Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp – ze szczególnym uwzględnieniem zagadnienia zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy

Realizacja zamierzeń inwestycyjnych, w szczególności o charakterze długoterminowym jest procesem, na który wywiera wpływ szereg zewnętrznych czynników gospodarczych oraz społecznych. Czynniki te nabierają szczególnego znaczenia w odniesieniu do kontraktów zawieranych przez instytucje publiczne, na który nałożone zostały obowiązki, wynikające w szczególności z przepisów z zakresu finansów publicznych oraz zamówień publicznych.

Ustawa Pzp[1] zawiera mechanizmy, które pozwalają na zachowanie elastyczności umowy w sprawie zamówienia publicznego i jej dostosowanie do zmian wywołanych okolicznościami zewnętrznymi, które mogą wystąpić na etapie realizacyjnym. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczący tzw. klauzul przeglądowych (adaptacyjnych)[2], art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, określający warunki zmiany umowy, gdy zaistnieją okoliczności, których nie można było przewidzieć oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczący tzw. zmian o niskiej wartości.

I. Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (tzw. klauzule przeglądowe)

Stosownie do art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do tej umowy w oparciu o tzw. klauzule przeglądowe. W świetle tego przepisu, treść umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jasne, precyzyjne i jednoznaczne postanowienia umowne, przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, które spełniają łącznie następujące warunki:

a) określają rodzaj i zakres zmian,
b) określają warunki ich wprowadzenia,
c) przy czym postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny nie mogą przewidywać takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest określenie - **na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** - dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te, zasadniczo już na etapie, na którym potencjalni wykonawcy podejmują decyzję o udziale w postępowaniu, ale także w toku realizacji zamówienia, ograniczą lub eliminują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków, w jakich zostaną one zastosowane. Zatem każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu - na równych zasadach - będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Zakres takich zmian może być szeroki, ustawodawca stworzył uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę na ukształtowanie umowy z zachowaniem takiego poziomu elastyczności, jaki jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji. Podstawowe ramy wyznacza jednak treść przepisu – spełnienie określonych w nim wymagań jest warunkiem koniecznym do sformułowania skutecznych klauzul przeglądowych.

[1] Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w nin. opracowaniu jako: „ustawa Pzp"
[2] Przez „klauzule przeglądowe" (adaptacyjne) należy rozumieć klauzule umowne, pozwalające na modyfikację umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie określonym w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zamawiającemu - już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającej się sytuacji, otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez zamawiającego określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej), będącego efektem realizacji zawartej umowy, zamawiający powinni formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób, by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku dostaw, usług lub robót budowalnych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia, bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia. Dlatego też, w zakresie, w jakim zamawiający jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków, celowe jest, by takie postanowienia stanowiły element dokumentów zamówienia lub zmiana ta została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów tylko takie działanie daje zasadniczo możliwość dokonywania zmian o charakterze istotnym bez konieczności spełniania dodatkowych warunków. Klauzule przeglądowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

Określając zakres dopuszczalnej zmiany, zamawiający powinien wskazać, które z elementów umowy podlegają modyfikacji (np.: termin realizacji, wysokość wynagrodzenia wykonawcy czy poszczególne terminy płatności częściowych lub etap spełnienia świadczeń wykonawcy oraz ich przedmiot). Ponadto, zamawiający powinien oznaczyć granice tej zmiany, w szczególności poprzez określenie okoliczności, które wpływają na jej kształt lub przez wskazanie określonego rezultatu, który ma być zrealizowany przez dokonanie zmiany. W przypadku natomiast określenia warunków wprowadzenia zmian do umowy należy sformułować przesłanki lub okoliczności, które mogą zaistnieć, by tę zmianę spowodować, i które pozwolą podjąć inicjatywę zmiany umowy, np. wystąpienie ze stosownym wnioskiem przez stronę umowy.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako szczególny element umowy w sprawie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom w oparciu o klauzule przeglądowe, wskazał wprost na możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, że zamawiający, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki, jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także: mechanizmy funkcjonowania rynku (w szczególności w ramach umów długoterminowych), czynniki, jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, czy mechanizmy funkcjonowania rynku, powinien formułować klauzule umowne pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. Przykładowo, klauzule przeglądowe w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie, w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej stron zawartej umowy.

II. Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (tzw. zmiana wynikająca z okoliczności, których nie można było przewidzieć)

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, jeżeli zmiana nie modyfikuje

ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy.

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE[3] oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE[4]. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności, gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pojęcie „niemożliwych do przewidzenia okoliczności" odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie.

Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga zatem ustalenia, że konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołując się do znaczenia pojęcia „należytej staranności", funkcjonującego na gruncie prawa cywilnego, wskazać należy, że wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożność przewidzenia określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, że zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją umowy o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wskazać, że na gruncie przesłanek wymienionych w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny być niezależne od stron umowy.

Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów, czy też przypadki obejmujące zdarzenia losowe, takie jak klęski żywiołowe, powodzie, pożary itp. Nie jest wykluczone zakwalifikowanie do tego pojęcia również zdarzeń z innych kategorii.

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dn. 26.03.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65 ze zm.).
[4] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dn. 26.02. 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz.UE L 94 z 28.3.2014, str. 243, ze zm.).

Wskazane wyżej przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia.

Jeśli chodzi o zdarzenia z obszaru gospodarki - muszą one wynikać z okoliczności niemających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniach cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp. Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność, to – co do zasady - powinny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, których zastosowanie umożliwia przywrócenie zachwianej tymi zdarzeniami równowagi w umowie łączącej strony. Interpretacja przepisu art. 455 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk gospodarczych, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie będzie jest możliwe.

Należy również zauważyć, że zaistnienie okoliczności, których zamawiający, działający z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy. **Niezbędnym warunkiem zmiany umowy jest również ustalenie, że zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, że konieczna jest jej zmiana**. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie wywiera na proces wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy. Wymagane jest dokonanie przez zamawiającego oceny, czy analizowany czynnik mający być podstawą zmiany umowy ma rzeczywisty wpływ na proces realizacji zawartej przez niego konkretnej umowy i czy powoduje konieczność jej zmiany. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, przeanalizować również należy, jaki będzie konieczny zakres modyfikacji umowy, w związku z tym czynnikiem.

Dodatkowo, do stwierdzenia dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest, **aby zmiana nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy**. W ślad za motywem 109 dyrektywy 2014/24/UE, za zmianę charakteru umowy można uznać zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego. Modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy" obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. W ramach oceny umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być np.:

1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane i odwrotnie,
2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,
3) zmiana zamówienia publicznego na koncesję.

Ponadto konieczne jest **spełnienie przesłanki wartościowej zmiany**, oznaczającej, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zmiana w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, wprowadzona na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na zasadę proporcjonalności, powinna mieć charakter obiektywny i może być wprowadzona zasadniczo w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej stron umowy, jaka istniała w momencie jej zawarcia, a która została zakłócona przez określone nieprzewidywalne zjawiska, które zaistniały na etapie realizacji kontraktu. Celem zastosowania wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego nieprzewidywalnych okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem oceny ryzyk, dokonanej przez wykonawcę w momencie składania oferty w postępowaniu.

III. Autonomiczność przesłanek z art. 455 ust. 1 pkt 1 i art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Brzmienie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy Pzp, mają charakter autonomiczny.

W konsekwencji - strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowach odpowiednich postanowień w postaci klauzul przeglądowych. Uprawnienie do zmiany treści umowy może przysługiwać w okolicznościach, w których zamawiający nie zawarł stosowanych postanowień pozwalających na dokonanie tej czynności, albowiem nie było ku temu uzasadnionych postaw (np. w przypadku, gdy określone zjawiska wpływające na realizację kontraktu nigdy wcześniej nie występowały lub w okolicznościach, gdy nie podlegały one wyjątkowym zmianom).

Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną lub określone klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany. Przy czym, również w tym przypadku, niezbędne będzie dokonanie analizy i ustalenie, że konieczność wprowadzenia ww. zmian spowodowane jest okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć i które w sposób naturalny wykraczają poza unormowanie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie jest możliwe dokonanie zmiany umowy na postawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim zamawiający powinien działać z należytą starannością, a tego nie uczynił.

IV. Zmiana umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a obowiązkowe klauzule waloryzacyjne w umowie o zamówienie publiczne

Przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych i określonych umów, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny – mowa tu o art. 436 pkt 4 ustawy Pzp i art. 439 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, każdy zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, o ile umowa zawierana jest na okres dłuższy niż 12 miesięcy, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu wskazanych w przepisie, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego[5].

[5] tj. stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Z kolei art. 439 ustawy Pzp zawiera regulacje dotyczące klauzuli umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, wskazując na obowiązek zawarcia w takich umowach postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Jak wskazano wyżej, skorzystanie z możliwości wprowadzenia zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział określone klauzule przeglądowe pozwalające na zmianę umowy (art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany.

Analogiczny wniosek można sformułować odnośnie klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp i art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli zatem ww. klauzule waloryzacyjne są niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany – możliwe będzie zastosowanie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, o ile spełnione będą przesłanki wskazane w tym przepisie.

V. Dopuszczalność zmiany umowy dokonywana na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp (tzw. zmiana małej wartości)

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, w której kumulatywnie spełnione są trzy przesłanki:

1) łączna wartość zmian jest mniejsza niż progi unijne,
2) jednocześnie jest mniejsza od 10% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości pierwotnej umowy,
3) zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Oceniając możliwość zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, należy mieć na względzie w szczególności treść motywu 107 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Analiza tych przepisów pozwala na stwierdzenie, że modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonana na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalna, jeśli pociąga za sobą nieznaczną zmianę wartości tej umowy. Ponadto, przepis ten pozwala na wielokrotne dokonywanie zmian umowy z zastrzeżeniem, że ich łączna wartość nie może przekroczyć określonego w nim poziomu. Powyższe wskazuje, że w ramach wskazanych w przepisie wartości granicznych zmian umowy (tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia), **należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające, jak i zmniejszające zakres świadczenia**. Zarówno ustawa Pzp, jak i dyrektywa 2014/24/UE odwołują się bowiem ogólnie do zmian wartości wynagrodzenia, a nie tylko takich, które towarzyszą zmianom polegającym na jego zwiększeniu (zmiana zmniejszająca wartość zamówienia także ma wymierną wartość). Konieczne jest zatem **łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian**.

Wyjaśniając, jaka wartość umowy stanowi punkt odniesienia do zmian o wartości określanej procentowo w stosunku do wartości umowy, należy wskazać, że **chodzi o zwaloryzowaną wartość pierwotnie zawartej umowy, jednak bez uwzględnienia ewentualnych późniejszych modyfikacji innych niż indeksacja (waloryzacja)**. Uwzględniając art. 72 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, do celów obliczenia ceny wskazanej w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku, gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji. Przepis ten został przeniesiony na grunt prawa polskiego w art. 455 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto podkreślić należy, że **łączna wartość zmian musi być mniejsza niż progi unijne**.

Podsumowując powyższe, wskazać należy, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Niewłaściwym byłoby zastosowanie ww. przepisu w okolicznościach, gdy zmiana umowy polegałaby tylko na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, które miałoby na celu wyłącznie zmianę ceny realizacji świadczenia.

Ostatnią przesłanką wymienioną w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy (zob. pkt II nin. opinii).

PODSUMOWANIE:

1) Art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zamawiającemu - już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającej się sytuacji, otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych.

2) Możliwość wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga ustalenia, że konieczność modyfikacji umowy wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - nie chodzi o sytuację, w której zamawiający nie przewidział określonej okoliczności skutkującej zmianą umowy, ale o sytuację, w której nie miał obiektywnej możliwości przewidzenia takiej zmiany lub skali takiej zmiany. Uwzględniając powyższe co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów, czy też przypadki obejmujące zdarzenia losowe, takie jak klęski żywiołowe, powodzie, pożary itp. Nie jest wykluczone zakwalifikowanie do tego pojęcia również zdarzeń z innych kategorii.

3) Skorzystanie z możliwości zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną (art. 436 pkt 4 lit. b) lub art. 439 ust. 1 ustawy Pzp) lub określone klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany.

4) Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy – zwiększenie lub zmniejszenie zakresu zamówienia, zmianę sposobu jego wykonania itp.