

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

Autor opinii:



radca prawny AGNIESZKA SUCHECKA

biegły sądowy wpisany na listę biegłych z dziedziny prawa zamówień publicznych o specjalności weryfikacja prawidłowości sporządzania dokumentacji postępowania, zasad naliczania korekt dla projektów dofinansowanych ze środków unijnych, weryfikacji dokumentacji opartej o wzory opracowane przez Międzynarodowa Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC),

ul. Tylne Chwaliszewo 25

61-103 Poznań

M +48 664701510

@ a.sucheka@bssk.pl

Informacje o autorze:

Partner i Lider Branży Budownictwo Infrastruktura Transport w **Kancelarii Radców Prawnych Brudkiewicz, Suchecka S.K.A.**, członek Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR), członek Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych (OSKZP); ekspert w Radzie Ekspertów ds. inwestycji kolejowych powołanej przez Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa, ekspert merytoryczny w Izbie Gospodarczej Transportu Lądowego, wykładowca w ramach Podyplomowych Studiów z zakresu realizacji inwestycji celu publicznego w oparciu o regulacje FIDIC i prawo zamówień publicznych.

Posiadająca długoletnie doświadczenie w praktycznych aspektach przy realizacji inwestycji drogowych, kolejowych, lotniskowych, wodno-ściekowych, spalarniach, przeciwpowodziowych, w tym o wartościach przekraczających 100 MLN EUR.

Autorka licznych artykułów i publikacji w dziennikach i miesięcznikach branżowych, w tym w Przetargach Publicznych, Konsultancie, rynek kolejowy.

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

Podstawa i zakres opinii

Opinia została sporządzona na podstawie zamówienia Izby Gospodarczej Transportu Lądowego.

Przedmiotem opinii jest określenie dopuszczalności zmiany postanowienia umowy bazowej w sprawie zamówienia publicznego, dotyczącego płatności częściowej za urządzenia i materiały dostarczone na teren budowy celem ich wbudowania, sformułowanego w sposób określający maksymalną procentową wartość urządzeń i materiałów, która może zostać objęta płatnością, poprzez zniesienie limitu płatności i umożliwienie Zamawiającemu wypłacenie Wykonawcy całości wartości dostaw urządzeń i materiałów.

Omówienie istoty sprawy

Izba Gospodarcza Transportu Lądowego, po przeprowadzeniu analizy wpływających sygnałów i postulatów wykonawców realizujących zamówienia publiczne, dokonała diagnozy kluczowych problemów występujących obecnie na rynku zamówień publicznych. Wykonawcy wskazują między innymi na utrudnienia w płynności przepływu płatności od zamawiającego do wykonawców, a także na zbyt restrykcyjne zasady dotyczące gwarancji.

Jednym z aspektów, który wpływa negatywnie na przepływ wynagrodzenia do wykonawców, jest klauzula często zawierana w kontraktach, która dotyczy możliwości dokonania wcześniejszej płatności za wyprzedzająco dostarczone przez wykonawcę na teren budowy urządzenia i materiały. Przy tego typu obecnie obowiązujących postanowieniach umownych, zamawiający ma możliwość dokonania zapłaty za materiały i urządzenia przeznaczone do zabudowania już w momencie ich dostawy, a nie dopiero po ich zabudowaniu. W przypadku korzystania przez strony z kontraktowych warunków ogólnych FIDIC, mowa tutaj o subklauzuli 14.5 „Urządzenia i Materiały przeznaczone do Robót”.

Powszechną praktyką jest zamieszczanie w treści takiej klauzuli wcześniej ustalonego limitu wartości urządzeń i materiałów, do poziomu którego zamawiający będzie mógł dokonać wcześniejszej płatności. Przykładowo – 80% wartości dostaw jest płatna na rzecz wykonawcy po dostarczeniu urządzeń lub materiałów na teren budowy, czy też inne wyznaczone przez Zamawiającego miejsce, a pozostała część – 20%, po wykonaniu odpowiedniej części robót budowlanych i zabudowaniu tych urządzeń lub materiałów. Ustalenie takiego limitu wstrzymuje część płatności za dostarczone już faktycznie przez wykonawcę materiały i sprzyja zatorom płatniczym.

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

W obecnych okolicznościach powiązanych z sytuacją pandemii światowej jest szczególnie istotne, aby zapewnić odpowiednią płynność przepływu środków pieniężnych. Mając to na uwadze Izba Gospodarcza Transportu Lądowego podniosła pytanie, czy jest możliwa zmiana przedmiotowego rodzaju postanowienia poprzez zniesienie limitu ustalonego pierwotnie przez strony i umożliwienie zamawiającemu wypłacenie wykonawcy całości wartości dostawy urządzeń i materiałów już po ich dostarczeniu na teren budowy, na podstawie ustawowych przesłanek zmiany umowy. Należy bowiem pamiętać, że umowy zawierane w reżimie zamówień publicznych charakteryzują się ściśle określonymi i restrykcyjnymi możliwościami w zakresie modyfikacji stosunku umownego. Przewidzenie przez strony mechanizmu zmiany takiego postanowienia w samej umowie pozwala bezpośrednio wyeliminować opisane problemy, natomiast w przypadku, gdy umowa milczy w tym zakresie, dokładnej analizy wymagają przesłanki zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych (dalej także jako: pzp).

Ustawowe podstawy zmiany umowy ws. zamówienia publicznego

Spośród sześciu przesłanek zawartych w treści art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy których spełnieniu nie obowiązuje zakaz zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści ofert, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, dla analizowanej zmiany zastosowanie mogą znaleźć trzy z nich:

- wyszczególniona w punkcie 3 ww. przepisu podstawa obejmująca konieczność zmiany umowy w wyniku wystąpienia okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- wyszczególniona w punkcie 5 ww. przepisu podstawa obejmująca zmianę, która niezależnie od wartości nie jest istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e pzp (tzw. zmiana nieistotna);
- wyszczególniona w punkcie 6 ww. przepisu podstawa obejmująca zmianę, której wartość jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp (tzw. progi unijne) i jest mniejsza od 10% (dla usług lub dostaw) albo 15% (dla robót budowlanych) wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie (*tzw. zmiana bagatelna*).

Pozostałe podstawy przewidziane przez polskiego ustawodawcę odnoszą się do odmiennego rodzaju okoliczności, niezwiązanych z przedmiotową zmianą. Pierwsza z nich, dotycząca jednoznacznego określenia przez strony możliwości dokonania

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

takiej zmiany w postanowieniach umowy, czyni hipotetyczną analizę bezprzedmiotową. Następne obejmują realizację dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, oraz zmianę podmiotową po stronie wykonawcy, zatem nie mogą być brane pod uwagę w ramach niniejszej analizy.

Okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć

Analizując możliwe do wykorzystania podstawy zmiany umowy zawarte w pzp w kolejności występującej w ustawie, warto pochylić się najpierw nad zmianą uregulowaną w art. 144 ust. 1 pkt 3) pzp. Według niej zmiana postanowień zawartej umowy ws. zamówienia publicznego jest możliwa w sytuacji, gdy spełnione zostały łącznie następujące warunki:

- konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Co do drugiego z powyższych warunków, sposób obliczenia wartości takiej zmiany zostanie opisany w dalszej części niniejszej opinii. Niemniej jednak nadmienić należy już teraz, że limit 50% wartości zamówienia powinien być oceniony jako wysoki w stosunku do omawianej zmiany i najprawdopodobniej w większości przypadków przesłanka ta będzie bez trudu spełniona.

Dopuszczalność wprowadzenia zmiany na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3) zależy zatem przede wszystkim od wykazania, że jest to zmiana konieczna, a ponadto jest ona uzasadniona wystąpieniem okoliczności, które nie były znane zamawiającemu przed podpisaniem umowy i nie był on w stanie ich przewidzieć, nawet jeżeli działał w tym zakresie z należytą starannością.

Motyw 109 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (tzw. *dyrektywy klasycznej*) mówi o okolicznościach zewnętrznych, których instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. Wskazano,

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

że należy je odnosić do okoliczności, które były nie do przewidzenia pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem dostępnych zamawiającemu środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością. Nie może to jednak znajdować zastosowania w przypadku zmiany charakteru całego zamówienia – np. zmiany rodzaju zamówienia, czy zastąpienia zamawianych robót, dostaw lub usług zupełnie innym przedmiotem zamówienia. Zmiana ta nie powinna wpływać na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Kwestia wykazania faktu braku możliwości przewidzenia okoliczności uzasadniających zmianę była wielokrotnie tematem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z prowadzonymi kontrolami podstaw udzielenia zamówień dodatkowych (w oparciu o obecnie uchylony przepis), gdzie również występowała tożsama przesłanka. Zgodnie z tym dorobkiem, przede wszystkim **konieczność wprowadzenia zmiany i jej nieprzewidywalność musi być obiektywna i bezwzględna**¹. Występuje ona „w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych nie kwalifikujących się wprawdzie jako stan klęski żywiołowej, jednak powodujących konieczność wykonania zamówienia dodatkowego”². „O tym, czy miała miejsce sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia (...), decyduje dołożenie należytej staranności przez zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego, przy czym oceny tej staranności należy dokonać z obiektywnego punktu widzenia. (...) Błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu”³.

W sytuacji będącej przedmiotem niniejszej opinii może być trudno znaleźć możliwy bezpośredni związek pomiędzy wystąpieniem określonych nieprzewidzianych okoliczności, a koniecznością wprowadzenia możliwości pełnej zapłaty przez Zamawiającego za materiały i urządzenia w momencie dostarczenia ich na teren budowy. Niemniej jednak jest to realna sposobność i wykazanie przez strony takich okoliczności oraz określenie ich wpływu na analizowane postanowienie

1 Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2017 r. KIO/KD 37/17; Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2013 r. KIO/KD 9/13.

2 Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2008 r. KIO/KU 4/08

3 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 29 maja 2014 r. III SA/Łd 332/14

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

umowne może hipotetycznie zostać uznane za uzasadnione i umożliwić zmianę umowy na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp.

W tym miejscu warto przywołać dodatkowo uregulowanie ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych ze zm. (tzw. *Tarczy Antykryzysowej*), a konkretnie przepis art. 15r tejże. **Umożliwia on bowiem, poprzez ust. 4, wprowadzenie do umowy ws. zamówienia publicznego zmian, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp.**

Taka sposobność jest obwarowana procedurą, która nakazuje stronom umowy wzajemnie powiadamiać się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem epidemii COVID-19 na należyte wykonanie umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony jednocześnie potwierdzają ten wpływ poprzez przedstawienie oświadczeń i dokumentów udowadniających zaistniały stan rzeczy, a może on dotyczyć:

- nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19;
- **wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych.**

Strona powołująca się na takie okoliczności musi przy tym wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wystąpieniem epidemii a realizacją umowy. Jeżeli przesłanki wpływu negatywnych zjawisk powiązanych z COVID zostaną

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

udowodnione i uznane przez Zamawiającego, strony mogą dokonać odpowiednich zmian łączącej ich umowy.

Jeżeli zatem stronom udałoby się wykazać powiązanie pomiędzy wystąpieniem epidemii COVID-19 a koniecznością „uwolnienia” wstrzymanej części wynagrodzenia Wykonawcy za dostarczone na teren budowy urządzenia lub materiały, zmiana analizowana w ramach niniejszej opinii mogłaby zostać wprowadzona na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp.

Dla przykładu można wskazać notowane na rynku branżowym powiadomienia o informacjach dostawców urządzeń, że brak uregulowania całości wynagrodzenia za dostarczone urządzenia może powodować opóźnienia w dostawie kolejnych partii, np. z uwagi na istotne wahania kursowe.

Wciąż jednak należy pamiętać, że w omawianym przypadku wymagane jest wykazanie określonych okoliczności z ujawnieniem ich wpływu na warunki kontraktu i potrzebę ich zmiany.

Zmiana nieistotna

Następną w kolejności, możliwą do wykorzystania podstawą zmiany uregulowaną w art. 144 ust. 1 pzp, jest tzw. zmiana nieistotna. Zgodnie z przepisem pkt 5 przywołanego przepisu zmiana ta jest niezależna od jej wartości, ale wymaga określenia jej znaczenia wedle kryteriów określonych w art. 144 ust. 1e. pzp. Ten przepis z kolei stanowi, że zmianę postanowień umownych uznaje się za istotną, jeżeli:

- zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

- b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
- c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
- d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

Celem ustalenia, czy analizowana modyfikacja postanowienia o wcześniejszej płatności za materiały lub urządzenia powinna zostać uznana za istotną, należy zweryfikować każdą w wyszczególnionych powyżej okoliczności.

Jeżeli chodzi o zmianę charakteru umowy, należy z całą pewnością stwierdzić, że wprowadzenie przedmiotowej zmiany tego nie czyni. Nie polega też na zastąpieniu wykonawcy nowym wykonawcą. Skupić zatem należy się na kwestiach wskazanych w lit. a-c powyżej. Poprzez sformułowanie powyższych przesłanek w sposób ogólny i pozostawiający pole do interpretacji, trudnym jest jednoznaczne określenie, czy każda zmiana w rodzaju tej analizowanej w niniejszej opinii stanowić będzie istotną modyfikację stosunku umownego.

Jak wskazywał Urząd Zamówień Publicznych w publikacji pt. *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)*: „Dokonując oceny czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy PZP będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone”.

Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie wskazuje, że „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”⁴. Jak wskazuje także TSUE w ww. wyroku, zmiana umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany, niepowodująca zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, która nie prowadzi również do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu, może być uznana za zmianę nieistotną. Dotyczyć to będzie w szczególności przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. wynikają z okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy.

Sprowadza się to przede wszystkim do określenia stopnia zmiany – przykładowo jeżeli pierwotne postanowienie umożliwiało Zamawiającemu opłacenie 90% wartości dostaw, a dostaw tych w stosunku do całego przedmiotu Umowy było niewiele, zwiększenie tego uprawnienia do całości kosztu dostawy należałoby uznać raczej za niewielkie rozszerzenie zakresu świadczeń wynikającego z umowy, nie naruszające równowagi ekonomicznej umowy i nie powodujące, że na etapie przetargu zostałyby złożone inne oferty i inna oferta zostałaby wybrana. Z kolei, jeżeli pierwotny limit płatności był o wiele niższy – np. 40%, a w skali całego zamówienia takich dostaw ma mieć miejsce bardzo dużo, wpływ na zakres świadczeń wynikający z umowy i równowagę ekonomiczną byłby o wiele większy. Również świadomość wykonawców, że przy realizacji zamówienia mogliby otrzymywać całą płatność za dostarczone materiały, zamiast jej niewielkiej części, co zapobiegałoby zatorom w przepływie środków pieniężnych, mogłaby skłonić większe grono podmiotów do złożenia własnej, może nawet korzystniejszej niż wybrana oferty.

⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur*.

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

Dopuszczalność wprowadzenia omawianej zmiany na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 pzp zależy od dostatecznego wykazania przez strony zaistnienia odpowiednich okoliczności, które mogą być oceniane odmiennie przez instytucje sprawujące kontrolę. Mając przy tym na uwadze brak precyzji ustawowej regulacji w tym zakresie, należy ocenić korzystanie z wskazanej podstawy prawnej jako obarczone wysokim ryzykiem. Z tych względów również zamawiający są zazwyczaj sceptyczni wobec wyboru tego rozwiązania.

Zmiana tzw. bagatelna

Ostatnią ale ważną możliwą do wykorzystania podstawą zmiany umowy ws. zamówienia publicznego, przewidzianą w treści przepisu art. 144 ust. 1 pzp, która została przytoczona na wstępie niniejszej opinii, jest tzw. zmiana bagatelna. Wydaje się to być zarazem najbezpieczniejsza i najprostsza droga do wprowadzenia analizowanej zmiany, spośród wcześniej opisanych.

Pkt 6 ww. przepisu stanowi, że możliwe do wprowadzenia są zmiany, których łączna wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp i mniejsze od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - mniejsze od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Główną zaletą tego rozwiązania jest fakt, że strony umowy nie muszą wykazywać żadnych dodatkowych okoliczności poza odpowiednią wartością zmiany. Nie występuje w tym przypadku ryzyko, które pojawiało się w odniesieniu do wcześniej opisywanych sposobów modyfikacji umowy, tj. uznania uzasadnienia zmiany za nieprawidłowe lub niewystarczające.

Wyłącznie istotną kwestią dla dopuszczalności wprowadzenia analizowanej zmiany do treści umowy ws. zamówienia publicznego, jest poprawne wyliczenie jej wartości. Wartość zmiany polegającej na umożliwieniu wypłacenia przez Zamawiającego pełnej wartości dostarczonych na teren budowy, a jeszcze nie

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

zabudowanych materiałów, zamiast tylko częściowej wypłaty, nie może być jednak obliczona wprost, bowiem z pewnością nie jest to wartość wynikająca z kosztorysu (danej pozycji obliczeniowej, w której urządzenia występują), czy kwota ustalona podczas negocjacji. Ogólna wartość wynagrodzenia także się nie zmienia – zmienia się wyłącznie czas zapłaty umówionego wynagrodzenia w małej części.

Należy zatem odnieść się do kosztu pieniądza w czasie, co może być dokonane jak opisano poniżej.

Wysokość wynagrodzenia, które otrzyma wykonawca od zamawiającego wcześniej niż miałyby to miejsce przy pierwotnym brzmieniu umowy, **ma wymierną wartość.**

Różnica pomiędzy pełną wartością urządzeń i materiałów (100%), a wartością, którą wykonawca otrzymałby przy zastosowaniu dotychczasowego limitu (np. 80%) daje bazę (podstawę) dla ustalenia jej wartości w czasie. Wykonawca otrzyma zatem określoną kwotę (np. 20% wartości materiałów) wcześniej niż by to wynikało z pierwotnego brzmienia umowy i można zidentyfikować o ile wcześniej.

Wykonawca otrzyma tę kwotę w dniu dostarczenia materiałów na teren budowy, a nie w dniu ich zabudowania, zatem wcześniej o czas pomiędzy dostarczeniem materiałów, a ich zabudowaniem.

Aby ustalić koszt zmiany, należy zatem policzyć ewentualny koszt „kredytowania” takiej samej sumy pieniędzy (np. 20% wartości materiałów) przez taki sam czas (pomiędzy dostarczeniem a zabudowaniem). Koszt takiego potencjalnego kredytu należy uznać za wartość wprowadzanej zmiany. Wykonawca może pozyskać np. ofertę banku prowadzącego jego rachunek na kredytowanie wskazanej wyżej kwoty przez okres obliczony np. w miesiącach – co będzie stanowiło prawidłowy dowód dla przyjęcia wartości ww. zmiany.

Metodykę obliczania analizowanej zmiany umowy należy stosować także w przypadku podstawy zmiany umowy uregulowanej w art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp. Tam jednak ustawodawca przewidział wyższy próg dopuszczalnej wartości zmiany.

Jeżeli obliczona w opisany sposób wartość zmiany mieści się w progach ustanowionych w treści przepisu art. 144 ust. 1 pkt 6 pzp, a przy tym zmiana nie powoduje zmiany charakteru umowy, wprowadzenie jej jest dopuszczalne w tym trybie. Wykazanie spełnienia przesłanki ustawowej

Opinia dotycząca zmiany postanowienia umowy bazowej dot. płatności częściowej za materiały poprzez wprowadzenie pełnej płatności za dostarczone materiały

opiera się także na wyliczeniach matematycznych, a nie argumentacji w obrębie niedookreślonych pojęć, zatem obarczone jest mniejszym ryzykiem nieprawidłowego czy niewystarczającego uzasadnienia zmiany przez strony umowy.

Podsumowanie

Zmiana postanowienia umowy bazowej w sprawie zamówienia publicznego, dotyczącego płatności częściowej za urządzenia i materiały dostarczone na teren budowy celem ich wbudowania, sformułowanego w sposób określający maksymalną procentową wartość urządzeń i materiałów, która może zostać objęta płatnością, poprzez zniesienie % ograniczonego limitu płatności i umożliwienie Zamawiającemu wypłacenie Wykonawcy całości wartości dostaw urządzeń i **materiałów jest dopuszczalna:**

- na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp – jeżeli strony wykażą, że wystąpiły nieprzewidywalne okoliczności o charakterze bezwzględnym i obiektywnym, powodujące konieczność zmiany umowy, a wartość tej umowy nie przekracza 50% wartości wynagrodzenia pierwotnie określonego w umowie, przy czym są to okoliczności trudne do wykazania i obarczone ryzykiem odmiennej oceny instytucji kontrolnych;
- na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 5 pzp – jeżeli strony wykażą, że wprowadzana zmiana jest nieistotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e pzp, przy czym jest to okoliczność zależna od stopnia zmiany postanowienia i obarczona ryzykiem odmiennej oceny instytucji kontrolnych;
- na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 6 pzp – jeżeli prawidłowo obliczona wartość zmiany umowy mieści się w ustalonych progach kwotowych, tj. progach unijnych i 15% wartości zamówienia na roboty budowlane określonej pierwotnie w umowie, przy czym jest to w ocenie opiniującego rozwiązanie najkorzystniejsze z opisywanych.



*Agnieszka Suhecka
radca prawny*