

Nieistotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego

Istotne bądź nieistotne zmiany umów o zamówienia publiczne należy analizować w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”). Kluczowa nowelizacja ustawy Pzp w tym zakresie weszła w życie 28 lipca 2016 roku (dalej jako „Nowelizacja”). Wiele umów zawartych na uprzednio obowiązujących zasadach jest aktualnie w trakcie realizacji. Do takich umów zastosowanie mają przepisy przejściowe ustawy nowelizującej. Przepisy te nie określają jednoznacznie, jak należy interpretować regulacje dotyczące zmian umowy ani jaka modyfikacja postanowień takiej umowy może zostać uznana przez organy orzekające za istotną bądź nieistotną.

Omawiając kwestię możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne, w pierwszej kolejności należy porównać poprzednio obowiązujące przepisy oraz przepisy przejściowe Nowelizacji z aktualnie obowiązującymi przepisami, aby określić regulacje obowiązujące w różnych porządkach prawnych. Zgodnie z art. 19 ust. 3 pkt 1 Nowelizacji dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie Nowelizacji lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem jej wejścia w życie, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przed wejściem w życie Nowelizacji przepis ten ustanawiał zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień umowy oraz określał wyjątki od zakazu. Wyjątek taki stanowiła sytuacja, w której zamawiający przewidział możliwość dokonania istotnej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Tym samym dokonywanie zmian o nieistotnym charakterze było jak najbardziej dopuszczalne w poprzednim stanie prawnym. Ponadto, na dokonanie zmian o nieistotnym charakterze zezwalają nowe przepisy. W przeciwieństwie jednak do poprzedniej regulacji obowiązujący art. 144 ustawy Pzp definiuje pojęcie istotnej zmiany. Wspomniany wyżej art. 19 nie wskazuje wprost na uprawnienie za-

mawiającego do dokonywania nieistotnych zmian umowy, chyba że wcześniej przewidział możliwość ich dokonania. Pojawia się zatem wątpliwość, czy możliwe jest dokonywanie nieistotnych zmian w odniesieniu do umów zawartych w poprzednim stanie prawnym oraz w następstwie postępowań wszczętych w poprzednim stanie prawnym, tzw. „umów przejściowych”. Regulacja zawarta w art. 19 ust. 3 Nowelizacji wydaje się być wyczerpująca, poddaje jednak w wątpliwość racjonalność działań ustawodawcy. Pozbawienie stron możliwości dokonania nieistotnych zmian umowy, jaką miały w poprzednim stanie prawnym i jaką mają w obowiązującym stanie prawnym, wydaje się niecelowe. Analizując poprzednio obowiązujący art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 19 ust. 3 Nowelizacji można stwierdzić, że nie kolidują ze sobą, co prowadziłyby do wniosku, iż strony mają możliwość dokonania nieistotnych zmian umowy, nawet, jeśli dana umowa została zawarta przed dniem wejścia w życie Nowelizacji lub w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed tym dniem.

Kwestia możliwości dokonania nieistotnych zmian nie jest jedyną, która budzi wątpliwości. Kolejnym enigmatycznym zagadnieniem jest określenie, które zmiany można uznać za nieistotne. W poprzednio obowiązującym porządku prawnym, który ma zastosowanie do „umów przejściowych”, nie ujęto definicji ani zmiany o nieistotnym charakterze, ani też zmiany istotnej. Oceniając istotność zmiany, należy zatem posiłkować się orzecznictwem oraz brać pod uwagę opinię prezesa Urzędu

Zamówień Publicznych pt. „Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)”. Opinia ta zawiera ważne wskazówki, jak należy interpretować istotność zmiany umowy.

Nowelizacja wprowadza wiele zmian w art. 144 ustawy Pzp, traktującym o zakazie istotnych zmian umowy, m.in. wprowadza ust. 1e, który określa, jakie zmiany zawarte w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotne. Zgodnie z przepisem, zmianę uznaje się za istotną, m.in., gdy zmienia ona ogólny charakter umowy w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu. Przepisy ustawy Pzp nie stoją na przeszkodzie, aby zamawiający po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zmienił postanowienia tejże umowy w zakresie, w jakim zmiany te mają charakter nieistotny lub zostały przewidziane wcześniej w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pod warunkiem, że przyszły wykonawca wyraził zgodę na taką zmianę. Można zatem stwierdzić, że możliwa jest zmiana umowy polegająca na obniżeniu wynagrodzenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pod warunkiem, że obie strony wyrażą zgodę na taką zmianę. Zgodnie bowiem z art. 144 ust. 1e ustawy Pzp obniżenie wynagrodzenia wykonawcy nie stanowi jednoznacznie istotnej zmiany umowy.

Przepisy konstytuujące zakazy zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, zarówno w poprzednim, jaki i w obowiązującym porządku prawnym, nie określają w jasny sposób, jakie zmiany w umowach mogą być dokonywane. Obowiązujący art. 144 ustawy Pzp określa, co należy uznać za zmianę istotną, jednakże zawiera wiele nieprecyzyjnych pojęć. Zatem nadal jednoznaczne określenie, jaka zmiana stanowi zmianę nieistotną, a tym samym dopuszczalną, powoduje wiele trudności.

Małgorzata Fituch

Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych

Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski i Wspólnicy