

Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego

Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy - zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonywana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp. Dopuszczalność zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Spis treści:

I. Wstęp.

II. Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

III. Dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

IV. Dopuszczalność zmiany umowy dokonywanej na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

V. Granice dopuszczalności wprowadzania zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp.

VI. Możliwość zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

VII. Podsumowanie.

I. Wstęp

W świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, umowy określające proces ich realizacji, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, nie mogą podlegać modyfikacjom. Stanowią one bowiem efekt przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Całkowita dobrowolność zmiany postanowień tak zawartych umów w okolicznościach, gdy wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy nie byłyby w żaden sposób wiążące dla stron, stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Stąd też, dyspozycja art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej: „Pzp”) wprowadza generalną zasadę niezmienności umów w sprawie zamówień publicznych, formułując jednocześnie katalog okoliczności, w których po spełnieniu określonych warunków zmiana umowy jest dopuszczalna.

Realizacja długoterminowych zamierzeń inwestycyjnych, na które składają się w szczególności wieloletnie kontrakty na roboty budowlane oraz usługi informatyczne, jest procesem, na który wpływ wywiera szereg zewnętrznych czynników gospodarczych oraz społecznych. Czynniki te nabierają szczególnego znaczenia w odniesieniu do kontraktów zawieranych przez instytucje publiczne, na które nałożony został szereg obowiązków, których źródłem są w szczególności przepisy z zakresu finansów publicznych oraz zamówień publicznych.

W okolicznościach zmieniających się warunków realizacji umów w sprawie zamówień publicznych, wywołanych w szczególności wzrostem cen materiałów oraz kosztów pracowniczych, istotnym jest wyjaśnienie kwestii dopuszczalności dokonania zmian treści tych umów poprzez podwyższenie należnego wykonawcy wynagrodzenia oraz możliwego zakresu takiej zmiany. W tym kontekście, na gruncie ustawy Pzp, za najistotniejsze dla dokonania takiej oceny uznać należy przesłanki wskazane treścią art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp, a także art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W świetle powyższego dla kompletności niniejszej opinii koniecznym jest również odniesienie się do możliwości zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do umowy, polegających na waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, w oparciu o klauzule kontraktowe. W świetle tego przepisu treść umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jednoznaczne postanowienia przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określające zakres ewentualnych modyfikacji, ich charakter oraz sposób realizacji zmian. Warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te zasadniczo już na etapie, w którym potencjalni oferenci decydują o udziale w postępowaniu, a także w toku realizacji zamówienia, ograniczą i zminimalizują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z tych podmiotów na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym.

Dyspozycja art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zatem instytucji zamawiającej już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na zabezpieczenie prawidłowego toku realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul kontraktowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez instytucję zamawiającą określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej) będącej efektem realizacji zawartej umowy, instytucje zamawiające powinny formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia. Dlatego też, w zakresie w jakim instytucja zamawiająca jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków - celowym jest by takie zapisy stanowiły element dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Należy przy tym

zwrócić uwagę, iż tylko takie działanie na gruncie obecnie obowiązujących przepisów daje zasadniczo możliwość, dokonywania zmian o charakterze istotnym bez konieczności spełniania dodatkowych warunków. Klauzule kontraktowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, iż polski ustawodawca w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako szczególny element umowy o wykonanie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom w oparciu o klauzule umowne wskazał wprost możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, iż zamawiający, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także mechanizmy funkcjonowania rynku, w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. Przykładowo, klauzule dostosowawcze w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej zawartej umowy.

Należy również podkreślić, iż przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. W obecnym stanie prawnym, stosownie do treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, każda instytucja zamawiająca przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązana jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, określonych treścią przywołanego przepisu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego.

II. Dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50 % wartości pierwotnej umowy. Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru

i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością.

Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga zatem ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.

Omawiana przesłanka zmiany umowy zbliżona jest do treści art. 144 ustawy Pzp, obowiązującego przed nowelizacją przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r., zgodnie z którym przepisy ustawy zakazywały zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonywano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego. Z tego względu za aktualne uznać należy co do zasady dotychczasowe stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych [\[1\]](#), w świetle którego (...) *Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować - w świetle art. 355 Kodeksu cywilnego - dłużnik. Niemożność przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umowy powinna być oceniana także z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy, będącego - co do zasady - przedsiębiorcą. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady za okoliczności niemożliwe do*

przewidzenia mogą być jednak uznane m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. (...). Należy jednak podkreślić, iż wskazane przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy, tj. gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający dochowując należytej staranności nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. Muszą one wynikać z okoliczności nie mających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniami cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp. Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność to winny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dzięki którym możliwe będzie przywrócenie równowagi umowy zachwianej tymi zdarzeniami. Należy ponownie zauważyć, iż należyta staranność w działaniu zamawiającego przed zawarciem umowy realizuje się w szczególności poprzez wprowadzenia do jej treści klauzul, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Interpretacja przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk gospodarczych oraz ich skali, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe.

W kontekście powyższych wyjaśnień należy również podkreślić, iż brzmienie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, iż przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, mają charakter autonomiczny. W konsekwencji wprowadzenie zmian w oparciu o przesłankę nieprzewidywalności możliwe jest niezależnie od spełnienia warunku, o którym mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Innymi słowy, strony umowy o zamówienie publiczne mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowach odpowiednich postanowień w postaci klauzul waloryzacyjnych bądź adaptacyjnych. Niezbędnym będzie tu jednak wykazanie, iż działanie zamawiającego cechowała należyta staranność. Uprawnienie do zmiany treści umowy mogłoby przysługiwać w okolicznościach, w których zamawiający nie zawarł stosowanych postanowień pozwalających na dokonanie tej czynności, albowiem nie było ku temu uzasadnionych postaw (np. w przypadku gdy określone zjawiska wpływające na realizację kontraktu nigdy wcześniej nie występowały lub w okolicznościach gdy nie podlegały one wyjątkowym zmianom). Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy instytucja zamawiająca przewidziała określone klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany. Przy czym, również w tym przypadku niezbędne będzie dokonanie analizy i ustalenie, iż konieczność wprowadzenia ww. zmian spowodowane jest okolicznościami (lub skalą tych okoliczności), których zamawiający nie mógł przewidzieć i w sposób naturalny wykraczają poza unormowanie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie jest możliwe dokonanie zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim zamawiający powinien działać z należyłą starannością, a tego nie uczynił.

Należy również zauważyć, iż zaistnienie okoliczności, których instytucja zamawiająca działająca z należytą starannością nie mogła przewidzieć nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy, w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić czy istnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków jakie wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.

V. Dopuszczalność zmiany umowy dokonywana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zmiany również w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: łączna wartość zmian jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jednocześnie jest ona mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie ww. przepisu należy mieć również na względzie regulacje Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności treść motywu 107 akapit drugi, który stanowi, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z treści motywu 107 dyrektywy wynika zatem, iż pomiędzy modyfikacją umowy a koniecznością zmiany jej wartości musi zachodzić związek przyczynowo – skutkowy. Innymi słowy, modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy.

Uwzględniając powyższe, wskazać należy, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Niewłaściwym byłoby zastosowanie ww. przepisu w okolicznościach, gdy zmiana umowy polegałaby tylko na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, które miałoby na celu wyłącznie zmianę ceny realizacji świadczenia. Powyższe znajduje swoje uzasadnienia w szczególności w treści art. 72 ust. 2 będącego źródłem normy prawnej określonej w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który odwołuje się do zmiany „wartości modyfikacji”, a nie „wzrostu ceny”.

VI. Granice dopuszczalności wprowadzania zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp.

Dyspozycja art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp, a także odpowiadające im regulacje dyrektywy 2014/24/UE, nie określają w sposób bezpośredni konkretnych przypadków, w których dopuszczalnym jest wprowadzenie zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, warunkując możliwość wprowadzenia

określonych modyfikacji, przewidzeniem ich w dokumentacji postępowania lub ziszczeniem się w odniesieniu do określonej umowy przesłanek nieprzewidywalnych okoliczności oraz spowodowanej nimi konieczności zmiany umowy. Takie brzmienie przepisów, nie może być jednak utożsamiane z przyznaniem stronom zobowiązania nieograniczonego prawa do jego zmiany, o ile tylko ziszczą się przesłanki określone w przepisach ustawy. Jak wynika z treści art. 72 ust. 1 lit a dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 109 klauzule dotyczące zmiany umowy, a także zmiana umowy dokonywana z uwagi na nieprzewidziane okoliczności nie może prowadzić do zmiany ogólnego charakteru tej umowy. Analogiczne zastrzeżenie w tym zakresie poczynione zostało również w treści art. 144 ust. 1b ustawy Pzp. W świetle motywu 109 do dyrektywy 2014/24/UE, modyfikację powodującą zmianę ogólnego charakteru umowy można utożsamiać ze zmianą przedmiotu lub rodzaju pierwotnego zamówienia.

Na gruncie tych zastrzeżeń, należy dodatkowo podnieść, iż zmiana wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego, niezależnie od tego czy została wprowadzona w oparciu o upoważnienie określone dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 1 czy też art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, realizując zasadę proporcjonalności, powinna mieć charakter obiektywny i może być wprowadzona zasadniczo w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej umowy jaka istniała w momencie jej zawierania (odpowiednio: przewidziana lub wyjątkowa - nieprzewidywalna), a która została zakłócona przez określone zjawiska, które zaistniały już w trakcie realizacji kontraktu. Tak rozumiana zmiana nie może mieć na celu wyłącznie rewizji sytuacji ekonomicznej wykonawcy określonej pierwotnymi warunkami kontraktu oraz treścią złożonej oferty wykonania zamówienia. W tym kontekście zauważyć należy, iż celem zastosowania przepisu art. 144 ustawy Pzp nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem oceny ryzyk dokonanej przez wykonawcę w momencie składania oferty. Odmienne podejście do przedmiotowej materii, na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych, uznane powinno być za niedopuszczalne jako sytuujące ryzyka przy wykonaniu zamówienia publicznego jedynie po stronie zamawiającego, a tym samym abstrahujące od ryzyk, które winny być uwzględnione przez wykonawcę w wynagrodzeniu wskazanym przez niego w ofercie.

W ramach klauzul kontraktowych strony mogą zatem wprowadzać zmiany w szczególności o charakterze przedmiotowym, ekonomicznym lub finansowym, o ile zmiana taka, jak zostało to wskazane powyżej, nie spowoduje zmiany ogólnego charakteru zobowiązania.

. *Możliwość zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*

Możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 2010) oraz umów zawartych po tym dniu lecz będących następstwem postępowań wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, w świetle art. 19 ust. 1 i 2 ustawy nowelizującej, należy oceniać w kontekście obowiązującego na gruncie poprzedniego stanu prawnego przepisu art. 144 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż w poprzednim stanie prawnym, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp

zakazywał dokonywania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W świetle tych przepisów zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego była zatem dopuszczalna w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zmiany umowy miały charakter nieistotny w stosunku do treści oferty. Po drugie, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zmiana nieistotna, w świetle przepisów ustawy Pzp, to zasadniczo zmiana postanowień umowy wywołana czynnikami zewnętrznymi, nieprzewidywalnymi na etapie postępowania i niezależnymi od którejkolwiek ze stron stosunku zobowiązaniowego, niepowodująca naruszenia równowagi ekonomicznej między wybranym wykonawcą a zamawiającym, które prowadziłoby do zachwiania pozycji konkurencyjnej takiego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zmianę o charakterze nieistotnym należy definiować również jako modyfikację postanowień umowy, która wprowadzona na etapie postępowania nie wpływałaby na krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, ani nie decydowałaby o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu innych wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia. Tym samym, aby mówić o zmianie nieistotnej, przesłanki zmiany umowy muszą odnosić się do wykonawcy realizującego zamówienie w takim samym stopniu, w jakim odnosiłyby się do każdego innego wykonawcy, który złożył ofertę w prowadzonym postępowaniu i miałby realną szansę na wybór swojej oferty jako najkorzystniejszej. Konieczne jest zatem ustalenie, że zmiana umowy w określonym zakresie i na określonych zasadach, wprowadzona byłaby niezależnie od tego, kto byłby wykonawcą danego zamówienia. Przy dokonywaniu w takich warunkach zmiany jako nieistotnej, należy mieć na względzie okoliczność, czy potencjalna wiedza o takiej modyfikacji postanowień umowy, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie lub na wynik takiego postępowania (por. również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu wydanym w sprawie C - 454/06 Presstext Nachrichtenagentur).

Uwzględniając powyższe, dopuszczalność zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, należy rozpatrywać w dwóch aspektach:

1. albo w oparciu o przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia i określone przez zamawiającego warunki zmian,
2. albo gdy dokonywana zmiana ma charakter nieistotny.

W sytuacji braku w umowie klauzul waloryzacyjnych lub gdy istniejące klauzule waloryzacyjne są niewystarczające z uwagi na nadzwyczajną zmianę stosunków, zmianę służącą przywróceniu równowagi ekonomicznej stron można rozpatrywać, w kontekście zmiany nieistotnej. Jednocześnie należy podkreślić, iż istotność takiej zmiany dla umów zawartych przed 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, należy oceniać z uwzględnieniem wskazówek interpretacyjnych zawartych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w szczególności w/w orzeczenia w sprawie C - 454/06 Presstext Nachrichtenagentur. Tym samym jeśli będziemy mieli do czynienia ze zmianą umowy wywołaną czynnikami zewnętrznymi,

nieprzewidywalnymi na etapie postępowania i niezależnymi od którejkolwiek ze stron stosunku zobowiązaniowego, niepowodującą naruszenia równowagi ekonomicznej między wybranym wykonawcą a zamawiającym, które prowadziłyby do zachwiania pozycji konkurencyjnej takiego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, zmianę taką można będzie uznać za nieistotną (nawet jeśli prowadzi do zmiany wynagrodzenia) i w konsekwencji za dopuszczalną.

Jednocześnie należy zaznaczyć, iż zmiana zmierzająca do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron nie może mieć na celu wyłącznie rewizji sytuacji ekonomicznej wykonawcy określonej pierwotnymi warunkami kontraktu oraz treścią złożonej oferty wykonania zamówienia. Celem zastosowania przepisu art. 144 ustawy Pzp (zarówno w stanie prawnym przed 22 czerwca 2016 r., jak i obecnie), nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem oceny ryzyk dokonanej przez wykonawcę w momencie składania oferty.

Uwzględniając powyższe należy wyraźnie podkreślić, iż ocena dopuszczalności zmiany służącej przywróceniu równowagi ekonomicznej stron pod kątem jej istotności, może zostać dokonana wyłącznie w oparciu o ustalony indywidualnie stan faktyczny sprawy, co powoduje, iż kwestie te nie mogą być przedmiotem ogólnej opinii prawnej a powinny być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie.

VII. Podsumowanie.

- 1. Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w przedmiotowej opinii zawiera wykładnię przepisów art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp, ze szczególnym uwzględnieniem problemu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Poza zakresem przedmiotowym niniejszej opinii pozostaje natomiast zagadnienie dopuszczalności uznania wydatków związanych ze zmianą umowy o zamówienie publiczne za wydatki kwalifikowalne lub niekwalifikowane w ramach poszczególnych funduszy dofinansowanych ze środków UE, kwestie pomocy publicznej czy kwestie konkretnych stanów faktycznych.**
- 2. Strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do umowy w szczególności w oparciu o klauzule wskazane w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako szczególny element umowy o wykonanie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom na podstawie klauzul umownych wskazana została wprost możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, iż staranny zamawiający, znając czynniki jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także mechanizmy funkcjonowania rynku, w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. W szczególności w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w taki sposób aby niwelować, w zakresie w jakim jest to możliwe do przewidzenia, negatywne skutki takich zmian, w**

szczegółności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej zawartej umowy.

- 3. Możliwość wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami (lub skalą tych okoliczności), których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku tej przesłanki nie chodzi o sytuację, w której zamawiający nie przewidział określonej okoliczności skutkującej zmianą umowy, ale o sytuację w której nie miał obiektywnej możliwości przewidzenia takiej zmiany.**
- 4. Wprowadzenie zmian w oparciu o przesłankę nieprzewidywalności możliwe jest niezależnie od spełnienia warunku, o którym mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Strony umowy o zamówienie publiczne mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowach odpowiednich postanowień w postaci klauzul waloryzacyjnych bądź adaptacyjnych. Niezbędnym będzie tu jednak wykazanie, iż działanie zamawiającego cechowała należyta staranność.**
- 5. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy - zwiększenie lub zmniejszenie zakresu zamówienia, zmianę sposobu jego wykonania itp. Niedopuszczalna jest natomiast zmiana polegająca wyłącznie na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy. Modyfikacja taka nie skutkuje bowiem zwiększeniem wartości wykonywanej umowy, a wyłącznie ceny realizacji świadczenia.**
- 6. Dopuszczalność zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, należy rozpatrywać w dwóch aspektach: albo w oparciu o przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia i określone przez zamawiającego warunki zmian, albo gdy dokonywana zmiana ma charakter nieistotny. Istotność zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw należy oceniać z uwzględnieniem wskazówek interpretacyjnych zawartych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w szczególności w sprawie C - 454/06 Pressetext Nachrichtenagentur. Tym samym jeśli będziemy mieli do czynienia ze zmianą umowy wywołaną czynnikami zewnętrznymi, nieprzewidywalnymi na etapie postępowania i niezależnymi od którejkolwiek ze stron stosunku zobowiązaniowego, niepowodującą naruszenia równowagi ekonomicznej między wybranym wykonawcą a zamawiającym, które prowadziłyby do zachwiania pozycji konkurencyjnej takiego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, zmianę taką można będzie uznać za nieistotną (nawet jeśli prowadzi do zmiany**

wynagrodzenia) i w konsekwencji za dopuszczalną. Ocena dopuszczalności zmiany służącej przywróceniu równowagi ekonomicznej stron pod kątem jej istotności, może zostać dokonana wyłącznie w oparciu o ustalony indywidualnie stan faktyczny sprawy, co powoduje, iż kwestie te powinny być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie.

[1] Opinia Urzędu Zamówień Publicznych „Dopuszczalność zmian umowy o zamówienie publiczne”