

Ekspert od prawa o zamówieniach publicznych wyjaśnia

Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z limitem finansowym

Czytelnik Biuletynu Górniczego zwrócił się o wskazanie, czy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać dokonana z ominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp), a jeżeli nie – to która z przesłanek uprawniająca do modyfikacji umowy jest najbardziej otwarta. Wskazał, że okoliczność, w której się znalazł i w której powstała konieczność modyfikacji warunków realizacji zamówienia, nie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Kierunek zmian wskazuje Pzp

Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego musi być ustalana w świetle przypadków określonych w art. 144 ust. 1 Pzp. Nie ma innej możliwości. W myśl tego przepisu zakazuje się zmian postanowień umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty wybranego wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w tym przepisie w pkt. od 1 do 6.

Najmniej warunkowa przesłanka uprawniająca do aneksowania umowy w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przepis ten ma swój pierwowzór w prawodawstwie unijnym – w art. 72 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz w art. 89 ust. 2 dyrektywy sektorowej.

Zgodnie z tym przepisem zakazane są zmiany postanowień umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty wybranego wykonawcy, chyba że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (chodzi tu o tzw. proggi unijne) i jest mniejsza od 10 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Limity kwotowe zmian

W przepisie są dwa limity kwotowe, które ograniczają zakres dokonywanej zmiany. Zmiany tego rodzaju uregulowano odrębnie dla umów w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane oraz odrębnie dla zamówień na dostawy lub na usługi.

W przypadku zamówień na dostawy lub usługi dopuszczalność dokonania zmiany jest warunkowana wystąpieniem dwóch przesłanek:

1. łączna wartość zmian musi być mniejsza niż wartość tzw. progu unijnego (dla zamówień sektorowych na dziś to ok. 1,9 mln zł);
2. wartość zmiany musi być mniejsza od 10 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Z kolei w przypadku zamówień na roboty budowlane:

1. łączna wartość zmian musi być mniejsza niż wartość tzw. progu unijnego (na dziś to ok. 23,9 mln zł);
2. wartość zmiany musi być mniejsza od 15 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

O ile pierwszy warunek finansowy odnoszący się do wysokości, tzw. progów unijnych nie rodzi wątpliwości, to warto wyjaśnić, że drugi limit finansowy to wartość stanowiąca pewien procent „wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie” (10 proc. w przypadku zamówień na dostawy lub na usługi oraz 15 proc. w przypadku zamówień na roboty budowlane). Wartość ta nie powinna być mylona z wartością szacunkową zamówienia. Zdaniem autora sformułowanie „wartość zamówienia określona pierwotnie w umowie”

jednoznacznie wskazuje, że procentową wielkość dopuszczalnej zmiany rozumieć należy jako wartość zmiany w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy.

Ustawodawca przyjął zatem pewien wartościowy próg bagatelności dopuszczając, że zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego, których wartość nie przekracza przedmiotowego progu, mogą zostać wprowadzane bez spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków.

Brak obowiązku przewidzenia zmian

Istotne jest, że w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ nie trzeba przewidywać ani możliwości dokonania tych zmian, ani ich limitów. W tym zakresie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że: „Brzmienie ww. przepisu nie wskazuje na dodatkowe obowiązki związane z zamieszczeniem w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu klauzul dotyczących możliwości wprowadzenia ww. zmian w umowie. W związku z powyższym, w przypadku określonym w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie ma obowiązku przewidywania w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości dokonania zmian w umowie. Powyższy obowiązek dotyczy możliwości wprowadzenia zmian postanowień zawartej umowy przewidzianych odrębnie w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp” (interpretacja art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp jest umieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych).

Niezależność od innych przesłanek

Co istotne, dla oceny dopuszczalności dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie wskazanej przesłanki bez znaczenia pozostają faktyczne przyczyny rodzące konieczność zawarcia aneksu do umowy.

Jak słusznie wskazuje przedstawiciel doktryny: „przesłanki zmiany de minimis nie posługują się żadną klauzulą generalną (jak np. należyta staranność, co ma miejsce w przypadku przesłanki z art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp) ani zwrotami o charakterze ocennym [...]. Nie ma zatem żadnych podstaw prawnych, by kwestionować dopuszczalność dokonywania zmiany w myśl art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na przypisywanie którejś ze stron umowy winy za powstanie lub przyczynienie się do zaistnienia zdarzeń stanowiących faktyczny powód modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego – brak winy w powstaniu okoliczności rodzącej potrzebę dokonania zmiany de minimis nie stanowi bowiem przesłanki zmiany” (interpretacja art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp dokonana przez J.Jerzykowskiego w publikacji pn. Zmiany de minimis, wyd. Przetargi Publiczne 8/2018).

Suma wszystkich zmian

Przesłanki zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp odnoszą się wyłącznie do wartości finansowych. Jeżeli zatem omawiana przesłanka zmiany umowy nie ogranicza zakresu możliwych modyfikacji (czyli nie wskazuje, jaki rodzaj zobowiązań umownych może ulec zmianie), to uznać należy, że na jej podstawie można dokonać wszelkiego rodzaju modyfikacji, o ile nie powodują one przekroczenia wskazanych wcześniej dwóch limitów finansowych. Jeżeli limit sumy wartości kolejnych zmian udzielanych na podstawie tej przesłanki zostanie przekroczony, to nie ma możliwości dalszego jej stosowania i należy znaleźć inną podstawę/uzasadnienie modyfikacji (o ile są dostępne).

Agnieszka Zaborowska

Adwokat w Kancelarii Adwokackiej Zaborowska, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych