

Warszawa, 19 kwietnia 2021 roku

DP.022.95.2021.AŚ.

KW-1721/2021

**Pani  
Joanna Lech  
p.o. Dyrektor Centrum Unijnych  
Projektów Transportowych  
w Warszawie**

Szanowna Pani Dyrektor,

W odpowiedzi na pismo z dnia 1 lutego 2021 r., zawierające prośbę o zajęcie stanowiska w zakresie zagadnienia związanego ze zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp2004” w przypadku wadliwości dokumentacji projektowej, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

Na wstępie rozważań dotyczących poruszonych we wniosku kwestii należy zaznaczyć, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być zgodny z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp2004. Ww. przepis wskazuje, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W kontekście przedstawionego zagadnienia istotne znaczenie zyskuje również regulacja przewidziana w art. 31 ust. 1 ustawy Pzp2004, stosownie do treści której, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Mając na względzie powyższe uznać więc należy, że w sytuacji, gdy już na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma świadomość, że dokumentacja projektowa stanowiąca opis lub element opisu jest wadliwa lub niepełna, winien w pierwszej kolejności usunąć wady tej dokumentacji na przygotowania postępowania. W przypadku posiadania przez zamawiającego nieaktualnej dokumentacji projektowej, właściwym działaniem zamawiającego będzie jej aktualizacja przed wszczęciem postępowania.

Niezależnie od faktu dochowania należytej staranności przy przygotowaniu postępowania zamawiający może zastrzec w klauzuli umownej możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia błędów w treści dokumentacji. Urząd podtrzymuje, tym samym, stanowisko wyrażone w publikacji UZP z 2020r. pn. „Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki”. Wady dokumentacji projektowej mogą bowiem w pewnych okolicznościach uzasadniać zmianę umowy w sprawie zamówienia

publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. W związku z brzmieniem regulacji, jak również mając na względzie zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazać należy, że dopuszczalne zmiany umowy lub umowy ramowej powinny być przewidziane w postaci jednoznacznych postanowień umownych, tak aby nie tylko w toku realizacji umowy, ale również na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie było jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu, w jakim umowa może być zmieniona (np. co do terminu realizacji zamówienia, sposobu jego wykonania, wynagrodzenia należnego wykonawcy) oraz okoliczności warunkujących tę modyfikację. Skorzystanie z uprawnienia do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 nie jest dopuszczalne, jeśli zakres i warunki jej dokonania zostały sformułowane zbyt ogólnie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wydaje się, że w sytuacji opisanej we wniosku, właściwym jest uszczegółowienie warunków modyfikacji umowy dokonywanej na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, poprzez wskazanie tych rodzajów wad dokumentacji projektowej, których zaistnienie uniemożliwia bądź znacznie utrudnia realizację zamówienia (a przez to kwalifikować się one mogą do modyfikacji). Rodzaje wad dokumentacji muszą być dookreślone na tyle, by na tej podstawie można było wyznaczyć zakres i granice dopuszczalnej zmiany umowy. Poprzez dookreślenie rodzajów wad należy rozumieć wskazanie w projekcie umowy typów wad, które mogą wystąpić (np. przewidzenie, że określone materiały będą mogły być zmienione w okolicznościach, gdy nie spełniają ustalonych i oczekiwanych parametrów jakościowych, jakie są wymagane od elementu przedmiotu zamówienia, który obejmuje te materiały). Jednocześnie modyfikacja umowy o zamówienie w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 nie może służyć jako narzędzie do aktualizacji przedmiotu zamówienia na etapie po zakończeniu postępowania, w tym poprawienia parametrów funkcjonalnych zamówienia. Samo stypizowanie wad dokumentacji projektowej nie będzie jednak wystarczające, jeśli zamawiający nie dookreśli charakteru i zakresu takiej zmiany.

Określając klauzulę zmiany umowy odnoszącą się do omawianego zagadnienia zamawiający winien mieć przede wszystkim na względzie fakt, iż dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w oparciu art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, w związku z zaistnieniem wad dokumentacji projektowej, w żadnym wypadku nie zwalnia zamawiającego z dochowania należytej staranności w przygotowaniu prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Zapis przewidujący modyfikację umowy powinien być dostatecznie sprecyzowany a sama modyfikacja umowy, winna być dokonywana w okolicznościach wyjątkowych, szczególnych. Jako zasadę powinno się bowiem przyjmować sytuację, w której dokumentacja projektowa jest opracowana w sposób prawidłowy i rzetelny, przekazując tym samym wykonawcom rzeczywisty obraz i pełną wiedzę dotyczącą kwestii związanych z udzielanym zamówieniem. Powyższe umożliwia bowiem wykonawcom określenie ich zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia, tym samym ma istotny wpływ na podjęcie przez nich decyzji o złożeniu oferty w postępowaniu. Zastrzeżenie przez zamawiającego możliwości zmiany umowy w związku z wadliwością dokumentacji projektowej powoduje, że już na wczesnym etapie postępowania wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia mogą mieć wątpliwości co do jego faktycznego zakresu i przedmiotu. W szczególności zamawiający winni się wystrzegać klauzul umownych zaprojektowanych jako klauzule automatyczne, skuteczne bez konieczności dokonywania aneksów do umowy i bez elementu negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, które przerzucałyby ryzyko i skutki finansowe błędów w opisie przedmiotu zamówienia, w całości lub w przeważającej części na wykonawcę.

Mając na względzie pozostałe okoliczności podniesione w piśmie wskazać należy, że wejście w życie ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 2019) nie spowodowało zmiany podejścia ustawodawcy do zagadnienia związanego z modyfikacją umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek zaistniałych wad dokumentacji projektowej. Aktualnie obowiązujący art. 455 ust. 1 pkt 1 tej ustawy jest odpowiednikiem art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Odnosząc się natomiast do zapytania dotyczącego FIDIC wyjaśnić należy, że interpretacja warunków kontraktowych FIDIC pozostaje poza zakresem właściwości Urzędu. Znaczenie poszczególnych klauzul i możliwość ich zastosowania w konkretnym postępowaniu o zamówienie spoczywa przede wszystkim na zamawiającym.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zaprezentowane wyżej stanowisko ma charakter ogólny. Podjęcie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, na etapie formułowania ogólnej opinii prawnej, wiążących rozstrzygnięć w sprecyzowanych okolicznościach faktycznych tj. przesądzenie w sposób jednoznaczny o dopuszczalności dokonania konkretnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie jest możliwe bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego lub kontrolnego.

Z poważaniem  
Bogdan Artymowicz  
Dyrektor  
Departamentu Prawnego  
- podpisano elektronicznie -