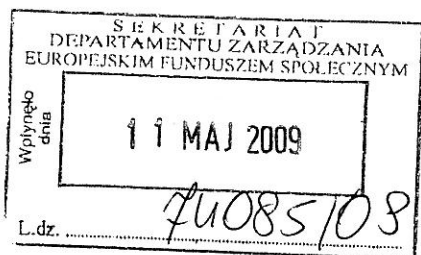




URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Prawny

Warszawa, dnia 16. 03. 2009 r.

UZP/DPIO-PKA/248207/4808/09



Pan

Marek Michalski

Zastępca Dyrektora

Departamentu Koordynacji

Programów Infrastrukturalnych

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego

W odpowiedzi na pismo z dnia 3 listopada 2008 r. (znak: DPI-III-8613-7-NW/08 l.dz. 5203) w sprawie interpretacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) - uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

Stosownie do przepisu art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. *A contrario* do umów zawartych po dniu wejścia w życie nowelizacji, tj. 24 października 2008 r. stosuje się nowe przepisy odnoszące się do umów. Jednym z takich przepisów jest – zmieniony podczas ostatniej nowelizacji - art. 144 ust. 1 Pzp, dotyczący dopuszczalności zmiany umowy o zamówienie publiczne. Z powyższego wynika, iż przepis art. 144 ust. 1 Pzp w nowym brzmieniu będzie miał zastosowanie do wszystkich umów zawartych od dnia 24 października 2008 r. Dla zastosowania tego przepisu nie ma więc znaczenie moment wszczęcia postępowania, po przeprowadzeniu którego została zawarta umowa o zamówienie publiczne. Przepis art. 144 ust. 1 Pzp w nowym brzmieniu będzie miał zastosowanie również do umów zawartych od dnia 24 października 2008 r. po przeprowadzeniu postępowań wszczętych przed tą datą.

Stosownie do brzmienia znowelizowanego od dnia 24 października 2008 r. przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy o udzielenie 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.

Na podstawie zacytowanego powyżej przepisu zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest zasadniczo zakazana. W świetle tego przepisu można wymienić dwa wyjątki od tej zasady. Po pierwsze należy podkreślić, iż zakaz, o którym jest mowa w przepisie art. 144 ust. 1 Pzp dotyczy wyłącznie takiej zmiany postanowień umowy o zamówienie publiczne, która jednocześnie stanowiłaby zmianę oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. *A contrario* należy więc stwierdzić, iż dopuszczalne są takie zmiany umowy, które nie zmieniałyby postanowień najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, z którym następnie została zawarta przedmiotowa umowa. Po drugie dopuszczalna jest zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli są spełnione łącznie dwie następujące przesłanki wymienione w art. 144 ust. 1 Pzp *in fine*, tj. zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (przesłanka 1) oraz określił warunki takiej zmiany (przesłanka 2).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanych w Pzp występuje zasadniczo oferta oraz ogłoszenie lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W takich postępowaniach oraz w związku z powyższymi wyjaśnieniami dopuszczalność zmiany umowy na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 Pzp nie może budzić wątpliwości. Wyjątkiem od powyższego jest tryb zamówienia z wolnej ręki, w którym nie występuje ogłoszenie oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, gdyż stosownie do art. 68 ust. 1 Pzp postępowanie w tym trybie wszczynane jest zaproszeniem do negocjacji, a przepisy odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mają w nim zastosowania. Ponadto z brzmienia art. 66 Pzp można wysnuć wniosek, iż w tym trybie wykonawca nie składa zamawiającemu oferty, ponieważ zamówienie jest udzielane wyłącznie po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą.

Należy odrzucić pogląd, iż w związku z powyżej wskazanymi odmiennocściami zmiana umowy o zamówienie publiczne zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jest niedopuszczalna. Taki wniosek nie wynika bowiem z brzmienia omawianego przepisu. Jednocześnie nie sposób wskazać racjonalnego uzasadnienia dla stanowiska, iż wyłącznie umowy zawarte po przeprowadzeniu tego trybu nie mogą podlegać zmianie. Stanowią one bowiem umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, które są zawierane po przeprowadzeniu postępowania o jego udzielenie w trybie przewidzianym w Pzp.

Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się koniecznością przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z jednym wykonawcą (art. 66 Pzp), którego zaprasza przekazując informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 Pzp). Nie jest wykluczone złożenie przez wykonawcę oferty w odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji. Należy jednak podkreślić, iż w trybie z wolnej ręki umowa o zamówienie publiczne jest zawierana nie w następstwie wyboru (przyjęcia) oferty przez zamawiającego, lecz w następstwie negocjacji zakończonych kompromisem, tj. porozumieniem odnośnie treści planowanej do zawarcia umowy. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż art. 144 ust. 1 Pzp nie znajduje odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do zakazu zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Należy wskazać, iż z uwagi na brak stosownej regulacji w przepisach ustawy Pzp, dotyczącej możliwości zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, zastosowanie stosownie do brzmienia art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93).

Należy zauważyć, iż podstawową zasadą prawa cywilnego jest zasada swobody umów. Została ona wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z nim strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Norma prawna wynikająca z niniejszego przepisu przyznaje podmiotom prawa cywilnego generalną kompetencję do kształtowania stosunków zobowiązaniowych poprzez zawierane pomiędzy tymi podmiotami umowy. Swoboda zawierania umów na podstawie art. 353¹ Kodeksu obejmuje zasadniczo swobodę decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta oraz swobodę formy w jakiej umowa ma być zawarta, a także kompetencję do ich zmiany stosownie do woli stron umowy.

Należy jednakże stwierdzić, iż zasadniczo w stosunku do zamówień publicznych zasada ta doznaje znacznego ograniczenia. Po pierwsze zamawiający nie ma swobody w wyborze kontrahenta, z którym podpisze umowę. Po drugie zamawiający nie ma możliwości wyboru formy w jakiej zostanie zawarta umowa. Po trzecie treść umowy o wykonanie zamówienia publicznego musi uwzględniać przepisy Pzp. W ustawie Pzp szczególny sposób została również uregulowana kwestia wprowadzania zmian do umów o wykonanie zamówienia publicznego.

Należy stwierdzić, iż odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać z

uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe ograniczenie wynika z faktu, iż przedmiotowe umowy zawarte zostały w reżimie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidującego szczególne zasady na jakich powinien opierać się proces ich zawierania. Należy podkreślić, iż na gruncie ustawy Pzp zmian umów dopuszczalna jest tylko w wyjątkowych okolicznościach, wobec powyższego należy stwierdzić, iż również umowy zawarte z wolnej ręki nie mogą być swobodnie zmieniane. Zatem zasadne jest stwierdzenie, iż w przypadku zmian przedmiotowych w umowie o wykonanie zamówienia publicznego, strony są zobowiązane do oceny czy w stosunku do zawieranych aneksów do umów w dalszym ciągu zachodzą przesłanki uzasadniające zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki.

W przypadku tego rodzaju umów zamawiający chcący dokonać jej zmiany będzie zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem w przypadku, gdy zamówienia udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy ocenić czy w dalszym ciągu zamówienia to może być wykonane tylko i wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn wskazanych w pkt. 1 lit. a, b i c powyższego przepisu. Analogicznie w przypadku udzielenia zamówienia z uwagi na okoliczności wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy zbadać czy konieczność zmiany umowy wynika z wyjątkowej sytuacji, której zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć czy konieczność dokonanie zmian nie wynika bezpośrednio z winy zamawiającego, czy niezbędne jest natychmiastowe wykonanie prac oraz czy nie można zachować terminów określonych dla wykonania zamówienia w innych trybach przewidzianych ustawą. Zamawiający będzie zobowiązany do analogicznego postępowania również w przypadku zamówień udzielanych z wolnej ręki z uwagi na pozostałe przesłanki określone w art. 67 ustawy Pzp. Stwierdzenie istnienia powyższych przesłanek będzie w tym przypadku warunkowało możliwość zawarcia aneksu do umowy o wykonanie zamówienia z jego dotychczasowym wykonawcą.

Należy stwierdzić, iż procedura powtórnego badania przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp będzie odnosiła się do wszystkich przypadków wprowadzania zmian do umów o wykonanie zamówienia publicznego zawartych w trybie zamówienia z wolnej ręki po nowelizacji ustawy Pzp z 24 października 2008 r.

2.000.000.000

2.000.000.000