

KRZYSZTOF HORUBSKI

ORCID: 0000-0003-3062-6015

Uniwersytet Wrocławski

Instytut Nauk Administracyjnych

Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego

REGULACJA ZMIAN UMÓW O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE A ZAŁOŻENIE O RACJONALNOŚCI PRAWODAWCY

Abstrakt: Artykuł stanowi próbę posłużenia się jednym z elementów koncepcji racjonalnego prawodawcy, a więc założeniem o stanowieniu przez prawodawcę niesprzecznych (niewykluczających się) norm prawnych, w odniesieniu do, budzącej szereg wątpliwości interpretacyjnych, regulacji zmian umów o zamówienia publiczne, zawartej w obecnie obowiązujących dyrektywach unijnego prawa zamówień publicznych. W opracowaniu ukazano wewnętrzne sprzeczności i inne niedomogi odnośnych przepisów unijnego prawa wtórnego. Zaproponowano jednocześnie takie założenia co do wykładni tytułowej regulacji prawnej, aby przynajmniej ograniczać skutki jej wad konstrukcyjnych, w duchu respektowania podstawowych zasad prawa zamówień publicznych — równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, zmiany umów o zamówienia publiczne, sprzeczność norm prawnych, koncepcja racjonalnego prawodawcy

WPROWADZENIE

Założenie racjonalności prawodawcy jest jedną z głównych koncepcji obecnych w polskiej ogólnej nauce o prawie (teorii prawa), skąd promieniuje także na prawniczą praktykę interpretacyjną¹. W oczywisty sposób jest to założenie kontr-faktyczne, czemu nie przeczy się bynajmniej w poglądach teorii prawa². Niemniej

¹ Zob. A. Borowicz, *Argument interpretacyjny odwołujący się do woli rzeczywistego prawodawcy*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 89, 2009, s. 9–11; P. Kantor-Kozdrowiecki, *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, nr 1, s. 98–107.

² Zob. K. Załucki, *Ostateczny krach racjonalnego prawodawcy w Polsce: analiza prawno-politologiczna*, [w:] *Antynomie polityczności. Artykuły, eseje i szkice dedykowane Profesor Barbarze Goli*, red. K. Minker, L. Rubisz, Opole 2013, s. 111–118.

jednak należy zgodzić się ze stanowiskiem o nieodzowności posługiwania się koncepcją racjonalnego prawodawcy w ocenie przestrzegania prawa, w jego stosowaniu oraz w procesach tworzenia prawa. Zasadne jest posługiwanie się tytułowym założeniem w odniesieniu do wyników działalności każdego rodzaju prawodawcy, nie tylko państwowego, ale także regionalnego (lokalnego), czy prawodawców występujących na poziomie międzynarodowym, w tym prawodawcy unijnego. Nie ulega wątpliwości, że działalność prawodawcy w znaczeniu socjologicznym, a więc zbioru osób fizycznych rzeczywiście wpływających na kształt stanowionego prawa, zawsze będzie odbiegać od modelu prawodawcy racjonalnego. W modelu tym prawodawca racjonalny jest bowiem abstrakcyjnym podmiotem, który w procesie tworzenia prawa dysponuje kompletną wiedzą na temat systemu prawa oraz adekwatną wiedzą naukową i stałością preferencji aksjologicznych.

Jednym z istotnych zagadnień, do których odnosi się koncepcja racjonalnego prawodawcy, jest kwestia sprzeczności przepisów (norm) prawnych. W związku z tym przedmiotem analizy w tym opracowaniu będą wewnętrzne sprzeczności i inne niedomogi zawartej we wtórnym prawie unijnym, a tym samym implementowanej do prawa polskiego regulacji zmian umów o zamówienia publiczne. W niniejszym artykule zostanie także podjęta próba łagodzenia (ograniczania) skutków stwierdzonych niedomogów na drodze wykładni, nawiązującej do określonych aspektów (postulatów) koncepcji racjonalnego prawodawcy. Poniższe rozważania będą dotyczyły treściowych (przedmiotowych) zmian umów o zamówienia, pominięta zostanie natomiast problematyka zmian podmiotowych (zmian po wykonawczej stronie zamówienia publicznego), których regulacja nie budzi tak istotnych wątpliwości interpretacyjnych, jak w przypadku modyfikacji treściowych umów o zamówienia³.

UKSZTAŁTOWANIE I NIEDOMOGI REGULACJI ZMIAN UMÓW O ZAMÓWIENIA

U źródeł sygnalizowanego problemu sprzeczności w tytułowej regulacji prawnej leży fakt połączenia w jej ramach ogólnych, wyrażonych w prawotwórczym

³ W przypadku zmian podmiotowych, w dyrektywach unijnego prawa zamówień publicznych, określone zostały sytuacje, w których zmiany takie są możliwe, ze wskazaniem, że inne zmiany podmiotowe nie są dopuszczalne, więc nie występuje tu kwestia konfrontowania przesłanek zmian dopuszczalnych i reguł określających zmiany niedopuszczalne, jak to ma miejsce w przypadku modyfikacji przedmiotowych umów w sprawach zamówień publicznych — zob. art. 72 ust. 1 lit. d) w zw. z art. 72 ust. 4 lit. d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94/65 (dalej: dyrektywa 2014/24/UE).

orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE)⁴, negatywnych przesłanek dopuszczalności zmian umów o zamówienia z „dodanymi” do nich przesłankami pozytywnymi, wyrażającymi pewne typy dopuszczalnych modyfikacji umownych zamówień publicznych. Takie działanie prawodawcy unijnego doprowadziło do stanu rzeczy, w którym literalna wykładnia odnośnych przepisów dyrektyw prowadzi do wniosku o ich wewnętrznej sprzeczności. Na wzmiankowane powyżej ogólne reguły oceny dopuszczalności zmian umów o zamówienia składają się normy zakazujące⁵: 1) modyfikacji wprowadzających 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; 2) modyfikacji zmieniających równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej; 3) modyfikacji znacznie rozszerzających zakres umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej; 4) zastępowania przez nowego wykonawcę wykonawcy, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w przypadkach innych niż przewidziane w dyrektywie⁶.

Z kolei przypadki zmian uznawanych za dopuszczalne przez prawodawcę unijnego obejmują: 1) sytuacje, gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny lub opcje; 2) przypadki 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 spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej; niemniej jednak ewentualny wzrost ceny nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia; 3) przypadki, gdy konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć, a modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia oraz ewentualny wzrost ceny nie jest wyższy niż 50% wartości pierwotnej umowy w sprawie

⁴ Por. art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE z pkt 35–37 wyroku TSUE z dnia 19 czerwca 2008 roku, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:2008:351. Zob. również pkt 44–51 wyroku TSUE z dnia 5 października 2000 roku, C-337/98, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Francji*, ECLI:EU:C:2000:543.

⁵ Artykuł 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

⁶ Zob. art. 72 ust. 1 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE.

zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich⁷.

⁷ Przedstawiany art. 72 dyrektywy 2014/24/UE zawiera następującą treść: „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania: 1. Zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą w dowolnym z poniższych przypadków:

a) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny, lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;

b) 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, takich jak wymogi dotyczące zamienności lub interoperacyjności w odniesieniu do istniejącego sprzętu, usług lub instalacji zamówionych w ramach pierwotnego zamówienia; oraz (ii) spowodowałaby 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. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia niniejszej dyrektywy;

c) gdy spełnione są 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 w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. 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;

d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku: (i) jednoznacznej klauzuli przeglądowej lub opcji zgodnych z lit. a); (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; lub (iii) sytuacji, gdy instytucja zamawiająca sama przyjmuje zobowiązania głównego wykonawcy względem jego podwykonawców, gdy możliwość taką przewidują przepisy krajowe na mocy art. 71;

e) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4.

Instytucje zamawiające, które wprowadziły do umowy w sprawie zamówienia modyfikacje w przypadkach określonych w lit. b) i c) niniejszego ustępu, publikują w związku z tym stosowne ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie to zawiera informacje określone w załączniku V część G i jest publikowane zgodnie z art. 51.

2. Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości: (i) progi określone w art. 4; oraz (ii) 10% pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać

Wzajemne odniesienie powyżej wskazanych zespołów przesłanek o charakterze pozytywnym oraz negatywnym prowadzi do wniosku o możliwej sprzeczności wynikających z nich norm w sytuacji oceny zgodności z prawem unijnym i implementującym je prawem krajowym określonych modyfikacji umownych zamówień publicznych. Analizując odpowiednie przepisy, dochodzi się do wniosku, że zachodzą pomiędzy nimi kolizje co najmniej o charakterze prakseologicznym oraz aksjologicznym, a więc zastosowanie się do wynikających z nich norm oznacza dążenie do sprzecznych celów lub też prawodawca preferuje w nich odmienne względem siebie wartości⁸. Wbrew bowiem postulatowi racjonalności prawodawca unijny z jednej strony wprowadza, opartą na orzecznictwie unijnym, regulację mającą na celu zapobieganie istotnym zmianom umów o zamówienia jako niosącym zagrożenie dla respektowania podstawowych wartości prawa zamówień, z drugiej zaś wprowadza możliwość daleko idących modyfikacji treści stosunku prawnego łączącego zamawiającego oraz zwycięskiego wykonawcę, w takich aspektach jak zakres (wielkość) przedmiotu zamówienia, jego cechy techniczno-jakościowe, czy też wartość. Próby interpretacji odnośnych przepisów mogą nawet prowadzić do wniosku o ich kolizyjnym charakterze w sensie logicznym (analitycznym), a więc stwierdzenia, że normy z nich wyinterpretowane jednocześnie dopuszczają i zakazują określonej modyfikacji umownej⁹.

ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

3. Do celów obliczenia ceny wspomnianej w ust. 2 i ust. 1 lit. b) i c), aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji.

4. Modyfikację umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 lit. e), jeżeli powoduje ona, że charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

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 w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej;

c) modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;

d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w przypadkach innych niż przewidziane w ust. 1 lit. d).

5. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą jest wymagane w przypadku modyfikacji przepisów umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania, innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2”.

⁸ Z. Pulka, *Wprowadzenie*, [w:] Z. Pulka, S. Kaźmierczyk, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wrocław 1999, s. 47–48.

⁹ *Ibidem*, s. 47.

Szczególnie wyraziste jest to w sytuacji porównania norm dopuszczających możliwość dokonywania zmian umów niezależnie od ich wartości (na przykład przewidywane zmiany umów) lub też zamówień dodatkowych, które stały się niezbędne do wykonania zamówienia pierwotnego, o wartości nieprzekraczającej 50% pierwotnej wartości zamówienia, z przesłankami negatywnymi, które dotyczą wprowadzenia zmianą umowy warunków, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż uprzednio dopuszczeni, wybór innej oferty albo potencjalnie zainteresowałyby inne podmioty nieuczestniczące pierwotnie w postępowaniu, czy też z zakazem znacznego rozszerzania zakresu umowy. Dodatkowo charakteryzowany tu rozbudowany art. 72 dyrektywy 2014/24/UE¹⁰ posługuje się przesłankami dotyczącymi charakteru umowy w sposób, który można uznać za niekonsekwentny, gdyż w niektórych przypadkach mowa jest o „charakterze umowy”, w niektórych zaś o „ogólnym charakterze umowy”¹¹. Źródłem dalszych problemów w przestrzeganiu i stosowaniu odnośnej regulacji prawnej może być także fakt określenia przez prawodawcę unijnego zmian uznanych za niedopuszczalne jako istotnych, przy jednoczesnym wyróżnieniu zmian nieistotnych, bez dookreślenia jednym z tych przymiotników zmian, które zostały dopuszczone na mocy art. 72 ust. 1 lit. a)–e). Wobec tego nie jest wiadomo, jak określać takie zmiany w kontekście utrwalonego wcześniej w prawotwórczym orzecznictwie unijnym podziału na niedopuszczalne zmiany istotne oraz dopuszczalne zmiany nieistotne. Wprawdzie w przepisie art. 72 ust. 4, zawierającego przesłanki zmiany istotnej (niedopuszczalnej), jest mowa o tym, że znajduje on zastosowanie „bez uszczerbku” dla przepisów o zmianach dopuszczalnych (art. 72 ust. 1–2), niemniej jednak od razu powstaje pytanie o sens normatywny ogólnego unormowania art. 72 ust. 4, wobec szerokich zakresów zastosowania przepisów go poprzedzających i faktu, że w ich świetle mogą być dozwolone zmiany umowy bardzo daleko odbiegające od pierwotnie udzielonego zamówienia. Z treści przepisu art. 72 ust. 4 literalnie wynika, że jedynie określa on, od strony negatywnej, pojęcie zmiany nieistotnej z art. 72 ust. 1 lit. e)¹².

W tym miejscu należy wspomnieć, że *ratio legis* przedstawianej tu regulacji stanowi dążenie do eliminowania sytuacji, w których można by na etapie realizacji zamówienia (wykonywania umowy) niweczyć (obchodzić) wyniki postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zmiany umów, wprowadzające warunki, które gdyby obowiązywały w pierwotnym postępowaniu, to jego wynik byłby lub z dużym prawdopodobieństwem mógłby być odmienny. Innymi słowy chodzi o zapewnienie równego traktowania i ochrony konkurencji w postępowaniu

¹⁰ Analogiczną treść zawiera art. 89 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94/ 243.

¹¹ Por. art. 72 ust. 1 lit. a), lit. c) oraz art. 72 ust. 2 z art. 74 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

¹² *A contrario* poprzez wskazanie, co jest zmianą istotną.

o udzielenie zamówienia, które to wartości (zasady) byłyby istotnie zagrożone, gdyby można było swobodnie zmieniać treść umowy o zamówienie po jej zawarciu, a więc zakończeniu postępowania (przykładowo można by obniżyć wymagania techniczne i jakościowe przedmiotu zamówienia lub podmiotowe odnoszące się do wykonawców, a wymagania podwyższone, uwzględniane w postępowaniu, służyłyby ograniczaniu zainteresowania, a tym samym konkurencji o zamówienie). Naruszenie przepisów o zmianach umów jest więc traktowane jako udzielenie nowego zamówienia publicznego poza procedurami.

Jak już zasygnalizowano powyżej, unormowania o zmianach dopuszczalnych mają tak szeroki zakres normowania, że rodzi to pytanie o *ratio legis* przepisów o zmianie istotnej niedopuszczalnej. Przepisy o zmianach przewidywanych dopuszczają dokonywanie modyfikacji umownych, bez względu na ich wartość pieniężną, jeżeli tylko zmiany takie są przewidywane z góry w dokumentacji zamówienia w jednoznacznych i precyzyjnych klauzulach. Dodatkowym ograniczeniem, które zostało tu sformułowane, jest wymóg, aby zmiany takie nie zmieniały ogólnego charakteru umowy. Niemniej jednak, zgodnie z wskazówkami interpretacyjnymi zawartymi w preambule dyrektywy, zmiana ogólnego charakteru umowy może być zdarzeniem zupełnie wyjątkowym i dotyczyć modyfikacji tak głębokich, jak zmiana rodzaju zamówienia lub „podstawienie” do umowy innego przedmiotu zamówienia niż pierwotny¹³. Podobnie zmiany umowne zamówienia w sytuacjach nieprzewidywalnych mogą dochodzić do 50% pierwotnej wartości zamówienia i także w tym przypadku są one ograniczane wymogiem zachowania jedynie ogólnego charakteru umowy. Obok tego prawodawca unijny dopuszcza zmiany odpowiadające dotychczasowemu pojęciu zamówienia dodatkowego, dotyczącego prac, które stały się niezbędne i które nie były uwzględnione w pierwotnym zamówieniu. Jeżeli takie prace nie powinny być powierzane ze względów ekonomicznych lub technicznych innemu wykonawcy niż dotychczasowy i powodowałyby to istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej, to dodatkowo mogą być one przekazane do realizacji pierwotnemu wykonawcy w drodze zmiany umowy (aneksu do umowy). Także w tym przypadku ograniczeniem pojedynczej zmiany jest 50% wartości pierwotnego zamówienia oraz wskazanie, że zmiany takie nie powinny prowadzić do obchodzenia przepisów dyrektywy. Należy założyć, że w tej ostatniej przesłance mieści się także zakaz modyfikacji zmieniających ogólny charakter umowy. Oprócz powyższego dopuszczalne są wszelakie zmiany o nieznacznej wartości (do 10% wartości pierwotnej zamówienia w przypadku dostaw i usług oraz do 15% w przypadku robót budowlanych — art. 72 ust. 2). Ponadto, jak już o tym wspomiano, obok

¹³ Nie może to jednak mieć zastosowania w sytuacjach, w których 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 (motyw 109 dyrektywy 2014/24/UE).

pewnych typów dopuszczalnych modyfikacji umownych prawodawca unijny posługuje się kategorią zmian nieistotnych (niezależnie od ich wartości) i jedynie w tym punkcie odsyła do przesłanek statuujących niedopuszczalne zmiany istotne (art. 71 ust. 1 lit. e) w zw. z art. 72 ust. 4). Inaczej mówiąc, wskazuje, że inne jeszcze możliwe zmiany, które zostały określone jako nieistotne, nie mogą mieć cech modyfikacji istotnych (niedopuszczalnych). W przypadku tej ostatniej kategorii zmian chodzi przede wszystkim o wszelakie modyfikacje tekstu umowy, niemające zasadniczego wpływu na uprawnienia i obowiązki stron¹⁴, takie chociażby jak zmiana sposobu komunikowania się między stronami. Powyższe rozważania uzasadniają postawione pytanie o rolę (znaczenie), w odnośnej regulacji, pojęcia niedopuszczalnej zmiany istotnej, w świetle faktu określenia przez prawodawcę unijnego przesłanek dokonywania zmian przewidywanych, zmian nieprzewidywalnych, zamówień dodatkowych w postaci zmiany i zmian o nieznaczonej wartości. Inaczej mówiąc, chodzi o kwestię możliwego oddziaływania przesłanek statuujących zmianę istotną na przepisy o typach zmian dopuszczalnych. Jest to pytanie istotne wobec powyższych wskazań na, co najmniej, sprzeczność celów przepisów o zmianach dopuszczalnych i niedopuszczalnej zmianie nieistotnej. Co ciekawe, analizując odpowiednie postanowienia preambuły dyrektywy, można dojść do wniosku, że intencją prawodawcy unijnego było bardziej wieloaspektowe ujęcie związków pomiędzy przepisami o zmianach dopuszczalnych i zmianach istotnych niedopuszczalnych niż tylko „uzupełnianie” pojęcia zmiany nieistotnej z art. 72 ust. 1 lit. e). Przykładowo w motywie 107 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, pierwszym dotyczącym tematyki modyfikacji umów, mowa jest o tym, że nowe postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być wszczynane, jeżeli „Zmiany [...] wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjacji istotnych warunków [...] umowy. Ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu”. Wyraźnie więc wskazuje się, że szczególnie istotnym wyznacznikiem dopuszczalności zmian powinien być wynik postępowania (i związany z nim obraz konkurencji w postępowaniu), do czego odnosi się jedna z przesłanek zmiany istotnej niedopuszczalnej z art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE. Z kolei w motywie 109 preambuły mowa jest o znaczeniu pojęcia ogólnego charakteru umowy, które pojawia się w przepisach zarówno o zmianach dopuszczalnych, jak i o zmianach istotnych, gdzie stwierdza się, że modyfikacja ogólnego charakteru umowy jest sytuacją, w której należy zakładać co najmniej hipotetyczny wpływ na wynik postępowania, a więc ponownie punktem odniesienia jest tu przesłanka istotności zmiany, wyrażona w art. 72 ust. 4 lit. a). We wskazanych przypadkach widoczne jest więc traktowanie elementów pojęcia zmiany istotnej jako punktu wyjścia dla regulacji o zmianach umownych zamówień publicznych, nie zaś jedynie jako dookreślenia pojęcia zmiany nieistotnej. Stanowisko takie koresponduje

¹⁴ Zob. motyw 107 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

także z dotychczasowym orzecznictwem TSUE w sprawach modyfikacji umownych zamówień publicznych, które stanowiło przecież podstawę dla odnośnych przepisów dyrektyw unijnego prawa zamówień¹⁵. Należy przy tym podkreślić, że większa niż marginalna rola definicji legalnej zmiany istotnej niedopuszczalnej wynika także z faktu, iż określające ją reguły stanowią, czy też uchodzą za doprecyzowanie podstawowych (w swej istocie publicznoprawnych) zasad prawa zamówień publicznych, a więc zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady ochrony konkurencji, czego raczej nie da się powiedzieć o przepisach określających zmiany dopuszczalne.

Po zasygnalizowaniu powyższych dylematów interpretacyjnych, wynikających ze stwierdzonych nieomówionych, w tym wewnętrznych sprzeczności w regulacji modyfikacji umownych zamówień publicznych, konieczne staje się podjęcie próby dokonania takiej wykładni odnośnych unormowań, aby przynajmniej ograniczyć wskazywane problemy, dając tym samym wyraz założeniu o racjonalności prawodawcy¹⁶.

ZAŁOŻENIA INTERPRETACJI PRZEPISÓW O ZMIANACH UMÓW W SPRAWACH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Starając się wskazać na jakiś podstawowy (wyjściowy), wyłaniający się z analizowanych przepisów punkt odniesienia dla ustalenia, jakiego rodzaju modyfikacje umowne zamówień stanowią jaskrawy przykład udzielenia *de facto* nowego zamówienia bez stosowania przepisów odnośnego reżimu prawnego, należałoby wskazać na przesłankę ogólnego charakteru umowy. Dążąc do próby takiej wykładni przepisów o modyfikacjach umownych zamówień, która korespondowałaby z założeniem prawodawcy racjonalnego, tworzącego niesprzeczne wewnętrznie normy prawne, należałoby stwierdzić, że niedopuszczalne, w każdym przypadku, są takie zmiany umów o zamówienia, które w sposób istotny zmieniają ogólny charakter pierwotnej umowy. Odnośna przesłanka występuje zarówno

¹⁵ W motywie 107 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wyraźnie wskazuje się, że „Niezbędne jest doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”.

¹⁶ Odnośna regulacja dyrektyw jest objęta tak zwaną harmonizacją zupełną (zob. J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 335), co oznacza, że prawodawcy poszczególnych państw członkowskich UE mają, w takim przypadku, bardzo ograniczony zakres swobody implementacyjnej, a tym samym właściwie nie mają możliwości „poprawienia” błędów konstrukcyjnych odnośnej regulacji dyrektyw w drodze ich implementacji (por. art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) oraz art. 454–455 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) z art. 72 dyrektywy 2014/24/UE).

w definicji legalnej zmiany istotnej niedopuszczalnej¹⁷, jak i w przepisach o zmianach dopuszczalnych¹⁸. Motyw 109 preambuły dyrektywy 2014/24/UE zawiera wskazania, które należy ocenić jako oczywiste, odnoszące się do znaczenia pojęcia ogólnego charakteru umowy. Jest tam bowiem mowa o tym, że modyfikacja umowna zamówienia „nie może powodować zmiany 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”. Tak więc nawet jeżeli spełnione są warunki zmiany określone w przepisach o zmianach dopuszczalnych, ale planowana modyfikacja niesłaby za sobą faktyczną „zamiannę” określonego wcześniej przedmiotu zamówienia na zupełnie inny (inny przedmiot dostawy, usługi lub roboty budowlanej lub nawet inny rodzaj zamówienia), to zmiana taka będzie zawsze niedopuszczalna, a tym samym wymagająca ogłoszenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazane tu założenie interpretacyjne nie eliminuje jednak dalszych problemów związanych z wzajemnym stosunkiem przepisów o zmianach dopuszczalnych i niedopuszczalnej zmianie istotnej, odnoszących się do sytuacji, w których zamawiający i wykonawca nie zmierzają do zmiany ogólnego charakteru umowy. Unormowania o zmianach dopuszczalnych zakładają bowiem możliwość dokonywania głębokich modyfikacji umów o zamówienia na etapie ich wykonywania, które mogą nieść za sobą choćby takie okoliczności, jak istotne rozszerzenie lub zawężenie zakresu przedmiotu zamówienia czy zmiany relewantnych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, które jednak nie będą prowadziły do zmiany „tożsamości” przedmiotu zamówienia. Do takich zaś modyfikacji odnoszą się reguły określające pojęcie zmiany istotnej niedopuszczalnej, zakazujące znacznego rozszerzania przedmiotu zamówienia, czy też takich zmian warunków zamówienia, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby (hipotetycznie) dodatkowych uczestników postępowania. Starając się przyjąć racjonalne założenia co do interpretacji odnosnych unormowań, należałoby się opowiedzieć za przyznaniem zasadniczego pierwszeństwa w ocenie legalności planowanych/dokonanych modyfikacji przepisom o poszczególnych typach zmian dopuszczalnych. Inaczej mówiąc, należałoby przyjąć, że w sytuacji stwierdzenia wystąpienia wszystkich, restrykcyjnie interpretowanych, przesłanek jednego z typów zmian dopuszczalnych modyfikacje takie są możliwe pod zasadniczym (wyjściowym) warunkiem, że nie powodują one zmiany ogólnego charakteru umowy w stosunku do umowy pierwotnej. W ten sposób można by, przynajmniej częściowo, „znośić” sprzeczność pomiędzy przepisami pozwalającymi na dokonywanie zmian,

¹⁷ Artykuł 72 ust. 4 *in principio* dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁸ Zob. art. 72 ust. 1 lit a), lit. c) oraz ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

których wartość sięga do 50% wartości pierwotnego zamówienia, a przepisem zakazującym zmian znacząco rozszerzających przedmiot zamówienia, czy też zakazującym takich zmian warunków zamówienia, które gdyby obowiązywały pierwotnie, zainteresowałyby potencjalnych dodatkowych uczestników postępowania¹⁹. Niemniej jednak, jak wskazywano powyżej, przyjęte założenia interpretacyjne odnośnych unormowań nie powinny prowadzić do praktycznego pozbawienia znaczenia reguł wyznaczających pojęcie zmiany istotnej niedopuszczalnej, między innymi ze względu na ich wyjściowe znaczenie dla całej tej regulacji czy ogólny charakter wynikający z faktu, że reguły te stanowią rozwinięcie podstawowych dla prawa zamówień zasad równego traktowania, ochrony konkurencji oraz przejrzystości. Taka marginalizacja znaczenia odnośnej regulacji z pewnością stałaby w sprzeczności z założeniami koncepcji prawodawcy racjonalnego, który nie powinien wprowadzać tego rodzaju ogólnych (wyjściowych) reguł dla danych rozwiązań prawnych, jednocześnie zakładając pozbawienie ich praktycznego znaczenia²⁰. Wobec tego należałoby przyjąć, że reguły określające pojęcie zmiany istotnej powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu, czy konkretna, planowana zmiana umowna nie będzie, w sposób wyraźny (rażący), naruszała podstawowych dla prawa zamówień zasad równego traktowania wykonawców, ochrony konkurencji oraz przejrzystości. Reguły określające pojęcie zmiany istotnej funkcjonowałyby tu jako wskazówki dla określania, czy przy konkretnej zmianie umowy dochodzi do wyraźnego naruszenia tychże podstawowych zasad. Jednocześnie odnosząc się do tych reguł, nie można by abstrahować od poszczególnych przesłanek warunkujących dopuszczalność zmiany danego typu, co przykładowo wyrażałoby się w fakcie uznania, że dopuszczona modyfikacja o wartości sięgającej połowy wartości umowy pierwotnej nie oznacza zakazanego znacznego rozszerzenia przedmiotu zamówienia. Tym samym przesłanki zmiany istotnej powinny być odczytywane w łączności z przesłankami danego typu zmiany. Jak to już sygnalizowano, przepisy o zmianach przewidywanych, zmianach nieprzewidywalnych, czy też zmianach obejmujących zamówienia dodatkowe mogą uzasadniać głębokie i daleko idące w skutkach modyfikacje treści umowy, w tym w odniesieniu do zakresu (rozmiaru) przedmiotu zamówienia, jego wartości czy cech techniczno-funkcjonalnych. Częstokroć nie sposób byłoby uznać takie zmiany za dopuszczalne, gdyby oceniać ich legalność w świetle, ściśle interpretowanej, reguły, która za istotne nakazuje uważać takie zmiany warunków umowy, które gdyby obowiązywały pierwotnie, mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania ze względu na fakt, że zakwalifikowano by do postępowania innych

¹⁹ Można przykładowo zakładać ze znacznym prawdopodobieństwem, że gdyby pierwotnie zakres zamówienia był o 50% większy, to liczba podmiotów zainteresowanych zamówieniem także byłaby większa.

²⁰ W tym przypadku odnoszenia się tylko do pojęcia zmiany nieistotnej (określenie pojęcia zmiany nieistotnej od strony negatywnej) i wskazania, że możliwe są tylko zmiany podmiotowe, na które wskazał prawodawca z wyłączeniem wszelkich innych.

jeszcze wykonawców lub inni jeszcze wykonawcy, niż biorący udział w postępowaniu, wyraziliby zainteresowanie udziałem w nim. Niemniej jednak zasadne wydaje się zaproponowanie, aby oceniając dopuszczalność danej, konkretnej zmiany, zwracać uwagę na fakt, czy nie wprowadza ona warunku, który gdyby obowiązywał w pierwotnym postępowaniu, to jego wynik byłby inny, gdyż wybrano by inną ofertę. Taka bowiem zmiana umowy o zamówienie oznaczałaby wypaczenie jego rzeczywistego wyniku. Inaczej mówiąc, przy ocenianiu legalności konkretnej planowanej zmiany umowy z perspektywy przesłanek któregoś z typów zmian dopuszczalnych, reguła zakazująca zmian warunków mogących rzutować na wynik postępowania nie byłaby brana pod uwagę w sensie hipotetycznym (probabilistycznym), ale byłaby odnoszona do obrazu rzeczywistej konkurencji w postępowaniu i byłaby przywoływana jedynie wtedy, gdy można by wykazać, że wynik postępowania byłby inny, gdyby warunek obejmowany zmianą występował w procedurze udzielenia zamówienia²¹. Chodzi tu więc o sytuacje, w których można by przekonująco dowodzić, że dana zmiana umowy w sposób wyrazisty i niebudzący wątpliwości wypaczałaby wynik postępowania i stanowiłaby przejaw uprzywilejowania kontrahenta kosztem innych uczestników postępowania, a tym samym podważałaby zasady równego traktowania oraz ochronę konkurencji. Takie założenia interpretacyjne analizowanej tu regulacji niewątpliwie znajdują uzasadnienie w fundamentalnych zasadach prawa zamówień publicznych.

ZAKOŃCZENIE

Powyższe rozważania stanowiły próbę posłużenia się jednym z elementów koncepcji racjonalnego prawodawcy, a więc założeniem o stanowieniu przez prawodawcę niesprzecznych (niewykluczających się) norm prawnych, odniesioną do budzącej szereg wątpliwości interpretacyjnych regulacji zmian umów o zamówienia, zawartej w obecnie obowiązujących dyrektywach unijnego prawa zamówień publicznych. Ukazano liczne niedomogi tytułowej regulacji wynikające, przede wszystkim, z dążenia do wyrażenia w niej sprzecznych z sobą celów. Z jednej strony celu w postaci umożliwienia stronom umów o zamówienia nawet daleko idących modyfikacji treści łączących ich stosunków prawnych dla dostosowywania się do zmiennych, rzeczywistych warunków realizacji zamówienia, z drugiej zaś celu w postaci ograniczania takich modyfikacji jako stanowiących istotne zagrożenie dla przestrzegania kluczowych zasad równego traktowania wykonawców, ochrony konkurencji i przejrzystości. Przyjęte powyżej założenia wykładni

²¹ Przykładowa sytuacja odrzucenia w postępowaniu najtańszej oferty z powodu niespełniania któregoś z parametrów technicznych, a następnie obniżenia tych parametrów w toku wykonywania umowy, co powoduje, że gdyby w pierwotnym postępowaniu brano pod uwagę niższe (łagodniejsze) parametry, to wybrano by ofertę odrzuconą jako najkorzystniejszą.

przepisów o dopuszczalnych oraz istotnych niedopuszczalnych zmianach umownych zamówień publicznych pozwalają ukazać przykładowy, praktyczny aspekt koncepcji racjonalnego prawodawcy jako zbioru reguł (postulatów) służących próbom korygowania niedostatków działalności prawotwórczej rzeczywistych prawodawców, niezależnie od krajowego, międzynarodowego czy regionalnego zakresu ich działalności prawotwórczej.

REGULATION OF MODIFICATIONS OF PUBLIC CONTRACTS AND THE ASSUMPTION OF THE LEGISLATOR'S RATIONALITY

Summary

The article is an attempt to use one of the elements of the concept of a rational legislator, i.e. the assumption that the legislator will establish non-contradictory legal norms in relation to regulation of changes in public procurement contracts contained in the currently applicable EU directives of public procurement law. This regulation raises a number of interpretation doubts. The study showed internal contradictions and other insufficiencies in the relevant provisions of EU secondary law. Such assumptions as to the interpretation of the title legal regulation have been proposed to at least limit the effects of its defects in design, in the spirit of respecting the basic principles of public procurement law — the equal treatment of contractors and protection of competition.

Keywords: public procurement, modifications of public contracts, contradiction of legal norms, the concept of a rational legislator

BIBLIOGRAFIA

- Borowicz A., *Argument interpretacyjny odwołujący się do woli rzeczywistego prawodawcy*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 89, 2009.
- Kantor-Kozdrowiecki P., *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, nr 1.
- Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Pulka Z., *Wprowadzenie*, [w:] Z. Pulka, S. Kaźmierczyk, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wrocław 1999.
- Załucki K., *Ostateczny krach racjonalnego prawodawcy w Polsce: analiza prawno-politologiczna*, [w:] *Antynomie polityczności. Artykuły, eseje i szkice dedykowane Profesor Barbarze Goli*, red. K. Minker, L. Rubisz, Opole 2013.