

## Dopuszczalność zmian umowy o zamówienie publiczne

Dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne w sytuacji wzrostu cen materiałów budowlanych oraz kosztów robocizny.

1. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający może przewidzieć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawarte zostaną klauzule waloryzacyjne. Stosownie do art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. W myśl art. 358<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego strony mogą zastrzec w umowie, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie według innego niż pieniądz miernika wartości. Zgodnie z zacytowanym przepisem, strony licząc się z istniejącym albo przewidywanym wzrostem cen, mogą postanowić, że wartość świadczenia pieniężnego określona zostanie w relacji do innego niż pieniądz (polski) miernika wartości. Umowne klauzule waloryzacyjne mogą być oparte na różnego rodzaju miernikach wartości takich jak: złoto, waluty obce, określone grupy dóbr konsumpcyjnych, określone grupy materiałów (tzw. klauzule indeksowe). Omawiany przepis nie wprowadza żadnego ograniczenia, co do rodzaju umów, w których klauzule waloryzacyjne mogą być zastrzegane. Przedmiotowe klauzule mogą więc być stosowane także w umowach, zawieranych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2. W świetle Kodeksu cywilnego strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę w zakresie jej modyfikacji. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa ta zawiera uregulowania szczególne w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Dopuszcza ona dokonywanie zmian umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w jej art. 144 ust. 1. Uzasadnienie przepisu art. 144 ust. 1 stanowi dążenie do wyeliminowania sytuacji obchodzenia przepisów Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający w porozumieniu z wykonawcą mogą zmienić umowę o zamówienie publiczne w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Zasadniczo podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest korzystne dla zamawiającego. Tym samym, druga z przesłanek z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić uzasadnienia dla dopuszczalności zmiany umowy.

W konsekwencji, konieczne jest poszukiwanie uzasadnienia dla przedmiotowej zmiany w drugiej przesłance, tj. sytuacji, gdy konieczność ich wprowadzenia wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Tym samym, w sytuacji wzrostu cen materiałów budowlanych oraz kosztów robocizny, niezbędne jest ustalenie, czy przytoczonych zjawisk gospodarczych nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować - w świetle art. 355 Kodeksu cywilnego - dłużnik. Niemożność przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umowy powinna być oceniana także z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy, będącego - co do zasady - przedsiębiorcą. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady za okoliczności

niemożliwe do przewidzenia mogą być jednak uznane m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonjunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.

Ustalenie faktu, że w konkretnej sprawie powyższych okoliczności nie można było przewidzieć nie stanowi wystarczającej podstawy do zmiany umowy. Jak wynika z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykazać należy jeszcze, że zmiana okoliczności wywołuje konieczność dokonania zmiany umowy. Należy mieć również na względzie, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga zgodnych oświadczeń woli zamawiającego i wykonawcy.

3. Strony zawartej umowy mogą również zmienić jej treść w wyniku waloryzacji sądowej. Taka zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może być podyktowana np. nadzwyczajną zmianą stosunków (*rebus sic stantibus*), uregulowaną w art. 3571 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej z stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Do modyfikacji stosunku umownego w omawianych okolicznościach właściwy jest sąd powszechny. Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą jednak zapobiec postępowaniu sądowemu dochodząc wcześniej do kompromisu w tej materii. Należy jednak mieć na uwadze, iż przywołany przepis stanowi wyjątek od zasady *pacta sunt servanda*. Ta kwalifikacja determinuje konieczność ścisłej jego interpretacji zapewniającej utrzymanie pewności i bezpieczeństwa obrotu oraz stabilności systemu umów, w tym także w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Z punktu widzenia art. 3571 Kodeksu cywilnego, konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego uzależniona jest od zajścia kilku przesłanek. Trzeba ustalić, kiedy umowa została zawarta i na ten dzień ocenić, czy rzeczywiście okoliczności powodujących konieczność jej zmiany nie można było przewidzieć. Należy mieć na względzie, jakie materiały budowlane są potrzebne do realizacji umowy, jak również czy wzrost ich cen był istotny i znaczący. Konieczne jest sprawdzenie, czy okoliczności te skutkują poniesieniem przez wykonawcę zamówienia publicznego straty oraz czy ma ona rażący charakter. Celem przepisu art. 3571 Kodeksu cywilnego jest najogólniej mówiąc przywrócenie zachwianej niespodziewanymi zdarzeniami ekwiwalentności świadczeń. Nie może on jednak stanowić podstawy do zdjęcia z wykonawcy ryzyka prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Może on służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po stronie wykonawcy rażącej straty.

Reasumując, należy stwierdzić, iż strony umowy o zamówienie publiczne mogą zastrzec w jej treści klauzule waloryzacyjne zabezpieczające przed nadzwyczajną zmianą stosunków obligacyjnych. Ponadto strony umowy o zamówienie publiczne mogą zastosować waloryzację sądową, jak też dyspozycję art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy jednak pamiętać, że wysokość ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy powinna być określona w wyniku rozważenia w okolicznościach konkretnej sprawy zgodnie z zasadami współzycia społecznego interesów zamawiającego i wykonawcy. Wydaje się także, iż zmiana umowy powinna służyć wyłącznie usunięciu rażącej straty poniesionej przez wykonawcę w związku z wykonaniem zamówienia publicznego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyklucza możliwości zmiany umowy, w sytuacji niemożliwej do przewidzenia w chwili jej zawarcia zmiany cen, które skutkują rażąca stratą jednej ze stron. Dopuszczalność zmian należy jednak rozpatrywać indywidualnie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.