

KOMENTARZE EKSPERCKIE

*Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie
art. 144 ust. 1-3, 6 oraz ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy - Prawo zamówień publicznych*

Mikołaj Kołecki, Józef Edmund Nowicki

Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1-3, 6 oraz ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy - Prawo zamówień publicznych

Mikołaj Kołecki¹



Józef Edmund Nowicki²



¹ Adwokat. Członek Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Współautor komentarza do ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w problematyce umów o roboty budowlane.

² Ekspert z zakresu prawa zamówień publicznych. Wykładowca prawa zamówień publicznych. Autor i współautor cyklu komentarzy do ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz kilkuset publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Redaktor naczelny portalu o zamówieniach publicznych wPrzetargach.pl

WYKAZ SKRÓTÓW

ustawa Pzp – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 i z 2020 r. poz. 1086)

KIO – Krajowa Izba Odwoławcza

Dyrektywa 2014/24/UE – dyrektywa Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65, ze zm.)

Opracowanie powstało przy współpracy z portalem

wPrzetargach.pl

<https://www.facebook.com/wprzetargach/>

<https://www.facebook.com/groups/313674059850394/>

Stan prawny na dzień 28 września 2020 r.

Zawarte w opracowaniu teksty i sygnatury orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej pochodzą z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, orzeczeń NSA lub WSA z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej na stronie internetowej www.nsa.gov.pl, orzeczeń SA z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej na stronie internetowej www.orzeczenia.ms.gov.pl, a orzeczeń Sądu Najwyższego z bazy orzeczeń dostępnej na stronie internetowej www.sn.pl

Spis treści

Jak należy formułować postanowienia umowne, które określają zakres zmian, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian?	5
Nabywanie od dotychczasowego wykonawcy dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, nieobjętych zamówieniem podstawowym	8
Konieczność zmiany umowy wynikająca z okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć	12
Zmiana umowy w zakresie mniejszym niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest mniejszym od 10% lub 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie	21
Wprowadzenie warunków, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści	27

Jak należy formułować postanowienia umowne, które określają zakres zmian, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian?³

Na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu dokonanie modyfikacji, o ile tylko w sposób jasny wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia okoliczności, od których spełnienia uzależnia możliwość zmiany umowy i zakres zmiany.

Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Prawo do dokonania modyfikacji w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w

³ Opinia prawna pochodzi ze strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego>

sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przedstawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności).

Dodatkowym ograniczeniem, jakie ustawodawca nałożył na zamawiającego w odniesieniu do zakresu zmian, jest wskazany w art. 144 ust. 1b ustawy Pzp warunek, by zmiany postanowień umownych nie prowadziły do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej, tj. zastąpienia zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitej zmiany rodzaju zamówienia (art. 144 ust. 1b ustawy Pzp).

Celem art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest zapobieżenie zmianom umowy wskutek arbitralnych decyzji zamawiającego lub okoliczności nieznanych wykonawcom w toku prowadzonego postępowania do upływu terminu składania ofert. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp, w tym art. 144 ust. 1, nie stoją na przeszkodzie, aby zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia, zmienił postanowienia przyszłej umowy, jeżeli zmiany te zamawiający przewidział w

ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 144 ust. 1 (zob. wyroki z dnia 21 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1089/10, z dnia 22 marca 2010 r., KIO/UZP 210/10, z dnia 10 lutego 2009 r., KIO/UZP 125/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 2 czerwca 2005 r., III Ca 262/05, niepubl.).

Z możliwości zmiany postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający będzie mógł skorzystać niezależnie od wartości modyfikacji. Ważne jest, aby istotne zmiany postanowień zawartej umowy i warunki jej wprowadzenia zostały określone w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które będą określać ich zakres i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian, które będą mogły obejmować również klauzule zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Zmiany umowy dokonane na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie mogą jednak prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej. Ze zmianą charakteru umowy będziemy mieć do czynienia np. w sytuacji zastąpienia danego przedmiotu zamówienia innym lub w sytuacji zmiany rodzaju zamówienia.

W motywie 111 dyrektywy 2014/24/UE ustawodawca unijny zwraca uwagę, że „instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. W niniejszej dyrektywie należy zatem określić, do jakiego stopnia pierwotna umowa może przewidywać wprowadzanie modyfikacji. Następnie należy doprecyzować, że wystarczająco jasno sformułowane klauzule przeglądowe lub klauzule dotyczące opcji mogą np. przewidywać indeksację cen lub zapewniać, by – przykładowo – urządzenia komunikacyjne dostarczane w trakcie danego

okresu były w dalszym ciągu odpowiednie, również w przypadku zmiany protokołów komunikacyjnych lub innych zmian technologicznych. Na podstawie wystarczająco jasnych klauzul powinno być również możliwe wprowadzenie zapisów przewidujących dostosowanie umów konieczne z uwagi na trudności techniczne, które pojawiły się w trakcie użytkowania lub utrzymania. Należy także przypomnieć, że zamówienia mogłyby np. obejmować zarówno zwykłe utrzymanie, jak i przewidywać wyjątkowe działania w zakresie utrzymania, które mogą stać się konieczne w celu zapewnienia ciągłości usługi publicznej”.

Nabywanie od dotychczasowego wykonawcy dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, nieobjętych zamówieniem podstawowym

Na podstawie nowego art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może nabywać od dotychczasowego wykonawcy dodatkowe roboty budowlane, nieobjęte zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne, pod warunkiem że łącznie zostaną spełnione następujące warunki:

- 1) 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;
- 2) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego;

- 3) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy wszystkich rodzajów zamówień.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi wdrożenie do przepisów ustawy - Pzp art. 72 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE.

Użyte w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „nieobjęte zamówieniem podstawowym” oznacza roboty nieuwjęte w opisie przedmiotu zamówienia.

Nieuwzględnienie dodatkowych robót budowlanych w opisie przedmiotu zamówienia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Dla oceny legalności zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ma znaczenia to, że niedołożenie należytej staranności wynika np. z działania osoby trzeciej, której zamawiający powierzył przygotowanie postępowania, (np. opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych).

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp został wprowadzony do przepisów ustawy Pzp ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020) i zastąpił nieobowiązujący art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który dotyczył udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych.

W związku z powyższym do art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znajduje zastosowanie orzecznictwo dotyczące art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uchwale z dnia 15 grudnia 2011 r., KIO/KD 92/11, Krajowa Izba Odwoławcza zgadzając się ze stanowiskiem zawartym w informacji o wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz w uchwałach KIO/KD 83/11, KIO/KD 88/11, KIO/KD 89/11, stwierdziła, że sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia „jest to przesłanka o charakterze obiektywnym i bezwzględnym, co oznacza to, że powinna wynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie planowania inwestycji i opracowywania jej dokumentacji czy ze zmiany potrzeb Zamawiającego.”

W wyroku z dnia 29 maja 2014 r., III SA/Łd 332/14, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, odnosząc się do przesłanki „sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia”, powołując się na wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 kwietnia 2013 r., III SA/Łd 829/12, zwrócił uwagę, że „Błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu”.

W uchwale z dnia 28 czerwca 2013 r., KIO/KD 57/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „jako roboty, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia pomimo zachowania należytej staranności, niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego i od których wykonania uzależnione jest wykonanie zamówienia podstawowego można by było zakwalifikować te roboty, których konieczność wykonania ujawniło dopiero zbiecie tynków, rozebranie elementów konstrukcyjnych, czy odkrycie nowych pomieszczeń, a więc zasłonięte podczas planowania zamówienia podstawowego, jak też wynikłe ze zmiany przepisów przeciwpożarowych. Oczywiście dotyczy to sytuacji, gdy proces

przygotowania inwestycji, w tym dokumentacji projektowej był poprawnie prowadzony (zarządzono stosowne badania i ekspertyzy stanu budynku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, zmiana przepisów przeciwpożarowych nastąpiła w stosownym zakresie już po przeprowadzeniu przetargu itd.) - w protokołach konieczności brak jest wystarczająco szczegółowych i jednoznacznych informacji w tym zakresie, by Izba mogła to jednoznacznie ocenić."

Realizacja dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych musi być niezbędna, co oznacza, że niewykonanie dodatkowych dostaw, usług lub robót dodatkowych spowoduje co najmniej nieprawidłowe wykonanie robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy o roboty budowlane zawartej z dotychczasowym wykonawcą.

Zamawiający musi również wykazać, że realizacja robót dodatkowych przez innego wykonawcę nie będzie możliwa z powodów ekonomicznych lub technicznych i spowoduje istotną niedogodność (np. powierzenie wykonania robót dodatkowych innemu wykonawcy spowodowałoby poniesienie znacznych kosztów lub utrudnienia w związku z koniecznością zapewnienia dotychczasowemu wykonawcy miejsca na składowanie jego materiałów budowlanych, sprzętu budowlanego).

Kolejną przesłanką konieczną do spełnienia jest wykazanie, że wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. W przypadku wprowadzania zmian próg 50% będzie miał zastosowanie do wartości każdej z nich, a nie wartości wszystkich zmian łącznie.

Wartość zamówienia określona pierwotnie w umowie to pierwotna wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy (np. postanowienia uwzględniające okresową waloryzację wynagrodzenia wykonawcy), dopuszczalną wartość zmiany umowy (zmiany wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie) ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień.

W przypadku zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy.

Konieczność zmiany umowy wynikająca z okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć

Na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może dokonać zmian postanowień zawartej umowy, jeżeli zostaną spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) konieczność zmiany umowy będzie wynikać z okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- 2) wartość zmiany nie będzie przekraczać 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi wdrożenie do przepisów ustawy Pzp art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE.

Okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, to zdarzenie, które w normalnym przebiegu wydarzeń było mało prawdopodobne do przewidzenia (zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego lub z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego).

Nieprzewidywalność ta powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniałe okoliczności nie mogą być spowodowane brakiem należytej staranności.

Do takich okoliczności należy zaliczyć zjawiska losowe, a więc zdarzenia o charakterze nieprzewidzianym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki), nieprzewidywalne zmiany w przepisach prawa oraz inne zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego (zob. uchwały KIO/KD 17/12, KIO/KD 18/11 i KIO/KD 28/12).

W motywie 109 dyrektywy 2014/24/UE, do którego nawiązuje art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ustawodawca unijny uznał, 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 przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie

zamówienia 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. Nie może to jednak mieć zastosowania w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik”.

W związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2538), w opinii „Możliwość zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych” Urząd Zamówień Publicznych odniósł się do dopuszczalności dokonania zmian w zawartej umowie na zakup energii elektrycznej zawartej po dniu 30 czerwca 2018 r. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że wprowadzone ustawą z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw regulacje oddziałują na wysokość wynagrodzenia wykonawców, które w związku z realizacją tych umów instytucje zamawiające (odbiorcy) są zobowiązani zapłacić. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do treści art. 6 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną, które po dniu 30 czerwca 2018 r. zawarło umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy

kompleksowe z ceną lub stawką opłaty wyższą od ceny lub stawki opłaty wynikającej z ostatnio obowiązującej umowy albo po raz pierwszy z odbiorcą końcowym, z ceną lub stawką opłaty wyższą niż cena lub stawka opłaty wskazana w taryfie lub cenniku energii elektrycznej, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2, jest obowiązane do zmiany warunków tej umowy nie później niż do dnia 1 kwietnia 2019 r., ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2019 r.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „W tym przypadku zmiana warunków umowy następuje poprzez zmianę ceny energii elektrycznej na cenę nie wyższą niż wskazana w taryfie lub cenniku energii elektrycznej w dniu 30 czerwca 2018 r. Stosownie do treści art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, w 2019 r. ceny i stawki opłat zawarte w taryfie lub zbiorze cen i stawek opłat za energię elektryczną opracowanym przez przedsiębiorstwo energetyczne i wprowadzonym jako obowiązujący dla określonych w nim odbiorców (zwanym „cennikiem energii elektrycznej”), przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się obrotem energią elektryczną – określa się w wysokości nie wyższej niż ceny i stawki opłat brutto stosowane w dniu 30 czerwca 2018 r., uwzględniającej zmniejszenie stawki podatku akcyzowego na energię elektryczną, o której mowa w art. 89 ust. 3 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Zauważyć przy tym należy, iż nieprzestrzeganie obowiązków, o których mowa w art. 5 i 6, stanowi podstawę do nałożenia przez Prezesa URE kary pieniężnej, o której mowa w art. 18 tejże ustawy.” W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych zmiana umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej zawartej w trybie przewidzianym w Prawie zamówień publicznych nastąpić może zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Urząd Zamówień Publicznych zwrócił również uwagę, że konieczność zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp „może spowodować

jakąkolwiek rodzajowo zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym nie wyłączając zmiany umownego wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający musi jednak uwzględnić, aby zmiany postanowień umownych na podstawie tej okoliczności nie prowadziły do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej (art. 144 ust. 1b ustawy Pzp)”. Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, w przypadku zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, istotne jest również ustalenie „niemożności przewidzenia przez zamawiającego, działającego z należytą starannością na etapie postępowania, okoliczności rodzącej konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Urząd Zamówień Publicznych uznał również, że „Wprowadzenie przepisów ustalających m.in. ceny energii na poziomie taryf i umów obowiązujących 30 czerwca 2018 r. należy zaliczyć do sytuacji nagłych, nadzwyczajnych i niezależnych od woli zamawiającego, których nawet przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł on przewidzieć na etapie postępowania. Nieprzewidziane okoliczności, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, muszą wywoływać konieczność zmiany umowy w określonym zakresie w taki sposób, iż strony umowy nie mają dowolności w podejmowaniu decyzji o jej wprowadzeniu. Taki właśnie charakter ma norma prawna określona w art. 6 ustawy z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, nakazująca modyfikację warunków umów dotyczących sprzedaży energii elektrycznej lub umów kompleksowych. W świetle tego przepisu wykonawcy są zobowiązani do zmiany warunków świadczenia określonych dostaw i usług poprzez zmianę ceny energii elektrycznej na cenę nie wyższą niż wskazana w taryfie lub cenniku energii elektrycznej w dniu 30 czerwca 2018 r.”

Zmiana umowy dokonana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może mieć zastosowanie do nadzwyczajnego wzrostu cen materiałów i kosztów pracy, a więc okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo odpowiednio starannego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, z uwzględnieniem dostępnej wiedzy o możliwości wzrostu takich cen (gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów).

Korzystając z dorobku dotychczasowego orzecznictwa i literatury można wskazać, że w ramy nadzwyczajnej zmiany stosunków wpisują się nie tylko nadzwyczajne zmiany cen lub stawek podatkowych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2006 r., IV CSK 290/06, z dnia 14 września 2005 r. III CSK 43/05, z dnia 9 czerwca 2005 r. III CK 674/04, z dnia 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, z dnia 20 lipca 2007 r., I CK 3/07, z dnia 17 stycznia 2008 r., III CSK 202/07. a także uchwałę z dnia 21 lipca 2006 r. III CZP 54/06), ale także inne zasadnicze i zaskakujące zmiany czynników kształtujących wysokość spełnianych świadczeń, które w rozpoznawanej sprawie polegają na poniesieniu kosztów budowy autostrady.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podobnie jak przepisy art. 357[1] K.c. oraz art. 358[1] § 3 K.c. stanowią mechanizmy o wyjątkowym charakterze, które mogą mieć zastosowanie wyłącznie w razie wystąpienia wskazanych w tych przepisach przesłanek. Znajdą one zastosowanie wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń (okoliczności), które na etapie prowadzonego postępowania lub w chwili zawarcia umowy nie mogły być uwzględnione, jeżeli zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł ich przewidzieć. Wyjątkowość przepisów wyłącza jakikolwiek automatyzm ich stosowania.

Możliwość modyfikacji umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp każdorazowo musi być weryfikowana przez zamawiającego. Weryfikacja legalności zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp następuje m. in. przez zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie umowy, w którym zamawiający zamieszcza opis modyfikacji i przyczyny modyfikacji (przyczyny dokonania zmian w umowie).

Dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne w sytuacji wzrostu cen materiałów budowlanych oraz kosztów robocizny należy również rozważyć w na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający może również przewidzieć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu klauzule waloryzacyjne.

Należy jednak pamiętać, że zastosowanie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wymaga wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu jednoznacznych postanowień umownych określających zakres zmian, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie natomiast z art. 358[1] § 2 Kodeksu cywilnego strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości. Na podstawie art. 358[1] § 2 zamawiający licząc się przewidywanym wzrostem cen, może postanowić, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie w relacji do innego niż pieniądź polski miernika wartości. Umowne klauzule waloryzacyjne mogą być oparte m. in. na takich

miernikach wartości takich jak: złoto, waluty obce, określone dobra konsumpcyjne lub określone grupy materiałów (tzw. klauzule indeksowe).

W sytuacji wzrostu cen materiałów budowlanych oraz kosztów robocizny, niezbędne jest ustalenie, czy takiego wzrostu cen faktycznie nie można było przewidzieć na etapie prowadzonego postępowania lub w chwili zawarcia umowy. Chodzi tu o nieprzewidywalność zobiektyzowaną wynikającą z zachowania należytej staranności przez zamawiającego. Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy wzrostu cen materiałów budowlanych oraz kosztów robocizny, nie należy rozumieć sytuacji, której strony nie mogły przewidzieć, tylko zdarzenia, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było wręcz nieprawdopodobne. Niemożność przewidzenia wzrostu cen materiałów budowlanych oraz kosztów robocizny powodujących konieczność zmiany umowy musi być oceniana z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy (przedsiębiorcy).

Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą również zmienić jej treść w wyniku waloryzacji sądowej. Taka zmiana może być podyktowana np. nadzwyczajną zmianą stosunków (*rebus sic stantibus*), unormowana w art. 357[1] k.c. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej z ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. W takim przypadku do zmiany wynagrodzenia właściwy jest sąd powszechny.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych („Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku ze wzrostem wysokości płacy minimalnej ”)

z punktu widzenia art. 357[1] K.c. konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego uzależniona jest od zajścia kilku przesłanek.

Trzeba ustalić, kiedy umowa została zawarta i na ten dzień ocenić, czy rzeczywiście okoliczności powodujących konieczność jej zmiany nie można było przewidzieć. Należy mieć na względzie, jakie materiały budowlane są potrzebne do realizacji umowy, jak również czy wzrost ich cen był istotny i znaczący. Konieczne jest sprawdzenie, czy okoliczności te skutkują poniesieniem przez wykonawcę zamówienia publicznego straty oraz czy ma ona rażący charakter. Celem przepisu art. 357[1] K.c. jest najogólniej mówiąc przywrócenie zachwianej niespodziewanymi zdarzeniami ekwiwalentności świadczeń. Nie może on jednak stanowić podstawy do zdjęcia z wykonawcy ryzyka prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Może on służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po stronie wykonawcy rażącej straty.

Reasumując, należy stwierdzić, iż strony umowy o zamówienie publiczne mogą zastrzec w jej treści klauzule waloryzacyjne zabezpieczające przed nadzwyczajną zmianą stosunków obligacyjnych. Ponadto strony umowy o zamówienie publiczne mogą zastosować waloryzację sądową, jak też dyspozycję art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy jednak pamiętać, że wysokość ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy powinna być określona w wyniku rozważenia w okolicznościach konkretnej sprawy zgodnie z zasadami współżycia społecznego interesów zamawiającego i wykonawcy. Wydaje się także, iż zmiana umowy powinna służyć wyłącznie usunięciu rażącej straty poniesionej przez wykonawcę w związku z wykonaniem zamówienia publicznego. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyklucza możliwości zmiany umowy, w sytuacji niemożliwej do przewidzenia w chwili jej zawarcia zmiany cen, które skutkują rażącą stratą

jednej ze stron. Dopuszczalność zmian należy jednak rozpatrywać indywidualnie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.”

Zmiana umowy w zakresie mniejszym niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest mniejszym od 10% lub 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający może dokonać zmian postanowień zawartej umowy jeżeli łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest 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.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi wdrożenie do ustawy Pzp, przepisu art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE zamówienia można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w art. 72 ust. 4 lit. a) – d) dyrektywy 2014/24/UE zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości: progi określone w art. 4 dyrektywy 2014/24/UE; oraz 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą

zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

Użyte w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE sformułowanie „Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione” oznacza, że również na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w przypadku zmiany zawartej umowy na podstawie tego przepisu, zamawiający nie musi badać, czy zmiana będzie zmianą istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp.

W przypadku zmian umowy dokonywanych na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający nie musi sprawdzać, czy zmiana ma charakter istotny czy nieistotny, wystarczy bowiem, że np. łączna wartość zmian – w obowiązującym stanie prawnym – jest mniejsza niż kwoty określone dla robót budowlanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. poz. 2450) (aktualnie jest to kwota 5.350.000 euro, tj. 22.840.755 PLN) i jednocześnie mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Zamawiający nie jest również obowiązany przewidzieć przesłanki zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określałyby ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Zgodnie z art. 144 ust. 1b ustawy Pzp, w przypadku zmiany umowy dokonanej na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zmiany postanowień umownych nie mogą natomiast prowadzić do zmiany charakteru umowy. Ze zmianą ogólnego charakteru zamówienia będziemy mieć do czynienia w sytuacji zastąpienia danego przedmiotu zamówienia innym lub w sytuacji zmiany rodzaju zamówienia.

Należy zwrócić uwagę, że każda z przesłanek wymienionych w treści art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp ma charakter samodzielny i stanowi odrębną podstawę zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Znajduje to odzwierciedlenie w treści wspomnianego wcześniej art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24UE, którego transpozycją w polskim porządku prawnym jest art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Użyte w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp sformułowanie „łącznej wartości zmian umowy” nie obejmuje zatem zmiany wartości umów dokonywanych na podstawie innych przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, np. zmian umowy na art. 144 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie może również zwiększyć zakresu (wielkości) robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy o roboty budowlane, o roboty, które nie są związane funkcjonalnie z robotami budowlanymi stanowiącym przedmiot zamówienia podstawowego, ponieważ stanowią odrębny obiekt budowlany w rozumieniu art. 2 pkt 5d ustawy Pzp.

Zamawiający nie może również zastosować art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp.

Przykład

Zamawiający w celu zaniżenia wartości zamówienia i uniknięcia stosowania przepisów właściwych dla postępowań o wartości zamówienia równej lub przekraczającej wyrażoną w

złotyach równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, celowo nie uwzględnił w projekcie budowlanym i kosztorysie inwestorskim robót budowlanych, które stanowiły część obiektu budowlanego, stanowiącego przedmiot zamówienia publicznego. Po zawarciu umowy zamawiający dokonał zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i zwiększył zakres świadczenia o roboty, których celowo nie uwzględnił w kosztorysie inwestorskim oraz projekcie budowlanym.

Przesłanka zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest przesłanką samoistną. Użyte w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp sformułowanie „łącznej wartości zmian umowy” nie obejmuje zatem zmiany wartości umów dokonywanych na podstawie innych przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W opinii „Czy pod pojęciem „łącznej wartości zmian umowy” z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mieszczą się także zmiany wartości umów dokonywane na podstawie innych przesłanek z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp?” Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wyrażnie wynika „możliwość wielokrotnego dokonywania zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego, przy czym ustawodawca wprowadził zastrzeżenie, że ich łączna wartość musi być niższa niż kwoty określone dla progów unijnych i nie może przekroczyć wskaźników procentowych wymienionych w tym przepisie w stosunku do kwoty zawartej w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Należy także zwrócić uwagę na treść art. 144 ust. 1d ustawy Pzp, który stanowi doprecyzowanie kwestii związanych z obliczaniem wartości zmian umowy, dopuszczalnych na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy (np. kwoty waloryzacyjne), to dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa m.in. w ust. 1 pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną

pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień umowy pierwotnej. Każda z przesłanek wymienionych w treści art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp ma charakter samodzielny i stanowi odrębną podstawę do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji."

Oznacza to, że przesłanka z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma charakter autonomiczny względem innych, co rodzi konsekwencje także na gruncie dokonywania oceny pojęcia „łącznej wartości zmian”. Pojęcie to może być bowiem interpretowane jedynie w kontekście pierwotnych kwot wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego (jednoznaczna w tym brzmieniu treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE), ewentualnie z uwzględnieniem wskazanych w tej umowie kwot waloryzacyjnych lub innych podobnych. Odnoszenie zatem „łącznej wartości zmian”, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do wartości zmian umowy dokonanych na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 lub pkt 3 jest bezzasadne."

Wartości ewentualnej zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie uwzględnia się przy ustalaniu wartości zamówienia. W wyniku kontroli z dnia 20 grudnia 2016 r., UZP/DKUE/KU/77/16, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Zasady szacowania wartości zamówienia zostały określone w art. 32 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o

których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień. Przepisy ustawy Pzp nie formułują natomiast obowiązku ani możliwości szacowania wartości zamówienia łącznie z wartością zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (zgodnie z tym przepisem zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest 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). Z powyższego wynika, że na wartość zamówienia, oszacowaną z należytą starannością przez zamawiającego, składa się w niniejszej sprawie wyłącznie wartość zamówienia podstawowego oraz wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Brak jest natomiast podstawy prawnej do szacowania wartości zamówienia łącznie z wartością zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.”

W związku z powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że poprzez oszacowanie wartości zamówienia łącznie z wartością ewentualnej zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a zatem poprzez doliczenie do wartości szacunkowej zamówienia wartości, której doliczenia nie przewidują przepisy ustawy Pzp, zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy również zauważyć, że zgodnie z art. 144 ust. 1d ustawy Pzp, że w przypadku, gdy umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż

zmiana zakresu świadczenia wykonawcy (np. waloryzacja wynagrodzenia), dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień.

Wprowadzenie warunków, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści

Na podstawie art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

Przepis art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp nawiązuje do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, Presse-text Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse, EU:C:2008:351, Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że „Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Dopuszczalne zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”⁴.

W wyroku C-454/06 Europejski Trybunał Sprawiedliwości zwrócił uwagę, że „Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”. Do warunków, które spowodowałyby wzięcie lub możliwość wzięcia udziału innych wykonawców lub przyjęcia oferty innej treści należy zaliczyć istotne zmiany dotyczące m.in. opisu przedmiotu zamówienia (np. cech technicznych i jakościowych, wymagań funkcjonalnych, dopuszczalności stosowania rozwiązań równoważnych), zmiany wysokości kar umownych, sposobu i terminu wykonania zamówienia (np. zmiana liczby dni wyznaczonych na wykonanie zamówienia lub liczby dni na wykonanie poszczególnych etapów zamówienia), warunków płatności, okresu i warunków gwarancji.”

⁴ W nawiązaniu do art. 144 – jak należy interpretować istotność zmiany umowy?, www.uzp.gov.pl. Zob. także VI kadencja, druk sejm. nr 2154, z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych: „Dopuszczalne będą zatem zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”.

Zawarte w opracowaniu teksty i sygnatury orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej pochodzą z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, orzeczeń NSA lub WSA z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej na stronie internetowej www.nsa.gov.pl, orzeczeń SA z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej na stronie internetowej www.orzeczenia.ms.gov.pl, a orzeczeń Sądu Najwyższego z bazy orzeczeń dostępnej na stronie internetowej www.sn.pl