



Urząd
Zamówień
Publicznych

Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych

V KONFERENCJA NAUKOWA
17-18 września 2012 r., Sopot

Redakcja naukowa:
Elżbieta Adamowicz
Jacek Sadowy

ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE – JAKO ZABEZPIECZENIE SPRAWNEGO WYKORZYSTYWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH

Jerzy T. Pieróg¹

Aneta Wala²

Agnieszka Zaborowska (Adach)³

1. WSTĘP

W świetle licznych postanowień Rozporządzeń Rady (WE) oraz Rozporządzeń Komisji (WE) dotyczących funduszy unijnych, każde z państw członkowskich, korzystające ze środków pochodzących Unii Europejskiej, zobowiązane jest do ustanowienia sprawnie funkcjonującego, efektywnego systemu kontroli i zarządzania tymi środkami. Nie ulega wątpliwości, że efektywna absorpcja funduszy unijnych wymaga skoordynowanych działań ze strony bezpośredniego inwestora (zamawiającego), beneficjentów środków (wykonawców) jak i organów administracji państwowej – zarówno na etapie przygotowania inwestycji, jej realizacji, jak i ostatecznego rozliczenia. Uchybienia formalne i opieszałość w prawidłowej realizacji konkretnego projektu ma z reguły daleko idące skutki. Jeżeli nawet nie prowadzi to do bezpośredniej utraty możliwości dalszego ubiegania się o finansowanie danej inwestycji z europejskich środków pomocowych, to każda zwłoka prowadzić może do finalnego anulowania tych zobowiązań budżetu Unii Europejskiej, które zostały wykorzystane w nieprawidłowy sposób, nie w terminie lub nie zostały wykorzystane w ramach płatności zaliczkowej.

Jest rzeczą oczywistą, że główny ciężar przygotowania i realizacji inwestycji spoczywa nie na organach administracji państwowej, lecz na zamawiających. W celu przygotowania i realizacji projektów finansowanych ze środków unijnych, organizatorzy przetargów są zobowiązani do: przygotowania niezbędnej dokumentacji technicznej, prawnej i finansowej, prowadzenia procedur przetargowych, zawierania umów z wykonawcami i bezpośredniego nadzoru nad przestrzeganiem tych umów, a także zapewnienia zgodności procedur finansowych z przepisami regulującymi zasady wykorzystania środków z funduszy pomocowych.

Jednym z kluczowych etapów jest przygotowanie dokumentacji i procedur przetargowych, który to etap staje się często przyczyną opóźnień w realizacji projektu. Ponadto, istotną przeszkodą, utrudniającą efektywne wykorzystanie środków unijnych, jest realizacja inwestycji. W związku z tym, na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej zamawiający powinien dopilnować, aby jak najszerzej zabezpieczyć sprawną i efektywną realizację zamówienia (a co za tym idzie – wykorzystanie środków unijnych), tak aby projekt był zrealizowany bez naruszeń przepisów prawa, terminowo i zgodnie z oczekiwaniami organizatora przetargu.

¹ *Mec. Jerzy T. Pieróg, radca prawny.*

² *Dr Aneta Wala, prawnik w Kancelarii Prawnej Jerzy T. Pieróg.*

³ *Mgr Agnieszka Zaborowska (Adach) – doktorant Uniwersytetu Warszawskiego, prawnik*

W szczególności, odpowiednio przygotowana umowa powinna gwarantować optymalną absorpcję środków unijnych. Dlatego też w niniejszym opracowaniu omówione zostaną najważniejsze postanowienia oraz instytucje prawne, które powinny znajdować się w umowach w sprawie zamówienia publicznego, a z których zamawiający nie korzystają lub korzystają w sposób nieumiejętny.

2. CYWILNO-PRAWNE INSTYTUCJE ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

W pierwszej kolejności omówione zostaną cywilno-prawne instytucje zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Instytucje prawne określone w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm. – dalej jako KC) mają zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem taka umowa jest umową cywilnoprawną, regulowaną przez ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej jako ustawa Pzp), która w kwestiach w niej nieuregulowanych odsyła do postanowień KC. Zgodnie z art. 139 ust 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z treścią przepisu art. 353¹ KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć swój stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. A zatem nie ma prawnych przeciwwskazań do ułożenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób odpowiadający zamawiającemu.

2.1. Kary umowne

Rozważania w zakresie zastosowania instytucji cywilnych w umowach w sprawie zamówień publicznych należy rozpocząć od kar umownych. Co prawda w umowach tego rodzaju pojawiają się postanowienia w tym zakresie, jednakże często są one nieprecyzyjne, a okoliczności, w których kary umowne są należne, okazują się ciężkie do wykazania. Dlatego też zamawiający powinni zwrócić szczególną uwagę na poprawność zapisów umownych w tym zakresie.

Należy zatem wskazać, iż zgodnie z art. 483 § 1 KC, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, odpowiedzialność dłużnika wyrażająca się w obowiązku zapłaty kary umownej, powstaje w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez niego zobowiązania w sytuacjach określonych w umowie, niezależnie od powstania i zakresu szkody⁴. Istota instytucji kar umownych wyraża się w umownym określeniu skutków zdarzeń polegających na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zo-

⁴ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2006 r. w sprawie II CSK 151/05, LEX nr 194544, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie IV CK 746/04, LEX nr 284693, wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2005 r. w sprawie II CK 420/04, LEX nr 301769

bowiązań określonych w umowie o charakterze niepieniężnym, przy czym skutkiem takich zdarzeń jest obowiązek zapłaty określonej w umowie sumy pieniężnej, niezależnie od tego, czy zdarzenie wywołało szkodę, jak również niezależnie od wysokości ewentualnej szkody.

Dla skutecznego domagania się zapłaty kary umownej konieczne jest więc kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: (i) zastrzeżenie kary umownej w treści umowy; (ii) niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania umownego o charakterze niepieniężnym, na wypadek czego została zastrzeżona kara umowna, (iii) ewentualnie – w zależności od zapisów danej umowy i ich interpretacji w świetle postanowień art. 483 § 1 KC – powstanie szkody po stronie podmiotu, na rzecz którego kara umowna została zastrzeżona.

Z powyższego wynika, iż poza formalnymi przesłankami, typu prawidłowości zastrzeżenia kary umownej, dla skutecznego domagania się zapłaty takiej kary konieczne jest wykazanie przez wierzyciela (zamawiającego), że dłużnik (wykonawca) nie wykonał lub nie wykonał należyście obowiązku umownego. Interpretację taką potwierdza w ugruntowanym już orzecznictwie Sąd Najwyższy. Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności w tym sensie, że wierzyciel zobowiązany jest wykazać tylko sam fakt zastrzeżenia kary umownej oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika⁵. Kary umowne należą się wierzycielowi tylko w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania⁶. Skoro kara umowna należy się w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, to za negatywnie ocenić należałoby koncepcję zakładającą, że przyczyny uzasadniające odstąpienie od umowy przez jedną stronę mogą stanowić jednocześnie podstawę dochodzenia przez drugą stronę kar umownych⁷.

Wyżej powołane orzecznictwo prowadzi do wniosku, że przesłanek żądania kary umownej należy się doszukiwać w treści przepisów określających, w jakich sytuacjach zachowanie dłużnika można kwalifikować jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pociągające za sobą jego odpowiedzialność wobec wierzyciela. W tym więc zakresie aktualne pozostają również w odniesieniu do kary umownej zasady odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, na co wskazuje również systematyka KC.

Zgodnie z art. 471, KC dłużnik odpowiada jedynie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania będące następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Przy czym, jak wynika z art. 472 KC, jeśli z umowy lub ustawy nie wynika szerszy lub węższy zakres odpowiedzialności, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności, przy czym zakres swobody stron w kierunku rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, z zastrzeżeniem treści art. 353¹ KC, jest w zasadzie nieograniczony, zaś w kierunku zawężenia tej odpowiedzialności – ograniczony jest do winy umyślnej (art. 473 § 1 i § 2 KC).

W tych warunkach, w celu skutecznego dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, konieczne jest wykazanie

⁵ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2005 r. w sprawie II CK 420/04, LEX nr 30176.

⁶ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z 30 czerwca 2005 r. w sprawie IV CK 746/04, LEX nr 284693.

⁷ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2006 r. w sprawie II CSK 151/05, LEX nr 194544.

przez wierzyciela (zamawiającego), że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (wykonawcę) było następstwem okoliczności, za które z mocy ustawy lub z mocy umowy ponosi odpowiedzialność.

Jak to zostało wyżej zasygnalizowane, granicę swobodnego określenia zakresu odpowiedzialności dłużnika ogranicza tak jak w przypadku wszystkich umów, treść art. 353¹ KC, z którego wynika, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Umowy sprzeczne z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub z naturą określonego stosunku prawnego, są nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 KC).

Natura cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych wyraża się, co do zasady, w zachowaniu równości stron. Natura stosunków zobowiązaniowych o charakterze wzajemnym, gdzie dla prawidłowego świadczenia wymagane jest współdziałanie stron, ogranicza w istotny sposób zakres odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania poprzez brak możliwości przyjęcia przez jedną ze stron odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po drugiej stronie umowy. Zatem, nawet wprowadzenie absolutnej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania i przewidzenie w umowie dla takiej sytuacji kary umownej, powoduje, iż nie jest możliwe skuteczne dochodzenie takiej kary w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności niezależnych od dłużnika (wykonawcy) i leżących w całości po stronie wierzyciela (zamawiającego). W takiej bowiem sytuacji zastrzeżenie umowne jako nieważne nie obowiązuje i nie może stanowić podstawy skutecznych roszczeń.

Reasumując powyższe rozważania, należy podkreślić, iż dla skutecznego dochodzenia kar umownych nie jest wystarczające wykazanie przez organizatora przetargu, że zaistniał fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z którym to zdarzeniem umowa łączy obowiązek zapłaty kary umownej, lecz również konieczne jest wykazanie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Podkreślenia wymaga również, iż zgodnie z art. 6 KC określającym reguły rozkładu ciężaru dowodu, udowodnienie powyższych okoliczności, od których zależy powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej, w całości spoczywa na zamawiającym dochodzącym zapłaty.

Poza wskazanymi wypadkami, w których dłużnik może w skuteczny sposób uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, należy zauważyć, że regulacja kodeksowa przewiduje instytucję tzw. miarkowania kary umownej. Zgodnie z art. 484 § 2 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Istnieją więc dwie niezależne przesłanki roszczenia o zmniejszenie (ale nie całkowite unicestwienie) kary umownej. Należy jednocześnie wskazać, że instytucja miarkowania kary umownej nie stanowi samodzielnej podstawy roszczeń, które mogłyby być dochodzone

w odrębnym procesie, lecz przybiera procesową postać zarzutu materialnoprawnego przeciwko żądaniu powoda zasądzenia określonej kary umownej.

Przepisy nie precyzują, co oznacza wykonanie zobowiązania w znacznej części, pozostawiając w tym zakresie swobodę sądowi orzekającemu. Generalnie wskazać można, że wykonanie zobowiązania w znacznej części oznacza, iż interes wierzyciela został przez dłużnika zaspokojony w istotnym zakresie⁸.

Nie zostało również sprecyzowane pojęcie rażącego wygórowania kary umownej. Istotną wskazówkę interpretacyjną może jednak stanowić orzecznictwo Sądu Najwyższego. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1980 r. w sprawie o sygn. akt I CR 229/80, o tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 KC.

Poza wskazanymi przypadkami miarkowania kary umownej, orzecznictwo wskazuje również na dodatkową podstawę zmniejszenia wysokości kary umownej, to jest przyczynienie się wierzyciela do powstania lub zwiększenia szkody. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 stycznia 1974 r. w sprawie o sygn. akt II CR 788/73, zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 KC ma miejsce w tych wypadkach, w których niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn obciążających dłużnika. Natomiast jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło wskutek przyczynienia się wierzyciela, to dłużnik może żądać obniżenia kary umownej na podstawie art. 362 KC bez względu na to, czy i w jakiej części zobowiązanie wykonał.

W konkluzji należy dojść do przekonania, że zastrzeżenie kary umownej nie powoduje automatycznego, niezależnego od spełnienia dodatkowych okoliczności, powstania wymagalnego roszczenia o zapłatę kwoty kary w pełnej wysokości. Dlatego też zamawiający powinien w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazać szczegółowo okoliczności, w których będą naliczane kary umowne oraz ustalić rynkową wysokość kar umownych, która będzie wprost proporcjonalna do naruszeń, których wykonawca dopuścił się przy realizacji zamówienia.

2.2. Prawo Opcji

Prawo opcji stanowi instytucję prawa cywilnego, która nie została uregulowana w sposób całościowy w prawie polskim, w tym w KC. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że opcja oparta jest o różne konstrukcje prawne, w tym o konstrukcję umowy ofertowej, jednostronnie zobowiązującej umowy przedwstępnej bądź umowy pod warunkiem zawieszającym⁹.

⁸ Tak: W. Popiołek w: „Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz” pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2002, str. 1151 nb. 5.

⁹ M. J. Golecki, Charakter prawny opcji w polskim prawie cywilnym, (...), s. 9–13, wyd. Palestra 7–8/2006.

Instytucja prawa opcji i związane z nią zamówienia opcjonalnego, nie została również unormowana w ustawie Pzp. Tym niemniej, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wykorzystywana jest konstrukcja opcji jako umowy warunkowej, w której jedna strona (zamawiający) zobowiązuje się oświadczyć drugiej stronie (wykonawcy) w określonych okolicznościach i w ciągu oznaczonego czasu, iż chce wykonać prawo opcji. Do czasu złożenia przez zamawiającego tegoż oświadczenia, umowa w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zamówienia opcjonalnego pozostaje warunkowo zawieszona.

Prawo opcji wykorzystywane jest w prawie zamówień publicznych w celu rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy bez konieczności inicjowania przez zamawiającego nowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Instytucja opcji ujmowana jako zamówienie opcjonalne powinna być przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dokładniej – w opisie przedmiotu zamówienia i we wzorze lub warunkach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. We wzorze lub warunkach umowy prawo opcji zapisywane jest w postaci szczególnej, dodatkowej klauzuli umownej.

Na gruncie ustawy Pzp bezwzględnie wymagane jest określenie przez zamawiającego minimalnego poziomu zamówienia (zamówienie podstawowe, minimalne), które powinno zostać zrealizowane przez wykonawcę. Dodatkowo, dopuszczalne jest określenie – stosownie do przewidywanego przez zamawiającego zapotrzebowania – zakresu zamówienia, które zostanie zrealizowane, pod warunkiem wystąpienia w oznaczonym terminie określonych okoliczności (zamówienie opcjonalne). Zakres zamówienia opcjonalnego nie musi być tożsamy przedmiotowo z częścią zamówienia minimalnego.¹⁰ Skorzystanie przez zamawiającego z przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie ujętego w umowie w sprawie zamówienia publicznego prawa opcji, powinno być tak ukształtowane, iż stanowić ono będzie uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. W tym celu zalecane jest zawarcie stosownego zastrzeżenia w klauzuli wprowadzającej prawo opcji do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skorzystanie z możliwości rozszerzenia zakresu zamówienia w postaci prawa opcji wymaga dokładnego określenia przez zamawiającego treści zobowiązania definitywnego stron oraz oszacowania wartości zamówienia opcjonalnego. Należy tego dokonać już na etapie przygotowania postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do treści art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, jeśli w zamówieniu na usługi lub dostawy przewidziane jest prawo opcji, to przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia, z uwzględnieniem prawa opcji. Trzeba mieć także na uwadze, że zakres zamówienia opcjonalnego powinien być określony na tyle precyzyjnie, aby pozwalał wykonawcom na rzetelne i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.¹¹ W końcu należy pamiętać, że na etapie realizacji umowy nie można będzie doprecyzowywać zobowiązań stron wynikających z zamówienia opcjonalnego z uwagi na sankcję przewidzianą w art. 140 ust. 3 ustawy Pzp –

¹⁰ Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Kwiecień 2011 r., Opinie Prawne „Prawo opcji” w ustawie Prawo zamówień publicznych, s. 19.

¹¹ Por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2376/10.

umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym we wzorze czy warunkach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Podsumowując, przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie wprowadzona do umowy w sprawie zamówienia publicznego, instytucja prawa opcji daje zamawiającemu możliwość elastycznego kształtowania zakresu zamówienia bez konieczności inicjowania nowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi bowiem zawarcia nowej umowy w sprawie zamówienia publicznego ani modyfikacji umowy dotychczasowej. Konstrukcja opcji stanowi zatem narzędzie pozwalające na zwiększenie w drodze jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego zakresu świadczeń wykonawcy wynikającego z zamówienia minimalnego, a także wprowadzenie świadczeń różnych przedmiotowo od tych przewidzianych w zamówieniu podstawowym.

2.3. Nadzór nad wykonywaniem zamówienia

W projektach finansowanych ze środków unijnych istotną rolę jest nadzorowanie terminowej realizacji zamówienia od etapu studialnego, aż po końcowy odbiór robót i ostateczne rozliczenie inwestycji. Jednakże w umowach o zamówieniach rzadko można spotkać postanowienia dotyczące nadzoru wykonywanego przez zamawiającego. Postanowienia umowne ograniczają się głównie do wskazania osób, które będą pełniły nadzór lub po prostu są osobami do kontaktu.

Być może taki stan rzeczy wynika z faktu, iż ustawa Pzp nie odnosi się do etapu realizacji zamówienia. Zatem w ustawie Pzp brak przepisów dotyczących kontroli realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wydawałoby się jednak zasadne, aby przepisy prawa nakładały na zamawiającego taki obowiązek, np. w taki sposób, jak reguluje to ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.). Zgodnie z art. 8 wskazanej ustawy „*Podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określa umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym*”. Zatem, na partnerze publicznym ciąży ustawowy obowiązek określenia w umowie, w jaki sposób będzie kontrolował realizację umowy.

Niemniej jednak zamawiający też powinni kontrolować przebieg realizacji umowy. Nie ma prawnych przeszkód, aby postanowienia umowne wskazywały na konieczność raportowania o postępach prac, sporządzanie protokołów zdawczo-odbiorczych (nie tylko przy odbiorze przedmiotu zamówienia), możliwość w każdym czasie skontrolowania postępu i jakości prac (czy to w siedzibie wykonawcy czy zamawiającego).

Poważnym mankamentem, opóźniającym postępy inwestycji, jest decentralizacja zarządzania projektami w toku oraz – idąca za tym – decentralizacja odpowiedzialności. Dlatego też, wobec ograniczonej liczby nadzorowanych projektów, zamawiający powinni wprowadzić metody zarządzania, kontroli i audytu projektów. Zadaniem osób, którym powierzony jest nadzór nad realizacją zamówień, jest zorganizowanie skutecznego „systemu wczesnego ostrzegania” o zagrożeniach np. co do terminowej realizacji projektu.

Reasumując, w celu sprawnego i efektywnego wydatkowania środków unijnych, zamawiający muszą dokonywać szczegółowego, bieżącego, a przede wszystkim rygorystycznego nadzoru postępu robót i monitoringu wykonania zawartych umów.

Nie będzie to jednak możliwe, jeżeli w umowach w sprawach zamówień publicznych zamawiający nie będą przyznawać sobie takich uprawnień.

W tym miejscu warto również podkreślić znaczenie wykonywania nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi (w tym projektami budowlanymi).

Nadzór autorski, uregulowany w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm. – dalej jako ustawa PB), polega na dozorowaniu budowy przez projektanta, mającym na celu kontrolę zgodności realizacji z projektem oraz udzielanie wykonawcy instrukcji i wyjaśnień w zakresie problematyki zawartej w projekcie. Nadzór autorski obejmuje również dokonywanie ewentualnych zmian w projekcie w zakresie niesprzecznym z pozwoleniem na budowę.

Zgodnie z postanowieniami art. 20 ust. 1 ustawy PB, sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu – w zakresie: (i) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, (ii) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego – należy do podstawowych obowiązków projektanta.

W świetle postanowień art. 95 pkt 5 ustawy PB, osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, które uchylają się od podjęcia nadzoru autorskiego lub wykonują niedbale obowiązki wynikające z pełnienia tego nadzoru, podlegają odpowiedzialności zawodowej w budownictwie. Naruszenie przytoczonych przepisów może prowadzić do popełnienia czynów zabronionych i pociągać za sobą odpowiedzialność karną i zawodową, przy czym ta ostatnia może doprowadzić w rezultacie do całkowitej utraty prawa wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Projektant jest zobowiązany do osobistego wykonywania nadzoru autorskiego. Nakładając na niego obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego ustawodawca zapewnił projektantowi szereg uprawnień koniecznych do jego wykonania. Zgodnie z postanowieniami art. 21 ustawy PB projektant, w trakcie realizacji budowy, ma prawo (i) wstępu na teren budowy i dokonywania zapisów w dzienniku budowy dotyczących jej realizacji, jak również (ii) żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych, w razie stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia albo wykonywania ich niezgodnie z projektem. Prawo wstępu projektanta na teren budowy, na którym realizowana jest budowa według projektu przez niego sporządzonego, jest gwarancją pozwalającą na wykonywanie nadzoru autorskiego. Prawo to jest całkowicie niezależne od sprawowania nadzoru, gdyż projektant może z niego skorzystać nawet wtedy, gdy nie został wezwany do pełnienia nadzoru autorskiego. Uprawnienie to zapewnia projektantowi możliwość ochrony jego praw autorskich do projektu, przez stałą kontrolę zgodności z projektem wykonywanych robót budowlanych.

Reasumując stwierdzić należy, że o ustanowieniu nadzoru autorskiego decyduje inwestor (zamawiający) lub właściwy organ w decyzji o pozwoleniu na budowę. Autor projektu nie może się od pełnienia nadzoru uchylić, pod groźbą kary z tytułu odpowiedzialności zawodowej.

Pełnienie nadzoru autorskiego ma charakter dodatkowy w stosunku do dzieła, jakim jest dokumentacja projektowa i odbywa się w ramach umowy o świadczenie usług, do której stosują się przepisy umowy zlecenia. Projektantowi należy się z tego tytułu – co do zasady – dodatkowe wynagrodzenie.

W konkluzji należy stwierdzić, iż: po pierwsze – sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, jak również uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, należy do podstawowych obowiązków projektanta; po drugie – o ustanowieniu nadzoru autorskiego decyduje inwestor lub właściwy organ w decyzji o pozwoleniu na budowę. Dlatego też w umowie w sprawie zamówienia publicznego należy określić kwestie nadzoru autorskiego.

3. PODWYKONAWSTWO

Przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający spotykają się z problemem ustalenia warunków udziału w postępowaniu i określenia kryteriów oceny ofert, które pozwolą na wybór wykonawcy, który zrealizuje zamówienie zgodnie z oczekiwaniami organizatora przetargu. Praktyka pokazuje jednak, iż wybór, uznanego na rynku, wykonawcy nie rozwiązuje problemu, kto i jak zrealizuje zamówienie. Zasadą stało się bowiem, iż wykonanie zamówienia publicznego jest realizowane nie przez wykonawców, a poprzez podwykonawców.

Dlatego też wszczęcie postępowania powinno być poprzedzone analizą dotyczącą udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. W celu zapobieżenia negatywnym zjawiskom, takim jak blokowanie prac przed podwykonawców, którym wykonawca nie uiścił lub nieterminowo uiścił wynagrodzenie za wykonywane prace, zamawiający powinien już na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej określić swoje wymagania w tym zakresie.

Pojęcie podwykonawcy

Badanie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia należy rozpocząć od definicji tego rodzaju podmiotów. Pojęcie podwykonawcy pojawia się w wielu aktach prawnych polskiego ustawodawstwa, jednakże żaden z aktów nie definiuje wprost tego pojęcia i nie wskazuje, jakie podmioty należy uważać za podwykonawców. Skoro nie istnieją żadne wymogi podmiotowe, podwykonawcą może być każda osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która podejmuje się pomocy przy realizacji zamówienia¹².

Zamawiający nie ma zatem podstaw do precyzowania lub stawiania wymagań podmiotowych w zakresie podwykonawców. Ponadto, zamawiający nie posiada uprawnienia do żądania wskazania konkretnych podmiotów, które w charakterze podwykonawców będą

¹² Podobnie: U. Lisiecka, wyd. Przetargi Publiczne, wyd. maj 2008 r.

realizować zamówienie. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych¹³, wskazanie z nazwy podwykonawców powinno następować na etapie realizacji zamówienia, a nie w momencie zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy tym bardziej na etapie składania ofert. Pomimo tego zamawiający dość często żądają wskazania w ofertach danych (nazw i adresów) podwykonawców. Taka praktyka jest jednak niezgodna z treścią art. 36 ust. 4 ustawy Pzp.

Ograniczenie

Zamawiający może jednak – ze względu na specyfikę przedmiotu – zastrzec w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), że część lub nawet całość zamówienia nie może zostać powierzona podwykonawcom. Wyjątek ten powinien być ściśle interpretowany przez zamawiającego, bowiem to na nim spoczywa ciężar uzasadnienia, iż ograniczenie możliwości realizowania zamówienia przez podwykonawców jest zasadne. Dlatego też odstępstwa od powyższej zasady powinny następować w wyjątkowych sytuacjach, z uwagi na szczególny charakter zamówienia, a także przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji¹⁴.

Zakres prac podwykonawcy

Jeżeli zamawiający zdecyduje się na ograniczenie udziału podwykonawców, to powinien precyzyjnie określić w siwz¹⁵, która część zamówienia nie może zostać im powierzona. Ustawa Pzp nie określa bowiem, jaką maksymalną część wykonywania zamówienia można powierzyć podwykonawcy. Organizator przetargu ma zatem pełną dowolność w ustaleniu zakresu prac, które mogą zostać wykonane przez podwykonawców. Jednakże zamawiający nie powinien wskazywać procentowo czy też kwotowo maksymalnego udziału podwykonawców, lecz podać konkretne części zamówienia, które nie powinny być przez nich realizowane¹⁶.

Różnice w przepisach wspólnotowych

Również prawo wspólnotowe zaleca dopuszczanie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. W preambułach dyrektywy 2004/18/WE, a także dyrektywy 2004/17/WE, zachęca się do udziału w rynku zamówień publicznych małych i średnich przedsiębiorców poprzez podwykonawstwo.

Wyjątkiem od przepisów ustawy Pzp jest jednak zakres powierzonego podwykonawstwa. Zgodnie bowiem z art. 25 dyrektywy 2004/18/WE orz art. 37 dyrektywy 2004/17/WE, zama-

¹³ Odpowiedź na interpelację nr 1572 Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 marca 2008 r.

¹⁴ Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 listopada 2011 r. (2274/11): „[...] Należy zwrócić przy tym uwagę, iż ograniczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji”.

¹⁵ Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 maja 2011 r. (878/11, 901/11): „Jeżeli zamawiający chciał wprowadzić zakaz podwykonawstwa w ramach jego zamówienia, powinien to wyrazić wprost, przy pomocy precyzyjnych, przyjętych w ustawie i adekwatnych określeń, a nie domagać się wyinterpretowania powyższego z postanowień SIWZ, które do tego się nie odnoszą”.

¹⁶ Tak: wyrok Zespół Arbitrów z dnia 23 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1464/05.

wiający posiadają uprawnienia do żądania od wykonawcy wskazania, którą część zamówienia zamierza przeznaczyć wykonawcom. Takie stanowisko zostało potwierdzone orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 marca 2004 r. (sprawa Arge Telecom & Partner, C-314/01). Powyższe prowadzi zatem do wniosku, że europejski ustawodawca nie przewidział możliwości realizacji całości zamówienia przez podwykonawców, tak jak przewiduje to polskie prawo.

Dodatkowo, zgodnie z dyrektywami, podmiot zamawiający może zażądać informacji o wskazaniu wszystkich (tak: dyrektywa 2004/18/WE) bądź ewentualnych (tak: dyrektywa 2004/17/WE) podwykonawców – co jak poniżej wskazano, jest również niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp.

Warto przy tym podkreślić, że orzecznictwo ETS wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę¹⁷.

Brak konsekwencji za niewskazanie zakresu podwykonawstwa

Zamawiający posiada uprawnienie żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (art. 36 ust. 4 ustawy Pzp). Należy jednak zauważyć, że niewypełnienie żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie lub podanie innego zakresu prac w przypadku, gdy wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców), pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy, wyrażonych w ustawie Pzp. Wykonawca w takiej sytuacji nie może zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp, ani jego oferta nie może zostać odrzucona na podstawie art. 89 ustawy Pzp¹⁸.

Klauzule umowne

Dlatego też proponuje się, aby w projekcie umowy o zamówieniu publicznym zamawiający po pierwsze: bardzo dokładnie określił zakres prac, jakie mogą zostać powierzone podwykonawcom. Organizator przetargu ma możliwość już na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej określić, czy wyraża zgodę na zawieranie umów przez podwykonawców z innymi podwykonawcami – zatem ta kwestia również powinna być uregulowana w umowie o zamówieniu publicznym.

Coraz częściej zamawiający określają, w projekcie umowy o zamówieniu publicznym, jakie klauzule umowne powinny zostać zawarte w umowie podwykonawczej (*przykładowe posta-*

¹⁷ Wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 r. (786/10).

¹⁸ Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyrokach z dnia 21 października 2010 r. (2191/10), z dnia 14 czerwca 2010 r. (954/10, 962/10), a także wyroku z dnia 10 września 2009 r. (1117/09).

nowienie umowne: Umowa z podwykonawcą musi zawierać co najmniej: a) zakres robót powierzonych podwykonawcy; b) kwotę wynagrodzenia podwykonawcy).

Uregulowanie – w jak najszerszym stopniu – kwestii podwykonawstwa jest szczególnie istotne przy zamówieniach na wykonanie dostaw lub usług. Przepisy prawa, w tego rodzaju zamówieniach, nie dają zamawiającemu wprost możliwości weryfikacji umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Z drugiej strony, przepisy prawa nie zabraniają monitoringu tego rodzaju umów przez zamawiającego. Wydaje się zatem, iż żądanie przez zamawiającego doręczenia („do wglądu”) umowy podwykonawstwa, po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, nie będzie stało w sprzeczności z przepisami prawa. Jeżeli organizator uzna za stosowne zapoznanie się z taką umową – zobowiązanie wykonawcy do jej przedłożenia powinno znaleźć się w projekcie umowy o zamówienie publiczne.

Roboty budowlane

Odmiennie kształtuje się sytuacja w przypadku realizacji robót budowlanych.

W tego rodzaju zamówieniach wręcz obowiązkiem zamawiającego powinno być zapoznanie się z treścią umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą. Może on wówczas wnieść zastrzeżenia, domagając się zmian treści umowy z podwykonawcą, jeżeli zapisy tej umowy nie gwarantują realizacji zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Kwestie, na które w szczególności powinien zwrócić uwagę zamawiający to: zakres i opis prac budowlanych, technologia wykonania prac, materiały przeznaczone do użycia, termin realizacji (harmonogram pracy), wysokość i sposób obliczenia wynagrodzenia.

Zgoda zamawiającego

Zgodnie z art. 647¹ KC, wszelkie prawa i obowiązki podwykonawcy winny zostać zawarte w zapisach umowy wykonawcy z podwykonawcą. Na zawarcie umowy zgodę powinien wyrazić zamawiający (inwestor).

Organizator przetargu, zgodnie z dyspozycją art. 647¹ § 2 KC, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu (wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania powierzonych robót), może zgłosić sprzeciw lub zastrzeżenia do jej treści. Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą nie musi być wyrażona w szczególnej formie, wystarczy, że w ww. terminie nie wnieśli on zastrzeżeń lub sprzeciwu. Co więcej, udzielenie zgody nie musi nastąpić przed zawarciem umowy z podwykonawcą, gdyby bowiem tak było, ustawodawca nie użyłby w art. 647¹ § 2 KC sformułowania „umowa z podwykonawcą lub jej projekt”, co oznacza, że wprost dopuszcza się także udzielenie zgody po zawarciu umowy.

Należy przy tym zauważyć, iż postanowienia ustawy Pzp nie kreują instytucji „pre-zgody” lub zobowiązania do jej udzielenia. Zawarta w treści oferty informacja o zakresie prac powierzonych do podwykonania jest jedynie oświadczeniem wiedzy wykonawcy i co do uzyskania zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Aby

doszło do zawarcia umowy pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą w trybie ustawy Pzp niezbędna jest zgoda inwestora (zamawiającego) wyrażana na takich samych zasadach, jak w przypadku każdej innej umowy o roboty budowlane.

Co najistotniejsze, art. 647¹ KC będzie miał zastosowanie tylko do umów zawieranych przez generalnego wykonawcę robót budowlanych z podwykonawcami, jeżeli przedmiotem tych umów jest wykonawstwo robót budowlanych¹⁹. Z tego też względu wykluczyć należy zastosowanie tego przepisu do umów zawieranych przez generalnego wykonawcę z projektantem, czy do umów z dostawcami maszyn lub urządzeń służących do wykonania robót budowlanych. Z umową o roboty budowlane bowiem mamy do czynienia wtedy, gdy wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych. Rezultatem tych robót nie musi być cały obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Z tego względu także do umów zawieranych przez inwestora z wykonawcami częściowymi oraz ich podwykonawcami, znajduje zastosowanie art. 647¹ KC, o ile zobowiązanie obejmuje wykonanie robót budowlanych. Powyższe rozważania wpływają również na właściwe zrozumienie i interpretację przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, który umożliwia zamawiającemu żądanie przedstawienia w ofercie części zamówienia, które będą wykonywane przez podwykonawców. Skoro zamówieniem są roboty budowlane, to wskazanie podwykonawców oraz części zamówienia, które będą im powierzone, jest o tyle możliwe, o ile będą to podwykonawcy robót budowlanych, a nie przykładowo podmioty, z którym wykonawca zawiera umowy cywilnoprawne, nie będące umowami o roboty budowlane, w tym umowy z dostawcami sprzętu.

Przy czym, „*przepis art. 647¹ § 2 KC przewiduje wymóg zgody inwestora za na zawarcie umów przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) z podwykonawcami oraz zgody inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) na Zawracie umów przez podwykonawcę z dalszymi podwykonawcami (art. 647¹ § 3 KC)*”²⁰.

Kwestią dyskusyjną była ocena skutków braku zgody inwestora, o której mowa w art. 647¹ § 2 KC. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa, zgoda inwestora była warunkiem ważności takiej umowy²¹. Wątpliwości w tym zakresie rozwiązał Sąd Najwyższy²², który uznał, iż brak zgody inwestora nie wywołuje skutku w postaci nieważności umowy o podwykonawstwo, a wpływa jedynie na powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz generalnego wykonawcy (art. 647¹ § 5 KC).

Tym samym, zgoda inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej wywołuje skutek w postaci solidarnej odpowiedzialności.

Odpowiedzialność solidarna

Zasada solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz wykonawcy za zobowiązania wobec podwykonawców, określona w art. 647¹ § 5 KC, ma ogromny wpływ na przeciwdziałanie przypad-

¹⁹ J. A. Strzępka, E. A. Zielińska, Monitor Prawniczy 21/2003.

²⁰ J. A. Strzępka, E. A. Zielińska, Monitor Prawniczy 21/2003.

²¹ A. Brzozowski, Kodeks cywilny Komentarz, Tom II, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. C.H. Beck 2009 r., J. A. Strzępka, E. A. Zielińska, Monitor Prawniczy 21/2003.

²² Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08.

kom nieprawidłowości w realizacji zamówień, w których część robót wykonywania była przez podwykonawców. Problem ten zauważono również w uzasadnieniu do projektu nowelizacji KC²³, w którym stwierdzono, iż wprowadzenie nowych przepisów ma na celu zapobieganie negatywnym zjawiskom występującym w obrocie gospodarczym. W szczególności chodziło o sytuacje nieuregulowania lub nieterminowego uiszczenia przez inwestorów i generalnych wykonawców zapłaty za prace wykonane przez podwykonawców – głównie małych i średnich przedsiębiorstw. Z uwagi na fakt, iż w tamtym okresie duża liczba przedsiębiorstw budowlanych i deweloperskich likwidowała swoją działalność, czy też składała wnioski o wszczęcie postępowania układowego lub ogłaszana była w stosunku do nich upadłość, zmiany przepisów prawa miały uchronić mniejszych przedsiębiorców budowlanych przed ewentualną niewypłacalnością, czy też brakiem płynności finansowej podmiotów, od których są oni zależni.

Należy zatem wskazać, iż zgodnie z art. 366 § 1 KC, solidarna odpowiedzialność oznacza, iż podwykonawca może domagać się zapłaty wynagrodzenia nie tylko od wykonawcy (tj. podmiotu, który powierzył mu roboty), ale także od zamawiającego (tj. inwestora, na rzecz którego realizowane jest zamówienie)²⁴. Analizy wymaga jednak ustalenie podmiotowego i przedmiotowego zakresu odpowiedzialności określonej w art. 647¹ § 5 KC.

W zakresie podmiotowym należy wskazać, iż „*wobec pierwszego podwykonawcy, który zawarł umowę z wykonawcą generalnym solidarnie odpowiadają inwestor i generalny wykonawca. Wobec każdego z dalszych podwykonawców (tj. podwykonawców pierwszego podwykonawcy) odpowiedzialność solidarną ponoszą nie tylko inwestor i wykonawca generalny, ale także, podmiot, który zawarł z nim umowę o roboty budowlane*”.²⁵

Z kolei odpowiedzialność solidarna – w zakresie przedmiotowym – dotyczy roszczenia o spełnienie całego lub części świadczenia wobec dowolnego z dłużników solidarnych.

Solidarna odpowiedzialność a umowa w sprawie zamówienia publicznego

Analiza powyższego prowadzi więc do pytania, jak w umowie w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego robót budowlanych zamawiający ma zabezpieczyć się przed roszczeniami podwykonawcy w stosunku do niego.

W takim przypadku organizator przetargu powinien zawrzeć we umowie (która będzie zawarta w wykonawcą) postanowienie, zgodnie z którym, jeżeli roboty budowlane będą wykonywane przez podwykonawców, zapłata wykonawcy za (kolejną) fakturę nastąpi po przedłożeniu informacji (np. kopia przelewu, potwierdzenie otrzymania itp.) o otrzymaniu należnego wynagrodzenia przez podwykonawcę za roboty wykonane w poprzednim okresie rozliczeniowym.

Możliwość wynagradzania w świetle projektu nowej dyrektywy

Na marginesie powyższych rozważań należy wskazać, że we wniosku Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie

²³ Uzasadnienie projektu do nowelizacji KC, Druk sejmowy 888 z dnia 16 września 2002 r.

²⁴ P. Drapała, Przegląd Prawa Handlowego, wyd. sierpień 2003 r.

²⁵ P. Drapała, Przegląd Prawa Handlowego, wyd. sierpień 2003 r.

zamówień publicznych zaproponowano, aby państwa członkowskie mogły postanowić, że zamawiający – na wniosek podwykonawcy i jeżeli pozwala na to charakter zamówienia – będzie przekazywał bezpośrednio podwykonawcy płatności należne za usługi, dostawy lub roboty budowlane, zrealizowane dla głównego wykonawcy. W takim przypadku państwa członkowskie wprowadzają odpowiednie mechanizmy umożliwiające głównemu wykonawcy zgłaszanie zastrzeżeń co do nienależnych płatności (art. 71 projektu nowej dyrektywy).

Komisja Europejska słusznie proponuję, aby ustalenia dotyczące trybu płatności były określone w dokumentacji przetargowej.

Powyższa propozycja Komisji Europejskiej jest bardzo korzystna dla podwykonawców i może wpływać na prawidłową realizację zamówienia. Być może wskazane rozwiązanie ograniczy opóźnienia lub w ogóle wyeliminuje brak uiszczania wynagrodzeń podwykonawcom przez wykonawców. W konsekwencji, zamawiający nie byłiby narażeni na konieczność spełniania świadczeń, zgodnie z art. 647¹ § 5 KC.

Jedyna obawa, to w jaki sposób ustawodawca wprowadzi „*odpowiednie mechanizmy umożliwiające głównemu wykonawcy zgłaszanie zastrzeżeń co do nienależnych płatności*”, **o których mowa w art. 71 projektu nowej dyrektywy.**

4. MODYFIKACJA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

4.1. Dopuszczalność zmiany umowy

W procesie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający i wykonawca związani są jej postanowieniami i nie może być ona zmieniona jednostronną decyzją któregoś z tych podmiotów. Modyfikacje umowy mogą być wprowadzone jedynie na mocy ich wspólnych uzgodnień. Dopuszczalność zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego podlega szczególnemu ograniczeniu, wynikającemu z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego 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. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem tego przepisu podlega unieważnieniu.

Pojęcie istotności zmiany nie ogranicza się wyłącznie do istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (*essentialia negotii*). Niezasadne byłoby również ograniczanie istotnych zmian umowy do postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp (*istotne dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego*). Pojęcie istotności zmiany postanowień umowy w sprawie zamówień publicznych na gruncie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp należy wyklądać stosownie do znaczenia nadanego temu wyrażeniu w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE,) wydanych na gruncie dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych.

Norma zawarta w art. 144 ustawy Pzp nie znajduje wyraźnego odpowiednika w obecnie obowiązujących dyrektywach unijnych w dziedzinie zamówień publicznych.²⁶ Zasada wyrażona w tym przepisie została wyinterpretowana przez TSUE z szeregu postanowień tych dyrektyw. W sprawie *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*²⁷ Trybunał wywiódł zakaz dostosowywania pierwotnej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych z zawartego w dyrektywach wyrażenia „udzielać” zamówienia oraz zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców. W ocenie Trybunału, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw, chyba że nie odbiegają one istotnie od postanowień pierwotnego zamówienia i nie wskazują na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.²⁸ Według TSUE zmianę zamówienia publicznego w czasie jego trwania należy uznać za istotną, jeżeli:

- wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni;
- rozszerzony zostaje zakres zamówienia na nieprzewidziane pierwotnie usługi;
- wprowadza ona warunki, które skutkują zmianą równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnym zamówieniu.

W tym kontekście warto wspomnieć, że w przedłożonym przez Komisję Europejską projekcie nowej dyrektyw w sprawie zamówień publicznych²⁹, art. 72 *expressis verbis* stanowi, że istotna modyfikacja postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie jej obowiązywania jest uznawana za udzielenie nowego zamówienia i wymaga przeprowadzenia nowego postępowania. Jednocześnie projektowany art. 72 szczegółowo określa, jakiego rodzaju modyfikacje umowy w okresie jej obowiązywania będą uznane za istotne. Modyfikacją istotną jest modyfikacja powodująca, że zamówienie różni się istotnie od pierwotnego zamówienia. Modyfikacja zostanie uznana za istotną, jeżeli spełniony będzie jeden z poniższych warunków:

- modyfikacja wprowadza warunki, które, jeżeli byłyby częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby zakwalifikowanie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub umożliwiłyby udzielenie zamówienia innemu oferentowi;
- modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną zamówienia na korzyść wykonawcy;

²⁶ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi; dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

²⁷ Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund)*, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, LEX nr 410027.

²⁸ Por. także wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., C-496/99 P, *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, ECR 2004, nr 4A, poz. I-03801.

²⁹ Wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady w sprawie zamówień publicznych.

- modyfikacja rozszerza znacznie zakres zamówienia w taki sposób, by objąć dostawy, usługi lub roboty budowlane początkowo nim nieobjęte.

Tym samym proponowane przez Komisję Europejską przesłanki uznania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego za zmianę istotną nawiązują wyraźnie do przesłanek ustanowionych przez TSUE w sprawie *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*.

Podsumowując, zmiana istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego jest, co do zasady, niedopuszczalna i skutkować będzie unieważnieniem tych postanowień. W praktyce dokonanie rozróżnienia między istotnymi i nieistotnymi zmianami umowy nie zawsze będzie proste. Konieczne będzie przeprowadzenie wartościującej analizy wszystkich okoliczności danego przypadku³⁰, mając na uwadze kryteria wypracowane w orzecznictwie TSUE, w tym w szczególności w sprawach: *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* i *CAS Succhi di Frutta SpA*. Rozsądnym rozwiązaniem dla zamawiającego jest zatem wprowadzanie do umów w sprawie zamówienia publicznego w szerokim zakresie, o czym niżej, klauzul rewizyjnych, wskazujących dopuszczalne zmiany umowy już na etapie formułowania pierwotnych warunków zamówienia. Klauzule te umożliwią bowiem dostosowanie umowy do zmieniających się warunków realizacji zamówienia, bez konieczności dokonywania analizy istotności zmienianych postanowień umowy. Posłużenie się klauzulami rewizyjnymi zminimalizuje także ryzyko unieważnienia zmienionych postanowień.

4.2. Klauzule rewizyjne

Stosownie do art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zgodzie z orzecznictwem TSUE, istotne zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być dokonane, jeśli taka możliwość została wyraźnie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określone zostały warunki tej zmiany. Zamawiający ma zatem, co do zasady, możliwość dokonywania modyfikacji istotnych postanowień umownych na drodze klauzul rewizyjnych.

Klauzule rewizyjne w umowach w sprawie zamówienia publicznego były przedmiotem analizy KIO, sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego. Przykładowo, Sąd Najwyższy stwierdził, że przepisy art. 629 KC (wynagrodzenie kosztorysowe) i art. 632 §2 k.c. (wynagrodzenie ryczałtowe) mogą znaleźć zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku przyjęcia tych przepisów jako podstawy prawnej modyfikacji umowy, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie w takim zakresie, w jakim, w odniesieniu do art. 629 KC lub 632 § 2 KC określa dopuszczalność zmiany umowy.³¹ Zmiana umowy na warunkach określonych w art. 629 KC lub 632 §2 KC. będzie zatem dopuszczalna, jeżeli została wyraźnie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

³⁰ Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott z dnia 13 marca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*.

³¹ Wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, LEX nr 785535.

W orzecznictwie wskazuje się, że nie ma przeszkód uznania dopuszczalności zmiany umowy w wypadku zastosowania korzystniejszych dla zamawiającego rozwiązań, pod warunkiem, że zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji oraz określił warunki na jakich dokona zmian, a więc określił konkretne okoliczności, w których będzie do takiej zmiany uprawniony.³² Samo jednak zastrzeżenie możliwości dokonywania zmian w umowie korzystnych dla zamawiającego jest postanowieniem bardzo ogólnym, które może nie wypełniać dyspozycji art. 144 ustawy Pzp.³³ Stąd zawsze konieczne jest określenie szczegółowych warunków tej zmiany. Modyfikacje postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być również, co do zasady, niekorzystne dla zamawiającego. W orzecznictwie Trybunału zakazuje się jedynie zmian skutkujących zmianą równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnym zamówieniu. Również pominięcie w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki „korzystności” zmian dla zamawiającego, przy nowelizacji tejże ustawy w 2008 r., przemawia za dopuszczalnością zmian niekorzystnych dla zamawiającego.

Jak słusznie zauważa E. Wiktorowska, zmiany pozornie niekorzystne dla zamawiającego, mogą się okazać niezbędne dla zapewnienia realizacji umowy. Mając na uwadze powyższe, wskazane jest zatem dokonanie przez zamawiającego analizy opartej na własnym i cudzym doświadczeniu, celem ustalenia, jakie sytuacje mogą mieć miejsce w procesie realizacji umowy i jakie środki (tu: klauzule rewizyjne) należy przewidzieć w umowie, aby zapewnić sprawne, bezkonfliktowe jej wykonanie przez wykonawcę.³⁴

Klauzule rewizyjne mogą dotyczyć zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jego indeksacji, waloryzacji, wydłużenia terminu wykonania zamówienia, zmian kluczowego personelu obsługującego realizację konkretnej umowy, aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp techniczny lub zmiany obowiązujących przepisów itd.

Niezależnie od powyższego należy mieć również na uwadze, że do zmiany umowy w oparciu o klauzule rewizyjne, określone na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, może dojść jedynie na skutek złożenia zgodnego oświadczenia woli przez obie strony umowy. Przepis ten nie przyznaje wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego.³⁵

Na koniec warto wspomnieć, że w motywie 48 preambuły zaproponowanej przez Komisję Europejską nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych³⁶ wskazuje się, że klauzule rewizyjne nie powinny dawać instytucjom zamawiającym nieograniczonej swobody decy-

³² Por. wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 r., KIO 229/12; KIO 238/12; KIO 239/12; KIO 242/12; KIO 245/12; KIO 247/12, LEX nr 1125011.

³³ Por. wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 3/09, LEX nr 486498.

³⁴ E. Wiktorowska, *Zmiany umów o zamówienie publiczne, Przetargi Publiczne*, Grudzień 2008, s. 28.

³⁵ Wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, LEX nr 785535, por. także wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r., KIO 265/11, LEX nr 772599.

³⁶ Wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

zyjnej. W art. 72 ust. 5 projektu tejże dyrektywy określono, do jakiego stopnia możliwe jest wprowadzanie modyfikacji do pierwotnej umowy na mocy tych klauzul. Modyfikacji umów nie uznaje się za istotne w rozumieniu dyrektywy, o ile przewidziano je w dokumentach specyfikujących zamówienie w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach rewizji lub opcjach. Tego rodzaju klauzule powinny zwierać zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter zamówienia.

4.3. Inne przesłanki dopuszczalności modyfikacji umowy

Obok wskazanej wyżej możliwości modyfikacji umowy na drodze klauzul rewizyjnych, w orzecznictwie dopuszcza się także możliwość sądowej modyfikacji umowy w oparciu o art. 357¹ KC (klauzula *rebus sic stantibus*). Zdaniem Sądu Okręgowego w Białymstoku, zmiana istotnego elementu umowy zawartej w trybie ustawy Pzp, jakim jest wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy, może nastąpić w oparciu o treść tego przepisu, gdyż z mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp ma on zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę Pzp i umożliwia modyfikowanie zobowiązania wskutek nieoczekiwanych zdarzeń, jakie zaistniały po jego powstaniu.³⁷

Również w zaproponowanym przez Komisję Europejską projekcie nowej dyrektyw w sprawie zamówień publicznych przewidziano dodatkowe, niezależne od możliwości zastosowania klauzul rewizyjnych, przesłanki zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 72 ust. 6 projektu nowej dyrektywy dopuszcza możliwość modyfikacji umowy w sytuacji, gdy wystąpią nieprzewidziane okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając na uwadze dostępne środki, charakter i cechy danego projektu, dobre praktyki właściwe dla danej dziedziny oraz konieczność zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystywanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością. Możliwość ta nie będzie miała jednak zastosowania w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę ogólnego charakteru zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik. Dodatkowym warunkiem jest, aby podwyżka ceny nie była wyższa niż 50% wartości pierwotnego zamówienia.

W tym kontekście należy mieć także na uwadze art. 72 ust. 7 projektu nowej dyrektywy zamówieniowej zawierający zastrzeżenie, iż instytucje zamawiające nie mogą wykorzystywać modyfikacji umowy jeżeli miałyby ona:

- zaradzić niedociągnięciom w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy lub skutkom, którym można zaradzić przez wyegzekwowanie zobowiązań umownych;
- służyć zrekompensowaniu ryzyka związanego ze wzrostami cen, przed którymi wykonawca się zabezpieczył.

³⁷ Wyrok z dnia 25 października 2011 r., VII GC 127/11, LEX nr 1108527.

Kolejną przesłankę modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przewiduje art. 72 ust. 4 projektu nowej dyrektywy zamówieniowej. Stanowi on, że gdy wartość modyfikacji wyrazić można w wielkościach pieniężnych, modyfikacji nie uznaje się za istotną, o ile jej wartość nie przekracza progów określonych w art. 4 i jest niższa niż 5 % ceny pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że modyfikacja ta nie zmienia ogólnego charakteru zamówienia. W przypadku, gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tą należy oceniać na podstawie łącznej wartości kolejnych modyfikacji.

4.4. Zmiana podmiotowa umowy ppo stronie wykonawcy

Stosownie do art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w ustawie. Pomimo tego, że przepis ten w literalnym brzmieniu odnosi się do momentu udzielania zamówienia, należy przyjąć szersze jego rozumienie, tj. odnosić regułę w nim wyrażoną także do okresu wykonywania umowy.³⁸ Innymi słowy, modyfikację umowy polegającą na zamianie wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, na innego wykonawcę, w okresie jej realizacji, należy uznać za niedopuszczalną.

W opinii Rzecznika Generalnego wydanej do sprawy *presstext Nachrichtenagentur GmbH*, zmiana wykonawcy w trakcie trwania zamówienia publicznego pozwala a priori domniemywać wystąpienie istotnej zmiany umowy, jeżeli wykonawcy, który nie musiał konkurować z innymi wykonawcami i którego wybór nie opiera się na porównaniu z ewentualnymi innymi wykonawcami, powierza się w całości lub w części wykonanie zamówienia publicznego. Tego rodzaju działanie niesie niebezpieczeństwo obejścia prawa zamówień publicznych i może zakłócić konkurencję na danym rynku oraz uprzywilejowywać nowego wykonawcę w stosunku do innych możliwych wykonawców. Jednakże ze szczególnych okoliczności danego przypadku może wynikać, że zmiany po stronie usługodawcy wyjątkowo nie powodują istotnej zmiany umowy. Dotyczy to w szczególności dwóch przypadków: (i) włączenia podwykonawców, przy czym wykonawca ponosi pełną umowną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia bądź przynajmniej jest współodpowiedzialny w tym względzie; (ii) zmian organizacyjnych o charakterze czysto wewnętrznym po stronie wykonawcy. Do zmian organizacyjnych o charakterze czysto wewnętrznym zaliczyć można m.in. włączenie jednej ze spółek zależnych wykonawcy do wykonania umowy. Przy czym chodzi o takie spółki zależne, którymi wykonawca kieruje w analogiczny sposób, jak własnymi działami przedsiębiorstwa. Włączenie spółki zależnej do wykonania umowy jest wówczas podobne do transakcji typu *in house* po stronie instytucji zamawiającej, w wyniku której warunki wykonania zamówienia publicznego nie zmieniają się w istotny sposób.³⁹

³⁸ TAK: J. Jerzykowski w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych, LEX 2010; J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007 r., s. 55, por. także wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., VCK 97/03, LEX nr 108158 oraz wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r., KIO 1851/11 LEX nr 954981.

³⁹ Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott z dnia 13 marca 2008 r. w sprawie C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur GmbH*, nr 54–57.

W sprawie *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* TSUE uznał za dopuszczalną zmianę wykonawcy w sytuacji, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego wykonawcę zostały przeniesione na innego wykonawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny wykonawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym wykonawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny wykonawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.⁴⁰

W preambule do projektu nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych⁴¹ wskazuje się, że zgodnie z zasadami równego traktowania i przejrzystości, zwycięskiego oferenta nie można zastąpić innym wykonawcą bez ponownego otwarcia zamówienia na konkurencję. Zwycięski oferent realizujący zamówienie może jednak, w trakcie realizacji zamówienia, podlegać pewnym zmianom strukturalnym, takim jak czysto wewnętrzne reorganizacje, fuzje i przejęcia czy postępowanie upadłościowe. Tego rodzaju zmiany strukturalne nie powinny automatycznie wiązać się z wymogiem przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia dla wszystkich zamówień publicznych, realizowanych przez ten podmiot.

Stosownie do projektowanego art. 72 ust. 3 nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych⁴², zmiana kontrahenta stanowi istotną modyfikację umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie będzie to jednak dotyczyć sytuacji, gdy inny wykonawca, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, zostanie następcą prawnym pod tytułem szczególnym lub ogólnym pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji lub upadłości przedsiębiorstwa, pod warunkiem że nie pociągnie to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie będzie miało na celu obejście stosowania tejże dyrektywy.

Podsumowując, modyfikacja podmiotowa umowy w sprawie zamówienia publicznego po stronie wykonawcy stanowi niewątpliwie zmianę istotną i, co do zasady, zmianę niedozwoloną zarówno w prawie polskim, jak i unijnym. Przesłanki dopuszczalności tej zmiany w projekcie nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych ograniczone zostały do szczególnych sytuacji następstwa prawnego, które ponadto nie może mieć na celu obejścia stosowania dyrektywy. Ocena, czy dane przekształcenie podmiotowe wykonawcy nie zmierza do obejścia przepisów w sprawie zamówień publicznych, będzie każdorazowo wymagało dokonania stosownej, wartościującej analizy w tym zakresie.

5. PODSUMOWANIE

Nie ulega wątpliwości, że obecny poziom wykorzystania środków pomocowych przez polską gospodarkę jest niewystarczający. Przyczyną tego stanu rzeczy jest rozproszony system

⁴⁰ Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund)*, *APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, LEX nr 410027.

⁴¹ Motyw nr 47 preambuły do projektu nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych – wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

⁴² Wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

zarządzania projektami finansowanymi ze środków europejskich, niewłaściwe przygotowanie procesu inwestycyjnego, brak monitoringu nad inwestycją, czy też brak prawidłowego sporządzania dokumentacji projektu.

Dlatego też, zlecając podmiotom zewnętrznym wykonywanie różnego rodzaju prac i usług, zamawiający powinien zabezpieczyć projekt w możliwie jak najszerszym zakresie. W taki sposób, aby uniknąć utrudnień lub opóźnień absorpcji funduszy europejskich na poziomie krajowym.

Żądanie od wykonawcy należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 ustawy Pzp, powinno być minimalnym warunkiem postawionym wykonawcy. Zamawiający powinien określić w umowie w sprawie zamówień publicznych uprawnienia dotyczące bieżącego audytu przebiegu prac, możliwości zwiększenia zakresu zamówienia, czy też wyciągania konsekwencji finansowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Ponadto, zamawiający powinien pozostawić sobie szeroką możliwość zmiany niekorzystnych lub niewłaściwych postanowień umownych.

Należy jednak pamiętać, iż wszelkiego rodzaju zabezpieczenia i postanowienia umowne powinny być adekwatne do przedmiotu i wartości zamówienia. Niezbędne jest przy tym zapewnienie zgodności wszelkich procedur stosowanych przez beneficjenta końcowego (zamawiającego) w procesie absorpcji środków unijnych, z normami prawa europejskiego i wytycznymi Komisji w tym zakresie.

„Przygotowywana do druku monografia naukowa zatytułowana „Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych” skierowana jest zarówno do przedstawicieli praktyki gospodarczej, reprezentujących wykonawców, jak do zamawiających, [...]. Publikacja jest również cennym źródłem wiedzy dla badaczy, zajmujących się problematyką zamówień publicznych, ale także dla osób, które chcą pogłębić i poszerzyć wiedzę z tego zakresu. Celem przygotowywanej publikacji jest przedstawienie zamówień publicznych w aspekcie procedur, korzyści, zagrożeń i doświadczeń związanych z wydatkowaniem środków unijnych. [...] Szczególnie cenne i interesujące są te artykuły, w których teoretyczne wywody poparte są konkretnymi przykładami lub zawierają wyniki badań empirycznych. [...]”

Z recenzji Prof. UG, dr hab. Doroty Simpson z Uniwersytetu Gdańskiego

* * *

„[...] Walorem recenzowanej pracy jest jej interdyscyplinarność, [...]. Prezentowane artykuły dotyczą zagadnień przynależnych do różnych dyscyplin badawczych poczynając od zagadnień prawnych na zagadnieniach ekonomicznych (w tym finansowych) kończąc. [...] Tworząca się od kilkunastu lat dyscyplina naukowa prawa zamówień publicznych, czy też szerzej zamówień publicznych, wymaga szerokiej współpracy wszystkich środowisk naukowych, które uznają system zamówień publicznych, z jego prawnymi uwarunkowaniami, za ważny dla funkcjonowania państwa i jego gospodarki. Recenzowana monografia jest również istotnym wkładem do dalszego systematyzowania badań nad funkcjonowaniem zamówień publicznych w Polsce. [...] Treść publikacji ma ważne znaczenie dla podmiotów funkcjonujących w systemie zamówień publicznych, między innymi, zamawiających, wykonawców, organów kontrolujących i organów orzekających. Wysoki poziom prezentowanej publikacji pozwala jednoznacznie stwierdzić, że stanowi ona ciekawy i cenny wkład w dyskusji nad funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. Prezentowane poglądy, skierowane do prawodawcy, mogą również być wykorzystane w dalszych pracach legislacyjnych dotyczących Prawa zamówień publicznych.”

Z recenzji dr Henryka Nowickiego z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

ISBN: 83-88686-24-0

Warszawa 2012