

Art. 454 Istotna zmiana umowy

1.

W ust. 1 komentowanego przepisu przesądzono, że istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to dopuszczalność zmian umowy o charakterze nieistotnym (*argumentum a contrario*). Możliwość dokonywania zmian nieistotnych nie jest więc poddana rygorom analogicznym do rygorów dotyczących zmian istotnych umowy, a decyzja o ich wprowadzeniu do umów zawieranych na podstawie Prawa zamówień publicznych pozostawiona jest stronom umowy w granicach swobody kontraktowania wyrażonej w art. 3531 k.c. Ustalenia, czy dana zmiana umowy ma charakter istotny, należy dokonywać w każdym przypadku indywidualnie, biorąc pod uwagę ust. 2 komentowanego przepisu.

2.

W ust. 2 zawarto przykładowy katalog zmian (użyto sformułowania „w szczególności”), które ustawodawca uznaje za istotne. **Zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, zmianę sposobu wykonywania umowy.** W szczególności jeżeli zmiana wprowadza inne warunki, niż te które zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co mogłoby spowodować, że w postępowaniu wzięliby udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści, narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie, **rozszerza, zmniejsza lub zmienia zakres świadczeń** i zobowiązań wynikający z umowy lub polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

3.

Precyzyjne kryteria uznania zmiany umowy za istotną, których implementację stanowi ust. 2 komentowanego przepisu, zawierają art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE, będące potwierdzeniem rozumienia istotności zmiany umowy prezentowanego na przestrzeni lat w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Przykładowo w wyroku TS z 29.04.2004 r., C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich v. CASSucchi di Frutta SpA, EU:C:2004:236, podkreślono, że jeżeli „modyfikacja umowy jest tego typu, że gdyby była ona znana wykonawcom w postępowaniu przetargowym poprzedzającym udzielenie danego zamówienia, mogliby oni złożyć istotnie odmienne oferty, zmiana musi być uznana za tożsamą z udzieleniem nowego zamówienia. Wykazanie w każdym indywidualnym przypadku, że taka sytuacja nie ma miejsca, należy do zamawiającego, który chce dokonać takiej zmiany”.

Podobnie w wyroku z 19.06.2008 r., C-454/06, presstext Nachrichtenagentur v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, EU:C:2008:351, TS wskazał, że „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną,

jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”.

Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w przedmiocie stwierdzenia charakteru zmiany (istotna czy nieistotna) umowy zawieranej w trybie przepisów o zamówieniach publicznych odwołuje się do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego charakteru zobowiązania. Konieczne jest dokonywanie oceny istotności zmiany umowy w odniesieniu do realiów danego przypadku, w szczególności zakresu, w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalnego wpływu zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców (np. zmiana terminów płatności, parametrów przedmiotu zamówienia). Zakres oraz warunki takiej zmiany muszą być niezależne od osoby wykonawcy, tj. zmiana umowy zostałaaby dokonana z każdorazowym wykonawcą w takim samym zakresie oraz na tych samych zasadach.

Dokonując oceny istotności zmiany umowy, należy w każdym przypadku uwzględnić konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

4.

Przykładem istotnej zmiany umowy w stosunku do pierwotnej umowy może być zmiana polegająca na ustaleniu terminów płatności transz za wykonanie usługi przed wykonaniem danego zadania (de facto wprowadzenie płatności zaliczkowych) czy też na ustaleniu płatności częściowych w sytuacji, gdy zamawiający zawarł w pierwotnej umowie postanowienie o płatności po wykonaniu całego zamówienia na usługi. Można bowiem przyjąć, że takie zmiany prowadzą do zmiany równowagi ekonomicznej stron umowy na korzyść wykonawcy. Gdyby były znane na etapie postępowania, mogłyby też wpływać na rozszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia, prawdopodobnie umożliwiłyby wzięcie udziału wykonawcom, którzy do ich wykonania praktycznie nie musieliby angażować własnych środków finansowych.

Z kolei do art. 454 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wskazującego na istotność zmiany postanowień zawartych w umowie, jeżeli w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy, odniesiono się w uchwale KIO z 3.02.2023 r., KIO/KD 4/23 918 . W kontrolowanej sprawie na podstawie aneksu z zakresu zamówienia został wyłączony odbiór przez wykonawcę takich odpadów jak: popiół, odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów i odpadów zielonych; odpady wielkogabarytowe, zużyte opony z wyłączeniem opon przemysłowych (rolniczych i ciężarowych). **Zmianie uległa w stosunku do pierwotnej umowy także częstotliwość i harmonogram odbioru odpadów komunalnych w stosunku do zapisów zawartych w SWZ.** Zdaniem Izby taki zakres zmian niewątpliwie dotyczył istotnych elementów składających się na pierwotny zakres zamówienia. Zmiana wpłynęła na zmniejszenie obowiązków wykonawcy, przy jednoczesnym zachowaniu ustalonego w umowie podstawowego wynagrodzenia. Zamawiający w zastrzeżeniach, w

żaden sposób nie wykazał, że wprowadzone zmiany mają charakter nieistotny z punktu widzenia pierwotnie określonego świadczenia wykonawcy w SWZ. Zostały zatem spełnione przesłanki art. 454 ust. 2 pkt 3 p.z.p., w konsekwencji istotne zmiany zawartej umowy wymagały stosownie do art. 454 ust. 1 p.z.p. przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany

Opublikowano: LEX/el. 2024