



dr Aleksandra Kunkiel-Kryńska

Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*¹ jest wiodącym orzeczeniem zawierającym wskazówki interpretacyjne odnośnie zmian w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania.



dr Aleksandra Kunkiel-Kryńska

Radca prawny w kancelarii Wierzbowski Eversheds.

Sprawę zapoczątkował austriacki Federalny Urząd Zamówień Publicznych (*Bundesvergabeamt*), który przedłożył Trybunałowi szereg pytań związanych z postanowieniami dyrektywy dotyczącej udzielania zamówień na usługi². Urząd zmierzał do 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.

¹ Wyrok TSUE z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 z 19.06.2008 r., *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.

² Dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. L 209, z 24.7.1992 r., s.1).

Stan faktyczny

Tłem sprawy był spór austriackich agencji informacyjnych dotyczący zmian umowy świadczenia usług informacyjno-prasowych zawartej przez jedną z agencji – *Austria Presse Agentur GmbH* (APA) z austriackimi urzędami federalnymi. Umowa została zawarta w 1994 r., a jej przedmiotem było odpłatne świadczenie usług, polegających na pozyskiwaniu i wykorzystywaniu informacji oraz komunikatów prasowych umieszczonych w bazie danych APA, oraz używaniu serwisu tekstowego spółki APA (zwanego „OTS”) w celu pozyskiwania informacji i publikowania własnych komunikatów prasowych. Umowa została zawarta na czas nieokreślony, a strony zrzekły 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 niezmienną świadczonej usługi oraz wspólne ponoszenie odpowiedzialności przez APA oraz APA-OTS.

W 2005 r. strony w aneksie do umowy zamieniły walutę krajową na euro i określiły cenę usługi w nowej walucie, a przy zaokrągleniu kwoty obniżyły o 0,3% wynagrodzenie wykonawcy. Dodatkowo zmieniono mechanizm indeksacji. Ponadto, strony wprowadziły dalsze zmiany do umowy, które polegały na przyznaniu zamawiającemu wyższego rabatu za korzystanie *on-line* z usług informacyjnych oraz na przedłużeniu okresu obowiązywania postanowienia o braku uprawnienia do wypowiedzenia umowy.

Jedną z konkurencyjnych agencji działającą na austriackim rynku agencji informacyj-

nych – *Presstext Nachrichtenagentur* („PN”), zakwestionowała w postępowaniu przed *Bundesvergabeamt* zmiany umowy o świadczenie przez APA usług dla Republiki Austrii, w szczególności przekazanie obowiązków i uprawnień innemu podmiotowi.

W konsekwencji *Bundesvergabeamt* zdecydował się skierować do Trybunału 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.

Pytania prejudycjalne i wyrok Trybunału

W pierwszym pytaniu prejudycjalnym *Bundesvergabeamt* zmierzał do ustalenia, czy możliwe są zmiany podmiotowe zawartej już umowy, tzn. czy jest możliwe, aby instytucja zamawiająca nabywała usługi od nowego usługodawcy, którego jedynym udziałowcem jest pierwotny usługodawca, oraz czy w takiej sytuacji ma znaczenie okoliczność, że w czasie trwania pierwotnej umowy, udział w spółce będącej nowym usługodawcą mogą zostać zbyte na rzecz osób trzecich. W niniejszej sprawie doszło do przeniesienia usług „OTS” z APA (pierwotny wykonawca) na APA-OTS (nowy wykonawca). Trybunał ustalił, że po wyodrębnieniu usług „OTS” i ich przejęciu przez spółkę APA-OTS, spółka APA była odpowiedzialna solidarnie ze spółką APA-OTS, natomiast świadczona usługa jako całość pozostała bez zmian.

W omawianym wyroku Trybunał dopuścił możliwość takiej zmiany umowy, w której nowa 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. Trybunał uznał, że zmiana strony umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiąca reorganizację kontrahenta, a nie rzeczywistą jego zmianę, nie zmienia w sposób istotny postanowień pierwotnego zamówienia, a w konsekwencji – nie stanowi udzielenia nowego zamówienia.

Analizując także zmiany postanowień umowy dotyczące cen i ich indeksacji, rabatów oraz możliwości wypowiedzenia, Trybunał uznał, że przeliczenie cen pierwotnie wyra-

żonych w walucie krajowej na euro nie stanowi istotnej zmiany umowy, lecz jedynie dostosowanie zamówienia do zmienionych okoliczności zewnętrznych. Trybunał dopuścił także jako nieistotną zmianę zaokrąglenie cen przeliczonych na euro, jeśli nie zostanie przekroczona kwota dopuszczona we właściwych przepisach, a także jeśli tego rodzaju dostosowanie jest minimalne oraz jest uzasadnione w sposób obiektywny, np. w celu ułatwienia wykonania zamówienia poprzez uproszczenie działań związanych z wystawianiem faktury. Trybunał uznał, że postanowienie umowne o braku prawa wypowiedzenia umowy (przy założeniu, że nie jest regularnie wprowadzane do umowy) nie prowadzi do zagrożenia zniekształceniem konkurencji i nie może zostać zakwalifikowane jako istotna zmiana pierwotnej umowy.

Trybunał stoi na stanowisku, że nie można stosować automatyzmu w ocenie istotności zmian umowy.

Trybunał stwierdził, że zmiany zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych jego ustaleń. Trybunał wskazał niewyczerpującą listę okoliczności i przesłanek, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie istotności zmiany.

Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za **istotną**, jeżeli:

- wprowadza 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;
- w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane;

- gdy modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Komentarz

Wobec powyższego wyroku Trybunału należy stwierdzić, że nie wszystkie zmiany umów w sprawie zamówień publicznych wymagają procedury udzielania zamówień. Tylko istotne zmiany umowy, które realnie mogą zakłócić konkurencję na danym rynku oraz uprzywilejowywać kontrahentów instytucji zamawiającej w stosunku do innych możliwych usługodawców, uzasadniają ponowne przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia. 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, że 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. Zmiany umowy o charakterze czysto technicznym, które nie mają decydującego wpływu na relację świadczeń pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, nie stanowią istotnej zmiany umowy. Warto zauważyć, że Trybunał dopuścił także zmianę zakresu zamówienia, o ile zmiana ta nie poszerza „znacząco” pierwotnego zakresu.

Nowe dyrektywy

Powyższe zasady dotyczące zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego zostały sprecyzowane w nowych dyrektywach zamówieniowych, w szczególności w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE.

W preambule dyrektywy 2014/24 wskazano, że nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest 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. Zmiany te powinny wskazywać na zamiar stron dotyczący renegotjacji istotnych warunków umowy.

Zgodnie z art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24 modyfikację umowy w sprawie zamówienia publicznego uznaje się za istotną, jeżeli 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:

- 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 zainteresowałoby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia,
- modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie,
- modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy,
- gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia.

Łatwo zauważyć, że jest to wierne odzwierciedlenie reguł sformułowanych w omawianym wyroku Trybunału.

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

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

- 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:
 - nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, oraz
 - spowodowałyby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej; 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, przy czym nie mogą mieć one na celu obejścia niniejszej dyrektywy;

– nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, oraz

– spowodowałyby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej; 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, przy czym nie mogą mieć one na celu obejścia niniejszej dyrektywy;

- gdy spełnione są wszystkie następujące warunki:

- konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć;
- modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia;
- ewentualny wzrost ceny nie jest wyższy niż 50 % wartości pierwotnej umowy; w przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich, przy czym nie mogą mieć one na celu obejścia przepisów niniejszej dyrektywy;

- 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;

- gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne.

Zgodnie z dyrektywami, 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), jak i 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy (15 % wartości w przypadku zamówień na roboty budowlane). Modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tą należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

Podsumowanie

Trybunał stoi na stanowisku, że nie można stosować automatyzmu w ocenie istotności zmian umowy, opowiadając się jednocześnie za dopuszczeniem możliwości takich zmian, a postanowienia nowej dyrektywy 2014/24 podążają w ślad za jego orzecznictwem i precyzują sytuacje, w jakich zmiany (modyfikacje) umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania, w tym wprowadzając definicję zmian istotnych. Konsekwencją uregulowania kwestii zmian umów w sprawie zamówienia publicznego w przepisach dyrektyw jest konieczność implementacji w przepisach krajowych. Zgodnie z art. 90 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie UE powinny dokonać transpozycji do dnia 18 kwietnia 2016 r. Oznacza to przeprowadzenie transpozycji do prawa krajowego i wejście w życie nowych przepisów w kwietniu 2016 r.

Obecnie trwają prace nad nową ustawą Prawo zamówień publicznych – projekt został przyjęty 17 kwietnia 2015 r. Uchwalenie nowej ustawy, zamiast kolejnej nowelizacji, ma umożliwić większą przejrzystość przepisów i ułatwić ich stosowanie. Należy zwrócić uwagę, że art. 210 niniejszego projektu dotyczący zmiany umów zamówieniowych został znacznie rozbudowany i w dużej mierze powielił omówione powyżej postanowienia dyrektywy odnośnie zmian istotnych/nieistotnych umów. Tym samym pojęcia niedookreślone, którymi posługują się dyrektywy odnośnie zmian umów, zostały odwzorowane w projekcie ustawy krajowej. Dlatego też należy uznać, że przedstawione orzecznictwo Trybunału odnośnie tematyki zmian umów pozostanie aktualne też na gruncie nowych przepisów i będzie nadal stanowiło ważną wskazówkę interpretacyjną. ■