

GWW



MARTA LIPIŃSKA

Radca prawny w GWW Grynhoff | Partnerzy Radcowie Prawni | Doradcy Podatkowi Sp.p. Na co dzień zajmuje się obsługą projektów infrastrukturalnych oraz doradztwem prawnym z zakresu prawa zamówień publicznych.

# CZĘŚCIOWE ROZWIĄZANIE UMOWY ZAWARTEJ W REŻIMIE USTAWY PZP

**Dopuszczalność częściowego rozwiązania umowy o roboty budowlane zawartej w reżimie prawa zamówień publicznych może być rozważana na kilku płaszczyznach. Zmniejszenie zakresu umowy może bowiem nastąpić w drodze aneksu, porozumienia stron, ugody czy też poprzez częściowe od niej odstąpienie. Jakże zatem przysługują w tym zakresie zamawiającym uprawnienia i jakie mogą wynikać ryzyka z przyjęcia danej ścieżki postępowania?**

**Wyłączenie części robót na podstawie przesłanek umownych**  
Art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Częściowo rozwiązując umowę na tej podstawie zamawiający muszą pamiętać, że przesłanki zmiany umowy określone w jej treści muszą być jednoznaczne. Muszą one zatem wskazywać w jakich okolicznościach jaka zmiana może być dokonana i muszą ściśle określać skutki zmiany.

Można jednak wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający przewidzi przesłankę wyłączenia części zakresu rzeczowego umowy w przypadku protestów społecznych czy też braku porozumienia o współfinansowaniu inwestycji z jednostką samorządu terytorialnego. Zamawiający powinien jednak w każdym takim przypadku określić jak zmiana zostanie wprowadzona, tj. jak zostanie obliczone wynagrodzenie za wyłączone roboty, czy wpłynie to na termin realizacji.

## Okoliczności nieprzewidziane

Zgodnie zaś z treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zostały spełnione łącznie następujące warunki: konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Zmiana umowy możliwa jest zatem, gdy:

- a. konieczność jej zmiany uzasadniona jest okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć działając z należytą starannością;
- b. wartość zmiany nie przekracza 50% wartości umowy;
- c. zmiana nie będzie prowadziła do ogólnej zmiany charakteru umowy.

Zamawiający musi przede wszystkim każdorazowo zweryfikować czy konieczność zmniejszenia zakresu umowy stanowić będzie okoliczność, której zamawiający działając z należytą starannością nie mogła przewidzieć. W orzecznictwie oraz poglądach doktryny wskazywane jest bowiem, iż nieuzasadnionymi okolicznościami mogą być takie, których obiektywnie nie można było przewidzieć.

Zamawiająca musi wykazać, iż przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przy użyciu dostępnych środków, charakteru projektu oraz dobrych praktyk rynkowych, nie miała obiektywnych podstaw do twierdzenia, iż dane roboty trzeba będzie wykonać. Stosując tę przesłankę należałoby wykazać, iż dla wykrycia konieczności wykonania danych prac niezbędne byłoby zaangażowanie środków czy też zasobów ludzkich, których w normalnej sytuacji nie angażuje się do sporządzania dokumentacji przetargowej oraz określania niezbędnych do wykonania prac.

W celu częściowego rozwiązania umowy na tej podstawie zamawiający musi wykazać, że przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie popełnił błędów, które skutkowały w ostateczności koniecznością wyłączenia części robót. Powyższe mógłby wykazać udowadniając, że wykonał wszystkie czynności jakie podejmuje zamawiający przed ogłoszeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, np. przeprowadził odpowiednie analizy społeczne, ekonomiczne, wykonał odpowiednie badania techniczne, geologiczne itp., przeprowadził inwentaryzację infrastruktury i na podstawie takich działań opracowała PFU. Następnie musiałby wykazać, że mimo, że były to działania standardowo podejmowane przez zamawiającego w podobnych sytuacjach to nie doprowadziły do osiągnięcia zakładanego rezultatu.

## De minimis

W przypadku gdy konieczność częściowe rozwiązanie umowy dotyczy stosunkowo niewielkiego zakresu robót, ich wyłączenie z umowy może zostać dokonane na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której

dokonano wyboru wykonawcy, chyba że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Przepis ten reguluje zmiany o wartościach bagatelnych, nazywane zmianami de minimis. Analizując przesłanki zmiany de minimis, wskazać należy, iż sprowadzają się one do określenia dwóch limitów kwotowych, które ograniczają zakres dokonywanej zmiany. Pierwszy z limitów odnosi się do łącznej wartości zmian – ma być ona mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jeśli przedmiot umowy stanowią roboty budowlane łączna wartość zmian de minimis dotyczyć może maksymalnie 15% wynagrodzenia wykonawcy (w tym przypadku należy odwołać się do kwoty wynagrodzenia brutto jako maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy) oraz nie może przekraczać progów unijnych. Wymóg ten odnosi się do wszystkich zmian wprowadzonych do umowy a opartych na art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

## Inne niż wynikające z ustawy Pzp przesłanki do ograniczenia zakresu umowy

W piśmiennictwie prawniczym wyrażany bywa pogląd, iż z treści art. 144 ustawy Pzp (zakaz zmian umowy) wynika na zasadzie a minori ad maius, zakaz rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pogląd taki jest jednak odosobniony. Zdaniem większości komentatorów prawa zamówień publicznych, należy dopuścić możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, iż sam ustawodawca wprost dopuszcza w prawie zamówień publicznych możliwość odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego w okolicznościach określonych w art. 145 Pzp (zamawiający może odstąpić od umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy). Przyznane zamawiającemu na podstawie cytowanego przepisu uprawnienie do odstąpienia od umowy stanowi samodzielną podstawę rozwiązania umowy.

Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie, przepis ten nie wyłącza innych podstaw odstąpienia wynikających wprost z umowy lub też z kodeksu cywilnego. Istotne znaczenie w tym zakresie miał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.04.2003 r. (III KKN 1320/00, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 112), w którym Sąd wprost wyraził pogląd, iż odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego



badać należy nie tylko na płaszczyźnie przepisów prawa zamówień publicznych, ale i na płaszczyźnie przesłanek wskazanych w przepisach kodeksu cywilnego. W tym zakresie dodaje się, iż regulacja zawarta w art. 145 Pzp funkcjonuje obok innych, istniejących w prawie cywilnym, dopuszczalnych przypadków odstąpienia od umowy, takich jak przykładowo:

- umowne prawo do odstąpienia od umowy (art. 395 Kc),
- czy wyznaczenie drugiej stronie dopuszczającej się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskuteczności upływu wyznaczonego terminu strona ta będzie uprawniona do odstąpienia od umowy (art. 491 §1 Kc).

Możliwość odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisów prawa cywilnego oraz na podstawie postanowień umownych, akceptowana jest ponadto w orzecznictwie KIO (tak: m.in. KIO 1041/10 z dnia 16.06.2010 r., KIO/UZP 1070/09 z dnia 1.09.2009 r.)

W dorobku orzeczniczym podnosi się także dopuszczalność innych (niż odstąpienie) sposobów rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyroku KIO z dnia 5.08.2008 r. (KIO/UZP 754/08) Izba uznała za celowe zastrzeżenie prawa jednostronnego wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego przysługującego obu stronom z okresem wypowiedzenia umożliwiającym drugiej stronie dostosowanie się do

nowej sytuacji. W wyroku z dnia 4.02.2010 r. (KIO/UZP 1876/09) Izba stwierdziła, iż w przypadku rozwiązania umowy o zamówienie publiczne zastosowanie znajduje art. 353<sup>1</sup> Kc (zasada swobody umów) i tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypowiedzenie umowy o zamówienie publiczne jest sprzeczne z istotą i naturą stosunku zobowiązaniowego zawartego na czas określony.

### Częściowe rozwiązanie na podstawie porozumienia stron

Możliwą do rozważenia przez zamawiających kwestią jest częściowe rozwiązanie umowy na mocy porozumienia stron. W przypadku niezrealizowania części prac objętych umową zawartą w reżimie prawa zamówień publicznych istnieje możliwość zastosowania kodeksowych regulacji i rozwiązania umowy przez strony na mocy przepisów o swobodzie kontraktowania, tj. art. 353<sup>1</sup> Kc. W takim przypadku ewentualnie rozwiązanie nie powinno jednak prowadzić do negatywnych skutków dla zamawiającego, m.in. zmiany sytuacji ekonomicznej na korzyść wykonawcy.

### Odstąpienie od Umowy na podstawie art. 635 Kc

Z szukając podstaw odstąpienia w przepisach kodeksu cywilnego należy przede wszystkim mieć wzgląd na treść art. 635 Kc w zw. z art. 656 § 1 Kc. Zamawiający może odstąpić od umowy o roboty budowlane wówczas,



jeśli przed upływem określonego w umowie terminu wykonania przedmiotu umowy, wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem robót lub wykończeniem danego obiektu tak dalece, że nie jest prawdopodobne, iż odda zamawiającemu obiekt w umówionym terminie.

Opóźnienie w wykonaniu umowy nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W takim bowiem przypadku, zgodnie z treścią art. 639 Kc zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Jednakże w wypadku takim zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła.

## Odstąpienie od Umowy na podstawie art. 636 Kc

Kolejną przesłanką uprawniającą zamawiającego do odstąpienia od umowy o roboty budowlane jest art. 636 Kc w zw. z art. 656 § 1 Kc. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy jeśli wykonawca wykonuje dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przepis ten nie znajdzie zastosowania do nieterminowej realizacji przedmiotu Umowy.

Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Białymstoku „Opieszałość” wykonania dzieła nie mieści się w użytym w art. 636 k.c. pojęciu „sposobu wykonania dzieła” (wadliwy,

sprzeczny z umową), który daje zamawiającemu prawo skorzystania z tzw. wykonania zastępczego. Skutki opóźnienia się z wykonaniem dzieła reguluje art. 365 k.c., który takiego uprawnienia (tzw. wykonania zastępczego) dla zlecającego wykonanie dzieła nie przewiduje.<sup>17</sup>

W celu odstąpienia od umowy na podstawie art. 636 Kc zamawiający powinien wezwać wykonawcę do zgodnego z umową wykonywania jej przedmiotu wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin pod rygorem odstąpienia. Po jego niewykonaniu uprawniony jest do odstąpienia od umowy.

## Odstąpienie na podstawie przepisów art. 644 Kc

Zamawiający publiczni mogą także zawsze rozważać częściowe odstąpienia od umowy, która nie zostanie wykonana. Ewentualną podstawę do odstąpienia od umowy w tym zakresie stanowić może art. 644 Kc w zw. z art. 656 § 1 Kc. Dopóki umowa nie zostanie wykonana zamawiający może w każdej chwili od niej odstąpić płacąc wykonawcy umówione wynagrodzenie. W takim przypadku zamawiający może odliczyć to, co wykonawca oszczędził z powodu nie wykonania Umowy (art. 644 Kc).

Skorzystanie przez zamawiającego z ustawowego uprawnienia do odstąpienia od umowy na mocy art. 644 Kc, a więc w każdym czasie bez zaistnienia ku temu ściśle określonych przesłanek ale do chwili ukończenia dzieła, rodzi po stronie zamawiającego obowiązek zapłaty umówionego wynagrodzenia z zastrzeżeniem możliwości odliczenia tej części wynagrodzenia, którą wykonawca oszczędził z powodu nie wykonania umowy.

## Odstąpienie na podstawie przepisów ustawy Pzp

Zamawiający publiczni powinni także zawsze przeanalizować, czy zostały spełnione przesłanki wskazane w przepisie art. 145 ust.1 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że odstąpienie przez zamawiającego od umowy może nastąpić na dowolnym etapie jej realizacji, niezależnie od stopnia zaawansowania prac. Prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy jest nie tylko ograniczone terminem (30 dni od powzięcia informacji o okolicznościach uzasadniających odstąpienie), lecz także obwarowane przesłankami materialnymi, które muszą wystąpić, aby zamawiający mógł z prawa odstąpienia skorzystać. Te przesłanki opierają się na istotnej zmianie okoliczności istniejących przy podpisaniu umowy, przy czym zmiana ta powoduje, że:

<sup>(17)</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 8 października 2018 r., sygn. akt I AGa 110/18.

- a. wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy albo
- b. dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu.

Zmiana okoliczności musi prowadzić do stanu, w którym wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W najbardziej ogólnym ujęciu przyjąć należy, iż chodzi o bezcelowość realizacji zamówienia dla interesu publicznego, którego realizację winien zapewniać zamawiający, jako podmiot realizujący zadania publiczne, wynikające z przepisów prawa. Zaistnienie istotnej zmiany okoliczności prowadzącej do stanu, w którym wykonanie nie leży w interesie publicznym nie może być przewidywalne w chwili zawarcia umowy. Świadomość zamawiającego co do istnienia okoliczności powodujących niecelowość wykonywania zamówienia, jak również świadomość nieuchronności zaistnienia takich okoliczności, nie dają zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy w trakcie jej realizacji.

Kolejną przesłanką, której wykazanie będzie konieczne w celu skutecznego odstąpienia na podstawie przepisu art. 145 ustawy Pzp jest brak interesu publicznego w wykonaniu umowy. Trzecią z koniecznych przesłanek wykonania uprawnienia do odstąpienia na podstawie przepisu art. 145 ustawy Pzp to niemożność przewidzenia zmiany okoliczności i jej następstw w chwili zawarcia umowy. Nie jest możliwe odstąpienie od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 z powołaniem się na okoliczności, które istniały już w chwili zawierania umowy. Jak się podkreśla w doktrynie, zaistnienie nowych okoliczności stwierdza zamawiający, on też ocenia ich istotność oraz wpływ na wykonywanie Umowy. Należy zakładać, że informacje o takich okolicznościach zamawiający pozyska od odpowiednich organów państwowych.

## Odstąpienie na podstawie postanowień umowy

Zamawiający publiczni mają także prawo przewidzenia w treści umowy przesłanek do odstąpienia o niej. Podstawą prawną do zawarcia w umowie postanowień dotyczących prawa odstąpienia jest art. 395 Kc. Warunkiem niezbędnym skutecznego zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia jest określenie terminu, w ciągu którego stronie będzie przysługiwać to prawo. Zastrzeżenie prawa odstąpienia bez wskazania terminu jest nieważne (na podstawie art. 58 § 1 i 3 Kc) i nie wywołuje żadnego skutku prawnego.

Zdaniem SN (sygn. II CK 261/03 z dnia 6.05.2004 r.), przesłanką umownego zastrzeżenia prawa odstąpienia

od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do każdego wypadku takiego zastrzeżenia, a więc także takiego, w którym odstąpienie od umowy uzależniono od zdarzenia przyszłego (w tym niewykonania określonego obowiązku).

Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał zaś, iż z uwagi na wymóg pewności obrotu, prawo odstąpienia od umowy nie może mieć charakteru bezterminowego, zatem postanowienia, wedle których stronom przysługuje bezterminowe prawo odstąpienia od umowy są nieważne (sygn. akt I ACa 1148/13 z dnia 10.01.2014 r.).

## Skutek odstąpienia od umowy

Wykonanie prawa odstąpienia powoduje co do zasady, iż umowa o roboty budowlane wygasa ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*). Ustaje obowiązek dalszych świadczeń, natomiast świadczenia wzajemne spełnione do chwili odstąpienia podlegają zwrotowi (art. 494 Kc). Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego<sup>2</sup>, odstąpienie od umowy w tym o roboty budowlane może jednak działać ze skutkiem *ex nunc* (na przyszłość w stosunku do robót jeszcze niewykonanych). Może to mieć miejsce tylko wtedy, gdy świadczenie wykonawcy robót budowlanych ma charakter podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 Kc, co należy ocenić przez pryzmat regulacji zawartej w art. 647 Kc oraz treści regulacji zawartej w samej umowie. Istotne jest także samo zachowanie się strony składającej oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a mianowicie czy wola strony dotyczyła wszystkich robót, czy tylko tej części robót, które nie zostały wykonane.

## Ryzyka związane ze skorzystaniem przez zamawiających z prawa odstąpienia od umowy

Na zakończenie należy wymienić ryzyka jakie niosą się z częściowym rozwiązaniem od umowy zawartej w reżimie ustawy Pzp.

- konieczność rozliczenia dotychczasowych prac;
- utrata praw autorskich do wykonanej dokumentacji;
- konieczność zapłaty odszkodowania;
- naruszenie dyscypliny finansów publicznych;
- nałożenie na zamawiającego korekty finansowej;
- utrata uprawnień z tytułu rękojmi lub gwarancji.

Pamiętać jednak należy, że każdy z w/w trybów wiąże się z innymi ryzykami a ich mitygacja powinna nastąpić na etapie podejmowania decyzji przez zamawiającego.

<sup>[2]</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2005 r., V CK 350/05.