29 lutego 2008r.

ZALECENIA DLA BENEFICJENTÓW FUNDUSZY UE DOTYCZĄCE INTERPRETACJI PRZEPISÓW USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. W odpowiedzi Rządu RP na zarzuty formalne KE dotyczące niezgodności polskiego ustawodawstwa w dziedzinie zamówień publicznych ze wspólnotowymi dyrektywami oraz TWE, Rząd RP uznał część argumentów KE odnośnie braku zgodności pomiędzy polską ustawą Pzp i prawem unijnym. Jednocześnie Rząd RP podjął prace w celu niezwłocznego wniesienia projektu nowelizacji ustawy Pzp do rozpatrzenia w trybie pilnym przez Parlament.
2. Zgodnie z art. 9 ust. 5 Rozporządzenia Rady 1083/2006[1] operacje finansowane z funduszy są zgodne z postanowieniami Traktatu i aktów przyjętych na jego podstawie.
3. Zgodnie z art. 12 Rozporządzenia Rady 1260/1999[2] działania finansowane przez fundusze lub otrzymujące wsparcie z EBI lub z innego instrumentu finansowego są zgodne z postanowieniami Traktatu, z instrumentami przyjętymi w ramach Traktatu oraz z politykami i działaniami Wspólnoty, włączając w to reguły konkurencji, udzielanie zamówień publicznych, ochrony i poprawy stanu środowiska naturalnego, zniesienia nierówności i wspierania równości kobiet i mężczyzn.
4. Zgodnie z art. 12 ust. 1 Rozporządzenia Rady 1164/94[3] projekty finansowane przez Fundusz są zgodne z postanowieniami traktatów, przyjętymi na ich mocy dokumentami oraz z politykami Wspólnoty, w tym z tymi, które dotyczą ochrony środowiska, transportu, sieci transeuropejskich, polityki konkurencji i udzielania zamówień publicznych.
5. Do czasu wejścia w życie znowelizowanych przepisów ustawy Pzp beneficjenci funduszy unijnych udzielając zamówień, stosują obecnie obowiązującą ustawę. Może to prowadzić do sytuacji takiej, iż beneficjenci podejmując działania zgodne z polską ustawą naruszą jednocześnie prawo unijne, co może skutkować uznaniem części lub całości środków

[1] Rozporządzenie Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999;
[2] Rozporządzenie Rady nr 1260/1999 (WE) z dnia 21 czerwca 1999 r. ustanawiające przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych;
[3] Rozporządzenie Rady nr 1164/94 (WE) z dnia 16 maja 1994 r. ustanawiającego Fundusz Spójności;

przekazywanych z budżetu WE i poniesionych przez beneficjentów za niekwalifikowane (niepodlegające zwrotowi).

6. Mając na uwadze powyższe, w niniejszych Zaleceniach przedstawiono wskazówki w jaki sposób, stosując obecnie obowiązującą ustawę Pzp, działać w możliwie najszerszym zakresie w zgodzie z prawem UE.

7. **Do czasu wejścia w życie zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych dostosowujących jej przepisy do wymogów prawa UE, beneficjentom funduszy unijnych zaleca się stosowanie Zaleceń, w celu uniknięcia nieprawidłowości.**

8. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.) jest aktem implementującym przepisy wspólnotowe z zakresu zamówień publicznych (dyrektywy: 2004/17/WE i 2004/18/WE). W konsekwencji należy wskazać, że niniejsze Zalecenia dotyczą postępowań, których wartość jest równa lub przekracza progi wskazane w dyrektywach, a co za tym idzie ustalone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9. Dokonując wykładni przepisów ustawy należy uwzględniać orzecznictwo polskich sądów oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS).

10. Interpretując przepisy krajowe wydane w celu transpozycji postanowień dyrektywy należy kierować się tzw. prowspólnotową wykładnią prawa. Zasada ta wywiedziona z utrwalonego orzecznictwa ETS, wskazuje, że wynikające z dyrektywy zobowiązanie Państwa Członkowskiego do osiągnięcia rezultatu przewidzianego przez dyrektywę, oraz ich obowiązek na mocy art. 10 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) do podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania jest wiążące dla wszystkich organów Państw Członkowskich, włączając organy administracji oraz sądy w ramach ich kompetencji. Wynika z tego, że stosując prawo krajowe, niezależnie czy dane przepisy zostały przyjęte przed czy po wejściu w życie dyrektywy, organy państwowe wezwane do przeprowadzenia ich wykładni zobowiązane są zrobić to, w największym możliwym stopniu, w świetle treści i celu dyrektywy, dla osiągnięcia jej rezultatu i przez to uzyskania zgodności z art. 249 akapit trzeci TWE.[4]

11. W konsekwencji ETS uznał, że jeśli zastosowanie prawa krajowego w zgodzie ze wskazanymi zasadami nie jest możliwe, organy władzy państwa członkowskiego są zobowiązane do stosowania prawa wspólnotowego i ochrony praw, które przyznaje ono

[4] Por. m.in. ETS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 *Von Colson i Kamann*; ETS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 *Marleasing*

jednostce. W sytuacji, gdy zastosowanie prawa krajowego w danej sytuacji byłoby sprzeczne z prawem wspólnotowym nie należy stosować przepisów prawa krajowego.[5]

12. W jednym z najnowszych orzeczeń z dnia 11 października 2007 r. ETS potwierdził dotychczasową linię orzeczniczą odnosząc się bezpośrednio do przepisów wspólnotowych dot. zamówień publicznych. Wskazał mianowicie wyraźnie, że rolą sądu krajowego jest nadanie prawu wewnętrznemu, które ma on stosować, o ile to tylko możliwe, wykładni zgodnej z celem dyrektywy. Przepis dyrektywy, jeśli jest sformułowany w sposób bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, daje podstawę, by można było powołać się na niego przeciwko danej instytucji zamawiającej.[6]

[5] Por. m.in. ETS z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-262/97 *Engelbrecht*; ETS z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie *Santex*
[6] ETS z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06 *Lämmerzahl*

1. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu – art. 26 ustawy Pzp

13. Zgodnie z art. 26 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający ma prawo odstąpić od żądania dokumentów poświadczających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są m.in. usługi bankowe oraz usługi ubezpieczeniowe.

14. Jednakże jak wynika z art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE „*z udziału w zamówieniu wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu.*." za jedno z kategorii wymienionych w tym artykule przestępstw. Przepis dyrektywy jest jednoznaczny i nie pozostawia jakiejkolwiek uznaniowości państwu członkowskiemu w jego implementacji. Oznacza to, że bezpośrednio nakłada określone obowiązki na zamawiających, z których przepisy prawa krajowego nie mogą ich zwalniać.[7]

15. Przesłanki te obejmują kategorie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 4-9 ustawy Pzp.

16. W konsekwencji zamawiający zobowiązani są do weryfikacji i wykluczenia wykonawców w ww. zakresie również w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi bankowe lub usługi ubezpieczeniowe.

2. Modyfikacja istotnych warunków zamówienia po jego opublikowaniu – art. 38 ustawy Pzp

17. Zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli okaże się to konieczne w wyniku modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Modyfikacja taka, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, może być dokonana w każdym czasie przed terminem składania ofert. Termin na wprowadzenie zmian w ofertach musi wynosić co najmniej 7 dni.

18. Może to powodować sytuację, w której zamawiający wprowadza modyfikację do SIWZ na 7 dni przed terminem złożenia ofert, co nie musi skutkować obowiązkiem przedłużenia tego terminu. W konsekwencji może okazać się, że potencjalni wykonawcy nie będą dysponowali odpowiednim czasem na dostosowanie swoich ofert do zmienionych wymagań. W takim przypadku może dojść do naruszenia jednoznacznie brzmiących

[7] Por. m.in. ETS z dnia 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87 *Beentjes*

przepisów dyrektywy 2004/18/WE, która w art. 38 wskazuje minimalne terminy na składanie ofert.

19. Dodatkowo w art. 38 ust. 4 ustawa Pzp przewiduje, że informacja o modyfikacji SIWZ będzie przekazywana jedynie wykonawcom, którym przekazano jej pierwotną wersję, a gdy SIWZ udostępniono na stronie internetowej, jej modyfikację zamieszcza się także na tej stronie.

20. Powodować to może brak dostępu do odpowiedniej informacji dla wszystkich potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie może zostać uznane za naruszenie zasady przejrzystości prowadzenia postępowania dot. udzielenia zamówienia publicznego.

21. Wprowadzanie zmian jedynie w SIWZ nie gwarantuje zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania – SIWZ zostaje bowiem przekazany tylko tym uczestnikom, którzy po zapoznaniu się z ogłoszeniem, uznali, że są zainteresowani uzyskaniem zamówienia.

22. W konsekwencji, biorąc pod uwagę cel regulacji oraz dokonując jej interpretacji w świetle przepisów wspólnotowych, należy wskazać, że zamawiający ma obowiązek poinformować o modyfikacji SIWZ poprzez publikację dodatkowego ogłoszenia oraz przedłużenia minimalnego terminu składania ofert w przypadku modyfikacji SIWZ.

23. W celu uniknięcia wątpliwości dotyczących właściwego stosowania przepisów dot. zamówień publicznych zamawiający powinien postępować w następujący sposób.

24. Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego modyfikacja treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje informację o zakresie modyfikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie (portal SIMAP; www.simap.europa.eu), za pomocą formularza Ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania.

25. Jeżeli w wyniku modyfikacji treści SIWZ niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża odpowiednio termin składania ofert informując o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz zamieszczając stosowną informację na stronie internetowej.

26. Jeżeli zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

27. Jeżeli zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ prowadzącej do istotnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, termin składania ofert powinien biec od nowa licząc od dnia przekazania Ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

28. W tym celu zamawiający wykorzystuje formularz, który pozwala na modyfikację pierwotnie wysłanego do UE ogłoszenia: OGŁOSZENIE DODATKOWYCH INFORMACJI, INFORMACJE O NIEKOMPLETNEJ PROCEDURZE LUB SPROSTOWANIE zamieszczony na stronie SIMAP. Formularz ten nie jest przewidziany przez Rozporządzenie 1564/2005 dot. standardowych formularzy ogłoszeń, lecz został wprowadzone jako użyteczny środek mający pomóc zamawiającym w takich przypadkach.

3. Informacja dot. możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego na roboty budowlane lub usługi - art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

29. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp zamawiający może udzielić uzupełniającego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane w trybie negocjacji bez ogłoszenia wykonawcy realizującemu zamówienie podstawowe. Informacja o zamówieniu uzupełniającym musi być zawarta w SIWZ. Dodatkowo zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp, jeśli zamawiający przewiduje udzielenie zamówienia uzupełniającego uwzględnia jego wartość przy szacowaniu wartości zamówienia podstawowego na potrzeby jego ogłoszenia.

30. Z analizy formularza „Ogłoszenia o zamówieniu”, o którym mowa w Rozporządzeniu 1564/2005 dot. standardowych formularzy ogłoszeń, w szczególności z pola II.2.1, w którym zamawiający podaje informacje o „całkowitej wielkości lub zakresie zamówienia” wynika, że w sytuacji, gdy przewiduje on możliwość udzielenia zamówień uzupełniających zostaje to wyraźnie wskazane. Tak jak przy obliczaniu całkowitej wartości zamówienia bierze się pod uwagę wartość zamówienia podstawowego dodając wartość możliwych zamówień uzupełniających, tak przy opisie zamówienia wskazuje się wielkość lub zakres zamówienia podstawowego dodatkowo wskazując na możliwą wielkość i zakres zamówienia uzupełniającego.

31. Z art. 31 pkt 4 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE wynika natomiast wprost, że możliwość skorzystania z procedury negocjacji bez ogłoszenia na zamówienia na roboty budowlane lub usługi uzupełniające musi być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu a całkowita wartość zamówienia na kolejne roboty budowlane lub

usługi jest uwzględniana przez zamawiającego przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia podstawowego.

32. W konsekwencji w celu skorzystania z możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający, poza obowiązkiem wskazania takiej informacji w SIWZ, jest zobowiązany podać taką informację również w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego oraz uwzględnić wartość zamówienia podstawowego łącznie z wartością możliwych zamówień uzupełniających przy obliczaniu całkowitej wartości zamówienia.

4. Zmiana sposobu spełnienia świadczenia oferenta przed zawarciem umowy – art. 140 ust. 2 ustawy Pzp

33. Zgodnie z art. 140 ust. 2 ustawy Pzp możliwe jest dokonanie zmiany sposobu spełnienia świadczenia wykonawcy. Zmiana taka może mieć miejsce jedynie na etapie przed podpisaniem umowy, jednak już po wyborze najkorzystniejszej oferty.

34. Dopuszczenie zmiany sposobu spełnienia świadczenia wykonawcy może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy wystąpią określone w ust. 2 przesłanki. Ich wystąpienie musi być kumulatywne:

- szczególnie uzasadniony przypadek,
- związany z wystąpieniem okoliczności, których nie można było przewidzieć najpóźniej w chwili wyboru oferty, lub, gdy zmiany te są korzystne dla zamawiającego
- a wykonawca wyrazi na nie zgodę.

35. Dodatkowo art. 140 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że zmiany te nie mogą mieć wpływu na elementy oferty, które podlegały ocenie przez zamawiającego.

36. Naczelnymi zasadami prowadzenia postępowania przetargowego są równe traktowanie wykonawców i przejrzystość postępowania, rozumiana jako dostęp wszystkich do jednakowych informacji. Podstawowym założeniem wskazanych zasad jest wyeliminowanie ryzyka pojawienia się uprzywilejowanego traktowania danego podmiotu. Pociąga to za sobą obowiązek określenia w sposób jasny, precyzyjny i eliminujący ryzyko subiektywnej oceny warunków zamówienia wskazanych w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na co składa się przede wszystkim:

- opis przedmiotu zamówienia,
- kryteria podmiotowe wykonawców,

- kryteria oceny oferty.

37. Pozwolić to ma z jednej strony potencjalnym wykonawcom na zapoznanie się i jednakowe rozumienie podstawowych informacji dot. zamówienia, a więc na właściwe przygotowanie się do postępowania, z drugiej daje zamawiającemu instrument obiektywnej oceny i kwalifikacji zarówno podmiotów ubiegających się o zamówienie jak i przedstawianych przez nich ofert.

38. Przepis art. 140 ust. 2 Pzp zawiera dwie istotne regulacje.

39. Po pierwsze, przepis mówi o możliwości „zmiany sposobu spełnienia świadczenia", po drugie warunkuje ją faktem, że zmiana ta nie może dotyczyć „zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane".

40. Zgodnie z orzecznictwem ETS „zawarcie umowy na warunkach istotnie odmiennych od tych określonych w ofercie stanowi, co do zasady, poważne naruszenie zasad przejrzystości i równego traktowania". [8]

41. Należy uznać, że tam, gdzie zamawiający może przewidzieć i określić warunki ewentualnej zmiany w warunkach zamówienia jest zobowiązany do ich uwzględniania na etapie ogłoszenia.

42. Przepis art. 140 ust. 2 ustawy Pzp nie zezwala zamawiającemu na wprowadzanie zmian powodowanych okolicznościami, które pozostają w jego dyspozycji. Możliwość zmiany sposobu świadczenia wykonawcy istnieje w szczególnie uzasadnionych przypadkach, których nie można było przewidzieć. Zawsze więc tam, gdzie zamawiający nie dochował należytej staranności w określaniu warunków zamówienia choć mógł i powinien był to przewidzieć, zmiana, o której mowa w art. 140 ust. 2 Pzp nie będzie możliwa.

43. Wszelkie istotne zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia są, co do zasady, zakazane a ich ewentualne wprowadzenie pociąga obowiązek wszczęcia nowego postępowania lub co najmniej wyznaczenia odpowiednich terminów, które pozwolą potencjalnym wykonawcom na wprowadzenie właściwych korekt w przygotowywanej przez nich ofercie, zgodnie z opisanymi w pkt. 2 niniejszych Zaleceń zasadami.

44. Drugą przesłanką pozwalającą w świetle art. 140 ust. 2 ustawy Pzp na wprowadzenie zmian w sposobie świadczenia wykonawcy po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy jest sytuacja, gdy „zmiany są korzystne dla zamawiającego".

45. Termin ten jest pojęciem, którego nie można jednoznacznie zdefiniować. Należy wskazać, że na ewentualne zmiany muszą wyrazić zgodę obie strony, co w praktyce oznacza, że każda zmiana sposobu świadczenia wykonawcy będzie korzystna zarówno

[8] Por. m.in. ETS z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta*

dla zamawiającego jak i wykonawcy. Powoduje to, że w rzeczywistości strony umowy mogłyby dowolnie kształtować treść umowy, co w sposób oczywisty jest sprzeczne z celami, dla których prowadzi się postępowanie mające na celu wyłonienie wykonawcy.

46. Ewentualne zmiany sposobu świadczenia nie mogą dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania. Wprowadzenie zmian nie może odnosić się do elementów oferty, które były przedmiotem oceny. Oznacza to, że wszelkie zmiany dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak również kryteriów, na których opierał się zamawiający oceniając oferty są zakazane. Podobnie rzecz się ma ze wszelkimi zmianami dotyczącymi zakresu świadczenia wykonawcy.

47. Może to błędnie sugerować, że inne parametry wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nie podlegały ocenie, mogą ulec zmianie. Takie rozwiązanie należy uznać za niezgodne z prawem w kontekście naczelnych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w szczególności uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.[9]

48. Za dopuszczalne należałoby jednak uznać zmiany, które dotyczą np. miejsca lub czasu świadczenia w sytuacji, w której od momentu wyboru oferty do podpisania umowy zaistniały nie dające się do wcześniejszego przewidzenia okoliczności, za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności powodujące, że spełnienie świadczenia w pierwotnym miejscu jest nieracjonalne (np. zniszczenie magazynu, w którym miały być przechowywane dostarczane towary). Podobnie będzie w sytuacji kolejności wykonywania określonych czynności przez wykonawcę, które nie będą miały znaczenia dla istoty zamówienia (np. rozpoczęcie prac remontu ulic w innym niż pierwotnie przewidzianym miejscu również objętym przedmiotem zamówienia).

49. Należy przy tym pamiętać, że możliwość zmiany sposobu świadczenia wykonawcy należy traktować jako odstępstwo od ogólnej zasady wyrażonej w art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie i w konsekwencji interpretować ściśle i zawężająco.

5. Zmiana postanowień zawartej umowy – art. 144 ust. 1 ustawy Pzp

50. Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazane są wszelkie zmiany zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na zasadzie wyjątku dopuszcza się możliwość ich

[9] Por. m.in. ETS z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja Europejska przeciwko Francji*

wprowadzenia jedynie w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia lub, gdy zmiany takie są korzystne dla zamawiającego.

51. Należy podkreślić, że regulacja art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem szczególnym w stosunku do zasady wolności umów wyrażonej w art. 353^1 Kodeksu cywilnego (k.c.) i stanowi jej ograniczenie.[10] Naruszenie tego zakazu skutkuje nieważnością czynności prawnej w zakresie dokonanej zmiany.

52. Zmiana umowy na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy wprowadzenie zmian jest konieczne i wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Przepis ustawy nie zezwala zamawiającemu na wprowadzanie dowolnych zmian powodowanych okolicznościami, które pozostają w jego dyspozycji. Jeśli zamawiający nie przewidział tych okoliczności, choć mógł i powinien to zrobić, zmiana postanowień umowy nie jest dopuszczalna.

53. Konieczność wprowadzenia zmian do umowy wynika z zaistnienia takiej sytuacji, która czyni niemożliwym utrzymanie postanowień umowy w niezmienionej postaci. Tak jak konieczność wprowadzenia zmian jest warunkiem ich dokonania, tak wyznacza ona również dopuszczalną granicę ich wprowadzania. Zmiany takie nie mogą więc wykraczać poza to, co jest koniecznie niezbędne i wynika z zaistniałych okoliczności. Wszelkie zmiany wykraczające poza wskazany zakres należy uznać za zakazane.

54. Należy podkreślić, że możliwość wprowadzenia zmian do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako wyjątek od ogólnej zasady wyrażonej w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być interpretowany ściśle i zawężająco.

55. Należy przyjąć, że zmiana zawartej umowy może mieć miejsce jedynie na skutek wystąpienia okoliczności, których przy dołożeniu należytej staranności nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia i które nie są uzależnione od działania lub zaniechania stron. Zmiana umowy powinna się ograniczać jedynie do działań koniecznych w celu należytego wykonania zamówienia.

56. Należy podkreślić, że szczególne znaczenie ma możliwość wprowadzenia zmian do umowy w zakresie zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania. Wprowadzenie zmian nie powinno odnosić się do elementów oferty, które były przedmiotem oceny. Oznacza to, że wszelkie zmiany dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak również kryteriów, na których opierał się zamawiający oceniając oferty należy traktować w sposób szczególny. Podobnie rzecz się ma ze wszelkimi zmianami dotyczącymi zakresu świadczenia wykonawcy.

[10] Por. SN IV CKN 70/00 z dnia 28 czerwca 2000 r.

57. Może to błędnie sugerować, że inne parametry wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nie podlegały ocenie, mogą ulec zmianie. Takie rozwiązanie należy uznać za niezgodne z prawem w kontekście naczelnych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w szczególności uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z którą związana jest zasada przejrzystości prowadzonego postępowania.

58. Znajduje to potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie ETS.[11] Zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że wszyscy potencjalni wykonawcy dysponują takimi samymi informacjami, na podstawie których podejmują decyzje o ubieganiu się o zamówienie. Przejrzystość postępowania stanowi jedną z gwarancji braku uprzywilejowanej pozycji któregokolwiek z potencjalnych wykonawców. Stąd koniecznym jest określenie na jak najwcześniejszym etapie postępowania wszystkich warunków udzielenia zamówienia, w tym warunków umowy. Z jednej strony pozwala to na przygotowanie odpowiednich ofert, z drugiej ich obiektywną ocenę przez zamawiającego. Nakłada to na zamawiającego obowiązek ścisłego przestrzegania szczegółowych kryteriów ustalonych na potrzeby kwalifikacji wykonawcy, wyboru oferty jak również warunków umowy do momentu jej zrealizowania. W konsekwencji oferta, która nie odpowiada wymaganiom wskazanym w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zostaje odrzucona. Analogicznie sytuacja powinna wyglądać w sytuacji, zmiany warunków umowy, w szczególności, gdy zmiana ta mogłaby wpłynąć na treść oferty, która stanowiła podstawę wyboru danego wykonawcy.

59. Dopuszczenie możliwości zmiany warunków umowy w stosunku do treści ocenianej oferty mogłoby stanowić niewątpliwie podstawę do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie takich zmian byłoby sprzeczne z filozofią organizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.[12]

60. Trzeba zaznaczyć, że ewentualne rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia powinno być traktowane jako nowe zamówienie, którego udzielenie może podlegać procedurze negocjacji bez ogłoszenia lub procedurze z wolnej ręki tylko i wyłącznie w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych odpowiednio w art. 62 lub 67 ustawy Pzp albo art. 134 ust. 5 lub 6 ustawy Pzp.

[11] Por. m.in. ETS z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawie *Lombardii i Mantovani* C-285/99 i C-286/99; ETS z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie GAT C-315/01; ETS z dnia 18 czerwca 2002 w sprawie HI C-92/00

[12] Por. ETS z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta*

61. Należy równocześnie wskazać, że niektóre warunki umowy o udzielenie zamówienia publicznego mogą podlegać modyfikacjom w trakcie jej realizacji. Aby jednak było to dopuszczalne zamawiający jest zobowiązany do wskazania tej możliwości oraz określenia warunków wprowadzenia ewentualnych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu.[13]

62. Przykładem takich zapisów są klauzule waloryzacyjne. W myśl art. 358¹ § 2 k.c. strony mogą zastrzec w umowie, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie według innego niż pieniądz miernika wartości. Zgodnie z zacytowanym przepisem, strony licząc się z istniejącym albo przewidywanym wzrostem cen, mogą postanowić, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie w relacji do innego niż pieniądz (polski) miernika wartości. Umowne klauzule waloryzacyjne mogą być oparte na różnego rodzaju miernikach wartości takich jak: złoto, waluty obce, określone grupy dóbr konsumpcyjnych, określone grupy materiałów (tzw. klauzule indeksowe). Omawiany przepis nie wprowadza żadnego ograniczenia, co do rodzaju umów, w których klauzule waloryzacyjne mogą być zastrzegane. Przedmiotowe klauzule mogą więc być stosowane także w umowach, zawieranych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

63. Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w sytuacji, w której przedmiot lub zakres zamówienia pozostaje niezmieniony, a zmianie ulegają inne warunki umowy, które nie wpływają jednak na warunki zamówienia oraz na treść oferty. Za dopuszczalne należałoby zatem uznać zmiany, które dotyczą np. miejsca lub czasu świadczenia w sytuacji, w której od momentu podpisania umowy zaistniały nie dające się do wcześniejszego przewidzenia okoliczności powodujące, że spełnienie świadczenia w pierwotnym miejscu jest nieracjonalne (np. zniszczenie magazynu, w którym miały być przechowywane dostarczane towary). Podobnie będzie w sytuacji kolejności wykonywania określonych czynności przez wykonawcę, które nie będą miały znaczenia dla istoty zamówienia (np. rozpoczęcie prac remontu ulic w innym niż pierwotnie przewidzianym miejscu, ale również objętym przedmiotem zamówienia).

64. Klasycznym przykładem zastosowania przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp będzie sytuacja, w której po podpisaniu umowy dochodzi do ustawowej zmiany podatku od towarów i usług (VAT) a umowa nie przewidywała odpowiedniej klauzuli w tym zakresie.

65. Należy zaznaczyć, że sama zmiana stawki podatku VAT nie skutkuje koniecznością zapłacenia wykonawcy ceny wyższej, o ile sama umowa nie zawierała klauzuli rodzącej

[13] ibidem

takie zobowiązanie. Stąd też, w powyższej sytuacji istotnym zagadnieniem jest określenie w jakich okolicznościach powstanie konieczność wprowadzenia zmian w umowie umożliwiająca ich dokonanie. W tym przypadku, wydaje się zasadnym wzięcie pod uwagę regulacji zawartych w kodeksie cywilnym. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie nie uregulowanym ustawą, do umów w sprawach zamówień publicznych mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Z przesłanką konieczności wprowadzenia zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego mielibyśmy do czynienia przede wszystkim w okolicznościach określonych w art. 357^1 k.c., zgodnie z którym, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, 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. Należy uznać, ze zmiana stanu prawnego stanowi nadzwyczajną zmianę okoliczności. Jednak jedynie w sytuacji, gdy nie można jej było przewidzieć w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy przyjąć, że podobnie jak w przypadku art. 3571 k.c., tak w sytuacji możliwości zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakresu jego zastosowania są objęte przypadki nadzwyczajnej zmiany stosunków po zawarciu umowy.[14]

66. Stwierdzenie nadzwyczajnej zmiany okoliczności wymaga porównania warunków, w jakich zawierano umowę z warunkami, w jakich przyszło ją wykonywać.[15]

67. Dodatkowo należy wskazać, że wszelkie rzeczywiste lub potencjalne zmiany okoliczności, które wystąpiły lub mogą wystąpić po wszczęciu postępowania prowadzonego na podstawie ustawy Pzp i które mają lub mogą mieć wpływ na warunki umowy powinny zostać uwzględnione w prowadzonym postępowaniu lub skutkować unieważnieniem dotychczasowej procedury i rozpisania nowego przetargu.

68. Drugą przesłanką pozwalającą w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp na wprowadzenie zmian w umowie jest sytuacja, gdy „zmiany są korzystne dla zamawiającego".

69. Termin ten jest pojęciem, którego nie można jednoznacznie zdefiniować. Należy wskazać, że na ewentualne zmiany muszą wyrazić zgodę obie strony, co w praktyce oznacza, że każda zmiana umowy będzie korzystna zarówno dla zamawiającego jak i wykonawcy. Powoduje to, że w rzeczywistości strony umowy mogłyby dowolnie

[14] Por. SN III CK 674/04 z dnia 9 czerwca 2005 r.
[15] Por. SN CSK 8/05 z dnia 18 maja 2006 r.

kształtować treść umowy, co w sposób oczywisty jest sprzeczne z celami, dla których prowadzi się postępowanie mające na celu wyłonienie wykonawcy.

70. W konsekwencji dokonanie na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy zmian umowy o zamówienie publiczne, jest możliwe w sytuacji łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- zaistnienia obiektywnej konieczność wprowadzenia zmian, np. gdy spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą w rozumieniu art. 357^1 k.c.,
- zmiana wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w momencie zawarcia umowy, i za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności,
- zmiana pozostaje w bezpośrednim związku przyczynowo-skutkowym z wystąpieniem danych okoliczności i nie wykracza poza to, co konieczne w celu przeciwdziałania skutkom takiej zmiany okoliczności.