

Ugody w zamówieniach publicznych – czy staną się normą?

Ugody warto zawierać, co do tego eksperci są zgodni. Przepisy już teraz sprzyjają ugodowym rozwiązaniom. Jednak bez zmiany mentalności zamawiających, wykonawców i kontrolujących zwiększenie ich liczby nie jest możliwe. Polecamy relację ze spotkania *Ugody w zamówieniach publicznych*.

– *Za każdym razem, moim zdaniem, powinna zostać podjęta próba ugodowego załatwienia sprawy* – mówił Dariusz Ziemiński z Grupy Doradczej KZP. – *Nasz system prawny w zakresie dochodzenia roszczeń również preferuje zawarcie ugody. Mówią o tym przepisy art. 184 Kodeksu postępowania cywilnego „Sprawy cywilne, których charakter na to zezwala, mogą być uregulowane drogą ugody zawartej przed wniesieniem pozwu”. Według przepisów KPC ugoda jest możliwa w każdym postępowaniu i na każdym etapie* – wskazywał. Podkreślał wręcz, że według niego nieskorzystanie dziś przez każdego zamawiającego z możliwości wcześniejszego zawarcia ugody z wykonawcą jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

– *W prawie krajowym, art. 44 ustawy o finansach publicznych wystarczy, aby zamawiający poczuł, że ugoda jest jego obowiązkiem. Należy pamiętać również o art. 54a, w którym możliwość zawarcia ugody jest wyrażona wprost* – mówił mecenas Ziemiński. Dodał, że artykuł ma przede wszystkim wymiar edukacyjny i jest bardzo ważnym i wyraźnym sygnałem, że ugoda jest standardem. Jako ważny aspekt popularyzacji ugód wskazywał zwolnienie zamawiającego z odpowiedzialności, że popełnił błąd, formę czynnego żalu. – *Aktualnie zamawiający boją się przyznać do błędu, wolą mieć wyrok niż ugodę* – mówił Ziemiński.

Przytoczył również przepisy Dyrektywy klasycznej (Dyrektywa klasyczna 2014/24/UE), na potwierdzenie, że w UE jest oczekiwanie, aby ugody zawierać. Według niego jest to odpowiedź na obawy osób rozliczających fundusze unijne. Art. 108 dyrektywy mówi wprost, że zmiana umowy to coś zupełnie normalnego, jeżeli realizujemy zamówienie publiczne. Podkreślił, że oczywiście dyrektywa nie może wypowiadać się o krajowej dyscyplinie zamówień publicznych, ale pokazuje pewną metodologię oraz to, w jaki sposób prawodawca unijny rozumie realizowanie zamówienia publicznego. Dyrektywa mówi, że instytucje zamawiające mogą stanąć w obliczu sytuacji, w której dodatkowe roboty budowlane, dostawy lub usługi okażą się konieczne. W takich przypadkach modyfikacja pierwotnej umowy bez nowego postępowania o udzielenie zamówienia może być uzasadniona. – *W Polsce złe rozumienie art. 44 ust o finansach publicznych powoduje, że boimy się wprowadzać jakiegokolwiek zmiany. Uznaje się, że każda modyfikacja ściągnie na zamawiającego nie wiadomo jakie konsekwencje* – mówił Ziemiński.

Wskazywał, że ogromną rolę odgrywa staranność i aktywność zamawiającego w przygotowaniu postępowania, a także przygotowanie umowy odpowiadającej danemu zamówieniu. Ważne jest, aby ewentualne zmiany zostały zawarte w umowie, a sama umowa odpowiadała zamówieniu, a nie była sztafpą, co niestety często się zdarza. Ważne, aby zmiany nie powodowały zmiany charakteru umowy, który jest absolutną kotwicą i nie można go modyfikować w trakcie realizacji zamówienia.

Do zawierania ugód zachęcał również Przemysław Szelerski z Ministerstwa Finansów. Wyraźnie podkreślił, że ugody w zamówieniach publicznych nie są niczym złym, a Ministerstwo

Przedsiębiorczości i Technologii już w 2017 roku zrobiło wielki krok naprzód promując je i przygotowując projekt tzw. ustawy wierzycielskiej.

- *Wcześniej to na jednostkach budżetowych ciążył obowiązek dochodzenia należności. Jednostka, patrząc przez pryzmat ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, ma obowiązek wyliczyć, ustalić, dochodzić należności od swoich dłużników, również potencjalnych. Ustawa o finansach publicznych przewiduje mechanizm odraczania, umarzania rozkładania na raty (art. 55 i kolejne ust. o finansach publicznych). Zanim pojawił się art. 54a ustawy o finansach publicznych funkcjonowało stanowisko, że ugoda jest właśnie takim elementem niedochodzenia należności budżetowej. Czyli jest czymś, co pozbawia budżet państwa, czy budżet JST słusznego, wynikającego z przepisów lub umów dochodów. – mówił Szelerski.*

Również nawiązywał do art. 54a. Podkreślał, że ugody były oczywiście zawierane także wcześniej, przed pojawieniem się artykułu. Istniało jednak ryzyko pociągnięcia do odpowiedzialności. Na szczęście artykuł pokazuje drogę, mechanizm działania, a konkretnie obowiązek sporządzania oceny skutków ugody. – *Zaryzykowałbym stwierdzenie, że prawie każda ocena skutków ugody otwiera drogę do jej zawarcia. Ustawa wprost stawia jeden konkretny warunek: pracownikowi, kierownikowi komitetu wykonawczego, który realizujesz umowę musisz zrobić ocenę skutków ugody i wiedzieć czy warto iść do sądu, czy warto podpisać ugodę czy nie, czyli zważyć racje i skutki, koszty dalszego postępowania – mówił Szelerski.*

Odnosił się również do kwestii przygotowania postępowania. Podobnie jak mecenas Ziemiński podkreślał, że należy dobrze przygotować postępowanie i każdy zamawiający, który podejmuje się zamówienia publicznego musi pamiętać, że robi to „w celu”. Samo postępowanie jest tylko środkiem, podobnie jak umowa. Zgodnie z art. 44a należy efektywnie wydatkować środki publiczne tzn. wydatkować je wtedy, kiedy jest szansa osiągnięcia celów materialnych, służących jednostce budżetowej czy społeczeństwu. Wówczas według niego art. 44a ma rację bytu i jest potrzebny w ustawie o finansach publicznych. Art. 54a jest natomiast bardzo cennym osiągnięciem i spełnia warunek tego, że prawo ma uczyć.

Włodzimierz Dzierżanowski z Grupy Sienna w opozycji do tego, co mówił Dariusz Ziemiński wskazał, że według niego uruchomienie procedury dążenia do zawarcia ugody nie jest obowiązkiem. Ugoda z istoty rzeczy jest dobrowolnym działaniem stron i z przepisów szczegółowych nie da się wywieść takiego obowiązku. Można zastanowić się jakie są skutki, również negatywne, dla zamawiającego, jeżeli ze swego uprawnienia do zawarcia ugody nie skorzysta, ale to jest ciągle uprawnienie, a nie obowiązek.

– *Skąd strach przed ugodami? Bierze się nie tylko z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych; bo tutaj tej odpowiedzialności aż takiej nie ma. W przepisach o ustawy o dyscyplinie finansów publicznych między art. 5 a 15 wyraźnie zawarto, że zawarcie ugody nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Obawa bierze się przede wszystkim z tego, że ugoda może zostać zakwalifikowana jako niedopuszczalna zmiana umowy. Natomiast nie każda zmiana umowy jest ugodą i co więcej, nie jest nią tam, gdzie zmiana umowy nie wymaga dyskusji – mówił Dzierżanowski. Według niego do ugody dochodzi bowiem tam, gdzie strony mają odrębny pogląd, a ugoda jest zmianą umowy. Wykroczenie w ugodzie poza dopuszczalny katalog zmian umowy albo kontraktowy albo ustawowy, wiąże się natomiast z naruszeniem przepisów o kwalifikowalności wydatków.*

W tej kwestii, według Dzierżanowskiego, raczej nieprzyjazne jest również orzecznictwo. Wskazał na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w którym że zmiany ugodowe w umowach muszą mieścić się w dopuszczalności przewidzianej w dyrektywach. Potwierdzenie tego orzecznictwa znalazło się również w orzecznictwie sądu polskiego.

Warszawski Sąd Okręgowy w 2015 r. w sprawie pomiędzy jedną z gmin warszawskich a jedną z dużych firm budowlanych stwierdził, że zawarcie ugody nie może skutkować próbą obejścia przesłanek udzielania zamówień dodatkowych, uzupełniających albo okoliczności zmiany umowy. Takie postępowanie będzie traktowane przez sąd jako naruszenie art. 58 KC, czyli czynność prawna służąca obejściu prawa, a ugoda nie powinna zostać zawarta. Podobne stanowisko podtrzymuje w wynikach kontroli Prezes UZP.

– Ugoda to natomiast świetny instrument do wprowadzania do umowy zmian, które są dopuszczalne – mówił Dzierżanowski. – Skłonność do zawierania ugód trudno będzie jednak zmienić tam, gdzie mamy do czynienia z trudnymi do zważenia, z bardzo odroczonymi w czasie i bardzo dokuczliwymi skutkami, takimi jak pomniejszanie finansowania dla zamawiających. Nie bardzo widzę wyjście z tej sytuacji i w zamówieniach finansowanych ze środków unijnych na popularność ugód nie stawiałbym. – dodał.

Dzierżanowski przytoczył kilka powodów, dla których według niego zawieranie ugód nie jest popularne. Wskazywał na to, że na podstawie jego doświadczenia skłonność do ich zawierania zmienia się w sytuacji, kiedy umowa przestaje być umową o zamówienie publiczne. Jeżeli zmienia się zamawiający, a umowa staje się umową między stronami, które wiąże wyłącznie KC, strony chętniej przechodzą do postępowania ugodowego. Nawet z długotrwałego procesu sądowego. Również rygorystyczny katalog dopuszczalnych zmian w umowie jest właśnie tym, co hamuje zawieranie ugód w trakcie realizacji umów. Ważne, aby umowom o zamówienie publiczne nadać walor elastyczności i to nie jako element popularyzacji ugód, a raczej walki o swoje uprawnienia na etapie kształtowania wzorów umów. Dodatkowo zauważalny jest nadmierny rygoryzm kontroli, a zmiana mentalności nie jest prosta. Kontrolerzy sami korzystają ze środków UE. Być może stosowanie do nich tej samej miary sprawi, że nauczą się inaczej podchodzić do instytucji kontrolowanych. Kontrolujący często kształtują pewne zachowania u zamawiających, ale bywa i tak, że zamawiający kiedy nie mogą czegoś, albo im się nie chce, wówczas zrzucają winę na kontrolujących, mówili zgodnie prelegenci.

Wśród problemów przy zawieraniu ugód wymieniana była również obawa wykonawców, że zostaną posądzeni o przyjęcie gratyfikacji, w związku z ugodą korzystną dla zamawiającego. Trudno jest coś zmienić kiedy przez wiele lat przepisy były tak restrykcyjne.