

Przesłanki zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z wystąpieniem powodzi (art. 455 ust. 1 pkt 4 i pkt 1 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp)

W związku z wystąpieniem na terytorium kraju powodzi oraz związanych z tym zdarzeniem różnorodnych i trudnych wyzwań m.in. dotyczących zawartych umów, warto przypomnieć, że ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, dalej jako: „ustawa Pzp”) przewiduje regulacje dotyczące dopuszczalności dokonania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W omawianym kontekście warto zwrócić uwagę na przesłanki wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 4 i pkt 1 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp.

I. Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

W myśl art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona, bez przeprowadzenia nowego postępowania, w przypadku gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, jeżeli zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy.

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE¹ oraz art. 89 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/25/UE². 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 publicznego. 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 zamawiającego, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie.

Możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga zatem ustalenia, że konieczność modyfikacji umowy wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołując się do znaczenia pojęcia „należytej staranności”, na gruncie prawa cywilnego, wskazać należy, że 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 nieprzewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożność przewidzenia określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, że zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 243, ze zm.).

przedmiotu świadczenia, jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją umowy o określonym charakterze. Warto również wskazać, że na gruncie przesłanek wymienionych w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny być niezależne od stron umowy.

Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. przypadki obejmujące zdarzenia losowe, takie jak klęski żywiołowe, powódzie, pożary, itp. Wskazane wyżej przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia.

Należy również zauważyć, że zaistnienie okoliczności, których zamawiający, działający z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy. **Niezbędnym warunkiem zmiany umowy jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, że konieczna jest jej zmiana.** W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie wywiera na proces wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość jej realizacji zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.

Dodatkowo, do stwierdzenia dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest, aby zmiana nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy. W ślad za motywem 109 dyrektywy 2014/24/UE, za zmianę charakteru umowy można uznać zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego. 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 postępowania. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy” obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. W ramach oceny umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być:

- 1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane i odwrotnie,
- 2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,
- 3) zmiana zamówienia publicznego na koncesję.

Ponadto, konieczne jest spełnienie przesłanki wartościowej zmiany, oznaczającej, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

II. Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Warto również zwrócić uwagę na przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ realizowane umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą zawierać klauzule przeglądowe dotyczące zdarzeń wywołanych żywiołami, ale także w odniesieniu do planowanego zawarcia nowych umów w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do treści art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do tej umowy w oparciu o klauzule przeglądowe³. W świetle tego przepisu, umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jasne, precyzyjne i jednoznaczne postanowienia umowne, przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, które spełniają łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki ich wprowadzenia,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest określenie, na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te, zasadniczo już na etapie, na którym potencjalni wykonawcy decydują o udziale w postępowaniu, ale także w toku realizacji zamówienia, ograniczą lub eliminują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu 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. Zakres takich zmian może być szeroki, ustawodawca stworzył uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę na ukształtowanie umowy z zachowaniem takiego poziomu elastyczności, jaki jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji. Podstawowe ramy wyznacza jednak treść przepisu – spełnienie określonych w nim wymagań jest warunkiem koniecznym do sformułowania skutecznych klauzul przeglądowych.

Dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zatem zamawiającemu - już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającej się sytuacji. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez zamawiającego określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej), będącego efektem realizacji zawartej umowy, zamawiający powinni formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób, by uwzględniać otoczenie społeczno - gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku 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 zamawiający 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, celowe jest, by takie postanowienia stanowiły element dokumentów zamówienia lub zmiana ta została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów tylko takie działanie daje zasadniczo możliwość dokonywania zmian o charakterze istotnym bez konieczności spełniania dodatkowych warunków. Klauzule przeglądowe 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.

Określając zakres dopuszczalnej zmiany, zamawiający powinien wskazać, które z elementów umowy podlegają modyfikacji (np.: termin realizacji, wysokość wynagrodzenia wykonawcy czy poszczególne terminy płatności częściowych lub etapy spełnienia świadczeń wykonawcy oraz ich przedmiot). Ponadto zamawiający powinien oznaczyć granice tej zmiany, w szczególności przez określenie okoliczności, które wpływają na jej kształt lub przez wskazanie określonego rezultatu, który ma być zrealizowany przez dokonanie zmiany. W przypadku natomiast określenia warunków wprowadzenia zmian do umowy należy sformułować przesłanki lub okoliczności, które muszą zaistnieć, by tę zmianę spowodować, i które

³ Przez „klauzule przeglądowe” należy rozumieć klauzule, pozwalające na modyfikację umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie określonym w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

pozwolą podjąć inicjatywę zmiany umowy, np. wystąpienie ze stosownym wnioskiem przez stronę umowy.

III. Autonomiczność przesłanek z art. 455 ust. 1 pkt 4 i art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

W kontekście powyższych wyjaśnień należy również podkreślić, że brzmienie art. 455 ust. 1 pkt 4 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. 455 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 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. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.** Innymi słowy, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowach odpowiednich postanowień w postaci klauzul przeglądowych. 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 umowy nigdy wcześniej nie występowały lub w okolicznościach gdy nie podlegały one wyjątkowym zmianom).

Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 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, że konieczność wprowadzenia ww. zmian spowodowane jest okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć i które w sposób naturalny wykraczają poza unormowanie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie jest możliwe dokonanie zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim zamawiający powinien działać z należytą starannością, a tego nie uczynił.

IV. Dopuszczalność zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania w sytuacji, w której kumulatywnie spełnione są trzy przesłanki:

- 1) łączna wartość zmian jest mniejsza niż progi unijne,
- 2) jednocześnie jest mniejsza od 10% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości pierwotnej umowy,
- 3) zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Oceniając możliwość zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, należy mieć na względzie w szczególności treść motywu 107 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Analiza tych przepisów pozwala na stwierdzenie, że modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonana w oparciu o ww. podstawę prawną jest dopuszczalna, jeśli pociąga za sobą nieznaczną zmianę wartości tej umowy. Ponadto przepis ten pozwala na wielokrotne dokonywanie zmian umowy z zastrzeżeniem, że ich łączna wartość nie może przekroczyć określonego w nim poziomu. Powyższe wskazuje, że w ramach wskazanych w przepisie wartości granicznych zmian umowy (tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia), należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające, jak i zmniejszające zakres świadczenia. Zarówno ustawa Pzp, jak i dyrektywa 2014/24/UE, odwołują się bowiem ogólnie do zmian wartości wynagrodzenia, a nie tylko takich, które towarzyszą zmianom

polegającym na jego zwiększeniu (zmiana zmniejszająca wartość zamówienia także ma wymierną wartość). Konieczne jest zatem łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian.

Wyjaśniając, jaka wartość umowy stanowi punkt odniesienia do zmian o wartości określonej procentowo w stosunku do wartości umowy, należy wskazać, że chodzi o zwaloryzowaną wartość pierwotnie zawartej umowy, jednak bez uwzględnienia ewentualnych późniejszych modyfikacji innych niż indeksacja (waloryzacja). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 72 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, do celów obliczenia ceny wskazanej w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku, gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji. Przepis ten został przeniesiony na grunt prawa polskiego w art. 455 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto podkreślić należy, że łączna wartość zmian musi być mniejsza niż progi unijne.

Podsumowując powyższe, wskazać należy, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 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.

Ostatnią przesłanką wymienioną w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy. W zakresie wyjaśnienia powyższego, odesłać należy do pkt I niniejszej opinii.

Wnioski:

- 1) Możliwość wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga ustalenia, że konieczność modyfikacji umowy wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego 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 lub skali takiej zmiany. Uwzględniając powyższe co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. przypadki obejmujące zdarzenia losowe, takie jak klęski żywiołowe, powodzie, pożary, itp.
- 2) Zaistnienie okoliczności, których zamawiający, działający z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy jest również ustalenie, że w danym stanie faktycznym zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Decydująca jest obiektywna ocena skutków, jakie analizowana nieprzewidziana okoliczność wywiera na proces wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 3) Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział określone klauzule przeglądowe pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 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.
- 4) Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 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.