DR HAB RYSZARD SZOSTAK PROF. UEK

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Katedra Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych
e-mail: argius@poczta.onet.pl

**Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145–145a
prawa zamówień publicznych**

Wprowadzenie

Umowa o zamówienie publiczne zawarta skutecznie wiąże obie strony (*pacta sunt servanda*) i powinna być realnie wykonana, zgodnie z treścią wynikającą z niej zobowiązania (art. 354 § 1 k.c.)¹. W zasadzie nie może być rozwiązana ani z woli stron, ani tym bardziej z woli jednej z nich – w drodze odstąpienia. Wyjątki określa ustawa. Ponadto ogranicza się możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne. Do niedawna problematyka dopuszczalnej zmiany, a także przedwczesnego rozwiązania umowy, leżała całkowicie w domenie prawa krajowego, choć granice i uzasadnienie odstępstw od wymogu *pacta sunt servanda* kształtowane były pod wpływem orzecznictwa europejskiego, zapadającego na gruncie podstawowych zasad zamówień publicznych. Spośród ważniejszych wypowiedzi judykatury europejskiej odnotować tu trzeba wyrok TSUE z 19 czerwca 2008 roku (C-454/06, Press text Nachrichtenagentur GmbH/R. Österreich. ECR2008. I-04401), w świetle którego zasady: równości, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i związany z nimi zakaz dochodzenia warunków zamówienia, a także wyniku przetargu, sprzeciwiają się dopuszczeniu istotnych zmian

¹ Więcej o tym J. Dąbrowa (1981), s. 717, oraz P. Drapała (2006), s. 937 i n.

umowy o zamówienie publiczne. W polskiej ustawie z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013, poz. 907, dalej: „Pzp”) unormowanie tej problematyki podlegało ewolucji w związku z kolejnymi zmianami w art. 140 oraz 144–145.

Po raz pierwszy szerzej odniesiono się do powyższej kwestii w nowych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. W szczególności w motywach do dyrektywy ogólnej Parlamentu i Rady 2014/24 z 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. L 94. 28.03.2014, s. 65) podkreśla się, że niezbędne jest doprecyzowanie ustawowych warunków dopuszczalnych zmian w umowach, aby nie dochodziło do obejścia przepisów wymagających przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z zachowaniem dorobku dotychczasowego orzecznictwa TS UE, wykluczyć trzeba zwłaszcza zmiany istotne z uwagi na zakres i treść wzajemnych praw i obowiązków stron (por. pkt 107–109). W ramach dyspozycji z art. 72 nowej dyrektywy określono enumeratywnie przypadki dozwolonych modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania, natomiast w art. 73 wskazuje się po raz pierwszy na konieczność ustalenia w prawie krajowym okoliczności uzasadniających przedwczesne rozwiązanie umowy z inicjatywy samego zamawiającego. Wprawdzie w tym drugim wskazano tylko 3 okoliczności uzasadniające przedwczesne rozwiązanie umowy, jednak resztę pozostawiono w domenie prawa krajowego. Co do zasady obowiązuje zatem ogólny zakaz przedwczesnego rozwiązywania umów, które powinny być realnie wykonywane, przede wszystkim z uwagi na konieczność ciągłego zaspakajania potrzeb zbiorowych stanowiących cel każdego zamówienia publicznego. Zakaz przedwczesnego rozwiązania umowy adresowany jest jednak wyłącznie do publicznego zamawiającego, któremu nie wolno godzić się ani na osłabienie zobowiązania poprzez klauzulę umownego prawa odstąpienia od umowy, ani na przedwczesne zakończenie zobowiązania w drodze zgodnego porozumienia stron. W istocie prowadzi to do ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych w interesie zbiorowym.

W polskiej ustawie z 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz) implementującej dyrektywę 2014/24, wprawdzie nie sformułowano wyraźnie zakazu zastrzegania prawa odstąpienia od umowy², lecz wydaje się on oczywisty na tle wyjątkowych przypadków jednostronnego rozwiązania umowy przez zamawiającego z art. art. 145–145a Pzp. Analogiczny

² O funkcjach odstąpienia, osłabiającego zobowiązanie, P. Drapała (2006), s. 938.

zakaz zmiany umowy utrzymano werbalnie w art. 144 ust. 1 Pzp, podczas gdy sposób unormowania w dyrektywie obu tych kwestii jest jednakowy. Stąd od dawna zdarzają się niepewności interpretacyjne³. Obowiązywanie zakazu można też wywieść w drodze argumentum *a fortiori* z art. 144 ust. 1 Pzp, a mianowicie skoro wyraźnie zakazuje się swobodnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać⁴. Poza tym zastosowanie formuły fakultatywnego rozwiązania umowy przez zamawiającego w przypadkach z art. 145–145a Pzp świadczy pośrednio o ogólnym zakazie rozwiązywania umów, ponieważ ustawodawca nie stanowiłby wyraźnie, że umowę „można rozwiązać”, podczas gdy wolno byłoby tego dokonać w sposób oczywisty w braku ogólnego zakazu. Ponadto dopuszczenie możliwości swobodnego zastrzeżenia prawa odstąpienia (art. 395 k.c.) w zamówieniach publicznych prowadziłoby niewątpliwie do trudności o charakterze funkcjonalnym, skoro przy zastrzeganiu takiego prawa nie potrzeba jakiegokolwiek uwarunkowania (jest bezwarunkowe). Tylko w stosunkach obrotu powszechnego spotyka się zastrzeżenia uwarunkowane, zwłaszcza na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania (*lex commissoria*). Do argumentów doniosłych dla wykładni celowościowej, obok roli zamówień publicznych, dodać trzeba jeszcze potrzebę dochodzenia wykonania zobowiązania *in natura*, z pierwszeństwem przed ewentualnym roszczeniami odszkodowawczymi lub innymi zastępczymi⁵. Nie bez znaczenia są wreszcie argumenty związane z obciążającym zamawiającego obowiązkiem dochodzenia roszczeń: pieniężnych i niepieniężnych, który wynika z ogólnych przepisów ustrojowych⁶. Ten pierwszy potwierdzony został wyraźnie co do swojej treści w art. 42 ust. 5 ustawy z 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U. 2013, poz. 885), z uwagi na zagrożenie osobistą odpowiedzialnością karno-administracyjną urzędników obsługujących zobowiązania i należności pieniężne (por. art. 5 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz.U. 2013, poz. 168). Stąd jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do należytego ustalania przypadających im

³ Por. J. Jerzykowski (2010, s. 626–627) oraz A. Brzozowski (2014), s. 281.

⁴ Tak R. Szostak (2005), s. 180 i n.

⁵ Por. F. Zoll (2010), s. 83.

⁶ Łączy się on z wymogiem dochowania należytej staranności w zarządzaniu mieniem publicznym. Por. art. 146 ust. 4 pkt 4 oraz art. 203 Konstytucji, a także art. 60 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2016, poz. 446), art. 50 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. 2016, poz. 814) oraz art. 70 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. 2016, poz. 486).

należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny oraz terminowego podejmowania względem zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania. Dopuszczenie do swobodnego rozwiązywania umów o zamówienia publiczne, zwłaszcza ze względu na trudności realizacyjne po stronie wykonawcy, prowadziłoby w istocie do obejścia wymogu realnego wykonania zobowiązania i ustawowego obowiązku egzekwowania roszczeń.

Z drugiej strony jednak zakaz przedwczesnego rozwiązania umowy nie ma charakteru absolutnego. Zostaje wyłączony w przypadkach ustawowo przewidzianych. Liczą się tu nie tylko powołane wyżej przepisy art. 145–145a Pzp, lecz także liczne unormowania kodeksowe, uprawniające zamawiającego albo wykonawcę do odstąpienia od umowy, przede wszystkim tytułem sankcji na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez drugą stronę umowy. Ustawowe prawo odstąpienia od umowy nie zależy bowiem od uprzedniego zastrzeżenia umownego, a skoro nie zostało wyłączone przez *lex specialis*, może być aktualne w świetle zasady subsydiarnego stosowania kodeksu cywilnego w zakresie realizacji zamówień publicznych, w wyniku wyraźnego odesłania z art. 139 ust. 1 Pzp.

Znowelizowany art. 145 Pzp dopuszcza możliwość odstąpienia od umowy o zamówienie publiczne ze względu na zaistnienie okoliczności powodującej, że wykonanie nie leży w interesie publicznym, bądź dalsze jej wykonywanie może zagrozić bezpieczeństwu państwa (publicznemu). Nowością są 3 dalsze okoliczności z art. 145 a Pzp, a mianowicie: zamawiający dopuścił do bezprawnej zmiany umowy, uprzednio udzielił zamówienia z naruszeniem prawa europejskiego albo wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał obligatoryjnemu wykluczeniu.

1. Odstąpienie czy wypowiedzenie?

Pierwsze łączy się z rozwiązaniem umowy z mocą wsteczną (*ex tunc*), powstaje taka sytuacja jakby w ogóle umowy nie zawarto, natomiast drugie polega na zakończeniu zobowiązania z mocą jedynie na przyszłość (*ex nunc*), świadczenie spełnione podlega zwyczajnemu rozliczeniu. Ponadto dopuszcza się częściowe odstąpienie od umowy, w zakresie fragmentu świadczenia wadliwie wykonanego bądź co do niewykonanych jeszcze elementów świadczenia. Wypowiedzenie umowy uważa się też za zwyczajny sposób zakończenia zobowiązania

długoterminowego, zwłaszcza trwałego (najmu, dzierżawy, użyczenia), a także stosunków opartych na zaufaniu (zlecenia, spółki, rachunku bankowego). Przede wszystkim w ten sposób kończy się zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym (art. 365¹ k.c.)⁷. Zamówienia publiczne „na czas nieoznaczony” dopuszczalne są jednak wyjątkowo, na dostawy wody z sieci, gazu lub ciepła „sieciowego”, odbiór ścieków za pośrednictwem kanalizacji bądź na udzielenie licencji na oprogramowanie komputerowe albo na usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej (art. 142 ust. 1–1a Pzp). Zgodnie z art. 365¹ k.c. zobowiązanie bezterminowe ciągle wygasa ze skutkiem *ex nunc*, po wypowiedzeniu przez zamawiającego lub wykonawcę, z zachowaniem terminu ustawowego, umownego lub zwyczajowego, a w razie jego braku – niezwłocznie po wypowiedzeniu.

Wątpliwości o charakterze konstrukcyjnym może budzić art. 145 Pzp, który wprawdzie operuje wyrażnie „odstąpieniem od umowy”, lecz przewidując rozliczenie ewentualnie spełnionych świadczeń poprzez zapłatę wykonawcy „wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy” sugeruje jednak wypowiedzenie. Nasuwają się tu co najmniej 3 koncepcje rozwiązania tego dylematu. Pierwszej, właściwej dla „odstąpienia” mogłoby towarzyszyć założenie, że wprawdzie umowa rozwiązuje się z mocą wsteczną, lecz w razie braku możliwości wzajemnego zwrotu świadczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (usługi lub roboty budowlane) – rozliczenie następuje przez zapłatę wynagrodzenia. Jej rozwinięciu mogłoby towarzyszyć nieco inne założenie, że przepisy art. 145 Pzp jako *lex specialis* wyłączają w ogóle tradycyjny zwrot świadczeń lub ich równowartości pieniężnej (o wartości wzbogacenia przesądza wartość zubożenia)⁸, dopuszczając bardziej rynkowy sposób rozliczenia między stronami, a mianowicie nie tyle według poniesionych nakładów (zubożenia), ile na zasadzie uzgodnionego uprzednio wynagrodzenia, pomimo upadku jego podstawy prawnej⁹. Stosownie do drugiej koncepcji przepisy art. 145 Pzp operują w istocie „wypowiedzeniem umowy”, skutkującym jedynie na przyszłość, nieco wbrew werbalnemu brzmieniu, skoro jednoznacznie przewidują obowiązek zapłaty wynagrodzenia z tytułu wykonania części umowy. Doktryna zaś nie sprzeciwia się możliwości przedwczesnego jednostronnego rozwiązywania umów

⁷ Por. T. Wiśniewski (2012), s. 112–113.

⁸ Por. A. Ohanowicz (1956), s. 365 i n.; W. Serda (1988), s. 214 i n. oraz E. Łętowska (2000), s. 211 i n.

⁹ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2012 r. (III CSK 304/11), Lex 1229967 oraz z 25 lutego 2015 r. (IV CSK 395/14), Lex 1665598.

terminowych¹⁰. Najbardziej przekonująca wydaje się koncepcja, że art. 145 Pzp dotyczy – w zależności od okoliczności – zarówno całkowitego, jak i częściowego odstąpienia od umowy. Przemawia za nią też wykładnia werbalna tego unormowania, zwłaszcza co do roszczenia wykonawcy o „wynagrodzenie należne”, a nie o jakieś wyrównawcze „wynagrodzenie odpowiednie” (por. np. art. 395, § 2, zd. 2 k.c.). Poza tym kodeks przewiduje przypadki częściowego odstąpienia od umowy, zwłaszcza zgodnie z art. 491 § 2 k.c., jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedno z nich dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia, choć strona ta może odstąpić od umowy w całości, jeśli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo na zamierzony cel umowy.

Na tle przepisów art. 145 Pzp nie powinno budzić wątpliwości to, że nie dopuszczają one możliwości odstąpienia od umowy w całości, nawet w przypadku, gdy spełnione przez wykonawcę świadczenie częściowe nie ma dla zamawiającego znaczenia, ponieważ chodzi o odstąpienie z przyczyn po stronie zamawiającego (publicznych) i wykonawca nie może być narażony na straty. Jednocześnie zamawiający może, lecz nie musi skorzystać z przysługującego mu prawa odstąpienia. Szczególne okoliczności uzasadniające odstąpienie z art. 145 Pzp także przemawiają – jak się zdaje – za wykładnią dopuszczającą (wnioskowanie na zasadzie *argumentum a fortiori*) możliwość dobrowolnego rozwiązania umowy wskutek zgodnego porozumienia stron, oczywiście na warunkach wskazanych w tych przepisach. Zgodny tryb rozwiązania umowy ma przewagę nad jednostronnym odstąpieniem, nie tylko pod względem psychologicznym (dobre obyczaje), lecz także prawnym. Pozwala bowiem usunąć wszelkie niepewności, a także doprecyzować rozliczenia między stronami.

Żadnych wątpliwości co do dwu- bądź jednostronnego zniesienia umowy nie budzi unormowanie z art. 145a Pzp, operujące bardziej neutralnym zwrotem „rozwiązanie umowy”. Oczywiście, jeśli próba rozwiązania umowy w drodze dobrowolnego porozumienia stron nie powiedzie się, zamawiający może dokonać jednostronnego odstąpienia albo wypowiedzenia, zwłaszcza w wypadku umowy kreującej zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym. Preferować trzeba jednak odstąpienie od umowy i to w całości (art. 145a Pzp milczy o rozliczeniach),

¹⁰ Por. P. Drapała (2006), s. 941–944.

co najmniej w wypadku, gdy wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu, ponieważ chodzi tu o zniesienie bezprawia. To samo może dotyczyć wadliwej zmiany umowy z inicjatywy wykonawcy, choć z drugiej strony zamawiający w każdym wypadku powinien należycie ustalić przesłanki dopuszczalnej zmiany umowy na podstawie art. 144 Pzp. Zupełnie inaczej zaś przedstawia się sprawa odstąpienia od umowy zawartej w warunkach naruszenia prawa europejskiego (art. 145a pkt 3 Pzp). Skoro bowiem zamawiający publiczny, jako organizator procedury o udzielenie zamówienia i projektujący postanowienia umowne, odpowiada za bezpieczeństwo prawne transakcji, powinien ponosić konsekwencje naruszenia prawa europejskiego, nawet w następstwie spóźnienia w implementacji dyrektyw do prawa polskiego. W tym ostatnim przypadku ma roszczenie regresowe – odszkodowawcze do Skarbu Państwa. Dlatego odstąpienie od umowy z tego powodu nie może być – jak się zdaje – całkowite, powinno raczej ograniczać się tylko do niewykonanej części umowy, a zrealizowane już elementy świadczenia należy rozliczyć poprzez zapłatę należnego wykonawcy wynagrodzenia.

2. Wykonanie umowy nie leżące w interesie publicznym

Przypadek z art. 145 ust. 1 Pzp, wprawdzie zbliża się pod względem funkcjonalnym do *clausuli rebus sic stantibus* z art. 357¹ k.c., lecz są to jednak odmienne sytuacje, nie pozostające w relacji *lex specialis derogat legi generalis*, choć mogą się nawzajem uzupełniać. Unormowania z art. 145 Pzp, z uwagi na jego wyjątkowy charakter, nie wolno interpretować rozszerzająco, tym bardziej, że mogłoby to prowadzić do kolizji pomiędzy indywidualnym interesem prywatnego wykonawcy a interesem publicznym, któremu tu trzeba dać pierwszeństwo¹¹. Istotna zmiana okoliczności może być nieco mniej intensywna niż nadzwyczajna zmiana, o której mowa w art. 357¹ k.c., w obu przypadkach chodzi jednak o zmianę okoliczności pomiędzy stanem z dnia zawarcia umowy a późniejszymi fazami jej wykonywania¹². Liczy się tylko „istotna” zmiana okoliczności (a nie jakieś drobne perturbacje), podnosząca wydatnie ryzyko nietrafnej transakcji z punktu widzenia interesu publicznego. Przy zamówieniu „interes publiczny” łączy się przede wszystkim z samym celem transakcji zmierzającym do efektywnego

¹¹ Tak J. Baehr (2007), s. 423.

¹² Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 lipca 2011 r. (I ACa-13/11), Legalis.

zaspokojenia oznaczonych potrzeb zbiorowych. Zmienione okoliczności pociągające istotną kolizję realizowanej umowy z interesem publicznym, mogą mieć związek z samym procesem wykonawczym (świadczeniem), jak i z potrzebami zbiorowymi, które mają być zaspokojone (zmiana lub upadek potrzeb). Istotna zmiana okoliczności może wynikać ze zdarzeń natury faktycznej (np. remont budynku okazuje się bezprzedmiotowy w warunkach powodzi) albo prawnej (np. w razie ustawowej zmiany zadań zamawiającego upada potrzeba świadczenia)¹³. Istotna zmiana okoliczności ma zazwyczaj charakter obiektywny, choć może być związana z przyczynami po stronie zamawiającego, natomiast raczej wykluczyć trzeba przyczyny po stronie wykonawcy (np. spóźnienie lub zwłokę bądź następczą niemożliwość świadczenia), które uzasadniają inne rozwiązania. W szczególności możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, żądanie kary umownej albo odszkodowania.

Następną przesłanką jest nieprzewidywalność zmiany okoliczności i jej następstw w chwili zawarcia umowy. Uprzednia świadomość zamawiającego, że umowa jest bezcelowa albo nadchodzących okoliczności pociągających niecelowość zamówienia, wyklucza możliwość zastosowania art. 145 pzp. Przy ocenie tej przesłanki należy odwołać się do kryterium starannego przewidywania okoliczności towarzyszących umowie, a także ich wpływu na wykonanie i cel umowy, w zaostrożonym ujęciu obiektywnym, a nie łagodniejszym subiektywnym. Świadczy o tym sformułowanie: „czego nie można było przewidzieć”, które różni się od alternatywnego, że „zamawiający nie mógł tego przewidzieć”. W istocie liczy się więc tylko taki stan, w którym nikt przy zawieraniu umowy, oceniający starannie (rozsądnie) wszystkie istotne okoliczności, nie zdołałby przewidzieć zmiany okoliczności oraz jej wpływu na wykonanie umowy w sprzeczności z interesem publicznym.

Dodatkowa podstawa odstąpienia od umowy przez zamawiającego, wprowadzona na mocy nowelizacji z 2016 roku, polega na zmianie okoliczności powodującej, że dalsze wykonywanie umowy może zagrażać istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub publicznemu. Przesłanka ta może zaistnieć samodzielnie albo łącznie z przesłanką interesu publicznego. Bezpieczeństwo jest wartością. Bezpieczeństwo państwa łączy się ze stanem zapewniającym pozostanie istnienia oraz gwarancji zachowania integralności i pełnej suwerenności

¹³ Por. też J. Jerzykowski (2010), s. 629 oraz P. Granecki (2014), s. 1010.

państwa, w wyniku zorganizowanej jego ochrony i obrony, zwłaszcza o charakterze militarnym, przed wszelkimi zagrożeniami zewnętrznymi i wewnętrznymi¹⁴. Jak łatwo zauważyć interesy bezpieczeństwa państwa wybiegają poza granice zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem w ujęciu art. 131a Pzp. Z kolei bezpieczeństwo publiczne polega na stworzeniu warunków i rozwiązań instytucjonalnych, a także ładu prawnego w celu zapewnienia ochrony życia, zdrowia i mienia obywateli, a także sprawnego funkcjonowania władzy publicznej i podległych jej instytucji.

Prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 Pzp zostało obwarowane 30 dniowym terminem zawitym, liczonym od chwili powzięcia przez niego wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie. Z upływem tego terminu uprawnienie do odstąpienia wygasa. Wykonanie uprawnienia przez zamawiającego następuje poprzez złożenie wykonawcy stosownego oświadczenia woli. Jeśli umowa została zawarta w formie pisemnej, odstąpienie od niej także wymaga pisma bądź zastępczej formy elektronicznej z bezpiecznym podpisem (art. 77 § 2 k.c. oraz 78 § 2 k.c.).

W związku z powyższym odstąpieniem od umowy wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy (art. 145 ust. 2 Pzp). Oznacza to, że nie służy mu żadne roszczenie odszkodowawcze, zwłaszcza z tytułu utraconych korzyści z powodu braku możliwości całkowitego wykonania umowy. Ustalenie należnej opłaty nie powinno nastręczać trudności przy wynagrodzeniu kosztorysowym, natomiast w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kwotę do zapłaty oblicza się proporcjonalnie do wykonanej części zamówienia¹⁵.

3. Rola unormowania z art. 145a Pzp

Nowy art. 145a Pzp jest wynikiem implementacji art. 73 dyrektywy 2014/24, przewidującego ze względów prewencyjnych zniesienia umowy (zmian w jej treści) zawartej z pogwałceniem prawa. Chodzi o stworzenie podstaw do „samoooczyszczenia się” zamawiającego w trzech przypadkach: doprowadzenia do niedozwolonej zmiany umowy, zawarcie umowy z wykonawcą podlegającym obligatoryjnemu wykluczeniu bądź udzielenie zamówienia z naruszeniem prawa

¹⁴ Por. R. Jakubczak, J. Plis (2011), s. 8 i n.

¹⁵ Por. wyrok SN z 29 stycznia 1985 r. (II CR 494/84), Lex 8674.

europejskiego. Według dyrektywy rozwiązanie umowy w powyższych przypadkach następuje na warunkach prawa krajowego. Skoro to specjalne unormowanie dotyczy rozwiązania umowy z woli strony, słusznie odczytano intencje ustawodawcy europejskiego w kategoriach fakultatywnego uprawnienia zamawiającego. Brak bowiem dostatecznej ratio legis dla unormowania ustawowego obowiązku do wcześniejszego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne, na wzór obowiązku dochodzenia roszczeń. Jeśli jednak zamawiający nie skorzysta ze swojego uprawnienia i będzie zmierzał do „zalegalizowania” bezprawnej umowy, nie można wykluczyć osobistej odpowiedzialności osób zarządzających. Poza tym już samo doprowadzenie do wadliwego rozstrzygnięcia przetargu lub innej procedury albo do niedozwolonej zmiany umowy jest karalne na gruncie przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Poważnym mankamentem unormowania z art. 145a Pzp jest pominięcie terminu do wykonania przysługującego zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy finalnej, tym bardziej że ustawa dopuszcza niekiedy odstąpienie po zakończeniu umowy (np. z tytułu rękojmi za wady)¹⁶. Niezwłoczne skorzystanie z prawa odstąpienia, po ujawnieniu okoliczności uprawniających, kłóci się ze zdrowym rozsądkiem. Z kolei bezterminowy charakter tego uprawnienia godziłby w ideę zobowiązań terminowych i zasadę pewności prawnej, nie wspominając o zagrożeniu interesów wykonawcy. Racjonalnie rzecz ujmując wygaśnięcie prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy powinno się łączyć najpóźniej z chwilą wykonania (prawidłowego) zobowiązania¹⁷. Na gruncie art. 145a Pzp chodzi jednak o swoistą sankcję wadliwości prawnej zobowiązania, która może uzasadniać potrzebę unicestwienia umowy nawet po jej zakończeniu. Postulować trzeba zatem rychłe unormowanie tej kwestii.

4. Niedozwolona zmiany umowy

Zakaz zmiany umowy o zamówienie publiczne nie ma charakteru bezwzględnie, wyjątkowo dopuszcza się tzw. zmiany nieistotne, których krąg wynika ze znowelizowanego art. 144 Pzp. Niezwykle rygorystycznie ujęto dopuszczalność

¹⁶ Pominięcie terminu do odstąpienia od umowy w art. 73 dyrektywy 2014/24 oznacza pozostawienie tej kwestii w domenie ustawodawstwa krajowego.

¹⁷ Zasadę taką proponuje A. Klein (1964, s. 127 i n.), jednak o tyle, o ile ustawa nie stanowi inaczej.

podmiotowych zmian zobowiązania, na tle zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Dlatego wykonawca, który nie poddał się stosownej procedurze nie może uzyskać zamówienia publicznego. Dotychczas nieliczne wyjątki dopuszczało piśmiennictwo i orzecznictwo, jeśli nie naruszały powyższej zasady. Chodziło przede wszystkim o możliwość dostosowania umowy do ewentualnych zmian korporacyjnych po stronie wykonawcy, które pozostają na ogół bez wpływu na odpowiedzialność za należyte wykonanie zamówienia: przekształcenie wykonawcy, jego podział bądź fuzję z innym podmiotem. Dotychczas w praktyce podnoszono jednak zastrzeżenia dotyczące fuzji, jeśli polegała na przejęciu niewypłacalnego przedsiębiorcy (obecnie ustawa nie uwzględnia tej okoliczności), natomiast w odniesieniu do podziału nadal aktualne jest zastrzeżenie, że zamawiający nie może godzić się na przypisanie długu tylko jednej z osób powstałych w wyniku podziału wykonawcy. Do zmian wymuszonych przeobrażeniami korporacyjnymi dołączono jeszcze zmiany podmiotowe, zastrzeżone z góry w warunkach zamówienia, a także zmiany polegające na wzbogaceniu umowy o roszczenie regresowe zamawiającego z tytułu przejęcia przez niego zobowiązań wykonawcy względem podwykonawców (art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp).

Podstawowa problematyka dozwolonej zmiany umowy koncentruje się zatem wokół innych kwestii, a mianowicie zmian umowy:

- zastrzeżonych z góry w ogłoszeniu lub warunkach zamówienia,
- obejmujących dodatkowe dostawy, usługi lub roboty, do 50% wartości zamówienia,
- koniecznych z powodu okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć,
- nieistotnych, wymuszonych bieżącą realizacją umowy,
- drobnych w odniesieniu do zamówień mniejszej wartości, byleby nie pociągały one wzrostu wartości zamówienia o więcej niż 10% (15% co do robót budowlanych).

Zmiany powyższe nie mogą jednak prowadzić do przekształcenia charakteru, zwłaszcza typu umowy, a także do zwiększenia przedmiotu zamówienia lub dostosowania zobowiązania do zmieniających się okoliczności, w celu uniknięcia stosowania prawa zamówień publicznych bądź obejścia jego rygorów. Zmiany lub uzupełnienia umowy z naruszeniem powyższych ograniczeń podlegają unieważnieniu na drodze sądowej, w miejsce unieważnionych postanowień umownych wchodzi postanowienia poprzednio obowiązujące. Z powodztwem

o unieważnienie niedozwolonej zmiany umowy, może wystąpić do właściwego sądu Prezes UZP w ciągu 4 lat od dnia zmiany umowy (art. 144a Pzp).

Rozwiązanie z art. 145a pkt 1 Pzp umożliwiające zamawiającemu wycofanie się z niedozwolonej zmiany umowy podyktowane zostało ekonomiką procesową (w przeciwnym przypadku należałoby wnosić do Prezesa UZP o wytoczenie powództwa sądowego) oraz względami utylitarnymi, ponieważ przewiduje swoiste samonaprawienie błędu przez zamawiającego. W razie jednak wątpliwości co do zasadności odstąpienia, wykonawca może wystąpić na drogę sądową, także w trybie powództwa o ustalenie treści umowy na podstawie 189 k.p.c., które nie zostało tu wyłączone. Wprawdzie w analizowanej sytuacji ustawodawca nie przewidział wyraźnie częściowego odstąpienia od umowy, lecz dopuścił ogólnie jej „rozwiązanie”. Nie budzi jednak wątpliwości zasadność częściowego odstąpienia, ponieważ całkowite odstąpienie od umowy pozbawione byłoby niekiedy praktycznego sensu. Jedynym mankamentem jest wspomniane pominięcie terminu ustawowego do zastosowania przysługującego zamawiającemu prawa. Ze względów praktycznych powinien z niego skorzystać – jak się zdaje – w okresie przed wykonaniem zmienionych dyspozycji umownych. Do uchylenia niedozwolonej zmiany umowy może też dojść w wyniku zgodnego porozumienia stron, które powinno mieć pierwszeństwo faktyczne przed jednostronnym odstąpieniem. Jego skuteczność zależy jednak od zaistnienia przesłanki z art. 144a pkt 1 Pzp w postaci uprzedniej zmiany umowy z naruszeniem art. 144 Pzp.

5. Zawarcie umowy z wykonawcą podlegającym wykluczeniu

W świetle dyrektywy 2014/24 nie można tolerować wykonawców podlegających obligatoryjnemu wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie publiczne, w szczególności z powodu popełnienia przestępstwa gospodarczego bezpośrednio przez przedsiębiorcę albo przez członków jego organu zarządzającego lub nadzorczego, zawinionego wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania wymaganych warunków lub braku podstaw do wykluczenia, zatajenia takich okoliczności bądź z powodu przedstawienia nieprawdziwych informacji rzutujących na wybór oferty najkorzystniejszej (art. 24 ust. 1 Pzp). Jeśli jednak dojdzie do wyłudzenia zamówienia, obok ewentualnej odpowiedzialności karnej, zamawiający albo Prezes UZP jako rzecznik interesu publicznego, może żądać unieważnienia umowy (art. 146 ust. 5b Pzp). Do udzielenia zamówienia na rzecz wykonawcy

podlegającemu wykluczeniu może dojść też bez jego winy, zwłaszcza w wyniku błędu samego zamawiającego organizatora. Dopuszczając rozwiązanie umowy finalnej, w ślad za dyrektywą przepis art. 145a pkt 2 Pzp nie różnicuje tych sytuacji. Liczy się każdy przypadek bezpodstawnego udzielenia zamówienia wykonawcy, który powinien być uprzednio obligatoryjnie wykluczony. Przewidziane w nowym art. 145a pkt 2 Pzp rozwiązanie umowy nabiera znaczenia pierwszoplanowego. Wytoczenie bowiem powództwa o unieważnienie umowy finalnej powinno być obecnie ostatecznością, gdy z jakichś względów odstąpienie od umowy nie będzie celowe lub skuteczne. Niezależnie od tego zawsze powinno się rozważyć najpierw dobrowolne rozwiązanie umowy w drodze zgodnego porozumienia stron. Wynika to z ogólnej formuły wyrażającej się zwrotem „zamawiający może rozwiązać umowę”. Interesy obu stron odnośnie do tego sposobu zakończenia zobowiązania mogą być jednak sprzeczne, zwłaszcza że w analizowanej sytuacji nie może być mowy o zniesieniu zobowiązania jedynie ze skutkami na przyszłość, lecz wyłącznie z mocą wsteczną. Także z uwagi na swoją stymulacyjno-prewencyjną funkcję jednostronne odstąpienie od umowy na podstawie art. 145 pkt 2 Pzp powinno dotyczyć całego zobowiązania, ze skutkami właściwymi dla opcji zerowej, z taką intencją jakby do umowy nigdy nie doszło. Dotyczy to także zobowiązań bezterminowych, w odniesieniu do których możliwość ich wypowiedzenia w oparciu o art. 365¹ k.c. ze skutkami na przyszłość nie wyklucza dopuszczalności ich rozwiązywania w drodze odstąpienia ze skutkami *ex tunc*¹⁸. Nie ma przeszkód, aby do rozwiązania umowy ze względów podmiotowych doszło już po jej zrealizowaniu. W takim wypadku rozliczeń między stronami trzeba dokonać w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, ponieważ brak podstaw ustawowych do zastosowania odmiennego rozwiązania.

6. Naruszenie prawa europejskiego

Według art. 258 TFUE, jeśli Komisja Europejska stwierdzi, że państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniu traktatowemu, w tym zaniechało implementacji lub wadliwie wdrożyło dyrektywę, wydaje w tym przedmiocie stosowną opinię, a gdy państwo członkowskie nie zastosuje się do niej w określonym terminie – Komisja może wnieść sprawę do Trybunału Sprawiedliwości. Wydanie wyroku

¹⁸ Por. zwłaszcza R. Longchamps de Berier (1948), s. 381; A. Klein (1964), s. 41; W. Czachórski (1970), s. 358.

potwierdzającego zarzucane uchybienie wymusza podjęcie przez państwo odpowiednich środków zmierzających do wykonania tego orzeczenia (naprawczych) pod rygorem kary pieniężnej. W ramach elastycznej implementacji dyrektyw liczą się nie tyle konkretne dyspozycje, ile ich rezultaty transpozycji, z uwzględnieniem – rzecz jasna – dorobku orzecznictwa europejskiego¹⁹. Ryzyko naruszeń rośnie w warunkach przynaglenia legislacyjnego wywołanego zaniedbaniami organizacyjnymi, tak jak w przypadku spóźnionej nowelizacji prawa zamówień publicznych z 2016 roku. Może być ono dotkliwe wobec naruszeń dotyczących zamówień finansowanych ze środków europejskich, gdzie dodatkowo grożą beneficjentom, a także samemu państwu, dotkliwe korekty finansowe. Stąd uchybienie można zarzucać sensownie dopiero po jego stwierdzeniu. Wprawdzie zamawiający nie odpowiadają bezpośrednio za zaniechania legislacyjne, jednak stan niezgodności pomiędzy prawem krajowym a europejskim nie może być tolerowany, także względem zamówień wadliwie udzielonych.

Jeśli zatem zamawiający udzielił zamówienia publicznego z naruszeniem prawa europejskiego, może on usunąć stan bezprawności po stwierdzeniu przez TSUE uchybienia państwa polskiego zobowiązaniom traktatowym, poprzez jedno- albo dwustronne rozwiązanie umowy finalnej na podstawie art. 145a pkt 3 Pzp. Jego stymulacyjno-prewencyjne funkcje uzasadniają – jak się zdaje – także i w tym przypadku rozwiązanie umowy w całości, z mocą wsteczną, od dnia jej wadliwego zawarcia.

Podsumowanie

Ustawodawca polski, uchylając się od potwierdzenia ogólnego zakazu przedwczesnego rozwiązywania umów o zamówienie publiczne, dokonał niezbyt udanej implementacji art. 73 dyrektywy 2014/24, ograniczając się do prostego przepisania zawartych w nim dyspozycji, w oderwaniu od zasad ogólnych, zaniedbując zwłaszcza wymóg spójności. Poza tym w odzwierciedlających te dyspozycje art. 145–145a Pzp pominięto niektóre elementy konstrukcyjne, niezbędne z punktu widzenia prawa polskiego. Chodzi w szczególności o możliwość dobrowolnego rozwiązania umowy, w tych samych okolicznościach, w których zezwala się na radykalniejsze odstąpienie od umowy (art. 145 Pzp). Brak też odniesienia się do relacji: odstąpienie a wypowiedzenie umowy, skoro wprost

¹⁹ Por. J. Łacny (2011), s. 14.

w art. 145 Pzp nakazuje się rozliczenie ewentualnie wykonanej części umowy, według przepisów o „wynagrodzeniu należnym wykonawcy”, a nie o bezpodstawnym wzbogaceniu. Nie bez znaczenia jest ponadto zaniechanie jakiegokolwiek określenia w nowym art. 145a Pzp terminu do wykonania prawa odstąpienia od umowy przez zamawiającego po zaistnieniu uprawnienia, kluczowego nie tylko w świetle zasad prawa polskiego, lecz także z punktu widzenia ochrony interesów wykonawcy. Na tle zaś art. 145a pkt 1 Pzp można też ubolewać, że wprawdzie stworzono zamawiającemu możliwość „wycofania się” z wadliwej zmiany umowy z naruszeniem art. 144 Pzp, podlegającej – skądinąd – unieważnieniu, natomiast nie dopuszczono analogicznego rozwiązania na wypadek wadliwego zawarcia umowy, uzasadniającego powództwo sądowe o jej unieważnienie na podstawie art. 146 Pzp.

Literatura

- Baehr, J. (2007). W: T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa: UZP.
- Brzozowski, A. (2014). *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania – klauzula rebus sic stantibus*. Warszawa: C.H. Beck.
- Czachórski, W. (1970). *Prawo zobowiązań w zarysie*. Warszawa: PWN.
- Dąbrowa, J. (1981). Wykonanie zobowiązań. W: Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego, Prawo zobowiązań – część ogólna. T. III/1* (s. 71–758). Wrocław: Ossolineum.
- Drapała, P. (2006). Umowne prawo odstąpienia od umowy. W: E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. T. 5. Prawo zobowiązań – część ogólna* (s. 937–955). Warszawa: C.H. Beck.
- Granecki, P. (2014). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Jakubczak, R., Plis, J. (2011). *Bezpieczeństwo narodowe RP*. Warszawa: C.H. Beck.
- Jerzykowski, J. (2010). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa: LEX.
- Klein, A. (1964). *Ustawowe prawo odstąpienia od umowy wzajemnej*. Wrocław: Prace Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego.
- Longchamps de Berier, R. (1948). *Zobowiązania*. Poznań: Księgarnia Akademicka.
- Łacny, J. (2011). *Skutki naruszenia prawa Unii przez państwo członkowskie*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Łętowska, E. (2000). *Bezpodstawne wzbogacenie*. Warszawa: C.H. Beck.
- Ochanowicz, A. (1956). *Niesłuszne wzbogacenie*. Warszawa: PWN.
- Serda, W. (1988). *Nienależne świadczenie*. Warszawa: PWN.
- Szostak, R. (2005). Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r. (III CKN 1320/00). *Przegląd Sądowy*, 1, 180–191.

- Wiśniewski, T. (2012). W: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. T. III/1*, Warszawa: LexisNexis.
- Zoll, F. (2010). Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań. W: A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego. T. 6. Prawo zobowiązań – część ogólna (Suplement)* (s. 1–218). Warszawa: C.H. Beck.

Streszczenie

Stabilna umowa o zamówienie publiczne stanowi wyraz nie tylko pewności prawa i odwiecznej zasady *pacta sunt servanda*, lecz także zasad równości i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości (przewidywalności). Ustawodawca polski uchylając się od potwierdzenia ogólnego zakazu przedwczesnego rozwiązywania umów o zamówienia publiczne dokonał niezbyt udanej implementacji art. 73 dyrektywy 2014/24, ograniczając się do prostego przepisania zawartych w nim dyspozycji, w oderwaniu od zasad ogólnych. Poza tym w odzwierciedlających te dyspozycje art. 145–145a Pzp pominięto niektóre elementy konstrukcyjne, niezbędne z punktu widzenia prawa polskiego. Chodzi w szczególności o możliwość dobrowolnego rozwiązania umowy, w tych samych okolicznościach, w których zezwala się na radykalniejsze odstąpienie od umowy (art. 145 Pzp). Brak też odniesienia się do relacji: odstąpienie a wypowiedzenie umowy, skoro wprost w art. 145 Pzp nakazuje się rozliczenie ewentualnie wykonanej części umowy, według przepisów o „wynagrodzeniu należnym wykonawcy”, a nie o bezpodstawnym wzbogaceniu. Na dodatek zaniechano jakiegokolwiek określenia w nowym art. 145a Pzp terminu do wykonania prawa odstąpienia od umowy przez zamawiającego po zaistnieniu uprawnienia, kluczowego nie tylko w świetle podstawowych zasad prawa polskiego, lecz także z punktu widzenia ochrony interesów wykonawcy. Na tle zaś art. 145a pkt 1 Pzp można ponadto ubolewać, że wprawdzie stworzono zamawiającemu możliwość „wycofania się” z wadliwej zmiany umowy z naruszeniem art. 144 Pzp, podlegającej unieważnieniu, lecz nie dopuszczono analogicznego rozwiązania na wypadek wadliwego zawarcia umowy, uzasadniającego powództwo sądowe o jej unieważnienie na podstawie art. 146 Pzp.

Słowa kluczowe: umowa o zamówienie publiczne, prawo odstąpienia od umowy

Renouncement of a procurement contract under Articles 145–145a of the Public Procurement Law

Summary

A stable public procurement contract constitutes an expression of not only legal certainty and the substantial *pacta sunt servanda* principle, but also the principle of equality, fair competition and transparency (predictability). By not confirming the general prohibition against early termination of public procurement contracts, the Polish legislator made a rather unsuccessful implementation of Article 73 of Directive 2014/24, since its activities were limited to copying the provisions contained in it, in separation from general principles. Apart from that, in Articles 145–145a of the PPL that reflect the said provisions of the Directive there have been omitted some structural elements, which are necessary from the perspective of the Polish law, in particular the possibility of voluntary renouncement of a contract under the same circumstances under which a more radical renouncement of the contract is permitted (Article 145 of the PPL). Besides, no reference is made to the relation between withdrawal from the contract and termination of the contract, since Article 145 of the PPL directly provides for settlement of the performed part of the procurement contract according to the provisions on the “remuneration due to the contractor” rather than the provisions on unjust enrichment. Moreover the new Article 145a of the PPL does not define the time limits for the exercise of the right to renounce a procurement contract by the awarding entity after the occurrence of the entitlement, which is of key significance not only within the light of the basic principles of Polish law, but also from the perspective of the protection of the contractor’s interests. Furthermore, against the background of Article 145a item 1 of the PPL, one may regret that despite the fact that the awarding entity was given a possibility of “renouncement” of a defective amendment to the contract with violation of Article 144 of the PPL, subject to annulment, but no analogous solution was provided in the event of defective conclusion of the contract, constituting legal grounds for bringing an action for declaring the contract null and void under Article 146 of the PPL.

Keywords: public procurement contract, right to renounce a contract