

## Aleksandra Kunkiel-Kryńska

# Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości

Specyfika zamówień publicznych sprawia, że w przypadku wprowadzenia zmian do umów w sprawie zamówienia publicznego pojawia się pytanie, jaki jest charakter planowanych zmian i czy ich wprowadzenie determinuje ponowne przeprowadzenie procedury udzielania zamówienia publicznego? Problematyka zmiany umów stanowiła od dawna przedmiot analiz Trybunału Sprawiedliwości (dalej jako TS), który udzielał wskazówek interpretacyjnych, jakie zmiany stanowią udzielenie nowego zamówienia i wymagają przeprowadzenia nowej procedury, a jakie nie. Przesłanki wypracowane przez dotychczasowe orzecznictwo TS zostały w dużej mierze skodyfikowane w nowej dyrektywie 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych<sup>1</sup>, która uchyla dotychczasową dyrektywę 2004/18/WE<sup>2</sup>.

### 1. Wstęp

Punktem wyjścia przy analizie unijnego systemu prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji także implementującego go prawa krajowego, jest identyfikacja celu, jaki te regulacje mają osiągnąć<sup>3</sup>. Celem tym jest zapewnianie swobodnego przepływu usług (towarów) i otwarcie rynków na niezakłóconą i szeroką konkurencję w państwach członkowskich UE<sup>4</sup>. Ponadto, celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych jest minimalizacja ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych oferentów przy

udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające i jednocześnie wykluczenie sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować kryteriami pozagospodarczymi<sup>5</sup>.

Powyższe cele wymagają przejrzystego (transparentnego) oraz niedyskryminującego sposobu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych, co w praktyce przekłada się na zachowanie równych szans dla wszystkich możliwych oferentów z różnych państw członkowskich (zasadę równego traktowania oferentów)<sup>6</sup>. Tym samym europejskie prawo zamówień publicznych jest istotnym fragmentem polityki rynku wewnętrznego Unii Europejskiej<sup>7</sup>, bez którego integracja ekonomiczna państw członkowskich nie byłaby pełna i jako takie ma sprzyjać realizacji swobód traktatowych<sup>8</sup>.

Zamówienia publiczne mogą być rozpatrywane w nawiązaniu do przedmiotu umowy zawieranej w drodze przetargu. Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt a) dyrektywy 2004/18/WE „zamówienia publiczne” oznaczają umowy o charakterze odpłatnym

- 1 Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65), dalej jako dyrektywa 2014/24/UE.
- 2 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. WE L 134 z 30.04.2004 r., s. 114), dalej jako dyrektywa 2004/18/WE.
- 3 Zgodnie z motywem 2 preambuły dyrektywy 2004/18/WE, „Udzielanie zamówień (...) podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Natomiast zgodnie z motywem 1 preambuły dyrektywy 2014/24/UE: „Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47, dalej jako TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję”.
- 4 Wyrok TS z 11.01.2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recycling-park Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Zb. Orz. 2005, s. I-1, pkt 44.

- 5 Por. wyroki TS: z 3.10.2000 r. w sprawie C-380/98, *The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, ECR 2000, s. I-8035, pkt 17; z 15.01.1998 r. w sprawie C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG i inni przeciwko Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ECR 1998, s. I-73, pkt 33.
- 6 Wyrok TS z 13.12.2007 r. w sprawie C-337/06, *Bayerischer Rundfunk i inni przeciwko GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, Zb. Orz. 2007, s. I-11173.
- 7 Zob. szeroko na ten temat A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2012; A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004.
- 8 Także obecnie kompetencja UE do harmonizacji przepisów krajowych nadal polega na podejmowaniu działań prawodawczych w celu budowy i rozwoju rynku wewnętrznego. W konsekwencji cel harmonizacyjny Unii jest wciąż związany z optymalizacją obrotu gospodarczego. Poprzez integrację przestrzeni prawnych, a w konsekwencji i przestrzeni gospodarczych (rynków) poszczególnych państw członkowskich, UE realizuje swoje priorytety, czyli cele integracyjno-gospodarcze.

zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Specyfika zamówień publicznych sprawia, że w przypadku konieczności wprowadzenia zmian do umów w sprawie zamówienia publicznego pojawia się pytanie, jaki jest charakter planowanych zmian i czy ich wprowadzenie powoduje stan, że należy przeprowadzić ponowną procedurę udzielania zamówienia publicznego? Pojawia się tu swoisty konflikt pomiędzy dążeniem do możliwie jak najbardziej efektywnego kontynuowania wykonywania danego zamówienia a zasadą zachowania równości szans dla wszystkich aktualnych i potencjalnych wykonawców. Podobne ujęcie zaprezentowano w nowej dyrektywie 2014/24/UE, w której art. 1 ust. 5 stanowi, że „zamówienia publiczne” oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług.

## 2. Zmiany umowy o zamówienie publiczne w orzecznictwie TS

### 2.1. Uwagi wstępne

Dyrektywy zamówieniowe – zarówno te uchylone<sup>9</sup>, jak i dyrektywa 2004/18/WE – nie poruszały *expressis verbis* tematyki zmian umów w sprawie zamówienia publicznego. Dopuszczalność zmian umów została szeroko omówiona w orzecznictwie TS, z którego wynika, że punktem wyjścia przy ocenie, czy zmiana treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego jest możliwa jest zakwalifikowanie jej jako istotnej lub nieistotnej<sup>10</sup>. Ponadto, w doktrynie wskazywano, że jedynym dopuszczalnym zakresem unijnej ingerencji jest przeciwdziałanie takim modyfikacjom kontraktów, które faktycznie prowadziłyby do udzielenia nowego zamówienia i obejścia dyrektywy 2004/18/WE<sup>11</sup>. Nowa dyrektywa 2014/24/UE w większości uwzględniła utrwaloną linię orzeczniczą TS odnośnie do tej tematyki w art. 72 dotyczącym „Modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania”.

### 2.2. Wyrok w sprawie C-454/06, *Pressetext*

Wyrok TS w sprawie C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*<sup>12</sup> jest niewątpliwie najpopularniejszym orzeczeniem

zawierającym wskazówki interpretacyjne odnośnie do zmian w postanowieniach zamówienia publicznego (zawartej umowie) w czasie jego trwania. W sprawie tej austriacki Federalny Urząd Zamówień Publicznych (niem. *Bundesvergabamt*) przedłożył TS wiele pytań dotyczących postanowień ówczesnej dyrektywy dotyczącej udzielania zamówień na usługi<sup>13</sup> w celu wyjaśnienia kwestii, w jakich okolicznościach zmianę istniejącej umowy należy uznać za ponowne udzielenie zamówienia publicznego z tym skutkiem że w danym przypadku musi zostać uprzednio przeprowadzona procedura udzielenia zamówienia. Trybunał Sprawiedliwości sprecyzował zakres pojęcia „udzielenie” zamówienia publicznego w kontekście dopuszczalnych zmian podmiotowych i przedmiotowych zawartej umowy.

Tłem sprawy był spór austriackich agencji informacyjnych dotyczący zmian umowy świadczenia usług informacyjno-prasowych zawartej przez jedną z agencji, tj. Austria Presse Agentur GmbH (dalej jako APA) z austriackimi urzędami federalnymi. Umowa została zawarta w 1994 r., a jej przedmiotem było odpłatne świadczenie usług, które polegały na pozyskiwaniu i wykorzystywaniu aktualnych oraz historycznych informacji oraz komunikatów prasowych umieszczonych w bazie danych APA oraz używanie oryginalnego serwisu tekstowego spółki APA zwanego „OTS” w celu pozyskiwania informacji i publikowania własnych komunikatów prasowych. Umowa została zawarta na czas nieokreślony, a strony rzekły się prawa do jej wypowiedzenia do końca 1999 r.

W 2000 r. APA utworzyła spółkę APA-OTS Originaltext-Service GmbH („APA-OTS”), z którą zawarła umowę. Przy czym APA-OTS była pod względem finansowym, organizacyjnym i ekonomicznym włączona do przedsiębiorstwa APA, a przy prowadzeniu i zarządzaniu swoich spraw była zobowiązana do postępowania zgodnie z poleceniami APA. APA przekazała tak utworzonej spółce prowadzenie działalności, polegającej na świadczeniu usługi „OTS” i poinformowała o tym Republikę Austrii, gwarantując niezmiennosc świadczonej usługi oraz wspólne ponoszenie odpowiedzialności przez APA oraz APA-OTS.

Ponadto, w 2005 r. strony w aneksie do umowy zastąpiły walutę krajową kwotą w euro i określiły cenę usługi w euro, a przy zaokrągleniu kwoty obniżyły o 0,3% wynagrodzenie wykonawcy. Dodatkowo, zmieniono mechanizm indeksacji.

W 2005 r. strony wprowadziły też inne zmiany do umowy, które polegały na przyznaniu zamawiającemu wyższego rabatu za korzystanie online z usług informacyjnych (a 15 na 25%) oraz na przedłużeniu okresu obowiązywania postanowienia o braku uprawnienia do wypowiedzenia umowy.

Jedną z agencji działającą na austriackim rynku agencji informacyjnych, tj. *Pressetext Nachrichtenagentur* (dalej jako PN) zakwestionowała w postępowaniu przed *Bundesvergabamt* zmiany umowy o świadczenie usług dla Republiki Austrii, w szczególności przekazanie obowiązków i uprawnień innemu podmiotowi. W konsekwencji *Bundesvergabamt* zdecydował się

9 Dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE L 209 z 24.07.1992 r., s.1), dyrektywa 93/36/EWG z 14.06.1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. WE L 199 z 9.08.1993 r., s.1) oraz dyrektywa 93/37/EWG z 14.06.1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 9.08.1993 r., s. 54).

10 S.T. Paulsen, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law*, „Public Procurement Law Review” 2012/21, s. 172.

11 A. Sołtysińska, *Głosa do wyroku TS z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, LEX/el.* 2009.

12 Zob. wyrok TS z 19.06.2008 r. w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, Zb. Orz 2008, s. 8. Por. też

A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne – pojęcie udzielania zamówień publicznych – istotna zmiana umów – zmiana po stronie wykonawcy – wprowadzenie i wyrok TS z 19.06.2008 r. w sprawie C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014/2, s. 49–52.

13 Dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE L 209 z 24.07.1992 r., s. 1), dalej jako dyrektywa 92/50/EWG.

skierować do Trybunału w Luksemburgu pytania zmierzające do ustalenia, w jakich okolicznościach zmianę istniejącego stosunku umownego pomiędzy instytucją zamawiającą i usługodawcą należy uznać za udzielenie nowego zamówienia publicznego w rozumieniu ówczesnie obowiązującej dyrektywy 92/50/EWG?

### 2.2.1. Zmiana podmiotowe

Mając na uwadze, że zastąpienie pierwotnego kontrahenta stanowi zmianę podstawowych postanowień zamówienia publicznego<sup>14</sup>, w pierwszym pytaniu prejudycjalnym *Bundesvergabeamt* zmierzał do ustalenia, czy możliwe są zmiany podmiotowe zawartej już umowy. Po pierwsze, czy jest możliwe, aby instytucja zamawiająca nabywała usługi od nowego usługodawcy, którego jedynym udziałowcem jest pierwotny usługodawca? Po drugie, czy w takiej sytuacji ma znaczenie okoliczność, że w czasie trwania pierwotnej umowy, udziały w spółce będącej nowym usługodawcą mogą zostać w całości lub w części zbyte na rzecz osób trzecich?

W niniejszej sprawie w 2000 r. doszło do przeniesienia usług „OTS” z APA (pierwotny wykonawca) na APA-OTS (nowy wykonawca). APA-OTS Originaltext-Service GmbH była spółką całkowicie zależną od spółki APA, której przysługiwało prawo wydawania poleceń spółce APA-OTS. Trybunał Sprawiedliwości ustalił, że po wyodrębnieniu usług „OTS” i ich przejściu przez spółkę APA-OTS, spółka APA była odpowiedzialna solidarnie ze spółką APA-OTS, natomiast świadczona usługa jako całość pozostała bez zmian.

Wobec powyższego TS dopuścił możliwość takiej zmiany umowy, w której spółka wykonawcy będzie realizować usługi na rzecz instytucji zamawiającej, ale przy zagwarantowaniu odpowiedzialności solidarnej obu podmiotów i tego, że usługa jako całość pozostanie bez zmian<sup>15</sup>. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zmiana kontrahenta (strony umowy w sprawie zamówienia publicznego) stanowiąca w istocie wewnętrzną reorganizację kontrahenta, a nie rzeczywistą zmianę kontrahenta, nie zmienia w sposób istotny postanowień pierwotnego zamówienia, a w konsekwencji – nie stanowi udzielenia nowego zamówienia. Jednak TS zaznaczył, że rzeczywista zmiana kontrahenta miałaby miejsce w sytuacji zbycia udziałów spółki osobie trzeciej.

Podsumowując, TS uznał za zmianę istotną zastąpienie kontrahenta, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia przez nowego kontrahenta, chyba że z okoliczności sprawy wynika, iż zmiana polega jedynie na zmianie wewnętrznej struktury kontrahenta. Wydaje się, że też inne przypadki, w których zamówienie jest kontynuowane przez równie wykwalifikowanego nowego wykonawcę także są możliwe i nie naruszają zasady równego traktowania oraz zasady niedyskryminacji (np. w przypadku gdy pierwotny wykonawca staje się niewypłacalny)<sup>16</sup>.

### 2.2.2. Zmiana treści umowy

Odnosnie do zmian przedmiotowych umowy TS analizował zmiany postanowień umowy dotyczące cen i ich indeksacji, rabatów oraz możliwości wypowiedzenia.

W niniejszej sprawie wynagrodzenie za korzystanie z artykułów prasowych i archiwów zostało obniżone o 0,3%,

aby odpowiadało okrągłej kwocie mogącej ułatwić obliczenia. Ponadto, ceny za opublikowanie komunikatów prasowych w ramach usługi OTS zostały obniżone odpowiednio o 2,94 % i 1,47 % za lata 2002 i 2003, również w celu wyrażenia ich w okrągłych kwotach, mogących ułatwić obliczenia. Tym samym dostosowania cen polegały na obniżeniu kwot i w związku z ich zastosowaniem usługodawca nie odniósł korzyści, a raczej poniósł stratę, zgadzając się na obniżenie cen wynikające ze zwykłe stosowanych zasad przeliczania i indeksacji.

Wobec powyższego TS nie miał wątpliwości, że przeliczenie cen pierwotnie wyrażonych w walucie krajowej na euro (na skutek wprowadzenia euro) nie stanowi istotnej zmiany umowy, lecz jedynie dostosowanie zamówienia do zmienionych okoliczności zewnętrznych. Ponadto, Trybunał luksemburski dopuścił jako nieistotną zmianę zaokrąglenie cen przeliczonych na euro, jeśli nie zostanie przekroczona kwota dopuszczona we właściwych przepisach, a także jeśli tego rodzaju dostosowanie jest (i) minimalne, oraz (ii) jest uzasadnione w sposób obiektywny np. w celu ułatwienia wykonania zamówienia poprzez uproszczenie działań związanych z wystawianiem faktury<sup>17</sup>. Ostatecznie TS stwierdził, że dostosowania pierwotnej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych, takich jak przeliczenie na euro, minimalna obniżka tych cen w celu ich zaokrąglenia oraz aktualizacja postanowień dotyczących indeksacji nie ma charakteru zmian istotnych, nie narusza zasad przejrzystości i równego traktowania, a tym samym nie stanowi udzielenia nowego zamówienia.

Trybunał Sprawiedliwości analizując postanowienie umowy o rzeczeniu się prawa do jej wypowiedzenia wskazał, że po wygaśnięciu 31.12.1999 r. postanowienia o braku prawa do wypowiedzenia umowy zawartego w umowie podstawowej, można było rozwiązać omawiane zamówienie w każdej chwili z zachowaniem terminu wypowiedzenia. Zamówienie to pozostało jednak w mocy w okresie odpowiadającym latom 2000–2005, ponieważ ani instytucja zamawiająca, ani usługodawca nie skorzystali ze swojego prawa do wypowiedzenia umowy. Postanowienie o braku prawa wypowiedzenia umowy – przy założeniu, że nie jest systematycznie na nowo wprowadzane do umowy – nie prowadzi do zagrożenia zniekształceniem konkurencji i nie może zostać zakwalifikowane jako istotna zmiana pierwotnej umowy<sup>18</sup>.

Odnosnie do podwyższenia rabatu przewidzianego w aneksie drugim, TS stwierdził, że postanowienie to odnosi się do stosowanej przez APA taryfy malejącej ceny usług w przypadku gdy wzrasta korzystanie z usług. Podwyższenie stawki rabatu z 15 na 25% jest równoznaczne z zastosowaniem niższej ceny. Zdaniem TS, takie podwyższenie rabatu w sposób skutkujący obniżeniem wynagrodzenia otrzymywanego przez usługodawcę względem wynagrodzenia przewidzianego pierwotnie nie zmienia równowagi ekonomicznej umowy na korzyść usługodawcy, a także nie prowadzi do zakłóceń konkurencji na niekorzyść potencjalnych oferentów. W konsekwencji fakt ustanowienia w aneksie wyższych rabatów nie może być uznany za istotną zmianę umowy<sup>19</sup>.

### 2.2.3. Kryterium istotności zmiany umowy

Kierując się wykładnią celowościową i funkcjonalną, TS stwierdził, że – ze względu na cel zapewnienia przejrzystości

14 Pkt 40 wyroku TS w sprawie C-454/06.

15 Pkt 45 wyroku TS w sprawie C-454/06.

16 S.T. Paulsen, *The possibilities of amending a public contract...*, s. 167.

17 Pkt 61 wyroku TS w sprawie C-454/06.

18 Pkt 80 wyroku TS w sprawie C-454/06.

19 Pkt 87 wyroku TS w sprawie C-454/06.

procedur równego traktowania oferentów – zmiany zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi (ang. *materially different*) od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia<sup>20</sup>. Innymi słowy, oceniając, czy dana zmiana stanowi udzielenie nowego zamówienia należy się odnieść do kryterium istotności.

Trybunał Sprawiedliwości określił (niewyczerpująco) listę okoliczności i przesłanek, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie istotności zmiany:

- po pierwsze, zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Wynika z tego, że zmiana umowy powinna być oceniana w świetle pierwotnie wybranego wykonawcy;
- po drugie, zmiana pierwotnego zamówienia w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący (ang. *considerably*) poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane;
- po trzecie, zmiana zamówienia publicznego może być uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Podsumowując, wystąpienie przynajmniej jednej okoliczności z powyższych sugeruje, że zmiana ma charakter istotny – w konsekwencji zmiana powinna być uznana za nowe zamówienie<sup>21</sup>. Tym samym odpowiedź na pytanie, czy dana zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zmianą istotną/nieistotną zależy od wyniku przeprowadzonego drobiazgowego testu oddziaływania zmiany umowy na konkurencję w danych okolicznościach faktycznych, a pojęcie istotnej zmiany TS odniósł do skutków, jakie zmiana umowy wywołuje w kontekście zasady przejrzystości, a nie do przedmiotu zmienianego warunku<sup>22</sup>.

Kwalifikacja zmiany umowy jako istotnej lub nieistotnej stanowiła także przedmiot rozważań rzecznik generalnej J. Kokott<sup>23</sup>. W kontekście prointegracyjnego celu unijnych regulacji zamówieniowych, rzecznik generalna stwierdziła, że nie wszystkie zmiany umów w sprawie zamówień publicznych wymagają uprzedniej procedury udzielania zamówień. Tylko istotne zmiany umowy, które „realnie” (niem. *konkret*) mogą zakłócić konkurencję na danym rynku oraz uprzywilejowywać kontrahentów instytucji zamawiającej w stosunku do innych możliwych usługodawców, uzasadniają ponowne przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia<sup>24</sup>.

Ponadto, istotna zmiana umowy występuje wtedy, gdy nie da się wykluczyć, że pozostali usługodawcy wskutek pierwotnych, mniej korzystnych warunków, zostali zniechęceni do ubiegania się o zamówienie publiczne lub iż z uwagi na nowe warunki umowy byłoby tym razem zainteresowani ubieganiem się o zamówienie publiczne lub też gdy wniosek oferenta, który swego czasu został odrzucony, mógłby, z uwagi na nowe warunki umowy, zostać uwzględniony<sup>25</sup>.

Rzecznik generalna J. Kokott podkreśliła, że dostosowania umowy o charakterze czysto technicznym, które nie mają decydującego wpływu na relację świadczeń pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, zazwyczaj w ogóle nie stanowią zmiany umowy, a tym bardziej nie są istotną zmianą umowy, która wymagałaby przeprowadzenia procedury udzielenia zamówień<sup>26</sup>. Takie zmiany nie oddziałują na konkurencję między wykonawcami. Mogą być to zmiany dotyczące obowiązującej waluty lub na nowo sformułowana klauzula waloryzacyjna. Niemniej jednak i w tym przypadku należy zbadać, czy przeliczenie na nową walutę nie zmienia wynagrodzenia w taki sposób, że oddziałuje to na konkurencję.

Z opinii tej można wysnuć wniosek, że nie można stosować „automatyzmu” w ocenie istotności zmian umowy. Wręcz przeciwnie, rzecznik generalna skłania się ku wartościującej analizie wszystkich okoliczności danego przypadku. W konsekwencji nie powinno się *a priori* domniemywać, że zmiany dotyczące wypowiedzenia lub waloryzacji, są zmianą istotną. Mogą one przecież nie prowadzić do: (i) zakłócenia konkurencji, oraz (ii) uprzywilejowania kontrahentów zamawiającego w stosunku do innych możliwych usługodawców.

### 2.3. TS o istotności zmian umów w sprawie zamówienia publicznego

Mimo że wyrok w sprawie C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* jest wiodącym orzeczeniem odnośnie do zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, to TS rozpatrywał kwestie istotności zmian wielokrotnie w innych sprawach<sup>27</sup>.

Po raz pierwszy Trybunał w Luksemburgu wypowiedział się na temat zmian umowy w sprawie C-337/98, *Komisja przeciwko Francji*<sup>28</sup>, podnosząc, że w świetle prawa unijnego, ze względu na cel zapewnienia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, zmiany w postanowieniach umowy w czasie jej trwania są równoznaczne z udzieleniem nowego zamówienia, jeżeli mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia<sup>29</sup>. W sprawie tej strony po udzieleniu zamówienia przez kilka lat negocjowały cenę kontraktu i jej podniesienie, co wskazywało na renegotjowanie warunków zamówienia.

20 Pkt 34 wyroku TS w sprawie C-454/06.

21 K. Hartley, M. Wahl Liljenbol, *Changes to existing contracts under the EU Public Procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, „Public Procurement Law Review” 2013/2, s. 54.

22 A. Soltysińska, *Zamówienia publiczne – pojęcie udzielania zamówień publicznych – istotna zmiana umowy – zmiana po stronie wykonawcy...*, s. 49.

23 Opinia rzecznik generalnej J. Kokott przedstawiona 13.03.2008 r. w sprawie C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, Zb. Orz. 2008, s. I-4401.

24 Pkt 48 opinii rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie C-454/06.

25 Pkt 49 opinii rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie C-454/06.

26 Pkt 98 opinii rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie C-454/06.

27 Zob. przykłady orzeczeń z tego zakresu C. Bovis, *Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions*, „Common Market Law Review” 2012/49, s. 268.

28 Wyrok TS z 5.10.2000 r. w sprawie C-337/98, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECR 2000, s. I-8377.

29 Pkt 46 wyroku TS w sprawie C-337/98: „It follows that, in the present case, it is for the Commission to adduce all such evidence as is necessary to prove that fresh negotiations were commenced after 22 September 1995 and were such as to demonstrate the intention of the parties to renegotiate the essential terms of the contract, which would justify the application of the provisions of Directive 93/98”.

Innym często powoływanym orzeczeniem jest wyrok w sprawie C-496/99, *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta*<sup>30</sup>. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że zmiana istotnego warunku zamówienia publicznego w czasie trwania zamówienia, w braku wyraźnego upoważnienia w tym zakresie w ramach postanowień pierwotnego zamówienia, stanowiłaby zagrożenie powstania naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania oferentów<sup>31</sup>. Innymi słowy, możliwa jest istotna zmiana postanowień umowy, ale tylko wtedy, gdy strony przewidziały taką możliwość i określiły zasady takiej zmiany już na etapie składania ofert.

Natomiast w wyroku w sprawie C-250/07, *Komisja przeciwko Republice Greckiej*<sup>32</sup>, TS potwierdził, że zmiana początkowego warunku zamówienia (tzw. renegeacji) może być uznana za istotną, w szczególności gdy zmieniony warunek, jeżeli by został ujęty w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłby uznanie ofert złożonych w ramach procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie za prawidłowe lub umożliwiłby złożenie ofert przez oferentów innych niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu<sup>33</sup>.

W najnowszym orzecznictwie<sup>34</sup> TS stwierdził, że zastąpienie kluczowego podwykonawcy może w wyjątkowych przypadkach stanowić zmianę istotną, zwłaszcza jeśli skorzystanie z jego usług było czynnikiem rozstrzygającym o zawarciu umowy pomiędzy stronami. Taki wniosek płynie z wyroku w sprawie C-91/08, *Wall AG przeciwko miastu Frankfurt nad Menem*<sup>35</sup>.

W tej sprawie strony ustaliły, że co do części świadczeń z umowy podwykonawcą koncesjonariusza będzie inna, zindywidualizowana spółka – wcześniej wykluczona z postępowania. Później, w toku wykonywania umowy koncesji, koncesjonariusz uzyskał od konkurentów spółki-podwykonawcy korzystniejsze oferty. W związku z tym zdecydował się zawrzeć umowy z konkurentami i zwrócił się do koncesjodawcy o zgodę na zastąpienie podwykonawcy. Uzyskał oświadczenia pozwalające realizować umowę bez udziału dotychczasowego podwykonawcy. Oświadczenia koncesjodawcy zaowocowały wniesieniem przez spółkę-podwykonawcę środka prawnego do sądu krajowego mającego na celu m.in. zapobieżenie wykonaniu umów z „zastępcami”. Sąd skierował do TS pytanie prejudycjalne.

30 Wyrok TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-496/99 P, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA*, ECR 2004, s. I-3801.

31 Pkt 118 oraz pkt 121 wyroku TS w sprawie C-496/99 P: „Should the contracting authority wish, for specific reasons, to be able to amend some conditions of the invitation to tender, after the successful tenderer has been selected, it is required expressly to provide for that possibility, as well as for the relevant detailed rules, in the notice of invitation to tender which has been drawn up by the authority itself and defines the framework within which the procedure must be carried out, so that all the undertakings interested in taking part in the procurement procedure are aware of that possibility from the outset and are therefore on an equal footing when formulating their respective tenders”; „Furthermore, a practice of that kind would inevitably lead to infringement of the principles of transparency and equal treatment as between tenderers since the uniform application of the conditions of the invitation to tender and the objectivity of the procedure would no longer be guaranteed”.

32 Wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-250/07, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, Zb. Orz. 2009, s. I-4369.

33 Pkt 51 i pkt 52 wyroku TS w sprawie C-250/07.

34 M. Drozdowicz, A. Kunkiel-Kryńska, *Klucz do zamówienia publicznego*, „Rzeczpospolita” z 23–25.04.2011 r., s. C7, por. www.rzeczpospolita.pl.

35 Wyrok TS z 13.04.2010 r. w sprawie C-91/08, *Wall AG przeciwko La ville de Francfort-sur-le-Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, Zb. Orz. 2010, s. I-2815.

Trybunał luksemburski stanął na stanowisku, że zastąpienie podwykonawcy, nawet jeśli taką możliwość przewidziano w umowie, może w wyjątkowych wypadkach stanowić zmianę jednego z istotnych elementów umowy. Może się tak stać wtedy, gdy skorzystanie z usług konkretnego podwykonawcy było czynnikiem rozstrzygającym o zawarciu umowy. Jak wskazał TS, ważnym determinantem są tu cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, które mogły być spełnione przez określonego podwykonawcę.

### 3. Zmiany umowy w świetle nowej dyrektywy 2014/24/UE

Prace nad nowymi dyrektywami zamówieniowymi, w tym nad nową dyrektywą klasyczną, rozpoczęły się już w 2011 r.<sup>36</sup> 11.02.2014 r. Rada przyjęła nową dyrektywę 2014/24, która została opublikowana 28.03.2014 r. Zgodnie z art. 90 niniejszej dyrektywy państwa członkowskie UE powinny dokonać transpozycji do 18.04.2016 r.

**Podczas prac nad pakietem nowych dyrektyw zamówieniowych prawodawca europejski uznał, że zasady dotyczące zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego – obrósł obszernym orzecznictwem TS – powinny zostać doprecyzowane w tekście nowych przepisów, tak aby zawierać przesłanki określające, w jakich sytuacjach zmiany umowy w czasie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu orzecznictwo dotyczące zmian umowy zostało skodyfikowane w nowej dyrektywie 2014/24/UE.**

Co do zasady, nowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest wymagane w przypadku istotnych zmian w pierwotnej umowie, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron, w tym podziału praw własności intelektualnej. Należy tu podkreślić, że zmiany te powinny wskazywać na zamiar stron dotyczący renegeacji istotnych warunków umowy – występuje to szczególnie w sytuacji gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu<sup>37</sup>.

Nowe regulacje wprowadzają ogólną definicję legalną istotnej zmiany (modyfikacji) umowy<sup>38</sup> - najogólniej rzecz ujmując zmiana taka powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy. Przy czym zmianę uznaje się za istotną, jeżeli spełniona jest co najmniej jedna z następujących przesłanek:

a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia,

b) modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie,

c) modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy,

d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia.

36 KOM(2011) 896 wersja ostateczna.

37 Motyw 107 i n. preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

38 Art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE. Przepis stanowi o modyfikacjach umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

Z drugiej strony, ust. 1 art. 72 dyrektywy 2014/24/UE drobiazgowo reguluje przypadki możliwości modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania, czyli bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Po pierwsze, zamówienia można modyfikować – niezależnie od ich wartości pieniężnej – gdy modyfikacje zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówieniowych. Jednak nie mogą one przewidywać zmian, które zmodyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Po drugie, w przypadku dodatkowych robót budowlanych, usług lub dostaw wykonywanych przez pierwotnego wykonawcę, które stały się niezbędne i które nie były uwzględnione w pierwotnym zamówieniu, jeżeli zmiana wykonawcy: (i) nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, oraz (ii) spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej<sup>39</sup>.

Po trzecie, gdy są spełnione wszystkie następujące warunki: (i) konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć, (ii) modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia, (iii) ewentualny wzrost ceny nie jest wyższy niż 50% wartości pierwotnej umowy<sup>40</sup>.

Po czwarte, gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku: (i) jednoznacznej klauzuli przeglądowej lub opcji, (ii) sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania niniejszej dyrektywy, (iii) sytuacji gdy instytucja zamawiająca sama przyjmuje zobowiązania głównego wykonawcy względem jego podwykonawców.

Po piąte wreszcie, gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne.

Ponadto, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy wartość modyfikacji jest niższa zarówno od wartości kwot progowych (wskazanych w art. 4 dyrektywy 2014/24/UE), jak i 10% pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy (15% wartości w przypadku zamówień na roboty budowlane)<sup>41</sup>.

## 5. Podsumowanie

W przypadku zmian treści już zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego nasuwają się zawsze pytania, czy należy

przeprowadzić ponowną procedurę udzielania zamówienia publicznego. **Pojawia się tu konflikt pomiędzy dążeniem do możliwie jak najbardziej efektywnego kontynuowania wykonywania zamówienia a nakazem zachowania równości między wszystkimi aktualnymi i potencjalnymi wykonawcami.**

W swoim orzecznictwie TS wskazywał, że nie można stosować automatyzmu w ocenie istotności zmian umowy. Wręcz przeciwnie, należy przeprowadzać wartościującą analizę wszystkich okoliczności danego przypadku (uwzględnienie wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert<sup>42</sup>). Tym samym TS ujmował dopuszczalność zmian w sposób funkcjonalny (cel zobowiązania) i dążył do tego aby zmiany nie prowadziły do faktycznego udzielania nowych zamówień poza systemem dyrektywy.

**Przepisy nowej dyrektywy 2014/24/UE podążają w ślad za utrwalonym orzecznictwem TS i precyzują sytuacje, w jakich zmiany (modyfikacje) umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania, w tym wprowadzają definicję zmian istotnych.** Z drugiej zaś strony, nowe regulacje przewidują m.in., że zmiana zakresu zamówienia lub nawet zmiana wynagrodzenia nie muszą być zawsze zmianą istotną. Ponadto, może być też tak, że zmiany po stronie wykonawcy nie powodują istotnej zmiany umowy (zmiany organizacyjne). Wskazane zmiany nie prowadzą przecież automatycznie do zakłócenia konkurencji oraz uprzywilejowania kontrahentów zamawiającego w stosunku do innych możliwych usługodawców. Tym samym zostało potwierdzone, że istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego to niekoniecznie to samo co zmiana *essentialia negotii* umowy.

**Konsekwencją uregulowania kwestii zmian umów w sprawie zamówienia publicznego w przepisach dyrektyw jest konieczność implementacji w przepisach krajowych. Oznacza to przeprowadzenie transpozycji do prawa krajowego w ciągu najbliższych 2 lat, a następnie kontynuację całościowo ujmowanego procesu implementacji na etapie stosowania krajowego aktu implementacyjnego.**

Nowe regulacje unijne zawierają wiele pojęć niedookreślonych, nieostrych i klauzul generalnych, które mogą zostać odwzorowane w ustawach krajowych w procesie transpozycji. Takie cechy legislacji zwiększają zapotrzebowanie na rozstrzyganie spraw przez sądy, które wypełniają takie pojęcia treścią na etapie stosowania krajowych aktów prawnych. Pojęcia niedookreślone ze swej natury umożliwiają sądom stosowanie prawa z większym uwzględnieniem własnego uznania, a ich cechą jest przeniesienie oceny danego stanu faktycznego na sędziego. W efekcie rola pojęć niedookreślonych sprowadza się w głównej mierze do zapewnienia luzu decyzyjnego i realizowania dynamicznej funkcji prawa stanowionego, tj. możliwości reakcji na nowe zjawiska społeczne czy ekonomiczne. Dlatego też, mimo uregulowania zmian umów w przepisach, należy uznać, że przedstawione orzecznictwo luksemburskie pozostanie aktualne też na tle nowych przepisów i będzie nadal stanowiło ważną wskazówkę interpretacyjną jak oceniać wpływ zmian na konkurencję na rynku wewnętrznym.

**dr Aleksandra Kunkiel-Kryńska**  
Autorka jest radcą prawnym w Warszawie.

39 Niemniej jednak ewentualny wzrost ceny nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia niniejszej dyrektywy.

40 W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów niniejszej dyrektywy.

41 Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

42 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 619.