

# Modyfikacja postanowień umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego po 28.7.2016 r.

JAKUB KOBYLIŃSKI

## Wprowadzenie

Nowelizacja ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> dokonana z dniem 28.7.2016 r. wprowadziła istotne zmiany w zakresie modyfikacji umów zawieranych na podstawie przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Źródłem nowego uregulowania, które swój wyraz znalazło w brzmieniu art. 144 ZamPublU, jest Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE<sup>2</sup>.

Dotychczasowe brzmienie ww. przepisu nastroczało wiele trudności i wątpliwości interpretacyjnych w praktyce, zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców. Choć sama treść normatywna uległa zasadniczej zmianie (rozbudowie), to jej istota nie jest niczym nowym w europejskim systemie zamówień publicznych. Prowadząca europejski postanowił bowiem unormować wprost dotychczasowy dorobek orzecznicy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>3</sup>. Wpływ orzecznictwa TSUE jest aż nadto widoczny, co jednak należy ocenić pozytywnie, gdyż wprowadzone rozwiązania powinny przyczynić się do stworzenia bardziej transparentnego systemu modyfikacji umów, który dotychczas był często niedostosowany do potrzeb rynkowych, dodatkowo „usztyniając” i tak już mało elastyczny charakter umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Nowa regulacja nabiera szczególnego znaczenia, zwłaszcza gdy chodzi o kontrakty długoterminowe realizowane na przestrzeni kilku lat. Wielokrotnie w takich wypadkach, z uwagi na zmieniające się obiektywne okoliczności, powstawała potrzeba zmiany kontraktu polegająca na jego dostosowaniu do zmieniających się warunków, co w dotychczasowym stanie prawnym powodowało znaczne trudności. <sup>3</sup>

## Artykuł 144 ZamPublU przed 28.7.2016 r.

Poprzednia regulacja, jak pokazała praktyka, okazała się zbyt wężłowa już od samego początku, tzn. od wejścia w życie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Częstym problemem dla zamawiającego było ustalenie, czy w świetle art. 144 ZamPublU rozważana przez niego modyfikacja umowy ma charakter „istotny” w rozumieniu ww. przepisu. Gwoli wyjaśnienia należy nadmienić, że ów przepis w brzmieniu sprzed nowelizacji zakazywał dokonywania zmian w umowie, gdy planowana zmiana miała charakter „istotny” w stosunku do treści wybranej oferty. Dopuszczalny wyjątek stanowiła sytuacja, gdy możliwość wprowadzenia zmiany była przewidziana w ogłoszeniu o zamówienie lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W praktyce oznaczało to brak możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia czy wysokości wynagrodzenia<sup>4</sup>. *A contrario* wszelkie zmiany o charakterze „nieistotnym” były w pełni dozwolone.

Jeśli chodzi o skutki dokonania zmian w sposób sprzeczny z przepisem ust. 1 art. 144 ZamPublU, były dotkliwe, zgodnie bowiem z ust. 2 ww. artykułu, zmiana umowy podlegała unieważnieniu. Jednak przyjęcie tak donośnej sankcji było i jest w pełni uzasadnione z punktu widzenia założeń systemu prawa zamówień publicznych.

Z racji braku ustawowej definicji i nieostrości pojęcia „istotności zmian” kluczową rolę w interpretacji przepisu odegrała doktryna i orzecznictwo, a zwłaszcza dorobek orzecznicy TSUE, który *notabene* legł u podstaw rozwiązań przyjętych w art. 72 dyrektywy.

<sup>1</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., dalej jako: ZamPublU.

<sup>2</sup> Dz.Urz. UE z 28.3.2014 r., L Nr 94/65 dalej jako: dyrektywa.

<sup>3</sup> Dalej jako: TSUE.

<sup>4</sup> Tak SO w Białymstoku w wyroku z 25.10.2011 r., VII GC 127/11, Legalis.

## Stan prawny po 28.7.2016 r.

Problematyka modyfikacji umów w sprawach zamówień publicznych pojawiła się w zasadzie od początku powstania systemu. Prawodawca unijny nie zdecydował się na kompleksowe uregulowanie tych kwestii w dyrektywie 2004/18/WE. Aktualny stan prawny doprecyzowuje zakres dopuszczalności modyfikacji umów poprzez wprowadzenie w art. 144 ust. 1 pkt 1–6 ZamPublU.

Na wstępie wypada zauważyć, iż w porównaniu do poprzedniego uregulowania przesądzone w sposób jednoznaczny, że omawiany przepis ma zastosowanie również do umów ramowych, czego nie uwzględniało jego poprzednie literalne brzmienie. Obecnie możliwe jest dokonanie zmiany umowy, gdy zachodzi co najmniej jedna spośród sytuacji wskazanych wprost w przepisie.

Pierwsza dotyczy przypadku, gdy zmiana została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności gdy przewidziano możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, charakter oraz warunki ich wprowadzenia.<sup>4</sup>

Na pierwszy plan wysuwa się w tym miejscu wprowadzenie wymogu konstruowania postanowień umownych o „jednoznacznym” brzmieniu. Samo przewidzenie możliwości modyfikacji umowy to w obecnym stanie prawnym zbyt mało. Niezbędne jest precyzyjne i niebudzące wątpliwości wskazanie zakresu tych zmian poprzez zredagowanie konkretnych zapisów. Wskazówkę interpretacyjną, w jaki sposób rozumieć ową „jednoznaczność”, podsuwa Urząd Zamówień Publicznych na gruncie m.in. terminu wykonania zamówienia. Chodzi tu o wskazanie we wzorze umowy sytuacji uzasadniających przesunięcie terminu, np. wystąpienie opadów atmosferycznych. W takim wypadku konieczne jest sprecyzowanie, o jakiego rodzaju opadach jest mowa (deszcz, grad, śnieg), ich wielkości (np. milimetry, centymetry), ilości dni, przez jakie występują, itp.<sup>5</sup>. Powyższe rozwiązanie jest przejawem jednej z naczelnych zasad nowej dyrektywy, a mianowicie zasady przejrzystości, która jest często przywoływana w motywach preambuły oraz orzeczeniach TSUE (np. wyrok w sprawie C-496/99 P).

Warto zwrócić uwagę, że konstrukcja polskiego odpowiednika art. 72 dyrektywy nieco odbiega od brzmienia przyjętego przez prawodawcę europejskiego. Przepis dyrektywy stanowi wprost o sformułowaniach „jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych”, podczas gdy nowe brzmienie art. 144 ust. 1 pkt 1 ZamPublU rezygnuje z dwóch pierwszych, choć wydaje się, istotnych przymiotników w kontekście interpretacji całej normy prawnej. Znaczenie wyrazu „jednoznaczny” nie obejmuje swoim zakresem całego zakresu pojęciowego wyrazów „jasny” i „precyzyjny”, a tym samym nie wydaje się w pełni oddawać sensu regulacji unijnej.

Z praktycznego punktu widzenia wypada zauważyć, że nowelizacja wskazuje wprost na możliwość wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co w zasadzie kończy dotychczasowe spory powstałe m.in. na tle wynagrodzenia za roboty budowlane w ujęciu ryczałtowym. Powyższy przepis stanowi bowiem wyraźne *lex specialis* względem art. 632 § 1 KC. Do takiego wniosku prowadzi analiza art. 14 ust. 1 ZamPublU, który odsyła do stosowania przepisów KC, jeśli przepisy ZamPublU nie stanowią inaczej.

W przypadku zamówień dodatkowych przyjęto odmienną od dotychczasowej koncepcję prawną. Dotychczas możliwość zlecenia zamówień dodatkowych była uregulowana w art. 67 ust. 1 pkt 5 ZamPublU, co w praktyce oznaczało udzielenie zupełnie nowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Po 28 lipca br. sytuacja prawna uległa znacznej zmianie – udzielanie zamówień dodatkowych będzie możliwe poprzez modyfikację pierwotnej umowy. Taka koncepcja jest wynikiem dążenia do uelastycznienia kontraktów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odróżnieniu od poprzedniego stanu prawnego, po 28 lipca jest możliwe objęcie zamówieniem dodatkowym dostaw. Jednak nie jest to jedyna zmiana. Nowelizacja nie uzależnia już możliwości udzielenia zamówień dodatkowych od wystąpienia „situacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia”. W aktualnym stanie prawnym konieczne jest,<sup>5</sup> aby dodatkowe roboty, usługi lub dostawy były niezbędne. Po raz kolejny przyczyną takiego ujęcia jest dorobek orzecznictwa TSUE<sup>6</sup>. Dodatkowo ustawa wymaga, aby spełnione zostały jednocześnie pozostałe warunki (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a–c ZamPublU), a mianowicie:

- a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego (ciężar dowodu leży w tym przypadku w dalszym ciągu po stronie zamawiającego),

<sup>5</sup> www.uzp.gov.pl, dostęp: 13.8.2016 r.

<sup>6</sup> Wyrok TSUE z 27.10.2011 r., C-601/10.


- b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
- c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Ostatni z warunków wymaga poczynienia pewnej uwagi. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której udzielono kilku zamówień dodatkowych, których wartość poszczególnych z nich byłaby niższa niż próg 50% pierwotnej wartości zamówienia, przy czym ich suma przekraczałaby łącznie 50% wartości pierwotnego zamówienia. Takim sytuacjom ma zapobiegać regulacja art. 144 ust. 1a ZamPublU zakazująca praktyk zmierzających w kierunku obejścia ustawy. Analogiczne rozwiązanie zawiera również dyrektywa.

Kolejny przypadek, kiedy możliwa jest zmiana zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, reguluje pkt 3 ust. 1 art. 144 ZamPublU. Zakłada on łączne spełnienie dwóch przesłanek:

- konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Już na pierwszy rzut oka widać, że źródłem powyższego rozwiązania była definicja zamówień dodatkowych w brzmieniu sprzed 28 lipca br. Na tym tle istnieje bogate orzecznictwo KIO, które zakreśliło ramy interpretacyjne określenia „sytuacji niemożliwych wcześniej do przewidzenia”. W świetle wyroków chodzi tu o sytuację o charakterze obiektywnym i bezwzględnie wynikającą z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. To sytuacja, gdy pomimo zachowania „należytej staranności” na etapie przygotowania SIWZ, zamawiający nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych lub usług. Nie dotyczy to zatem robót lub usług nieprzewidzianych z powodu niedokładności czy zaniedbań po stronie zamawiającego, ale o niemożliwość ich przewidzenia w ogóle, pomimo dochowania należytej staranności<sup>7</sup>.

Takie rozumienie określenia „sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia” w rozumieniu przepisów ZamPublU potwierdza również motyw 109 dyrektywy. Wskazuje się, że  możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia okoliczności „niemożliwych do przewidzenia” uzasadniona jest, szczególnie gdy mamy do czynienia z umowami długoterminowymi, kiedy okoliczności, w jakich je zawarto, różniły się od warunków istniejących później. Również w takich okolicznościach najbardziej uwydatnia się istota pojęcia „niemożliwych do przewidzenia” okoliczności, tzn. takich, które uwzględniają zasady należytej staranności (kategoria obiektywna) oraz dostępne środki, charakter i cechy konkretnego projektu, dobre praktyki w danej dziedzinie oraz konieczność zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywaną wartością.

Do czasu wejścia w życie nowelizacji ZamPublU, tj. do 28 lipca br., jednym z podstawowych założeń systemowych była, co do zasady, niezmiennosc wykonawcy zamówienia. Aktualnie sytuacja uległa diametralnej zmianie. W określonych sytuacjach dokonanie wymiany wykonawcy stało się w pełni możliwe. Taka regulacja stanowi istotne odstępstwo od ww. zasady niezmienności wykonawcy, tym samym zwiększając zakres swobody zamawiającego w wyborze wykonawcy.

Obecnie wymiana wykonawcy jest możliwa do przeprowadzenia na podstawie zapisów umownych na zasadach określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 ZamPublU. Nie jest to oczywiście w dalszym ciągu wybór niepodlegający jakimkolwiek regułom, bez zachowania kontroli. Z założenia możliwość zmiany wykonawcy powinna zostać przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ w postaci jednoznacznych zapisów (o czym mowa była powyżej). Sytuacje, w których dopuszczalna jest zmiana wykonawcy, muszą być zatem jasno sprecyzowane i w zasadzie wystąpienie określonego zdarzenia powinno automatycznie „wpasować” się w opisaną sytuację. Wydaje się, że mechanizm działania w takim wypadku powinien działać automatycznie bez potrzeby prowadzenia głębszych rozważań, czy dana sytuacja opisana postanowieniami umownymi wystąpiła, czy jest to tylko sytuacja do niej podobna. Wykładnia tego rodzaju zapisów dokonywana powinna być w sposób ścisły (jak też całego art. 144 ZamPublU).

Nie ulega jednak wątpliwości, że nowy wykonawca powinien spełniać pierwotne kryteria kwalifikacji podmiotowej. Weryfikacja nowego podmiotu powinna odbyć się w oparciu o pierwotne wymogi postawione przez zamawiającego, co oznacza tym samym konieczność złożenia przez nowego wykonawcę stosownych dokumentów i oświadczeń, a także ich analizę i ocenę ze strony zamawiającego z zachowaniem zasady proporcjonalności w stosunku do części zamówienia pozostałej do wykonania<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Tak wyrok KIO z 14.4.2010 r., KIO/KD 28/10.

<sup>8</sup> W. Hartung, M. Bagalaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa/K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 711.

W praktyce oznacza to, że zmiana wykonawcy nie powinna negatywnie oddziaływać na sytuację zamawiającego. Nie ma również żadnych uzasadnionych powodów, aby nowy wykonawca nie mógł opierać się na potencjale podmiotów trzecich, jeśli dotychczasowy wykonawca z takiej możliwości sam skorzystał<sup>9</sup>.

Druga możliwość zmiany wykonawcy to sytuacja, gdy następuje połączenie, podział, przekształcenie, upadłość, restrukturyzacja lub nabycie dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, jeśli nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy. Chodzi tu zatem o to, by wewnętrzne reorganizacje po stronie wykonawcy nie skutkowały automatycznie koniecznością przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (motyw 110 Preambuły). Wszystkie powyższe sytuacje mogą budzić w praktyce liczne problemy, których analiza w tym miejscu wykracza poza przyjęte ramy tematyczne.

Wreszcie zmiana wykonawcy może nastąpić w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców. Powyższy przepis odnosi się do sytuacji, gdy na etapie realizacji inwestycji pojawia się problem z regulowaniem płatności na rzecz podwykonawców, w rezultacie czego to zamawiający przejmuje na siebie ww. obowiązki. Wydaje się, że celem regulacji jest zapobieganie sytuacjom, w których niewydolność lub nierzetelność wykonawcy praktycznie blokuje dalszą realizację zamówienia. W rzeczywistości zaś wykonawca zaprzestaje wykonywania umowy, która może być z powodzeniem realizowana przez dotychczasowego podwykonawcę. Nie ma przeciwskażeń, aby wówczas dotychczasowy podwykonawca stał się naturalnym następcą wykonawcy.

O ile klarowna jest sytuacja, gdy wykonawca posługiwał się tylko jednym podwykonawcą, o tyle sytuacja nie wydaje się już tak oczywista, gdy podwykonawców było kilku, płatność dokonana zaś została na rzecz tylko niektórych z nich (np. płatność nastąpiła na rzecz dwóch spośród trzech podwykonawców). Wydaje się, że w przypadku wielości podwykonawców przepis dopuszcza zmianę wykonawcy, gdy zamawiający przejmuje zobowiązania co najmniej dwóch podwykonawców. Taki wniosek wydaje się tym bardziej zasadny, gdyż przepis art. 144 ZamPublU ma charakter odstępstwa od reguły, którą jest realizacja zadania przez wybranego pierwotnie wykonawcę i należy go wyklądać ściśle.

Kolejny przypadek dopuszczalnej modyfikacji umowy ściśle wiąże się z wartością wprowadzanych zmian w stosunku do pierwotnej wartości zamówienia. Przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 przewiduje możliwość zmiany umowy, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż tzw. progi unijne i jednocześnie mniejsza niż 10% wartości zamówienia określonej w pierwotnej umowie na usługi lub dostawy, albo mniejsza niż 15% wartości zamówienia określonej w pierwotnej umowie na roboty budowlane. Regulacja dotyczy sumy wszystkich wartości zmian, o czym przesądza posłużenie się przez ustawodawcę wyrazem „łącznie”.

## Istotne a nieistotne modyfikacje umów

Powyższe rozróżnienie nie jest *novum* w ustawie ZamPublU. W zasadzie poprzednia konstrukcja przepisu art. 144 ZamPublU uzależniała możliwość modyfikacji umowy w zależności od przypisania konkretnej propozycji zmiany do jednej z ww. kategorii. „Istotna zmiana” była w zasadzie wykluczona pod rządami „starej” regulacji, chyba że zamawiający przewidział możliwość jej dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił jej warunki. Z kolei zmiana o charakterze „nieistotnym” była dopuszczalna zawsze.

Rozróżnienie „istotnych” i „nieistotnych” zmian w umowie wywoływało wiele wątpliwości interpretacyjnych. Na tle tego zagadnienia nieodzowne staje się zaczerpnięcie z dorobku orzecznictwa i doktryny.


Najważniejsze poglądy sformułowane przez TSUE dotyczące kwestii „istotności” zmiany przedstawiają się następująco<sup>10</sup>:

- 1) zmiana umowy może być istotna, jeżeli wskazuje na wolę ponownego negocjowania warunków zamówienia,
- 2) zmiana powoduje modyfikację kręgu podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie zamówienia,
- 3) zmiana spowodowałaby dopuszczenie innych ofert niż oferta wybrana,
- 4) dochodziłoby do znacznego i wcześniej nieprzewidzianego rozszerzenia zakresu zamówienia,
- 5) zaburza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy, co wcześniej nie zostało przewidziane w pierwotnej treści umowy.

<sup>9</sup> Jak wyżej.

<sup>10</sup> Zob. wyrok TSUE z 19.6.2008 r. w sprawie C-456/06, wyrok TSUE z 4.6.2009 r. w sprawie C-250/07, wyrok TSUE z 13.4.2010 r. w sprawie C-91/08.


Dyrektywa oraz znowelizowane brzmienie art. 144 ZamPublU nie posługują się wprost pierwszą z przesłanek. Polski ustawodawca za istotną zmianę uznaje „zmianę ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu”. Wprowadzone rozwiązanie ma szersze znaczenie niż sformułowanie użyte w wyroku TSUE C-456/06<sup>11</sup>.

Zgodzić się należy z poglądem wyrażonym przez *A. Soltysińską*, że ogólna definicja „zmiany istotnej” odnosi się do zmiany charakteru umowy, a nie jedynie jej zakresu przedmiotowego. Zmiana charakteru umowy może wiązać się ze zmianą celu umowy, rodzaju świadczenia, istotną zmianą sposobu realizacji zobowiązań itp.<sup>12</sup>. Wiodące zatem jest, że wyrok TSUE w ww. sprawie zakładał, że z „istotną zmianą” mamy do czynienia wówczas, gdy strony przejawiają chęć renegeacji istotnych postanowień umownych, prawodawca europejski poszedł zaś o krok dalej. Interpretacja proeuropejska powyższej przesłanki powinna przebiegać m.in. na podstawie motywu 109 Preambuły *in fine*, który jako niedozwolony przykład zmiany charakteru całego zamówienia podaje zastąpienie  zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianę rodzaju zamówienia.

Warto zwrócić uwagę jeszcze na sferę praktyczną zagadnienia „istotności zmian”, tzn. na konkretne studium przypadku. W judykaturze w zasadzie bezsporny był pogląd mówiący, że zmiana terminu wykonania zamówienia, co do zasady, jest zmianą istotną w rozumieniu art. 144 ZamPublU. Niemniej w pewnych sytuacjach zasada ta doznaje ograniczeń, co wydaje się słuszne. Jak bowiem zauważył NSA w jednym z wyroków, mogą pojawić się sytuacje, zwłaszcza przy realizacji umów długoterminowych, które usprawiedliwiłyby wydłużenie terminu wykonania o pewien określony czas, lecz z poszanowaniem zasady proporcjonalności (tzn. liczby dni prolongaty w stosunku do całego okresu wykonywania zamówienia)<sup>13</sup>. Taka sytuacja nie zawsze musi skutkować ograniczeniem innym wykonawcom możliwości złożenia oferty o innej treści niż pierwotna lub znacząco oddziaływać na decyzję wykonawcy o wzięciu udziału w postępowaniu.

Podobnie oceniano możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, lecz i ta zasada w określonych sytuacjach doznaje wyjątków, o czym świadczy wyrok TSUE w sprawie C-337/98, w którym stwierdzono, że zmiana wynagrodzenia w granicach 10% w stosunku do wynagrodzenia pierwotnego nie powinna być traktowana jako „zmiana istotna”<sup>14</sup>. Przytoczone orzeczenie wydaje się źródłem regulacji, która swój wyraz znalazła w art. 144 ust. 1 pkt 6 ZamPublU, jednak w poprzednim stanie prawnym ww. pogląd mógł budzić kontrowersje, np. w sprawach umów o roboty budowlane zawartych w systemie wynagrodzenia ryczałtowego, które w myśl art. 632 §1 KC powinno pozostać niezmiennie, chociażby po zawarciu umowy konieczne okazało się zwiększenie rozmiaru lub kosztów prac.

Ciekawe stanowisko w tym zakresie zajęła KIO, która w jednym z wyroków stwierdziła, że pomimo „sztywnego” charakteru wynagrodzenia ryczałtowego podstawą rozliczeń w takim systemie jest jedynie to, co zostało ujęte w dokumentacji projektowej, a tym samym ryczałtem nie można objąć z góry tego, czego zamawiający w niej nie przewidział. Są to bowiem przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego<sup>15</sup>.

Złożoną problematykę w kontekście dopuszczalności modyfikacji postanowień umownych stanowią przypadki zmiany podwykonawcy na etapie realizacji umowy. Nie zawsze tego typu zmiana ma charakter „istotny” i w większości przypadków wydaje się, że przy zachowaniu określonych wymogów zmiana podwykonawcy jest w pełni dopuszczalna (oczywiście po spełnieniu wymogów formalnych postawionych w SIWZ). Generalnie rzecz ujmując, zastąpienie dotychczasowego podwykonawcy nowym podwykonawcą nie powinno prowadzić do pogorszenia sytuacji zamawiającego. Sytuacja komplikuje się, gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dzięki wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego, który jest jednocześnie jego podwykonawcą. Wówczas zmiana podwykonawcy  ma charakter istotny<sup>16</sup>. *A contrario* jeżeli wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu również samodzielnie, zmiana ma charakter nieistotny.

<sup>11</sup> W wyroku TSUE z 19.6.2008 r. w sprawie C-456/06 stwierdza się, że: „Ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (zob. podobnie wyrok z 5.10.2000 r. w sprawie C337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I8377, pkt 44 i 46)”.

<sup>12</sup> *A. Soltysińska*, Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, [w:] Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, LEX.

<sup>13</sup> Wyrok NSA w Warszawie z 4.3.2015 r., II GSK 2143/13.

<sup>14</sup> Wyrok TSUE z 5.10.2000 r. w sprawie C-337/98.

<sup>15</sup> Wyrok KIO z 2.3.2010 r., UZP 184/10.

<sup>16</sup> Informacja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 22.11.2013 r., UZP/DKUE/KD/3/2013, za wyrokiem TSUE z 13.4.2010 r. w sprawie C-91/08.

W tym miejscu warto zasygnalizować, że wpływ na rozgraniczenie kategorii zmian istotnych i nieistotnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego mogą mieć również przepisy innych ustaw.

Tytułem przykładu wypada wspomnieć chociażby pojawiające się wątpliwości dotyczące zmian w dokumentacji projektowej robót budowlanych. Powyższe zagadnienie nakłada się na kwestie uregulowane w ustawie z 7.7.1994 r. – Prawo budowlane<sup>17</sup>, a mianowicie art. 36a. Przepis ten wyraźnie dzieli zmiany w projekcie, w rozumieniu PrBud, na zmiany istotne i nieistotne, przy czym ustawodawca bliżej definiuje jedynie tę pierwszą kategorię (ust. 5). W zasadzie można przyjąć, że to, co na gruncie PrBud będzie stanowiło istotną zmianę projektu, najprawdopodobniej będzie również istotną zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego (analogicznie w odniesieniu do zmian nieistotnych). Z punktu widzenia PrBud istotnymi zmianami są zmiany dotyczące: zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub terenu, charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego (kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości i liczby kondygnacji), zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne, zmiany zamierzonego sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części, ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu.

W praktyce spore znaczenie ma również przekształcanie umów na podstawie wyroków sądowych działających w oparciu na art. 357<sup>1</sup> KC (*rebus sic stantibus*) lub ewentualnie art. 632 § 2 KC dotyczącego podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Obydwa przepisy mają charakter renegocjacyjny i dotyczą sytuacji, których strony przewidzieć nie mogły. Warto jednak pamiętać, że mają one charakter dyspozytywny, zatem strony w granicach swobody umów mogą ich działanie wyłączyć lub ograniczyć<sup>18</sup>.

Na zakończenie należy wskazać na potencjalne konsekwencje naruszenia przepisów dotyczących możliwości modyfikacji umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział sankcję nieważności za zmianę postanowienia umownego, która została dokonana z naruszeniem art. 144 ust. 1–1b, 1d i 1e ZamPublU. Jednocześnie zdecydowano o zastosowaniu w takim przypadku automatycznej klauzuli adaptacyjnej polegającej na restytucji pierwotnych postanowień umowy w miejsce unieważnionych postanowień modyfikujących. Wykorzystanie powyższego unormowania zasługuje na aprobatę, z miejsca usuwa bowiem niepożądaną wątpliwość co do stosunków prawnych obowiązujących pomiędzy kontrahentami. Jeśli jednak zamawiający dojdzie do wniosku, 11 że zamierzone zmiany w umowie wykraczają poza dopuszczalne modyfikacje uregulowane w art. 144 ZamPublU, wówczas jest zobowiązany przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

## Summary

### Modification of public contract provisions after 28 July 2016

The article presents current regulations concerning modification of contracts concluded under public procurement proceedings. The author points out the differences between the current regulations and those applicable prior to the last year amendment of the Public Procurement Act of 29 January 2004.

At the same time, the text attempts to explain statutory preconditions for admissibility of changing contractual provisions and shows the direction of interpreting the amended provisions. 12

<sup>17</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.; dalej jako: PrBud.

<sup>18</sup> Por. M. Drozdowicz, Renegocjacja umowy o zamówienie publiczne, Prawo zamówień publicznych Nr 1(44)/2015, s. 12 i-powołana tam literatura.