



Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy

Zasada współdziałania

1. Wprowadzenie

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną. O cywilnoprawnym charakterze tej umowy świadczy przede wszystkim jej dwustronnie zobowiązujący charakter oraz odesłanie do stosowania w kwestiach nieuregulowanych w Prawie zamówień publicznych do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Jednakże pod rządami ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. procedura zawarcia umowy ograniczała zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, w ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Wykonawcy przystępując do postępowania o udzielanie zamówienia publicznego mieli ograniczony wpływ na kształtowanie postanowień umowy. Związane to było z faktem, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narzucał wykonawcom ubiegającym się o zamówienie wzorzec umowy w przygotowanej dokumentacji postępowania. Zamawiający w projektowanej umowie często określali restrykcyjne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości szacunkowej - kary umowne. Równie często zdarzały się sytuacje, gdzie odpowiedzialność za większość ryzyk związanych z kontraktem publicznym ponosili wykonawcy. Co prawda wykonawcy mogli wnosić o zmianę postanowień umownych, jednakże rzadko spotykało się to z akceptacją ze strony zamawiających. Tego typu działania zamawiającego miały w założeniu chronić jego interes, jako podmiotu wydającego środki publiczne, w konsekwencji jednak negatywnie wpływało to na efektywność ich wydatkowania oraz konkurencyjność.

W związku z powyższym pojawiła się potrzeba zmiany w obszarze przepisów dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego, w taki sposób, aby po pierwsze ograniczyć negatywne zjawisko zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających, a po drugie by wzmocnić fazę wykonania i ewaluacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy bowiem zauważyć, że zawarcie umowy o zamówienie publiczne kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże nie jest celem samym w sobie. Celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego, a zatem realizacja w określonym terminie i zgodnie z pozostałymi postanowieniami umowy roboty budowlanej, dostawy produktu/urządzenia czy też wykonanie usługi.

Urzeczywistnieniu powyższych celów ma służyć zmiana w kierunku większego zrównoważenia pozycji stron kontraktu publicznego oraz bardziej partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne. Tym celom służyć mają np. instytucje uregulowane w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019. Poz. 2019 ze zm).

- **Zasada współdziałania stron** – art. 431;
- **Katalog klauzul abuzywnych** – art. 433;
- **Obowiązkowe postanowienia umów** – art. 436 i 439;
- **Zaliczki i wypłata wynagrodzenia w częściach** – art. 443;
- **Raport z realizacji zamówienia** – art. 446.



2. Zasada współdziałania

Do kogo adresowana jest zasada współdziałania?

Zasada współdziałania w zakresie realizacji umowy o zamówienie publiczne określona w art. 431 nowej ustawy Pzp, adresowana jest do zamawiającego oraz wybranego w postępowaniu wykonawcy, czyli stron umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie z tym przepisem zamawiający i wykonawca obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

Należy wspomnieć, że zasada współdziałania nie jest instytucją nową na gruncie prawa cywilnego. Zgodnie bowiem z art. 354 § 1 KC dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Natomiast art. 354 § 2 KC wskazuje, że w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Wprowadzenie tej zasady do nowej ustawy Pzp miało zatem na celu podkreślenie roli współdziałania obu stron kontraktu publicznego oraz zaakcentowanie partnerskiego podejścia stron przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zasada współdziałania w szerokim znaczeniu polega przede wszystkim na współpracy wykonawcy z zamawiającym, przejawiającej się w szczególności koniecznością wzajemnego informowania się o przebiegu umowy, zgłaszaniu wątpliwości i problemów, a także szybkim reagowaniu i podejmowaniu decyzji, niezbędnych dla prawidłowej realizacji zobowiązania.

Obowiązek wyrażony w art. 431 Pzp dotyczy zarówno zamawiającego jak i wybranego w określonej procedurze wykonawcy. Powyższe oznacza, że obie strony kontraktu publicznego powinny działać zgodnie, w celu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Współdziałanie to, w szczególności po stronie zamawiającego może dotyczyć (w zależności od rodzaju umowy) np. obowiązku przyjęcia świadczenia, czy odbioru rzeczy przy dostawach, udzielania wskazówek, wyjaśnień, wydanie dokumentacji niezbędnej do wykonania zamówienia przy usługach czy robotach budowlanych¹. Współdziałanie po stronie zamawiającego może polegać także na powstrzymaniu się od działań, które mogłyby utrudnić wykonanie świadczenia w sposób przewidziany w umowie.

Po stronie wykonawcy natomiast obowiązek współdziałania może przejawiać się w informowaniu zamawiającego o pojawieniu się wszelkich trudności związanych z realizacją zamówienia publicznego, czy też udostępnianiu zamawiającemu dokumentów związanych z wykonywanym świadczeniem.

Jednakże konkretne czynności zamawiającego i wykonawcy, które składają się na zasadę współdziałania, wynikać będą z treści łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, w szczególności z rodzaju umowy oraz z właściwych odrębnych przepisów oraz konkretnego stanu faktycznego.

¹ tak: W.Borysiak [w: Legalis] Osajda [red.], Kodeks cywilny. Komentarz 2020, wyd. 24, teza 72 do art. 354



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W związku z powyższym zakres współdziałania oraz określenie ram współpracy powinny zostać doprecyzowane w postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odnośnie umowy o roboty budowlane, obowiązki wynikające z zasady współdziałania należy ustalić na podstawie treści konkretnej umowy, tj. szczegółowych postanowień umownych regulujących zakres uprawnień i obowiązków stron, a także przepisów KC odnoszących się do umowy o roboty budowlane (art. 647 - 658 KC). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach² wskazano, że „w szczególności przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane obowiązki zamawiającego (inwestora) wynikające z przepisów normujących tę umowę obejmują m.in. obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. W szczególności przepis art. 647 KC wskazując na obowiązki inwestora, odsyła wprost do przepisów prawa budowlanego, określających czynności związane z przygotowaniem robót - w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu - a w końcu do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Niewątpliwym przy tym jest, że zapłaty wynagrodzenia nie można utożsamiać z obowiązkiem współdziałania przy wykonywaniu umowy, skoro zapłata powinna nastąpić dopiero po odbiorze obiektu budowlanego”.

W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 KC podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie”³. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków⁴. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym⁵.

3. Katalog klauzul abuzywnych

Co to są klauzule abuzywne w zamówieniach publicznych?

Klauzule abuzywne w umowach o zamówienie publiczne to projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją i z tego tytułu niedopuszczalne. Katalog niedozwolonych postanowień umownych sformułowany został w art. 433 nowej ustawy Pzp.

Mając na uwadze negatywne zjawisko związane z jednostronnym kształtowaniem postanowień umownych, ustawodawca określił w art. 433 nowej ustawy Pzp katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać. Niedozwolone postanowienia umowne, czyli inaczej „klauzule abuzywne”, to termin wywodzący się z prawa cywilnego, który oznacza postanowienia wzorców umów, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego

² wyrok S.A. w Katowicach z 24 września 2013r., sygn. akt I ACa 549/13, Legalis

³ tak: E. Gniewek, Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis, teza 2 II do art. 354

⁴ zob. F. Błahuta, w: Komentarz KC, t.2, 1972, s. 849

⁵ F. Błahuta, w: Resich, Komentarz, 1972, t. II, s. 849; M. Safjan, w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. I, art. 354, Nb 15; P. Machnikowski, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz, 2016, art. 354, Nb 8; zob. też A. Szpunar, Charakter, s. 16 oraz stan faktyczny wyr. SN z 5.1.2011 r., III CSK 119/10, Legalis



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

interes. W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.

Ważne:

Katalog niedozwolonych postanowień przewidziany w art. 433 Pzp ma charakter zamknięty.

Stosownie do treści art. 433 nowej ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą zawierać postanowień dotyczących:

1. odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, z zastrzeżeniem przypadków, w których jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
2. naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy, które nie jest związane w sposób bezpośredni lub pośredni z przedmiotem umowy o wykonanie zamówienia publicznego lub jej prawidłowym wykonaniem;
3. odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
4. możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron umowy o zamówienie publiczne.

1) Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie

Projektowana umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może przewidywać postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia (art. 433 pkt 1) Pzp).

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, czym jest opóźnienie a czym zwłoka w wykonaniu zamówienia publicznego. W tym celu należy odwołać się do art. 476 Kc, zgodnie z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. A zatem zwłoka to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Opóźnienie natomiast to każde niewykonanie zobowiązania w terminie. Tym samym, przez zwłokę należy rozumieć kwalifikowaną formę opóźnienia. Wykonawca, który nie wykonuje zobowiązania w terminie wyznaczonym w umowie w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, pozostaje w zwłóce.

Ważne:

- ***Opóźnienie to niewykonanie zobowiązania w terminie.***



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- **Zwłoka** to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Zwłoka to tzw. kwalifikowana forma opóźnienia.

Projektowane postanowienie umowne nie może dotyczyć zatem każdego przypadku opóźnienia. Z przepisu tego wynika, iż intencją ustawodawcy jest, by kary umowne były związane ze zwłoką czyli „kwalifikowaną” formą opóźnienia a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego genezę. Należy jednak podkreślić, że komentowana regulacja nie ma charakteru bezwzględnego, co oznacza, że w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia zamawiający będzie mógł zastrzec odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia. Ciężar dowodu w tym wypadku będzie spoczywał na zamawiającym, tj. musi on wykazać, że pomimo generalnego zakazu formułowania postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia, w tym konkretnym przypadku będzie istniała podstawa do tego, by takie postanowienie w umowie zamieścić.

Przykład niedozwolonej klauzuli:

Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej na rzecz zamawiającego za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia w terminach, o których mowa w umowie, niezależnie od przyczyn opóźnienia.

2) Naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem

Kolejnym niedozwolonym postanowieniem umownym (art. 433 pkt 2 Pzp) jest naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Instytucja kary umownej została uregulowana w art. 483 § 1 KC, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kc przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 KC kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Ważne:



Kara umowna to określona suma pieniędzy, którą zobowiązuje się zapłacić jedna ze stron umowy na rzecz drugiej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego

Kara umowna ma charakter odszkodowawczo-kompensacyjny i ma na celu stymulowanie dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Jednakże zastrzeżenie kar umownych w umowach o zamówienie publiczne nie może mieć charakteru absolutnego. Oznacza to, że zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień dotyczących kar umownych zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką i wielkością zamówienia, ale jednocześnie powinny być one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Z powyższego wynika, że zamawiający, uwzględniając funkcje kary powinien tak kształtować postanowienia umowne w tym zakresie, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu lub są marginalne z punktu widzenia prawidłowego wykonania zamówienia publicznego.

Ze względu na wskazaną wyżej funkcję, kara umowna co do zasady zastrzegana jest w związku z konkretnymi nieprawidłowościami w zakresie zrealizowania przedmiotu głównego umowy. Natomiast powiązanie obowiązku zapłaty kary umownej z naruszeniem świadczeń ubocznych w stosunku do przedmiotu świadczenia głównego, narusza tę funkcję. Istotne jest zatem aby zamawiający ustalił, jakie zachowanie wykonawcy dotyczy bezpośrednio lub pośrednio przedmiotu zamówienia lub jest związane z jego prawidłowym wykonaniem, a jakie już nie jest.

3) Odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający

Kolejne postanowienie (art. 433 pkt 3 Pzp), które uznane jest przez ustawodawcę za niedozwolone, związane jest z przewidywaniem odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania ma swoje źródło w przepisie art. 471 KC, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zgodnie natomiast z art. 362 KC, jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. W doktrynie i orzecznictwie z zakresu prawa cywilnego podkreśla się, że jeżeli nienależyte wykonanie zobowiązania zostało spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie wierzyciel, to dłużnik nie może być zobowiązany do zapłaty kary umownej⁶. Sąd Najwyższy stwierdził⁷, że „kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC), gdyż dłużnik może

⁶ por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12, LEX nr 1378171)

⁷ Wyrok SN z dnia 6 października 2010 r. sygn., akt II CSK 180/10, LEX nr 970070,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 KC domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność”.

A zatem zamawiający nie może wprowadzić do umownej odpowiedzialności wykonawcy sytuacji, w których wyłączną odpowiedzialność ponosi on sam.

Przykład niedozwolonej klauzuli:

Wykonawca ponosi odpowiedzialności za opóźnienie wynikające z winy zamawiającego.
Wykonawca ponosi odpowiedzialność za dokumentację, którą zamawiający dostarczył wykonawcy w celu realizacji inwestycji.

4) Ograniczenie zakresu zamówienia

Ustawa Pzp w art. 433 pkt 4 wskazuje na zakaz wprowadzenia do umowy zapisów związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. Co do zasady istnieje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, jeżeli zamawiający w dokumentach zamówienia określił minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Powyższe może nastąpić w trybie zmiany umowy przewidzianej w art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: a) określają rodzaj i zakres zmian, b) określają warunki wprowadzenia zmian, c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że „do powinności zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Przewidziane w warunkach zamówienia zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb zamawiającego, w ocenie Izby, nie mogą zostać z góry wyłączone, czy ograniczone - bez względu na uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie tak w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia”⁸.

A zatem za niedozwoloną należy uznać projektowaną klauzulę umowną, która przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

A contrario, nie można uznać projektowanej klauzuli umownej za niedozwoloną w świetle art. 433 pkt 4) Pzp, jeżeli zamawiający przewidzi możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jednocześnie wskazując minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.

⁸ Por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14,



Mechanizm stwierdzenia, czy dane projektowane postanowienie jest abuzywne:

Z jednej strony zakaz konstruowania niedozwolonych postanowień umownych spoczywa na zamawiającym, który przygotowuje projekt umowy, a z drugiej strony wykonawcy mają prawo do zaskarżenia projektowanych postanowień umownych niezgodnych z przepisami prawa.

- **art. 513 pkt 1) Pzp** odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Tym samym, jeżeli zamawiający we wzorze umowy załączonej do dokumentacji postępowania zawrze postanowienie określone w art. 433 Pzp, wówczas wykonawca będzie mógł złożyć w tym zakresie odwołanie.
- **art. 554 ust. 1 pkt 2) Pzp** - Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.
- **art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. c)** - uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.
- **art. 469 Pzp pkt 8)** – Prezes UZP przygotowuje, na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu zamówień publicznych i podaje do publicznej wiadomości przykładowe postanowienia umowne, które mogą być niezgodne z art. 433 Pzp.

4. Obowiązkowe postanowienia umów

I. Postanowienia obligatoryjne wynikające z art. 436 nowej ustawy Pzp

W art. 436 Pzp wprowadzono katalog obowiązkowych klauzul umownych, które powinna zawierać każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na przedmiot zamówienia, wartość czy tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzającego zawarcie umowy. Art. 436 Pzp znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Należy podkreślić, że art. 436 Pzp stanowi otwarty katalog klauzul umownych, co oznacza, że poza tymi, które zostały wprost wymienione w ww. przepisie, zamawiający może wprowadzać, a w niektórych przypadkach (np. art. 437, 438, 439 Pzp) powinien wprowadzać, także inne klauzule umowne.

Ustawodawca wprowadzając obligatoryjny wykaz klauzul umownych, uznał, że stworzenie kompleksowej regulacji dotyczącej umów, która zapewni minimalne standardy, wpłynie korzystnie na sytuację wykonawców, uczyni zamawiających sektora publicznego bardziej przewidywalnymi, a tym samym zachęci wykonawców do większego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

1) Termin zakończenia świadczenia



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 436 pkt 1) Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowień dotyczących planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Należy tylko przypomnieć, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie narzucała zamawiającemu, jak powinien określać termin realizacji zamówienia, czy poprzez wskazanie konkretnej daty dziennej czy też wskazanie konkretnego czasookresu. Jednakże określenie terminu zakończenia świadczenia poprzez wskazanie konkretnej daty rodziło w praktyce wiele problemów i stanowiło ryzyko finansowe dla wykonawców. Zdarzały się sytuacje, że w wyniku przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia, termin realizacji zamówienia oznaczony sztywno konkretną datą był niemożliwy do zrealizowania. Tym samym w sytuacji, w której termin wykonania zamówienia ustalony był poprzez wskazanie konkretnej daty mogło wystąpić duże prawdopodobieństwo, że wykonawca nie zdąży z wykonaniem zamówienia w tym terminie, co pociągało za sobą ryzyko naliczenia kar umownych. W związku z powyższym niezbędne stało się uregulowanie sposobu ustalenia terminu zakończenia umowy.

A zatem ustawa Pzp narzuca zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca, odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę) a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało każdego z wykonawców do uwzględniania w sposób całkowicie odmienny i subiektywny związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów.

Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania.

W szczególności w przypadku umów długoterminowych, zamawiający może również przewidzieć w razie potrzeby postanowienia dotyczące planowanego terminu wykonania poszczególnych części usługi, dostawy czy roboty budowlanej, z tym że w tym przypadku należy również określić terminy częściowe w dniach tygodniach, miesiącach lub latach. Powyższe rozwiązanie służy zrównoważeniu stron kontraktu, stanowi wyraz bardziej partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza wspólne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyk związanych z terminem realizacji.

2) Warunki zapłaty wynagrodzenia

Art. 436 pkt 2) Pzp wprowadza obowiązek zawarcia w każdej umowie o zamówienie publiczne postanowień dotyczących warunków zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Klauzula ta dotyczyć będzie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

w szczególności ustalenia czy płatność za wykonanie zamówienia ma charakter jednorazowy czy zamawiający będzie płacił wynagrodzenie w częściach, oraz czy udziela zaliczek na poczet wykonania zamówienia. W art. 443 ust. 1 Pzp nałożono obowiązek płatności częściowych lub udzielenia zaliczek w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, w stosunku do każdego rodzaju zamówienia publicznego. Jednakże ustawa nie ogranicza możliwości ustalenia płatności częściowych lub zaliczkowania także w stosunku do umów zawartych na okres krótszy niż 12 miesięcy.

Takimi warunkami mogą być również zasady sporządzenia określonych protokołów odbioru (częściowych, przejściowych, końcowych, ilościowych, jakościowych), załączników do nich (oświadczeń podwykonawców, kierowników robót, dostawców, certyfikatów, dokumentów gwarancji), decyzji organów, etc.

W przypadku umów na roboty budowlane zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy dodatkowe zasady wypłaty wynagrodzenia zawiera art. 447 Pzp.



Art. 447. 1. *W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę: 1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych; 2) całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.*

2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio: 1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, 2) udzielenie kolejnej zaliczki – w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający może wskazać w SWZ procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

3) Łączna maksymalna wysokość kar umownych

Ustawa Pzp wprowadza obowiązek wskazania w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3) Pzp). 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). Definicja kary



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

umownej zawarta w KC przewiduje zatem, że kara umowna powinna stanowić określoną sumę. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości⁹.

Ważne:

Wysokość kary umownej może zostać określona kwotowo lub procentowo (jako oznaczony procent wartości całego świadczenia, którego dłużnik nie spełnił w terminie) bądź w sposób łączący obie te metody¹⁰.

Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 nowej ustawy Pzp.



Art. 16. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.*

Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, zamawiający powinien pamiętać ustalając maksymalną wysokość kar umownych, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.

Ustawodawca nie precyzuje górnej granicy wysokości kar, przekazując tym samym uprawnienie do jej określenia zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania.

Ważne:

⁹ Wyrok SN z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14

¹⁰ (tak: red. Osajda 2020, wyd. 24/W.Borysiak w: Kodeks cywilny. Komentarz 2020, wyd. 24, teza 62 do art. 483) Legalis



Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

4) Kary umowne z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w przypadku umów zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy

Zgodnie z art. 436 pkt 4) lit a) Pzp, w przypadku umów na roboty budowlane, dostawy i usługi zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zamawiający jest zobligowany do wskazania w umowie wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Pzp.



Art. 439 ust. 5 Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z art. 439 ust. 1 -3 Pzp zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki, tj.

- 1) przedmiotem umowy są roboty lub usługi ;
- 2) okres jej obowiązywania przekracza 12 miesięcy.

Tym samym zamawiający ma obowiązek wprowadzić do umowy karę umowną w stosunku do wykonawcy za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy z tytułu zmian wysokości wynagrodzenia spowodowanej zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wysokość tej kary ustala sam zamawiający. A zatem jeżeli wykonawcy zostało zmienione wynagrodzenie na skutek okoliczności związanych ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to jest on zobligowany do zmiany wynagrodzenia przysługującej w tym zakresie podwykonawcom, z którymi zawarł umowy. Jeżeli tego nie czyni lub czyni to nieterminowo zobowiązany będzie zapłacić z tego tytułu karę umowną.

5) Waloryzacja wynagrodzenia umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy

Zgodnie z art. 436 pkt 4) lit. b) nowej Pzp w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa powinna zawierać zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
 - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zasadniczym celem jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego, w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. W oparciu o zawarte w treści umowy klauzule waloryzacyjne dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zaistnienia zmian przepisów wymienionych w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, które jednocześnie będą miały wpływ na koszty realizowanego zamówienia. Z drugiej strony ochrona taka będzie przysługiwać również zamawiającemu, w przypadku obniżenia ciężarów publicznoprawnych, które podwyższyły koszty wynagrodzenia wykonawcy. Ujmovane w treści umowy klauzule, w oparciu o które dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zaistnienia zmian przepisów wymienionych wprost w tym przepisie mają zastosowanie, o ile powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Ważne:

Norma przewidująca uwzględnienie w treści umowy zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy tzw. klauzul waloryzacyjnych ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że każda umowa o zamówienie publiczne zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, powinna zawierać klauzule znajdujące zastosowanie w sytuacji, gdy zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej czy też zmiana stawki podatku VAT lub stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne a także zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych wywiera wpływ na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia¹¹.

Zasadniczym warunkiem dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest, w świetle art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, wpływ zmiany przepisów prawnych na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Oznacza to, że ciężar wykazania zwiększonych kosztów ciąży na wykonawcy. Niezbędne jest zatem zawarcie we wzorze umowy postanowienia dotyczącego przedstawienia przez wykonawcę

¹¹ Tak: wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 346/15



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

środków dowodowych stanowiących podstawę dokonania obliczeń ustalających zmiany wynagrodzenia. Ponadto należy przyjąć, że projekt umowy o zamówienie publiczne powinien również zawierać postanowienia proceduralne odnoszące się chociażby do terminu i sposobu ich wprowadzenia. Natomiast w przypadku zmiany przepisów, które będą prowadziły do zmniejszenia kosztów związanych z realizacją zamówienia, wówczas ciężar ten będzie spoczywał na zamawiającym.

Zamawiający zobligowany jest zatem do sformułowania i opisanie zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. Ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być "odpowiednie". Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian. Klauzula umowna określająca zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia może przykładowo przewidywać złożenie przez wykonawcę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, wraz z uzasadnieniem zawierającym szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką pierwotnie ustalone wynagrodzenie uległoby zmianie. Uzasadnienie może składać się z pisemnego zestawienia wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników świadczących usługi, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi, a także niezbędnej dokumentacji dowodowej. Jednocześnie procedura umowna może przewidywać z jednej strony określony termin dla wykonawcy na złożenie umotywowanego wniosku (z załącznikami) a z drugiej strony termin dla zamawiającego na dokonanie weryfikacji zasadności wniosku wykonawcy i ewentualnej akceptacji żądań w pełnym zakresie bądź częściowo.

II. Postanowienia obligatoryjne wynikające z art. 439 nowej ustawy Pzp

Art. 439. 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 nowej ustawy Pzp ma na celu zrównoważenie stron umowy o zamówienie publiczne. Klauzule określone w ww. przepisie umożliwiają przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zamiarem ustawodawcy było nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do umów na roboty budowlane i usługi przekraczających okres 12 miesięcy mechanizmów, które będą uwzględniały wpływ czynników zewnętrznych, takich jak zmiana cen materiałów lub kosztów, na rentowność realizowanego zamówienia.

Art. 439 nowej ustawy Pzp wprowadza waloryzację umowną, która umożliwia stronom umowy o zamówienie publiczne zmianę ustalonego w umowie wynagrodzenia z uwagi na okoliczności wymienione w tym przepisie. Należy zwrócić uwagę, że waloryzacja, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp dotyczy umów o roboty budowlane i usługi zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W przypadku tego typu umów, każda umowa powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Ważne:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

A zatem, w umowie tej zamawiający winien określić:

1. poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających stronę do żądania zmiany wynagrodzenia, przy czym ustawa nie określa żadnego minimalnego progu w tym zakresie. Postanowienie ma wskazać również początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia.
2. sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia może zostać określony również przez wskazanie innej podstaw, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów.
3. sposób określenia wpływu zmiany ceny na koszty wykonania zamówienia oraz okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy.
4. maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowienia.

Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawić swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia. Zamawiający zobligowany jest zatem do sformułowania i opisanie zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia¹².

Przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje równe rozłożenie ryzyk pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.

5. Zaliczki i wypłata wynagrodzenia w częściach

Kiedy po stronie zamawiających powstaje obowiązek płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielenia zaliczki?

Zgodnie z art. 443 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. A zatem obowiązek płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielenia zaliczki będzie więc dotyczyć wszystkich kategorii umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Kolejnym instrumentem, który ma na celu zrównoważenie pozycji stron kontraktu publicznego oraz bardziej partnerskiego traktowania wykonawców to obowiązek, o którym mowa w art. 443 nowej

¹² Uzasadnienie rządowego projektu – Prawo zamówień publicznych, druk sejm. nr 3624



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ustawy Pzp, tj. obowiązek zapłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Rozwiązanie to powinno poprawić płynność finansową wykonawców, obniżyć po ich stronie koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji przełożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienie publiczne szerszej grupy wykonawców. Obowiązek ten dotyczy wszystkich kategorii umów, pod warunkiem zawarcia ich na okres dłuższy niż 12 miesięcy. A zatem dotyczy to umów na usługi, dostawy i roboty budowlane.

A zatem, zamawiający zobowiązany jest do określenia w umowie, jaki procent wynagrodzenia będzie wypłacał za poszczególne części. W przypadku zamówień na usługi powtarzające się okresowo lub ciągle stosować będzie można rozliczenia miesięczne lub kwartalne. Natomiast w przypadku dostaw np. artykułów biurowych, sprzętu IT przyjąć będzie można płatności etapowe, które następować będą po dostarczeniu danej partii. To od zamawiającego zależy, jaki model płatności częściowych przyjmie, jednakże musi pamiętać o określeniu, jaki procent wynagrodzenia będzie wypłacał za poszczególne części i jaka będzie wartość ostatniej części.

Należy też pamiętać, iż ustawodawca w zakresie ostatniej części wynagrodzenia wprowadził ograniczenie procentowe, zgodnie z którym, ostatnia część wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Postanowienia umowy regulujące rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą uzależnione są od charakteru i rodzaju zamówienia, jego zakresu i wielkości, a także sposobu oraz terminu realizacji. Zapisy umowy powinny być w każdym przypadku dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia.

W przypadku natomiast gdy zamawiający nie przewiduje płatności częściowych w umowach zawartych na okres powyżej 12 miesięcy, wówczas zamawiający zobowiązany jest przewidzieć udzielanie wykonawcy zaliczek, pozwalających na płynne finansowanie kolejnych etapów zamówienia. W tym aspekcie przepis art. 443 ust. 3 Pzp stanowi, że zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Należy także wspomnieć, że w przypadku innych umów, niż określone w art. 443 nowej ustawy Pzp zamawiający mają możliwość udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, o której mowa w art. 442 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek.



Art. 442. 1. Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2. Zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek.

3. Zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku następujących formach:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 1) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
 - 2) gwarancjach bankowych;
 - 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości;
 - 5) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;
 - 6) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
 - 7) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz. U. z 2018 r. poz. 2017).
4. Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia zaliczki, jeżeli przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy.
5. W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Umowa może przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji tej umowy.
6. Do zamawiających, o których mowa w art. 4 pkt 2 i 3, nie stosuje się przepisów ust. 2 i 4.

6. Raport z realizacji zamówienia

Kto i kiedy ma obowiązek sporządzić raport z realizacji zamówienia?

Obowiązek sporządzenia raportu z realizacji zamówienia spoczywa – w świetle art. 446 ust. 1 ustawy Pzp – na zamawiającym. Zgodnie z tym przepisem zamawiający sporządza raport z realizacji zamówienia, w którym dokonuje oceny tej realizacji, w przypadku gdy:

- na realizację zamówienia wydatkowano kwotę wyższą co najmniej o 10% od wartości ceny ofertowej;
- na wykonawcę zostały nałożone kary umowne w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej;
- wystąpiły opóźnienia w realizacji umowy przekraczające co najmniej: a) 90 dni, w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, b) 30 dni, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro;
- zamawiający lub wykonawca odstąpił od umowy w całości lub w części, albo dokonał jej wypowiedzenia w całości lub w części.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Nową instytucją jest raport z realizacji zamówienia przewidziany w art. 446 ustawy, który ma na celu zobligowanie zamawiających w przypadku zamówień, których realizacja napotkała określone trudności, do dokonania oceny realizacji takiego zamówienia. Celem tego nowego obowiązku po stronie zamawiających jest zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych dzięki należytocie przeprowadzonej ewaluacji realizacji umowy. Dzięki przeanalizowaniu treści umowy oraz sposobu jej realizacji, zamawiający może wdrożyć zmiany w odniesieniu do zamówień podobnego typu w przyszłości. A zatem, nałożony dyspozycją art. 446 Pzp obowiązek przygotowania przez zamawiających raportu z realizacji umowy jest elementem procesu, którego celem jest wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania i ewaluacji. Należy zauważyć, że obowiązek sporządzenia raportu nie ma zastosowania do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (art. 395 ust. 1 pkt 2) Pzp).

Art. 446 ust. 3 wskazuje na obligatoryjne elementy raportu, czyli informacje związane z realizacją umowy, które muszą być zawarte w raporcie. Decyzje o sposobie przygotowania tego dokumentu, z uwzględnieniem wymogów ustawowych w tym zakresie, podejmuje samodzielnie zamawiający.

1) Raport musi zawierać wskazanie kwoty, którą wydatkowano na realizację zamówienia, oraz porównanie jej z kwotą wynikającą z szacowania wartości zamówienia oraz ceną całkowitą, podaną w ofercie albo maksymalną wartością nominalną zobowiązania zamawiającego wynikającą z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe (art. 446 ust 3 pkt 1) Pzp). Powyższe informacje potrzebne są do oceny prawidłowości ustalenia szacunkowej wartości zamówienia oraz ceny zawartej w ofercie. Porównanie tych kwot pozwoli na ustalenie rzeczywistej kwoty, którą przeznaczono na realizację zamówienia.

2) Zgodnie z art. 446 ust 3 pkt 2) Pzp, raport musi zawierać wskazanie jednej z okoliczności, która warunkuje sporządzenie raportu, czyli jedną z okoliczności określonych w art. 446 ust. 1 Pzp.

3) W raporcie należy także dokonać oceny sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania, np. wskazanie momentów w których odbierane lub sprawdzane były etapy częściowe, ocena współpracy z wykonawcą, ocena jakości wykonywanych prac, czy ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia (art. 446 ust 3 pkt 3) Pzp).

4) Ostatnim obligatoryjnym elementem raportu jest wskazanie wniosków, co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych (art. 446 ust 3 pkt 4) Pzp).

Ważne:

Ustawa stanowi, że raport sporządza się w terminie miesiąca od dnia:

- w przypadku zrealizowania umowy, tj. w terminie miesiąca od sporządzenia protokołu odbioru lub uznania umowy za wykonaną;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- w przypadku niezrealizowania umowy, tj. w terminie miesiąca od rozwiązania umowy w wyniku złożenia oświadczenia od jej wypowiedzenia albo odstąpienia od niej.

Do liczenia terminów należy stosować przepisy KC zgodnie z odwołaniem w art. 8 Pzp, chyba, że przepisy Pzp stanowią inaczej. Zgodnie zatem z art. 112 KC, termin oznaczony w miesiącach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za dni trzydzieści, (art. 114 KC).