

Równość stron umowy nie jest wykluczona

To, że zamawiający kształtuje postanowienia umowy, równoważone jest faktem, że to druga strona jest ekspertem w temacie stanowiącym przedmiot zamówienia.



MACIEJ ŁYSAKOWSKI

W polskim systemie prawnym zobowiązania dwustronne – umowy – opierają się na założeniu, że strony zawierające umowę mogą ułożyć swoje stosunki według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo, skoro zawarcie umowy wymaga zgodnego oświadczenia obydwu stron, to zakłada się, że strona, której warunki kontraktu nie odpowiadają, po prostu nie składa takiego oświadczenia. Taka koncepcja wywodzi się z założenia, że pozycje stron negocjujących umowę są równe, a sama umowa – efektem wspólnych dążeń lub przynajmniej kompromisu stron.

Oczywiście teoretyczne założenia są mocno wyidealizowane. Sytuacja, w której jedna ze stron przyszłej umowy zajmuje lepszą pozycję wobec drugiej (ekonomiczną, organizacyjną), jest elementem rzeczywistości, którego nie sposób kwestionować. Brak równości stron umowy nie dyskwalifikuje samej umowy i nie jest problemem samym w sobie – zagadnienie staje się problematyczne dopiero wówczas, gdy jedna ze stron swoją przewagę zaczyna nadmiernie wykorzystywać, że szkoda dla swojego kontrahenta.

Ograniczenia swobody kontraktowej

Prawo cywilne, czy też regulacje o charakterze administracyjnym, przewiduje szereg regulacji, których zadaniem jest nie tyle utrzymanie równości stron umowy, co utrzymanie dysproporcji w społecznym akceptowanych granicach. Instrumenty te działają w oparciu o mechanizm ograniczania swobody kontraktowej tej strony umowy, która ma faktyczną przewagę. Czy umowa w sprawie zamówienia publicznego – w których cały proces zawierania umowy obwarowany jest

szczegółowymi przepisami, dyrektywami zapewnienia warunków konkurencyjności, otwierania zamówień na małych i średnich wykonawców, wreszcie odbywa się w ramach formalnej procedury, kontrolowanej przez organy publiczne – gwarantują równość stron w stopniu większym niż tzw. wolny rynek? Na pewno dają wykonawcom więcej szans na zbilansowanie przewagi ustrojowej zamawiającego – którego dominująca pozycja wcale nie jest czymś oczywistym.

Specyfika kontraktów

Wbrew pozorom w umowie o zamówienie publiczne trudno jest wskazać jednoznacznie, która ze stron jest stroną silniejszą. Oczywiście istotne postanowienia umowy są przygotowane jednostronnie przez zamawiających, którzy z reguły usiłują ukształtować swoją pozycję kontraktową w sposób możliwie najkorzystniejszy. Jest to jednak sytuacja zupełnie odmienna od (uregulowanego w kodeksie cywilnym) zawierania przez konsumenta umowy z wykorzystaniem wzorca przedsiębiorcy – gdzie przedsiębiorca nie tylko dyktuje warunki umowy, ale też jest specjalistą z zakresu tego, czego umowa dotyczy (a zatem ponosi mniejsze ryzyko związane z realizacją umowy). Prawidłowość ta nie występuje w zamówieniach publicznych.

W zamówieniach publicznych to, że zamawiający kształtuje postanowienia umowy, równoważone jest faktem, że to druga strona jest ekspertem w temacie stanowiącym przedmiot zamówienia. W pewnym zakresie zatem przewaga kontraktowa zamawiającego jest równoważona przewagą merytoryczną wykonawcy – co więcej, właściwie wykorzystana pozycja ustrojowa zamawiającego powinna zmierzać do tego, aby zabezpieczyć zamawiającego właśnie przed ryzykami wynikającymi z braku biegłości w obszarze stanowiącym przedmiot umowy. W tym aspekcie sytuacja stron jest bliższa zasadzie równości stron niż w typowej umowie zawieranej przez przedsiębiorcę z konsumentem.

Podobny mechanizm dotyczy również kwestii ceny – poza systemem zamówień publicznych podmiot dyktujący warunki kontraktowe z reguły dyktuje również finansowe warunki współpracy. Nierówności kontrahentów są zatem kumulowane. Tymczasem w systemie zamówień publicznych

to wykonawca ma wyłączne uprawnienie do ustalenia ceny swojego świadczenia. W doskonały sposób równoważy to przewagę zamawiającego w zakresie kształtowania warunków kontraktowych – umożliwia wykonawcom uwzględnienie w cenie kosztów związanych z nietypowym czy niekorzystnym ukształtowaniem zasad współpracy.

Tytułem przykładu można wspomnieć chociażby o częstej praktyce doliczania do ceny ofertowej „buforu” w wysokości równej maksymalnym kwotom kar umownych, jakie może naliczać zamawiający.

Podsumowując – jakkolwiek może się wydawać, że to zamawiający jest w pozycji uprzywilejowanej, z uwagi na prawo do opracowania warunków umowy, to jednak pozycja faktyczna wykonawców jako dostawców owo uprzywilejowanie neutralizuje. W praktyce sytuacja jest zróżnicowana, chociażby w zależności od tego, jakiej branży dotyczy zamówienie publiczne, jak duża jest konkurencyjność w danym obszarze. W sektorze niektórych usług podaż jest na tyle duża, że wykonawcy są skłonni zaakceptować nawet niekorzystne warunki świadczenia usług, z kolei w przypadku zamówień na roboty budowlane coraz częstsze są sytuacje, w których z uwagi na oferowane warunki kontraktowe zamawiający nie otrzymują żadnych ofert. Niezależnie od autoregulacji rynkowej umowy w sprawach zamówień publicznych podlegają również regulacji ustawowej, publicznoprawnej. Również w tym obszarze można uznać, że sytuacja w zamówieniach publicznych bardziej sprzyja równowadze stron, niż ma to miejsce w ramach „wolnego rynku”.

Pozytywny katalog

W sprawach zamówień publicznych przepisy regulujące treść umów są skonstruowane odmiennie od regulacji kodeksu cywilnego. Prawo zamówień publicznych nie bazuje wyłącznie na wykazie postanowień niedozwolonych (w odniesieniu do umowy zamawiający – wykonawca), lecz posługuje się również katalogiem pozytywnym – wykazem postanowień, które w

umowie należy zamieścić, a które w swej istocie poprawiają sytuację wykonawcy.

Dotyczą one: kwestii waloryzacji wynagrodzenia, limitu kar umownych, obowiązku utrzymania płynności płatności. Jest to katalog uzupełniający regulacje prawa cywilnego, dotyczące danego rodzaju umowy. W systemie zamówień publicznych ustawodawca nie ogranicza się jedynie do tego, by podmiot dominujący (w założeniu – zamawiający) nie przesadzał z wykorzystaniem swej pozycji – ale proaktywnie poprawia sytuację kontraktową wykonawcy.

Ponadto system zamówień publicznych daje wykonawcom narzędzie pozwalające na egzekwowanie równości już na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, i to przy wykorzystaniu organów publicznych. Jest to sytuacja diametralnie różna od sektora prywatnego, w którym co do zasady na etapie poprzedzającym zawarcie umowy strona słabsza nie może liczyć na wsparcie podmiotów publicznych. W zamówieniach publicznych istotną część postępowań prowadzących przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczą odwołania od treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień wzorów umowy.

Mamy zatem systemową możliwość kontroli prewencyjnej – praktyka wskazuje, że zarzuty dotyczące postanowień wzoru umowy niemal zawsze odnoszą się do naruszenia zasady równości stron i niekorzystnego ukształtowania pozycji wykonawcy. Postępowania w takich sprawach, jak wysokość kar umownych, nierealne ukształtowanie terminów realizacji, nieracjonalnego i odbiegającego od standardów rynkowych ukształtowania procedur odbiorowych, stają się coraz powszechniejsze, a w orzecznictwie KIO można zauważyć tendencję do kształtowania umów w sposób zrównoważony, w którym przywileje zamawiającego są takiego rodzaju, że wykonawcy mogą dokonać ich wyceny, aby zdyskontować to w cenie. /©

Autor jest adwokatem w KKLW Legal Kurzyński Wierzbicki



Pełna wersja tekstu prawo.rp.pl



Marek Kobylański

Rada Ministrów przyjęła 28 lutego projekt ustawy o aplikacji mObywatel. Dokumenty elektroniczne w tej aplikacji będą miały taką samą wagę, jak dokumenty tradycyjne. Dziś nie jest to jeszcze takie oczywiste. Według rządu nowa ustawa stworzy rozwiązania, dzięki którym jednostki samorządu terytorialnego będą mogły prowadzić ewidencje w celu udostępniania dokumentów elektronicznych w aplikacji mObywatel, wydanych dla obywateli.

Ma to pomóc w wyrównywaniu dysproporcji w zakresie dostępu do nowoczesnych technologii, w szczególności dla mieszkańców mniejszych gmin i powiatów. Projekt ustawy o aplikacji mObywatel zakłada m.in., że wszystkie dokumenty tradycyjne, jak plastikowe dowody osobiste, prawa jazdy, legitymacje szkolne oraz studenckie, będą respektowane w Polsce na równi z dokumentami w aplikacji. Wśród planowanych usług będą m.in. powiadomienia o zwrotach podatków, dofinansowaniach z gminy czy decyzjach o przyjęciu dziecka do przedszkola.

Wydaje się, że ustawa idzie w dobrym kierunku. Nowe technologie mają ułatwić życie nie tylko obywatelom, ale również urzędnikom. Oczywiście, że wszystko zależy od procesu wdrażania tych ambitnych planów, no i oczywiście od pieniędzy, które będą na to przeznaczone. Z aplikacji mObywatel korzysta obecnie 9,5 mln osób. Czy to dużo, czy mało? Na pewno nie wszyscy wiedzą o takiej możliwości. Część osób zapewne wie i słyszała o takim rozwiązaniu, ale jakoś nie śpieszy się do skorzystania z niego. Sama ciekawość i chęć przetestowania nowej aplikacji to może być za mało, żeby mObywatel trafił „pod strzech”. Ci, którzy jeszcze nie posługują się tą aplikacją, muszą być przekonani, że do czegoś ona im się przyda. A przyda się, jeśli mObywatel pozwoli załatwić wszystko, co jest tylko możliwe, szybko i bezproblemowo. Czy nowa rządowa ustawa zachęci do nowych technologii tych jeszcze nieprzekonanych? Stanie się tak tylko wtedy, gdy nowe pomysły sprawdzą się w rzeczywistości. /©

NAPISZ DO NAS

Marek Kobylański
redaktor prowadzący
marek.kobylański@rp.pl