

## Wstęp

W 1963 r. *Stewart Macaulay*, wówczas młody profesor prawa na Uniwersytecie w Wisconsin, opublikował artykuł pt. „Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”<sup>1</sup>. Autor przeprowadził wywiady z 68 przedsiębiorcami i prawnikami z 43 firm oraz 6 kancelarii prawnych. Analiza odpowiedzi respondentów doprowadziła go do wniosku, że w relacjach kontraktowych strony starają się dokonywać zmian i rozwiązywać spory bez odwoływania się do swoich praw wynikających z umów i bez grożenia drugiej stronie pozwem<sup>2</sup>. Swoje stanowisko *S. Macaulay* zilustrował dwoma, szczególnie reprezentatywnymi, wypowiedziami. Zdaniem jednego z respondentów, „jeśli coś się dzieje, chwytą się za telefon i rozwiązuje problem. Nie odwołuje się do szczegółowych postanowień umowy, jeżeli chce się dalej robić biznes. Nie biegnie się od razu do prawnika [...]”. Inny wskazał, że „można rozwiązać każdy spór, jeżeli będzie trzymało się prawników i księgowych z daleka. Oni zwyczajnie nie rozumieją pojęcia kompromisu w biznesie”<sup>3</sup>.

Abstrahując od tego, czy ocena prawników (i księgowych) nie była zbyt krytyczna, należy zadać pytanie, czy takie słowa byłyby możliwe również w sytuacji, w której drugą stroną umowy byłby podmiot publiczny, przedmiotem umowy byłoby wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług, a sama umowa została by zawarta po przeprowadzeniu długiego i skomplikowanego postępowania, w którym o zawarciu umowy ubiegało się wiele podmiotów? Nie ulega wątpliwości, że w przypadku takich umów, w szczególności tych zawartych na dłuższy okres czasu, zmiany w trakcie trwania stosunku zobowiązaniowego są zazwyczaj czymś nieuniknionym. Umowy obejmują złożone ustalenia prawne, techniczne i finansowe, których okoliczności często się zmieniają. Badanie 10 umów o partnerstwo publiczno-prywatne, będącej szczególnym rodzajem umowy w sprawie zamówienia, we Flandrii, przeprowadzone blisko 50 lat po analizie *S. Macaulaya*, ujawniło 212 zmian takich umów, przy czym żadna z tych umów nie była jeszcze w całości wykonana. Nawet jednak bez uwzględniania kolejnych możliwych zmian oznaczało to, iż każda umowa była zmieniana średnio ponad 20 razy<sup>4</sup>. Również dane statystyczne zgromadzone przez polski Urząd Zamówień Publicznych pokazały, że

---

<sup>1</sup> *S. Macaulay*, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review* 1963, Nr 1, s. 55–67. Szerzej na temat teorii *Macaulaya* zob. w szczególności *J. Braucher*, *J. Kidwell*, *W.C. Whitford* (red.), *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay. On the Empirical and the Lyrical*, Oxford 2011.

<sup>2</sup> *S. Macaulay*, Non-Contractual Relations, s. 61.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *S. van Garsse*, *E. vand den Broek*, *J. Buyck*, PPP Contracts: Amendments to PPP Projects Based on Experience in Flanders, *EPPPL* 2016, Nr 2, s. 111 i n.

odsetek postępowań prowadzonych w 2017 r., w których zamawiający<sup>5</sup> przewidział w dokumentach zamówienia<sup>6</sup> możliwość dokonania w przyszłości zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia<sup>7</sup> w stosunku do treści oferty wyniósł blisko 83%<sup>8</sup>. Racjonalne wydaje się założenie, że przynajmniej w części przypadków strony z tej możliwości skorzystały.

W kontekście zmian umowy w sprawie zamówienia pojawić może się jednak konflikt pomiędzy dążeniem do możliwie jak najbardziej efektywnego kontynuowania istniejącego stosunku prawnego, tym samym wyłączenie jego dostosowaniem do zmienionej sytuacji<sup>9</sup>, a nakazem zachowania równości szans dla wszystkich aktualnych i potencjalnych wykonawców, z czym w niektórych sytuacjach mogłaby wiązać się konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania prowadzącego do zawarcia nowej umowy<sup>10</sup>. Nakaz zachowania równości szans dla wszystkich aktualnych i potencjalnych wykonawców ma szczególnie znaczenie w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej. Jest on ściśle powiązany z podstawowym celem tego prawa, którym jest – jak podkreśla się w orzecznictwie Trybunału – zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich<sup>11</sup>. W konsekwencji, zawieranie

<sup>5</sup> W aktach prawa unijnego występuje najczęściej pojęcie „instytucji zamawiającej” oraz „podmiotu zamawiającego”. W niniejszej książce będę posługiwał się zbiorczym pojęciem „zamawiającego”, chyba że będę odwoływał się do konkretnego aktu prawa unijnego, w którym stosowane jest inne pojęcie.

<sup>6</sup> Pod pojęciem „dokumentów zamówienia” należy rozumieć wszelkie dokumenty, które wytworzył lub do których odwołuje się zamawiający w celu opisanego lub określenia elementów zamówienia lub postępowania, w tym, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacje techniczne i proponowane warunki umowy.

<sup>7</sup> Szerzej na temat tego pojęcia zob. § 1 w Rozdziale I.

<sup>8</sup> Dokładnie 82,91%. Zob. „Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.”, s. 46, dalej „Sprawozdanie Prezesa UZP”. Sprawozdanie dostępne jest na stronie: [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0029/36947/Sprawozdanie\\_2017\\_05.06.2018.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36947/Sprawozdanie_2017_05.06.2018.pdf) (dostęp: 24.10.2018 r.). Dane dotyczą ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, a więc publikatorze dotyczącym zamówień poniżej progów unijnych (choćby zamawiający mogą w nim opublikować dodatkowe ogłoszenie o zamówieniu podlegające publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej). Jak jednak wskazał UZP: „z uwagi na brak części informacji w bazie danych ogłoszeń publikowanych w TED, upublicznianej przez Komisję Europejską, nie jest możliwe uwzględnienie danych z ogłoszeń publikowanych w Dz.Urz. UE”.

<sup>9</sup> Wspomniane wyżej badania umów o partnerstwo publiczno-prywatne we Flandrii pokazały, że część zmian była dokonywana, ponieważ strony zgodnie uznały, że konieczne są zmiany, w związku z czym prowadziły negocjacje, a następnie zawierały porozumienie, nie zawsze przestrzegając szczególnych procedur wynikających z umów; S. van Garsse, E. vand den Broek, J. Buyck, PPP Contracts: Amendments to PPP Projects, s. 115.

<sup>10</sup> Por. opinię rzecznik generalnej J. Kokott z 13.3.2008 r. w sprawie C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:167, pkt 44.

<sup>11</sup> Zob. wyr. TS z 11.1.2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Lochau*, ECLI:EU:C:2005:5, pkt 44. A. Kunkiel-Kryńska trafnie wskazuje, że identyfikacja celu, jaki regulacje zamówieniowe mają osiągnąć stanowi punkt wyjścia przy analizie unijnego systemu prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji także implementującego go prawa krajowego; *taż*, Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, EPS 2014, Nr 10, s. 40. Zob. również J. Sadowy, który do „zasadniczych” celów funkcjonowania systemu zamówień publicznych zalicza,

przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji umów, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług, musi być zgodne ze swobodami rynku wewnętrznego, w tym swobodą przepływu towarów, swobodą przedsiębiorczości oraz swobodą świadczenia usług oraz z zasadami, które się wywodzą z Traktatu, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji czy zasada przejrzystości<sup>12</sup>. Wszystko po to, aby wykluczyć ryzyko, iż przy udzielaniu zamówienia przez zamawiających preferowani będą wykonawcy krajowi<sup>13</sup>.

Przez długie lata prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej stosowano wyłącznie do etapu udzielenia zamówienia, tj. do momentu wyboru wykonawcy i podpisania z nim umowy. Dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych realizowały ww. zasady traktatowe, ustanawiając określone procedury udzielania zamówień. Procedury te zobowiązywały instytucje zamawiające, m.in., do publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców<sup>14</sup>, ale – podobnie jak Porozumienie Światowej Organizacji Handlu (WTO) w sprawie zamówień rządowych (GPA)<sup>15</sup> czy Ustawa modelowa UNCITRAL w sprawie zamówień publicznych – aż do 2014 r. nie zawierały żadnych postanowień dotyczących zmian umo-

obok zapewnienia niedyskryminującego dostępu do rynku zamówień publicznych, również oszczędne i efektywne wydatkowanie środków oraz przeciwdziałanie korupcji; *tenże*, Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu, [w:] *H. Nowicki, J. Sadowy* (red.), XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Warszawa–Toruń 2009, s. 172–175. Podobnie *M. Szydło*, który wskazuje, że celami prawa zamówień publicznych są: efektywność ekonomiczna zakupów dokonywanych w ramach zamówień publicznych, pozytywne następstwa ogólnogospodarcze, sprawiedliwość proceduralna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz etyczna uczciwość zachowań uczestników rynków zamówień publicznych; *tenże*, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, Warszawa 2014, s. 3–42. W literaturze zagranicznej dyskusję na temat celów regulacji zamówieniowych zdominował w ostatnich latach spór dotyczący znaczenia konkurencji w prawie zamówień publicznych. Por. *A. Sanchez-Graells*, Public Procurement and the EU Competition Rules, Oxford–Portland–Oregon 2015, który uznaje konkurencję za podstawowy „zewewnętrzny” cel prawa zamówień publicznych (podczas, gdy przejrzystość i efektywność stanowią cele „wewnętrzne”); *tenże*, s. 104; przeciwne stanowisko zajmuje *S. Arrowsmith*, The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011–2012, Nr 14, s. 1–47; zob. również stanowisko, które można określić jako pośrednie, *P. Kunzlik*, Neoliberalism and the European Public Procurement Regime, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2012–2013, Nr 15, s. 312–356). W tym kontekście zobacz również *A. Ludlow*, The Public Procurement Rules in Action: An Empirical Exploration of Social Impact and Ideology Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2013–2014, Nr 16, s. 13–36.

<sup>12</sup> Zob. również *H. Nowicki*, który trafnie zwraca uwagę, że podstawowe cele zamówień publicznych pozostają niezmiennie, ponieważ wynikają w pierwszej kolejności z prawa pierwotnego Unii Europejskiej, a ich zakres stanowi konsekwencję ustanowienia rynku wewnętrznego; *tenże*, Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych, [w:] *J. Sadowy* (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 21.

<sup>13</sup> Zob. wyr. TS z 2.6.2016 r. w sprawie C-410/14 *Falk Pharma*, ECLI:EU:C:2016:399, pkt 35.

<sup>14</sup> Możliwość stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu była przewidziana jedynie w wyjątkowych okolicznościach.

<sup>15</sup> Por. decyzję Rady z 2.12.2013 r. dotyczącą zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (2014/115/UE); Dz.Urz. UE L 68 z 7.3.2014 r., s. 1.

wy<sup>16</sup>. Podział na fazę udzielenia zamówienia i jego wykonywania był tak mocno zakorzeniony w świadomości unijnej, że gdy w 1999 r. ówczesny Sąd Pierwszej Instancji (obecnie Sąd) orzekł, że Komisja naruszyła prawo Unii Europejskiej, dokonując po wyborze najkorzystniejszej oferty zasadniczej (ang. *significant*) zmiany istotnych (ang. *essential*) warunków ogłoszenia o przetargu, która nie była przewidziana w jego treści<sup>17</sup>, Komisja wniosła do Trybunału odwołanie, wskazując, że obie fazy muszą być traktowane jako „zupełnie oddzielne”, a zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązują co do zasady wyłącznie na etapie udzielenia zamówienia<sup>18</sup>. Trybunał nie podzielił jednak stanowiska Komisji i oddalił jej odwołanie<sup>19</sup>.

Wskazany powyżej wyrok był jedną z pierwszych spraw, w której Trybunał orzekł w przedmiocie dopuszczalności zmian (modyfikacji) dokonanych przez zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty. Najważniejszym orzeczeniem pozostaje do dziś wydany kilka lat później wyr. TS w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur*<sup>20</sup>. Odwołując się do celu zamówień publicznych oraz ogólnych zasad prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej, Trybunał sformułował w tym wyroku generalną regułę, zgodnie z którą zmiany w postanowieniach umowy w czasie jej trwania wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli zmiany te charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnej umowy i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tej umowy<sup>21</sup>. Orzeczenie to spotkało się z dużym zainte-

---

<sup>16</sup> Zob. R. Caranta, *The Changes to the Public Contract Directives and the Story They Tell about How EU Law Works*, CMLR 2015, Nr 2, s. 448.

<sup>17</sup> Wyrok Sądu z 14.10.1999 r. w sprawach połączonych T-191/96 i T-106/97 *CAS Succhi di Frutta przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:1999:256. W późniejszym orzecznictwie, np. w wyr. TS w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur* (por. poniżej), TS posługuje się sformulowaniem „material”. W dyrektywach w dziedzinie zamówień publicznych pojawia się przy tej z kolei słowo „substantial”. W polskiej wersji językowej orzecznictwa, o czym będzie jeszcze mowa, pojęcia te są tłumaczone różnie, najczęściej jednak jako „istotna” (zmiana). Takie też pojęcie pojawia się w polskiej wersji językowej dyrektyw. W niniejszej pracy będę konsekwentnie posługiwał się pojęciem „istotna” (zmiana).

<sup>18</sup> Zob. wyr. TS z 29.4.2004 r. w sprawie C-496/99 P *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta*, ECLI:EU:C:2004:236, pkt 92 oraz Opinię rzecznika generalnego S. Albera z 24.10.2002 r. w sprawie C-496/99 P, *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta*, ECLI:EU:C:2002:610, pkt 64.

<sup>19</sup> Zob. szerzej na temat tej sprawy w § 1 w Rozdziale III.

<sup>20</sup> Zob. wyr. TS z 19.6.2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:351.

<sup>21</sup> Pkt 34. Zob. szerzej na temat tej sprawy w Rozdziale III.

resowaniem w literaturze przedmiotu<sup>22</sup> i stało się swoistą ilustracją podejścia TSUE do kwestii zmiany umowy<sup>23</sup>.

Odwołanie się przez Trybunał w kontekście zmian umowy do ogólnych zasad prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej, a w szczególności zasady przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, było niezwykle ważne. Trybunał dostrzegł, że chociaż zasadnicze ryzyko preferowania wykonawców krajowych jest związane z wyborem zamawiającego dokonywanym w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>24</sup>, to może ono pojawić się również w fazie wykonywania umowy już na etapie realizacji umowy. Z perspektywy rynku zamówień publicznych nie ma znaczenia, czy do naruszenia zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania dochodzi na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy po zawarciu umowy. Tymczasem dokonanie zmian umowy z naruszeniem ogólnych zasad prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej może w najgorszym wypadku powodować, że przestrzeganie tych zasad na etapie udzielania zamówienia publicznego nie miało znaczenia. Wystarczy, że w przeprowadzonym zgodnie z prawem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spo-

<sup>22</sup> W literaturze zagranicznej por. w szczególności A. Brown, When do Changes to an Existing Public Contract amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at last in Case C-454/06, PPLR 2008, Nr 6, s. NA253–267; P. Gonçalves, Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454/06, Cadernos de Justiça Administrativa 2009, Nr 73, s. 3–22; H. Hoepffner, La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire, „Revue française de droit administrative” 2011, Nr 1, s. 98–111; P. Probst, Zum Begriff „Vergabe eines Auftrags” und Zulässigkeit der Änderung von Verträgen, European Law Reporter 2008, Nr 7–8, s. 242–251 oraz M.A. Simovart, Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Presstext Ruling, Juridica International 2010, Nr 1, s. 151–160. W literaturze polskiej zob. w szczególności A. Sołtyśńska, Zamówienia publiczne – pojęcie udzielania zamówień publicznych – istotna zmiana umowy – zmiana po stronie wykonawcy – wprowadzenie i wyrok TS z 19.6.2008 r. w sprawie C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund)*, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, EPS 2014, Nr 2, s. 49–52 oraz G. Wicik, Glosa do wyroku ETS z 19.6.2008 r., w sprawie C-454/06 – *Presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Austrii*, PZP 2009, Nr 2, s. 100–104.

<sup>23</sup> O czym może świadczyć m.in. treść pytania prejudycjalnego Vergabekammer Südbayern w sprawie C-212/16 *DUK Versorgungswerk* oraz *Gothaer Pensionskasse*: „Czy istotna zmiana umowy w rozumieniu orzecznictwa Trybunału (wyr. TS z 19.6.2008 r. w sprawie *Presstext*) powstaje, jeżeli przedsiębiorstwo publiczne utworzone poprzez wydzielenie z innego publicznego przedsiębiorstwa zawiera w związku z przejściem części zakładu w rozumieniu dyrektywy 2001/23/WE z dotychczasową instytucją zapewniającą świadczenia z pracowniczego programu emerytalnego utworzonego w wydzielającym przedsiębiorstwie publicznym nową umowę dotyczącą pracowniczego programu emerytalnego, która w przedmiocie zabezpieczenia praw przejętych pracowników do świadczeń emerytalnych lub rentowych z pracowniczego programu emerytalnego jest identyczna z pierwotną umową, i wydzielające przedsiębiorstwo publiczne ma dominujące wpływy na wydzielone przedsiębiorstwo publiczne jako jego jedyny współnik?”. Ostatecznie pytanie zostało wycofane przez sąd odsyłający, a sprawa została wykreślona z rejestru. Por. post. Prezesa Osmej Izby Trybunału z 16.3.2017 r. w sprawie C-212/16 *DUK Versorgungswerk* oraz *Gothaer Pensionskasse*, ECLI:EU:C:2017:274.

<sup>24</sup> Na co Trybunał wciąż zwraca uwagę; por. przykładowo wyr. TS w sprawie C-410/04 *Falk Pharma*, pkt 36.

śród wielu wykonawców zostałaby wybrany jeden, z którym zostałaby podpisana umowa, następnie zmieniona w ten sposób, że wybrany wykonawca otrzymałby wyższe wynagrodzenie, zakres jego świadczenia zostałaby zmniejszony albo czas trwania umowy (a tym samym okres wykonywania świadczenia) przedłużony. Tak zmieniona umowa mogłaby wprowadzać warunki, które gdyby zostały wprowadzone pierwotnie, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni (np. w postępowaniu wzięliby udział wykonawcy, którzy zrezygnowali z niego ze względu na zbyt krótki pierwotny czas trwania umowy) lub dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona (np. druga w kolejności oferta okazałaby się tańsza niż oferta wybranego wykonawcy, któremu podwyższono wynagrodzenie).

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że zamówienia publiczne odgrywają ważną rolę w strategii „Europa 2020” zawartej w komunikacie Komisji z 3.3.2010 r. „Europa 2020” Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej stanowią obecnie kilkanaście procent produktu krajowego brutto<sup>25</sup>. „Ilościowe” znaczenie zamówień publicznych podkreśla się zarówno w oficjalnych dokumentach instytucji unijnych<sup>26</sup>, jak i w literaturze przedmiotu<sup>27</sup>.

Jednocześnie nie sposób pominąć „jakościowej” cechy prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej, którą można rozpatrywać co najmniej w dwóch aspektach. Po pierwsze, jak już wskazywano, prawo to spełnia fundamentalne zadanie, starając się zagwarantować urzeczywistnienie podstawowych zasad traktatowych, w tym zasad obowiązujących na rynku wewnętrznym, jako obszarze bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału<sup>28</sup>. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które może stać się przedmiotem zainteresowania przedsiębiorstwa mającego siedzibę w państwie członkowskim innym niż to, w którym ma siedzibę zamawiający, może być rozpatrywane w świetle ogólnych zasad prawa unijnego, swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości czy swobody świadczenia usług i to niezależnie od tego, czy do postępowania tego znajdują zastosowanie dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych. Po drugie, w prawie tym występują problemy, które ze względu na swoją wagę mogą budzić zainteresowanie z perspektywy ogólnej nauki prawa Unii Europejskiej. Chodzi np. o kwestie prawotwórczej roli Trybunału, kodyfikacji jego orzecznictwa czy rozszerzania zakresu stosowania prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych. Warto podkreślić, że oba zagadnienia, jako związane z problematyką zmiany

<sup>25</sup> Nie jest do końca jasne, ile dokładnie, ponieważ różne źródła podają różne dane. Należy jednak przyjąć, że jest to ok. 15–20%.

<sup>26</sup> Zob. przykładowo Dokument roboczy służb Komisji z 1.8.2014 r. „Annual Public Procurement Implementation Review”, Bruksela, SWD(2014) 262 wersja ostateczna, s. 5.

<sup>27</sup> Zob. przykładowo S. *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*. Volume I, Londyn 2014, s. 1; Ch. *Bovis*, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford 2016, s. VI oraz H. *Schebesta*, *Damages in EU Public Procurement Law*, Cham 2016, s. 17.

<sup>28</sup> Zob. również P. *Nowicki*, *Zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej*, [w:] J. *Sadowy* (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 41–42.

umowy w sprawie zamówienia, są przedmiotem analizy w niniejszej książce – w szczególności w kontekście wpływu orzecznictwa Trybunału na kształtowanie się unijnego porządku prawnego w dziedzinie zamówień publicznych, w zakresie regulującym zmianę umowy.

Wszystko to powoduje, że podjęta w niniejszej książce tematyka jest istotna zarówno z praktycznego, jak i teoretycznego punktu widzenia. Głównym celem publikacji jest analiza problematyki modyfikacji umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej. Zamierzam wykazać, że regulacja modyfikacji umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej ma charakter kompleksowy i wyczerpujący. Obejmuje ona zarówno umowy w sprawie zamówienia, do których stosuje się dyrektywy zamówieniowe, jak i umowy, które nie są objęte albo są objęte jedynie częściowo tymi dyrektywami. Stawiam hipotezę, że dyrektywy zamówieniowe zerwały z wynikającym z orzecznictwa Trybunału kryterium istotności jako kryterium, co do zasady, determinującym zgodność z prawem zamówień publicznych Unii Europejskiej. Wraz z wejściem w życie dyrektyw zamówieniowych właściwe kryterium powinno przebiegać wedle linii „modyfikacji dopuszczalnej” i „modyfikacji niedopuszczalnej”. Jeżeli chodzi o modyfikacje dopuszczalne, nie jest możliwe ich dokonywanie w innych sytuacjach niż przewidzianych w tych dyrektywach. W konsekwencji, zamierzam dowieść, że regulacja ta jest na tyle kompleksowa, że nie ma potrzeby wyodrębniania podziału na zasadę (modyfikacja niedopuszczalna) oraz wyjątek (modyfikacja dopuszczalna). W przypadku modyfikacji umowy w sprawie zamówienia, która nie jest albo jest jedynie częściowo objęta dyrektywami zamówieniowymi, powinna być ona z kolei dokonywana w oparciu o wzorzec przewidziany przez dyrektywy zamówieniowe, z odpowiednim uwzględnieniem faktu, że takie umowy nie podlegają (albo podlegają jedynie częściowo) dyrektywom zamówieniowym.

Zagadnienie modyfikacji umowy w prawie zamówień publicznych jest od lat przedmiotem zainteresowania przedstawicieli doktryny, zarówno polskiej, jak i zagranicznej. Zainteresowanie to nasiliło się w szczególności w ostatnim czasie, w związku z reformą prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej<sup>29</sup>. Dyrektywy zamówieniowe, które weszły w życie w 2014 r.<sup>30</sup> i zobowiązały państwa członkowskie do przyjęcia krajowych przepisów

<sup>29</sup> Zob. przykładowo następujące pozycje opublikowane już po wejściu w życie dyrektyw zamówieniowych: R. *Domínguez Olivera*, Modification of Public Contracts. Transposition and Interpretation of the new EU Directives, EPPPL 2015, Nr 1, s. 35–49; J. *Kobyliński*, Modyfikacja postanowień umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego po 28.7.2016 r., PZP 2016, Nr 4, s. 3–12; A. *Kowalczyk*, Zmiana umów – kilka uwag na tle nowych przepisów, [w:] M. *Stręciwilk*, A. *Panasiuk*, Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań, Warszawa 2017, s. 55–63; A. *Kunkiel-Kryńska*, Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, EPS 2014, Nr 10, s. 40–45; M. *Makowski*, Podstawy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art. 72 Dyrektywy 2014/24/UE, Zamawiający 2016, Nr 1–2, s. 35–39; S. *Treumer*, Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive, PPLR 2014, Nr 3, s. 148–155; S. *Treumer*, Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive, [w:] F. *Lichère*, R. *Caranta*, S. *Treumer* (red.), Modernising Public Procurement: The New Directive, Kopenhaga 2014, s. 281–300.

<sup>30</sup> Chodzi o dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 1–64), zwaną „dyrektywą koncesyjną”, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 65–242), zwaną „dyrektywą klasyczną”,

najpóźniej w 2016 r.<sup>31</sup>, po raz pierwszy w historii unijnego prawa zamówień publicznych uregulowały kwestię modyfikacji (zmiany) umowy. Prace naukowe, które w konsekwencji powstały, przybierały jednak wyłącznie formę artykułów i najczęściej omawiały problematykę zmiany umowy w sprawie zamówienia w sposób ogólny, skupiając się na generalnym przybliżeniu dopuszczalnych podstaw takiej zmiany<sup>32</sup>. Ewentualnie dotyczyły one pojedynczych zagadnień, na przykład upadłości wykonawcy i związanych z tym koniecznych zmian w umowie<sup>33</sup>. Jak dotąd nie pojawiła się na rynku polskim ani zagranicznym książka, która w sposób kompleksowy omawiałaby problematykę modyfikacji umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej, w tym genezę regulacji w przedmiotowym zakresie, podstawy prawne, ograniczenia możliwości dokonywania modyfikacji oraz skutki prawne dokonania modyfikacji niezgodnie z prawem unijnym, z odwołaniem się do orzecznictwa

oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 243–374), zwaną „dyrektywą sektorową”. Dyrektywę koncesyjną, dyrektywę klasyczną oraz dyrektywę sektorową określać będzie dalej mianem „dyrektyw zamówieniowych”. W związku z podobieństwem przepisów dotyczących modyfikacji umowy w sprawie zamówienia zawartych w dyrektywach zamówieniowych analiza będzie oparta o przepisy dyrektywy klasycznej. Wnioski należy odnieść odpowiednio do dyrektywy koncesyjnej oraz sektorowej. Różnice w ramach dyrektywy zamówieniowych, w zakresie dotyczącym modyfikacji umowy, zostały wskazane w § 6 w Rozdziale IV. Do najważniejszych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych zalicza się ponadto dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.7.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., s. 76–136), zwaną „dyrektywą obronną” oraz dyrektywę 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31–46), zwaną „dyrektywą odwoławczą”. Zob. więcej na temat dyrektywy obronnej w § 3 pkt II ppkt 1 w Rozdziale I, a na temat dyrektywy odwoławczej § 3 pkt II ppkt 1 w Rozdziale I oraz Rozdział VI.

<sup>31</sup> Co do zasady, termin na wdrożenie dyrektywy zamówieniowych upływał 18.4.2016 r. Ostatecznie terminowej transpozycji dyrektyw zamówieniowych dokonało jedynie 7 państw członkowskich, tj.: Dania, Niemcy, Francja, Włochy, Węgry, Słowacja i Zjednoczone Królestwo. W konsekwencji, 26.5.2016 r. Komisja skierowała do pozostałych 21 państw, w tym Polski, wezwanie do usunięcia naruszenia, stanowiące pierwszy etap fazy administracyjnej procedury, o której mowa w art. 258 TFUE. 8.12.2016 r. Komisja poinformowała o wysłaniu uzasadnionej opinii do 15 państw członkowskich – będącej drugim i ostatnim krokiem przed skierowaniem sprawy do TSUE. Ostatecznie, 7.12.2017 r. Komisja skierowała do TSUE sprawę przeciwko 4 państwom członkowskim: Austrii (nie wdrożyła w terminie żadnej dyrektywy), Luksemburgowi (nie wdrożył w terminie żadnej dyrektywy), Hiszpanii (wdrożyła w terminie jedynie dyrektywę klasyczną) i Słowenii (nie wdrożyła w terminie dyrektywy koncesyjnej).

<sup>32</sup> Tak np. *R. Domínguez Olivera*, Modification of Public Contracts, s. 35–49; *A. Kunkiel-Kryńska*, Zmiany umowy, s. 40–45; *M. Makowski*, Podstawy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, s. 35–39 czy *S. Treumer*, Contract Changes and the Duty to Retender, s. 148–155.

<sup>33</sup> Zob. *S. Treumer*, Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency, PPLR 2014, Nr 1, s. 21–31. Zob. również np. *J. Brodec*, *V. Janeček*, którzy piszą o zmianie umowy w kontekście prawa zobowiązań; *ciż*, How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?, PPLR 2015, Nr 3, s. 90–105.



Trybunału, przepisów prawa pochodnego Unii Europejskiej i zasad ogólnych prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej.

Warto zauważyć, że do niedawna brakowało również publikacji naukowej, która dotyczyłaby zmiany umowy w polskim prawie zamówień publicznych. Tę niewątpliwą lukę stara się wypełnić książka autorstwa *G. Klicha* pt. *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*<sup>34</sup>. Autor przybliżył w niej istotę regulacji zamówień publicznych, opisuje zamówienia publiczne w świetle prawa cywilnego, przedstawia „europejskie uwarunkowania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego”, wskazuje ograniczenia dokonywania zmian o charakterze przedmiotowym i podmiotowym w umowach w sprawie zamówienia oraz prezentuje skutki niedochowania publicznoprawnych warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia. Praca, z wyjątkiem rozdziału poświęconego „europejskim uwarunkowaniom”<sup>35</sup> oraz fragmentom, w których autor odwołuje się do przepisów nowych dyrektyw, w szczególności w kontekście ograniczeń dokonywania zmian o charakterze przedmiotowym i podmiotowym<sup>36</sup>, skupia się na zagadnieniach prawa polskiego.

Na uwagę zasługuje również niedawna praca *K. Horubskiego* na temat administracyjnoprawnych instrumentów realizacji zamówienia publicznego<sup>37</sup>. Autor analizuje w monografii, m.in., ograniczenia zmian przedmiotowych i podmiotowych w umowach w sprawie zamówienia<sup>38</sup>. Czyny przy tym jednak zastrzeżenie, że przedmiotem zasadniczych rozważań są przepisy PrZamPubl<sup>39</sup>.

Podkreślenia wymaga, że niniejsza książka przedstawia problematykę modyfikacji umowy w prawie zamówień publicznych z perspektywy prawa Unii Europejskiej, a nie prawa krajowego. Chodzi przy tym nie tylko o przepisy dyrektyw zamówieniowych, które wymagają transpozycji do prawa krajowego, ale również m.in. orzecznictwo Trybunału czy ogólne zasady prawa unijnego, stanowiące podstawę stosowania dla zamówień nieobjętych albo objętych jedynie częściowo przepisami dyrektyw. W związku z powyższym, co do zasady, pomijam w książce takie kwestie jak, np. cywilnoprawny czy publicznoprawny charakter umowy w sprawie zamówienia w polskim porządku prawnym, zagadnienie swobody umów w prawie cywilnym, w tym swobody dokonywania zmian umów cywilnoprawnych, kwalifikacje konkretnych przypadków zmian umów w świetle prawa polskiego czy skutki dokonania zmian umów z naruszeniem krajowej regulacji ustawo-

<sup>34</sup> Pełna pozycja bibliograficzna: *G. Klich*, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016 r.

<sup>35</sup> Rozdział ten jest jednym z sześciu wszystkich rozdziałów pracy. Obok zagadnień prawa unijnego autor przedstawia w nim również regulację zmiany umowy w sprawie zamówienia w prawodawstwach wybranych państw członkowskich.

<sup>36</sup> Przy czym autor w dużej mierze opierał się na dotychczasowym brzmieniu PrZamPubl, sprzed wejścia w życie ZmPrZamPubl16, gdzie niegdyś tylko odnosząc się do nowej regulacji. Zob. szerzej *P. Bogdanowicz*, *G. Klich*, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016 – recenzja monografii, PZP 2016, Nr 4, s. 70–75.

<sup>37</sup> *K. Horubski*, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.

<sup>38</sup> Por. odpowiednio *Administracyjnoprawne instrumenty*, Rozdział III oraz IV.

<sup>39</sup> *K. Horubski*, *Administracyjnoprawne instrumenty*, s. 249. Co nie oznacza, że nie omawia on w ogóle dopuszczalności takich zmian w prawie Unii Europejskiej – w świetle orzecznictwa TSUE oraz przepisów dyrektyw zamówieniowych (por. § 2 w Rozdziale III oraz § 2 w Rozdziale IV).

wej (np. w związku z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych). Niewątpliwie nawet w pracy poświęconej prawu unijnemu nie sposób jednak całkowicie pominąć zagadnień relacji między prawem zamówień publicznych Unii Europejskiej a porządkiem krajowym. System zamówień publicznych w Unii Europejskiej, jak trafnie zwraca uwagę *P. Nowicki*, obejmuje generalnie, trzy normatywne płaszczyzny: prawa pierwotnego Unii Europejskiej, gdzie, w szczególności w Traktacie, odnajdujemy zasady, które należy odnieść do zamówień publicznych, prawa wtórnego Unii Europejskiej, a więc dyrektyw zamówieniowych, oraz prawa krajowego państw członkowskich, wdrażającego ww. dyrektywy do porządków krajowych<sup>40</sup>. Prawo krajowe można więc uznać za element systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Dostrzec przy tym należy, że prawo to w coraz większej mierze, w ramach postępującej europeizacji prawa, a w szczególności europeizacji o charakterze obligatoryjnym<sup>41</sup>, wynika z prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej<sup>42</sup>. Modyfikacja umowy w sprawie zamówienia jest w tym względzie doskonałym przykładem. Regulacja krajowa przewidziana w art. 144 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>43</sup> jest w całości oparta na przepisach art. 72 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 dyrektywy 2014/25/UE<sup>44</sup>. Jedną z form europeizacji prawa jest transpozycja przepisów prawa unijnego do prawa krajowego. W rezultacie, w niniejszej pracy dokonano również oceny zgodności przepisów PrZamPubl z przepisami prawa krajowego. Należy przy tym pamiętać, że zgodnie z zasadą tzw. skutku bezpośredniego prawa Unii Europejskiej ewentualna nieprawidłowa transpozycja dyrektyw do prawa polskiego może w określonych okolicznościach, tj. pod warunkiem spełnienia dodatkowych przesłanek, stanowić podstawę powołania się przez wykonawców na przepisy dotyczące dyrektyw z pominięciem przepisów polskiej ustawy.

Przyjęta w niniejszej książce perspektywa prawa unijnego, a nie krajowego, ma istotne znaczenie dla terminologii stosowanej w publikacji, poczynając od jej tytułu – książka poświęcona jest „modyfikacji” umowy w sprawie zamówienia. Wybór tego pojęcia, a nie

<sup>40</sup> *P. Nowicki*, Zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej, s. 42.

<sup>41</sup> Pod tym pojęciem należy rozumieć oddziaływanie prawa europejskiego na porządki prawne państw europejskich polegające na zobowiązaniu państw europejskich do transpozycji prawa europejskiego do ich wewnętrznych porządków prawnych (np. obowiązek implementacji dyrektyw UE), uwzględnianiu prawa europejskiego w stosowaniu lub wykładni prawa krajowego (np. obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem UE), zapewnieniu spójności, efektywności i pierwszeństwa prawa europejskiego oraz ochrony praw gwarantowanych prawem europejskim oraz jednolitym stosowaniu i jednolitej wykładni prawa europejskiego (np. obowiązek stosowania rozporządzeń i innych bezpośrednio skutecznych przepisów prawa UE). Tak A. Wróbel, D. Miąsik, Europeizacja prawa administracyjnego – pojęcie i konteksty, [w:] R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), System Prawa Administracyjnego. T. 3. Europeizacja prawa administracyjnego, Warszawa 2014, s. 16. Szerzej na temat europeizacji prawa w kontekście zamówień publicznych zob. w szczególności R. Noguellou, L., „européanisation” du droit des contrats administratifs, [w:] J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, Traité de droit administratif européen, Bruksela 2014, s. 1171–1178.

<sup>42</sup> Zob. jednak G. Klich, który wskazuje, chociaż bez uzasadnienia, że prawo unijne „pozostawia w niektórych dziedzinach krajowym legislatorom znaczny zakres swobody”; *tenże*, Zmiana umowy, s. 30.

<sup>43</sup> T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.

<sup>44</sup> Zob. szerzej § 7 w Rozdziale IV niniejszej książki.

– powszechnie stosowanego m.in. w polskiej literaturze przedmiotu – terminu „zmiany” był zabiegiem celowym. Pojęciem tym, nie tylko w polskiej wersji językowej, posługują się bowiem przepisy dyrektyw zamówieniowych, które po raz pierwszy wprowadziły instytucję modyfikacji (zmiany) umowy do prawa stanowionego Unii Europejskiej. „Modyfikacja” umowy stała się więc pojęciem języka prawnego. Z drugiej strony, należy zauważyć, że decyzja unijnego prawodawcy, biorąc pod uwagę słownikową definicję pojęcia „modyfikacji”, może budzić pewne wątpliwości<sup>45</sup>. Co więcej, w dotychczasowym orzecznictwie Trybunał posługiwał się głównie pojęciem „zmiany”, a nie „modyfikacji”<sup>46</sup>. Ponadto, pojęcie „zmiany” chociaż w ograniczonym zakresie, pojawia się w dyrektywach zamówieniowych<sup>47</sup>. Mając na uwadze powyższe, jak również fakt, iż przedmiotem książki nie jest tylko modyfikacja (zmiana) umowy na podstawie przepisów prawa pochodnego, ale również modyfikacja (zmiana) umowy, do której nie stosuje się dyrektyw zamówieniowych, w publikacji co do zasad posługuję się zamiennie oboma pojęciami, tj. zarówno „modyfikacji”, jak i „zmiany” umowy w sprawie zamówienia. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy odwołuję się do konkretnych przepisów dyrektyw zamówieniowych.

W niniejszej pracy zastosowano przede wszystkim tradycyjną metodę badawczą, tj. metodę dogmatyczną, polegającą na analizie przepisów pierwotnego i pochodnego prawa Unii Europejskiej, w szczególności w dziedzinie zamówień publicznych. Konieczna była również analiza orzecznictwa Trybunału, w tym opinii rzeczników generalnych. Orzecznictwo to stanowiło bowiem nie tylko punkt odniesienia dla prawodawcy unijnego w zakresie zawartych w dyrektywach zamówieniowych przepisów dotyczących modyfikacji umowy w sprawie zamówienia, ale też wyznaczyło podstawy dla tzw. pochodnego prawa zamówień publicznych, będącego wyrazem prawotwórczej działalności Trybunału w dziedzinie zamówień publicznych. W rozważaniach dotyczących przepisów prawa i orzecznictwa wykorzystano stanowiska wyrażane przez przedstawicieli polskiej i zagranicznej doktryny prawa (zwłaszcza prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej). Wreszcie, analizując rozwój przepisów prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej w niektórych miejscach pracy użyto metody komparatystycznej w ujęciu historycznym. W całej pracy zastosowanie znalazły instrumenty wykładni językowej, systemowej oraz funkcjonalnej.

Analiza problematyki modyfikacji umowy w sprawie zamówienia wymagała ponadto szerszego spojrzenia niż tylko *stricte* z perspektywy prawa. Problematyka ta ma bowiem charakter interdyscyplinarny. W szczególności, była ona przedmiotem pogłębionych badań w nauce ekonomii, w ramach których powstały, m.in., teoria niezupełnej umowy (ang. *incomplete contract theory*)<sup>48</sup> oraz teoria kosztów transakcyjnych (ang. *transaction cost*

<sup>45</sup> Zob. szerzej § 2 pkt I w Rozdziale IV niniejszej książki.

<sup>46</sup> Co trzeba jednak przyznać, ulegnie zapewne zmianie, gdy pojawią się w TSUE pierwsze sprawy dotyczące wykładni przepisów dyrektyw zamówieniowych poświęconych modyfikacji umowy.

<sup>47</sup> Np. w art. 72 ust. 1 lit. b, kiedy jest mowa o „zmianie wykonawcy”.

<sup>48</sup> Zgodnie z tą teorią umowy nie są nigdy „zupełne” i wymagają zmian, co prowadzi do nieefektywności realizowanego projektu. Szerzej zob. przykładowo O. Hart, J. Moore, Foundations of Incomplete Contracts, The Review of Economic Studies 1999, Nr 1, s. 115–138; J. Tirole, Cognition and Incomplete Contracts, The American Economic Review 2009, Nr 1, s. 265–294; tenże, J. Tirole, Incomplete Contracts: Where do We Stand, Econometrica 1999, Nr 4, s. 741–781.

theory)<sup>49</sup>. Początkowo, teorie te nie rozróżniały jednak między umowami w sprawie zamówienia<sup>50</sup> a umowami zawieranymi pomiędzy podmiotami prywatnymi. Dopiero w ostatnich latach niektórzy autorzy zwrócili uwagę na znaczenie tego rozróżnienia<sup>51</sup>. Wnioski, które wysuwają się z ich badań są bardzo interesujące, nawet jeżeli nie dotyczą one unijnego systemu zamówień publicznych<sup>52</sup>.

Przede wszystkim zauważono, że zmiany umów w sprawie zamówienia są częste<sup>53</sup>. Wśród przyczyn takiego stanu rzeczy wskazano przede wszystkim zbyt „agresywne” oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zwycięzcy oferent orientując się, że nie jest w stanie wykonać zamówienia na warunkach, które zaoferował, po podpisaniu umowy dąży do jej zmiany<sup>54</sup>, oraz zbyt „sztywną” (ang. *rigid*) naturę umów w sprawie zamówienia<sup>55</sup>. W konsekwencji zamawiający, negocjując umowę z podmiotem prywatnym, w szczególności w zakresie dotyczącym rozwiązania umowy, nakładania kar umownych czy rozstrzygania sporów, dąży przede wszystkim do zabezpieczenia się przed ryzykiem wynikającym z tzw. oportunisty strony trzeciej (ang. *third party opportunism*). Chodzi o kwestionowanie umów przez wykonawców, których oferty nie zostały wybrane, albo przeciwników politycznych, zarzucających zamawiającemu np. dyskryminacyjne trakto-

---

<sup>49</sup> Teoria ta zakłada, że umowy nie są zupełne, ale ich zmiany, chociaż kosztowne, są konieczne. Szerzej zob. przykładowo S. Saussier, Transaction costs and contractual incompleteness: The case of Électricité de France, *Journal of Economic Behavior and Organization* 2000, Nr 2, s. 189–206.

<sup>50</sup> Ang. *public contracts*. W tym kontekście należy przyjąć, że chodzi o umowy zawierane na podstawie sformalizowanej procedury pomiędzy instytucją zamawiającą, będącą podmiotem publicznym, a podmiotem prywatnym, których przedmiotem jest wykonywanie robót, dostawa produktów lub świadczenie usług.

<sup>51</sup> Zob. w szczególności J. Beuve, M. W. Moszoro, S. Saussier, Political contestability and contract rigidity: An analysis of procurement contracts (ostatnia aktualizacja 24.2.2016 r.), dostępne na stronie internetowej: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2739524](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2739524), s. 1–34 oraz M. W. Moszoro, P. T. Spiller, Third-party opportunism and the nature of public contracts. NBER Working Paper 18636, grudzień 2012.

<sup>52</sup> Por. jednak dyskusję na temat zmian umowy z perspektywy prawa Unii Europejskiej oraz ekonomii pomiędzy H.-J. Prießem a S. Saussierem, Re-tendering a contract for a breach of procurement rules or changes to contract. Dialogue, [w:] G. Piga, S. Treumer (red.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Londyn–Nowy Jork 2016, s. 147–162.

<sup>53</sup> Por. J.-L. Guasch, Granting and Renegotiating Infrastructure Concession: Doing It Right, Waszyngton 2004, 13–14 oraz J. Beuve, M. W. Moszoro, S. Saussier, Political contestability and contract rigidity, s. 22.

<sup>54</sup> Zob. J.-L. Guasch, Granting and Renegotiating, s. 44–48. Autor przeanalizował ponad 1000 umów koncesji zawartych w Ameryce Łacińskiej i Karaibach w latach 1985–2000. Średnio co trzecia umowa koncesji była przedmiotem zmian, przy czym w niektórych sektorach, np. wodociągowo-kanalizacyjnym, odsetek umów, które zmieniono wynosił nawet 92%. J. Beuve, M. W. Moszoro, S. Saussier zwracają uwagę, że wysoki odsetek zmienianych umów jest charakterystyczny nie tylko dla państw rozwijających się i pokazują przykłady brytyjskie, amerykańskie oraz francuskie; *ciż*, Political contestability and contract rigidity, s. 7.

<sup>55</sup> J. Beuve, M. W. Moszoro, S. Saussier, Political contestability and contract rigidity, s. 2. „Sztywnością” Autorzy określają zbytnie „zbiurokratyzowanie” relacji – ścisłe egzekwowanie postanowień umownych, brak elastyczności i nakładanie kar za wszelkie odchylenia.

wanie albo korupcję<sup>56</sup>. W praktyce okazuje się, że im „sztywniejsze” brzmienie umowy, tym częstsze są jej zmiany, ponieważ umowa taka nie jest dostosowana do realiów rynkowych. Istnienie szczegółowej regulacji dotyczącej modyfikacji (zmiany) umowy w sprawie zamówienia nabiera w takim przypadku dodatkowego znaczenia.

Mając na uwadze powyższe, publikacja została podzielona na sześć rozdziałów. W związku z tym, że tematem pracy jest modyfikacja (zmiana) umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej, a nie w prawie krajowym, pierwszy rozdział poświęcony jest ogólnie pojęciu „prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej”. W konsekwencji, w rozdziale tym scharakteryzowano miejsce prawa zamówień publicznych w systemie prawa i zdefiniowano pojęcie „zamówienia publicznego”, w tym względem „zamówienia sektorowego” oraz „koncesji”, które są regulowane w porządku unijnym różnymi aktami. Opisano również źródła unijnego prawa zamówień publicznych, z uwzględnieniem znaczenia orzecznictwa TSUE, w szczególności dla procesu kształtowania się prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Zagadnienia przedstawione w rozdziale pierwszym są na tyle szerokie, że same mogłyby być przedmiotem niejednej rozprawy. Sposób ich prezentacji w niniejszej książce napewno nie ma charakteru wyczerpującego. Nie taki był jednak cel ich ujęcia w pracy, który polegał wyłącznie na uporządkowaniu pewnych elementów konstrukcyjnych, mających znaczenie dla prowadzonego wywodu. W związku z powyższym, chociaż rozdział ten ma charakter wprowadzający, tam, gdzie to było wskazane, powiązano prezentowaną w nim tematykę z głównym przedmiotem niniejszej pracy, a więc kwestią zmiany (modyfikacji) umowy. Uczyniono tak, np., przy okazji opisu źródeł unijnego prawa zamówień publicznych. Zmiana umowy jest bowiem regulowana nie tylko w prawie pochodnym (dyrektywach zamówieniowych), ale istotny wpływ w tym względzie mogą mieć również wynikające z prawa pierwotnego ogólne zasady prawa, stanowiące w szczególności wzorzec kontroli przy ocenie, czy zmiana umowy w sprawie zamówienia, do której nie stosuje się albo stosuje się jedynie częściowo dyrektywy zamówieniowe jest dopuszczalna.

Po omówieniu zagadnień wprowadzających, w rozdziale drugim, skupiono się na pojęciu „umowy w sprawie zamówienia” w prawie Unii Europejskiej. Również w tym rozdziale przedstawiono przede wszystkim zagadnienia konstrukcyjne umowy w sprawie zamówienia, a w szczególności odpłatny charakter takiej umowy, formę jej zawarcia, strony takiej umowy, jej przedmiot, okres obowiązywania oraz zasady jej rozwiązania. W związku z tym, że unijne reguły dotyczące modyfikacji umowy w sprawie zamówienia odnoszą się w równym stopniu do „umowy ramowej”, opisano również to pojęcie.

Trzeci rozdział jest pierwszym rozdziałem poświęconym bezpośrednio kwestii modyfikacji umowy w sprawie zamówienia w prawie Unii Europejskiej. Omówiono w nim te kwestie wynikające z orzecznictwa TSUE, które miały wpływ na kształtowanie się unijnego porządku prawnego w dziedzinie zamówień publicznych, w zakresie dotyczącym problematyki zmiany umowy. Nie powinno przy tym ulegać wątpliwości, że regulacja modyfikacji umowy w sprawie zamówienia w dyrektywach zamówieniowych ma swoją genezę w orzecznictwie Trybunału. W preambułach tych dyrektyw prawodawca unijny wskazał wprost, że doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, s. 5–23.

jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia odbywa się „z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”<sup>57</sup>. Nie oznacza to jednak, że przepisy dyrektyw zamówieniowych stanowią proste odwzorowanie tez Trybunału<sup>58</sup>. Przeciwnie, jedną z tez tej pracy jest to, że regulacja dyrektyw zamówieniowych odeszła od orzecznictwa Trybunału w ten sposób, że po wejściu ich w życie „istotność” zmiany przestała być decydującym wyznacznikiem jej ewentualnej niezgodności z prawem Unii Europejskiej.

Warto podkreślić, że przeprowadzona analiza orzecznictwa TSUE dotyczącego zmiany umowy nie polega na streszczeniu kolejno najważniejszych wyroków, ale na zaprezentowaniu tego orzecznictwa w ujęciu przedmiotowym i skupieniu się na pokazaniu najważniejszych kwestii związanych ze zmianą umowy w sprawie zamówienia w prawie Unii Europejskiej. Takie podejście uznano za wszech miar wskazane. Przede wszystkim pozwoliło ono wyróżnić z orzecznictwa TSUE wybrane problemy, a następnie odnieść je do sposobu ich uregulowania przez prawodawcę unijnego.

W czwartym rozdziale dokonano analizy przepisów dyrektyw zamówieniowych dotyczących modyfikacji umowy. Należy przy tym pamiętać, że chociaż przepisy dyrektywy 2014/24/UE, dyrektywy 2014/25/UE oraz dyrektywy 2014/23/UE są w tym względzie bardzo podobne, to nie są identyczne. Taka sama jest natomiast systematyka tych przepisów, w związku z czym omówiono kolejno, dla wszystkich dyrektyw, przypadki, w których zmiana umowy jest dopuszczalna, w tym także wtedy, gdy jest ona istotna, wskazując granice dopuszczalności takiej modyfikacji, których przekroczenie powoduje konieczność przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pozwoliło to na ocenę, kiedy modyfikacja umowy w sprawie zamówienia ma charakter niedopuszczalny. Następnie przedstawiono wspomniane różnice w regulacji modyfikacji umowy w sprawie zamówienia pomiędzy dyrektywą klasyczną, z jednej strony, a dyrektywą sektorową i koncesyjną, z drugiej. Na koniec zestawiono przepisy dyrektyw zamówieniowych z przepisami polskiego prawa zamówień publicznych w celu oceny, czy transpozycja tych dyrektyw do prawa polskiego<sup>59</sup>, w zakresie dotyczącym zmiany umowy w sprawie zamówienia, była prawidłowa, a jeśli nie, to czy przepisy dyrektyw zamówieniowych dotyczące modyfikacji umowy w sprawie zamówienia są na tyle jasne, precyzyjne, bezwarunkowe i kompletne, że można się na nie powołać w ramach zasady skutku bezpośredniego.

Piąty rozdział poświęcony jest zagadnieniu modyfikacji umowy, do której nie stosuje się dyrektyw zamówieniowych. Należy pamiętać, że dyrektywy zamówieniowe ustanawiają przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje i podmioty zamawiające w odniesieniu do zamówień, konkursów lub koncesji, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w tych dyrektywach<sup>60</sup>. Regulacja, iż dyrektywy zamówieniowe stosuje się do zamówień, konkursów i koncesji, których wartość szacun-

<sup>57</sup> Por. motyw 107 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>58</sup> Zob. również *A. Semple*, która wskazuje, że spośród wielu zmian, które przyniosła nowa dyrektywa, tylko niektóre mogą być właściwie określane mianem kodyfikacji dotychczasowego orzecznictwa; *taż*, *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford 2015, s. XXV.

<sup>59</sup> Por. ustawę z 22.6.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.).

<sup>60</sup> Por. art. 1 ust. 1 dyrektywy klasycznej.

kowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w tych dyrektywach, nie oznacza, że tylko zamówienia o wartości na poziomie lub powyżej tych progów mogą być przedmiotem zainteresowania wykonawców z innych państw członkowskich. Zamawiający pochodzący z państw członkowskich są obowiązani do przestrzegania postanowień i zasad zawartych w Traktacie w każdym przypadku, gdy zawierają umowy w ramach zamówień publicznych objęte „zakresem TFUE”<sup>61</sup>. Dotyczy to, co do zasady, również umów, które podlegają wyłączeniom przewidzianym w dyrektywach oraz umowom, których przedmiotem są usługi społeczne i inne szczególnie usługi.

W odniesieniu do zmiany umowy w sprawie zamówienia, do której nie stosuje się dyrektyw zamówieniowych albo stosuje jedynie częściowo, ale które są objęte „zakresem TFUE”, Trybunał powtórzył w wyr. w sprawie C-91/08 *Wall*, że dokonanie istotnej zmiany może wymagać zawarcia nowej umowy<sup>62</sup>. Orzeczenie to zapadło przed wejściem w życie dyrektyw zamówieniowych, które uregulowały w sposób szczegółowy kwestię zmiany umowy w sprawie zamówienia. Jednym z istotniejszych pytań, które w związku z tym powstaje są granice stosowania w drodze analogii przepisów tych dyrektyw do umów, które nie są objęte albo są objęte jedynie częściowo, poprzez odwołanie do ogólnych zasad prawa, a w szczególności zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości.

Wreszcie, w szóstym rozdziale, opisano skutki prawne dokonania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia niezgodnie z prawem Unii Europejskiej. Skutki te, w ramach przyjętej w pracy systematyki, odniesiono oddzielnie do umów w sprawie zamówienia, do których stosuje się dyrektywy zamówieniowe oraz do tych, które pozostają poza reżimem tych dyrektyw, ale są objęte zakresem Traktatu. Należy podkreślić, że chociaż kwestia ta ma niezwykle ważne znaczenie praktyczne, nie jest ona szczegółowo uregulowana na poziomie prawa pochodnego, a istniejące orzecznictwo Trybunału, wciąż bardzo nieliczne, nie daje jasnej odpowiedzi w tym względzie.

Każdy rozdział kończy się zestawieniem wniosków. Kompleksowe podsumowanie znajduje się w Zakończeniu.

Książka nie powstałaby bez pomocy wielu życzliwych mi osób, które w różny sposób pomagały mi, gdy pracowałem nad publikacją: merytorycznie, organizacyjnie czy finansowo, za co chciałbym im, nawet jeśli bezosobowo, serdecznie podziękować. W szczególny sposób dziękuję jednej osobie – mojej żonie *Milenie*, za jej cierpliwość, troskę i miłość.

Warszawa, styczeń 2019 r.

*Piotr Bogdanowicz*

---

<sup>61</sup> Zob. szerzej *P. Bogdanowicz*, Rozszerzanie zakresu stosowania unijnego prawa zamówień publicznych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Komisję Europejską, [w:] *T. Giaro* (red.), *Rola orzecznictwa w systemie prawa*, Warszawa 2016, s. 317–332.

<sup>62</sup> Zob. wyr. TS z 13.4.2010 r. w sprawie C-91/08, *Wall*, ECLI:EU:C:2010:182, pkt 37.