyższego wynika więc, że wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się na podstawie ceny ofertowej. Skoro w przypadku podwyższenia wartości umowy o zamówienie publiczne brak podstaw prawnych do żądania przez zamawiającego uzupełnienia wysokości ww. zabezpieczenia o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy, to również wykonawca jest pozbawiony możliwości żądania zmiany określonego poziomu zabezpieczenia w przypadku zmniejszenia wartości swojego zobowiązania. Stąd też uważam, że brak bezpośredniej przesłanki dotyczącej aneksowania umowy w zakresie wysokości zabezpieczenia (przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu) – nie pozwala na skuteczną zmianę.

Agnieszka Zaborowska – adwokat
z Kancelarii Adwokackiej Zaborowska,
specjalizująca się w procesie udzielania
i realizacji zamówień publicznych