

ZMIANY UMÓW O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NA ROBOTY BUDOWLANE

Hanna Drynkorn

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE 2021

ZMIANY UMÓW O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NA ROBOTY BUDOWLANE

Hanna Drynkorn

Stan prawny na 1 listopada 2020 r.
z uwzględnieniem zmian wchodzących w życie od 1 stycznia 2021 r.

Recenzent
Prof. dr hab. Lidia Zacharko

Wydawca
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący
Kinga Zając

Opracowanie redakcyjne
Agnieszka Witczak

Projekt okładek serii
Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski



Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przystługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2021

ISBN 978-83-8223-171-7

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Wstęp	13
Uwagi wprowadzające – specyfika zamówień na roboty budowlane	17
Rozdział I	
Zakres zamówień na roboty budowlane	27
1. Uregulowania dotyczące zamówień na roboty budowlane w prawie unijnym	27
1.1. Historyczny rozwój regulacji	27
1.2. Kwestie terminologiczne istotne dla określenia zakresu zamówień na roboty budowlane.....	31
2. Uregulowania dotyczące zamówień na roboty budowlane w prawie i orzecznictwie polskim	32
2.1. Historyczny rozwój regulacji	32
2.2. Kwestie terminologiczne istotne dla określenia zakresu zamówień na roboty budowlane.....	37
3. Relacja między przepisami Prawa zamówień publicznych a przepisami Kodeksu cywilnego.....	41
4. Relacja między przepisami Prawa zamówień publicznych a przepisami Prawa budowlanego	50
5. Koncesja na roboty budowlane.....	52
6. Zakres zastosowania przepisów o zamówieniach na roboty budowlane.....	59

6.1. Kwalifikacja zamówień mieszanych jako zamówień na roboty budowlane.....	59
6.2. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych	66
6.3. Wykonanie obiektu zgodnie ze wymaganiami zamawiającego	68

Rozdział II

Kształtowanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty

budowlane	79
1. Uwagi ogólne.....	79
2. Zasady ogólne dotyczące opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane	85
3. Szczególny sposób opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane.....	89
3.1. Opisywanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane polegającego na wykonaniu robót budowlanych	94
3.1.1. Projekt budowlany	96
3.1.2. Projekt wykonawczy.....	98
3.1.3. Przedmiar robót.....	102
3.1.4. Informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia	106
3.1.5. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych	107
3.2. Opisywanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych.....	108
3.3. Opisywanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sytuacji określenia wynagrodzenia ryczałtowego.....	123
4. Uprawnienia wykonawców w odniesieniu do kształtowania treści opisu przedmiotu zamówienia	131
4.1. Wniosek o wyjaśnienie	131
4.2. Sprawdzenie dokumentacji projektowej	141

Rozdział III**Klauzule zmiany umowy – zakres dopuszczalnych zmian**

umowy	149
1. Uwagi ogólne oraz kwestie terminologiczne.....	149
2. Rodzaje klauzul adaptacyjnych.....	166
2.1. Klauzule renegocjacyjne.....	170
2.2. Klauzule automatycznego dostosowania.....	173
3. Klauzule adaptacyjne <i>sensu stricto</i>	181
3.1. Klauzule zakładające podjęcie decyzji przez strony.....	181
3.2. Klauzule zakładające powierzenie podjęcia decyzji przez podmiot trzeci (inżyniera, komisję rozjemczą).....	184

Rozdział IV**Zmiany umów na podstawie przesłanek ustawowych**..... 195

1. Pojęcie zmiany umowy w prawie cywilnym i w prawie zamówień publicznych – uwagi ogólne.....	195
2. Granice dopuszczalności zmian umów o zamówienia a rozwiązanie umowy.....	198
3. Ustawowe przesłanki zmiany umowy – ewolucja regulacji krajowej i unijnej.....	204
4. Katalog zmian dopuszczalnych a ogólny zakaz dokonywania zmian istotnych.....	215
4.1. Uwagi ogólne.....	215
4.2. Zmiana ogólnego charakteru umowy.....	220
5. Zakres dopuszczalnych istotnych zmian umów.....	227
5.1. Zmiany nieistotne ze względu na wartość (zmiany bagatelne).....	227
5.2. Zmiana poprzez zlecenie prac dodatkowych.....	229
5.3. Zmiana w związku z wystąpieniem nieprzewidzianych okoliczności.....	235
6. Charakterystyka zmian istotnych.....	253
7. Zastosowanie ustawowych klauzul adaptacyjnych w odniesieniu do umów w sprawie zamówień publicznych.....	262
7.1. Uwagi wprowadzające.....	262

7.2. Wzajemny stosunek pomiędzy przepisami – podobieństwa, różnice, przesłanki zastosowania.....	268
7.3. Przesłanki stosowania ustawowych klauzul adaptacyjnych	269
7.4. Waloryzacja wynagrodzenia na podstawie art. 358 ¹ § 3 k.c.	274
8. Podsumowanie.....	275
Zakończenie	277
Orzecznictwo	283
Literatura.....	291

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- dyrektywa 2014/24/UE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65, ze zm.)
- dyrektywa 2014/25/UE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243, ze zm.)
- k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
- nowelizacja z 22.06.2016 r. – ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)
- pr. bud. – ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.)
- p.z.p. – ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.)
- p.z.p.2004 – ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; uchylona z dniem 1.01.2021 r.)
- rozporządzenie w sprawie dokumentacji projektowej – rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2013 r. poz. 1129)

- rozporządzenie z 1937 r. – rozporządzenie Rady Ministrów z 29.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92) – akt archiwalny
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 47)
- u.u.k. – ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1528 ze zm.)

Czasopisma i publikatory

- Biul. NDFP – Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych
- Biul.SAKa – Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Katowicach
- Dz.U. – Dziennik Ustaw
- Dz.Urz. UE/WE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/Wspólnot Europejskich
- EPPPLR – European Procurement & Public Private Partnership Law Review
- MoP – Monitor Prawniczy
- M.P. – Monitor Polski
- OSA – Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
- OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
- OSNC-ZD – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiór Dodatkowy
- OSP – Orzecznictwo Sądów Polskich
- OTK-A – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Seria A
- POSAG – Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku
- PPH – Przegląd Prawa Handlowego
- PPLR – Public Procurement Law Review
- PS – Przegląd Sądowy
- PUG – Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
- PZP – Prawo Zamówień Publicznych
- ST – Samorząd Terytorialny
- WRLAE – Wrocław Review of Law, Administration & Economics

Inne

CBOSA	– Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
FIDIC	– Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
GKO	– Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
KE	– Komisja Europejska
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
PFU	– program funkcjonalno-użytkowy
NSA	– Najwyższy Sąd Administracyjny
SA	– Sąd Apelacyjny
SIWZ	– specyfikacja istotnych warunków zamówienia (na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r.)
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SWZ	– specyfikacja warunków zamówienia (na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2019 r.)
TSUE/Trybunał	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TK	– Trybunał Konstytucyjny
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny

WSTĘP

Niniejsza książka ukazała się w przededniu wejścia w życie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019), obowiązującej od 1.01.2021 r.

Praktycy prawa zamówień publicznych już od dłuższego czasu zgłaszali brak przejrzystości dotychczas obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych z 29.01.2004 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), wynikający między innymi z licznych nowelizacji ustawy. Niektóre z nich uchwalano doraźnie, w celu rozwiązania bieżących problemów ujawniających się przy prowadzonych postępowaniach, a niektóre wynikały z konieczności implementacji dyrektyw unijnych. Nowa ustawa z pewnością jest krokiem w kierunku zwiększenia czytelności przepisów regulujących udzielanie i realizację zamówień publicznych. Jednocześnie jednak już w okresie *vacatio legis*, który był wyjątkowo długi, zauważono liczne wątpliwości, jakie budzą nowe przepisy.

Do modyfikacji umów o zamówienia zawartych do dnia wejścia w życie nowego Prawa zamówień publicznych oraz zawartych w wyniku postępowań wszczętych przed tą datą, zgodnie z przepisami przejściowymi dotyczącymi nowej ustawy, zastosowanie będą mieć przepisy dotychczasowe. Nowe regulacje będą natomiast odnosić się do umów zawartych w wyniku postępowań wszczętych po 31.12.2020 r. W związku z tym jeszcze przez kilka lat będziemy mieli do czynienia ze stosowaniem obu reżimów prawnych.

Jako podstawę rozważań w niniejszej publikacji przyjęto nowe przepisy, jednocześnie jednak każdorazowo przywoływana jest podstawa prawna

z ustawy, której przepisy zostaną uchylone z końcem grudnia 2020 r. Ten ostatni reżim będzie bowiem odpowiedni dla umów zawartych przed dniem wejścia w życie nowej ustawy. Różnice w treści dotychczasowej i nowej ustawy zostały omówione w odpowiednich fragmentach książki – odrębnie w odniesieniu do każdego z poruszanych zagadnień.

Kluczowe jest natomiast to, że – jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowej ustawy – przepisy określające zasady dokonywania zmian umów zostały jedynie „przereklamowane, aby w jaśniejszy sposób oddać zakres dopuszczalnych zmian umowy określonych w prawie unijnym, i nie zawierają merytorycznych zmian w stosunku do obowiązujących rozwiązań”. W konsekwencji wypracowany dorobek orzecznictwa oraz doktryny zasadniczo pozostaje nadal aktualny.

Dla Czytelnika istotne może być także to, że z zakresu rozważań niniejszej książki wyłączone zostały zagadnienia związane z dopuszczalnością zmian podmiotowych w trakcie realizacji umowy, tj. wyjątków od zasady niezmienności wykonawcy zamówienia wyłonionego w przeprowadzonej procedurze. W mojej opinii można to bowiem potraktować jako odrębny temat. Celem niniejszej publikacji jest omówienie zmian przedmiotowych, ponieważ to właśnie w odniesieniu do nich szczególnie istotne jest uwzględnienie specyfiki robót budowlanych. Przy zmianach podmiotowych nie gra roli szczególny sposób zamawiania i realizacji robót budowlanych i nie jest konieczne omówienie cech specyficznych robót budowlanych. Ustawowe reguły zmian podmiotowych będą zatem znajdowały uniwersalne zastosowanie w taki sam sposób do wszystkich rodzajów zamówień – dostaw, usług oraz robót budowlanych.

Jeśli chodzi o zakres tematyczny publikacji, to zdecydowałam się objąć jej treścią nie tylko analizę samych przepisów regulujących zasady przedmiotowych zmian umów, tj. art. 454 oraz art. 455 p.z.p., wraz z ich uwarunkowaniami historycznoprawnymi, ale także szersze spektrum zagadnień mających znaczenie przy rozważaniu modyfikacji umowy.

W rozdziale I prezentuję pojęcie zamówienia publicznego jako umowy oraz pojęcie robót budowlanych jako przedmiotu tej umowy na tle uregulowań nie tylko prawa zamówień publicznych, ale także prawa

cywilnego (prawa zobowiązań) oraz prawa budowlanego. Ukazałam procesy kształtowania się obecnej regulacji, które pozwolą zrozumieć wzajemne relacje pomiędzy kilkoma ustawami, które należy brać pod uwagę planując i realizując zamówienie.

W rozdziale II omówiłam zasady opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Są one specyficzne właśnie dla tego rodzaju zamówień, a ustawodawca szczegółowo określa zawartość dokumentacji przetargowej, poprzez odwołanie się do dokumentacji sporządzanej na gruncie prawa budowlanego. Omówienie tego aspektu uznałam za wskazane z uwagi na to, że przy rozważaniu możliwości zmiany umowy w każdym przypadku konieczne jest odwołanie się do dokumentacji przetargowej i zrekonstruowanie na jej podstawie woli stron w zakresie świadczeń, do jakich wykonania strony się zobowiązały. Opis przedmiotu zamówienia jako określający zakres umowy o zamówienie publiczne stanowi bowiem podstawę wyceny ofert przez wykonawców, a w razie odstępstw od założeń zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, w trakcie realizacji zamówienia, jest on również punktem odniesienia dla oceny zmiany zamówienia lub oceny roszczeń wykonawców odnośnie do ewentualnej dodatkowej zapłaty lub przedłużenia czasu na ukończenie. W kontekście kształtowania warunków zamówienia istotna jest też, omówiona w tym samym rozdziale, możliwość wpływu oferentów oraz potencjalnych wykonawców na treść warunków udziału w postępowaniu oraz ich rola w kształtowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozdziały III i IV są już w całości poświęcone tytułowemu zagadnieniu.

Rozdział III książki traktuje o postanowieniach przewidujących zmianę umowy. Zgodnie z przyjętą koncepcją modyfikacje dokonywane na podstawie tego typu klauzul umownych potraktowano odrębnie od pozostałych przesłanek zmian umowy. Powodem takiego ujęcia jest fakt, że zmiana na podstawie klauzuli umownej wymaga przewidzenia takiej możliwości już na etapie kształtowania warunków zamówienia. Sposób sformułowania tego typu klauzul determinuje możliwość oraz zakres zmiany umowy. Muszą one być tworzone w sposób przemyślany, adekwatny do danego rodzaju zamówienia i jego przedmiotu.

Inaczej jest z pozostałymi przesłankami zmiany, omówionymi w rozdziale IV. Są one jednakowe dla wszystkich zamówień i niezależne od treści dokumentacji danego postępowania, ponieważ zostały na stałe wprowadzone do regulacji ustawowej. Dokonanie zmiany na podstawie jednej z nich nie będzie zatem wymagało uprzedniego podjęcia jakiegokolwiek czynności przez zamawiającego.

Zakres dopuszczalnych zmian umów o zamówienia rodzi wiele interesujących zagadnień zarówno w teorii, jak i w praktyce, w szczególności z uwagi na konieczność pogodzenia gospodarczych interesów strony wykonawczej z interesem publicznym oraz zachowaniem dyscypliny wydatkowania środków publicznych.

Hanna Drynkorn

Wrocław, 25.10.2020 r.

UWAGI WPROWADZAJĄCE – SPECYFIKA ZAMÓWIEŃ NA ROBOTY BUDOWLANE

Zasady zmian umów są jednolite dla wszystkich umów w sprawie zamówień publicznych niezależnie od tego, czy ich przedmiotem są usługi, dostawy, czy roboty budowlane¹. Cele ograniczeń przedmiotowych zmian umów są tożsame z celami realizowanymi przez całą regulację Prawa zamówień publicznych. Na straży realizacji celów systemu zamówień publicznych stoją ustawowe zasady, uregulowane w art. 16–20 p.z.p. Natomiast będące przedmiotem rozważań w niniejszej książce ograniczenia modyfikacji umów, podobnie jak wszystkie pozostałe regulacje systemu prawa zamówień publicznych, mają za zadanie zapewnienie przestrzegania podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, jakimi są zasada równego traktowania, ochrony konkurencji, prowadzących do zapobiegania zjawiskom korupcyjnym². Wymienione naczelne zasady prawa zamówień publicznych nie tylko mają zastosowanie do modyfikacji umów w kwestiach interpretacyjnych, ale przede wszystkim miały decydujący wpływ na ukształtowanie obecnie obowiązujących normatywnych ograniczeń dokonywania takich zmian. Powyższe znajduje potwierdzenie w tym, że do momentu wejścia w życie dyrek-

¹ Art. 454 oraz 455 p.z.p. nie odnoszą się do konkretnego rodzaju umowy w sprawie zamówienia publicznego, określając ogólne zasady i warunki zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.

² J. Jerzykowski [w:] J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*, LEX, s. 621; M. Podrecka, *O prawidłowej wykładni art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych*, MoP 2010/11, s. 646.

tyw z 2014 r. zagadnienie zmian umów nie było w ogóle uregulowane w prawie unijnym, jednocześnie jednak stało się przedmiotem bogatego dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Orzeczenia TSUE zapadały natomiast z powołaniem się na zasady, co uzasadnia ich znaczenie dla sposobu stosowania prawa unijnego, w sytuacji braku szczegółowych uregulowań w danym obszarze. Obecnie zasady te znalazły konkretyzację w aspekcie realizacji zamówień publicznych w postaci rozległej regulacji art. 72 dyrektywy 2014/24/UE oraz odpowiadających mu art. 454 oraz 455 p.z.p. Wskazuje się, że zastosowanie przez prawodawcę unijnego do uregulowań dotyczących dokonywania zmian umów modelu harmonizacji całkowitej (zupelnej), czyli pozostawiającej państwom członkowskim bardzo ograniczony zakres swobody implementacyjnej³, świadczy o doniosłości zagadnienia modyfikacji umów o zamówienia publiczne dla przestrzegania fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych⁴.

Natomiast bogaty dorobek orzecznictwa TSUE⁵, które szczególnie w przypadku zagadnienia zmian umów o zamówienie publiczne ma charakter wyrażnie prawotwórczy, pozwala na stwierdzenie, że wypracowano wiele wskazówek co do zakresu dopuszczalnych zmian w umowie o zamówienie publiczne. Wyroki dotyczące zmian umów nie są może bardzo liczne, ale rozległe rozważania Trybunału mają istotne znaczenie dla postrzegania granic dopuszczalności zmian umów o zamówienia publiczne. Analiza orzecznictwa, już nie tylko unijnego, wskazuje jednak na to, że uwzględnienie specyfiki realizacji umów o roboty budowlane jest szczególnie ważne przy wyznaczaniu zakresu dopuszczalnych zmian w tego typu umowie o zamówienie publiczne.

³ Zob. B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, s. 86.

⁴ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 253.

⁵ Należą do nich: wyrok TSUE z 29.04.2004 r., C-496/99 P, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA., ECLI:EU:C:2004:236; wyrok TSUE z 19.06.2008 r., C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii, ECLI:EU:C:2008:351; wyrok TSUE z 13.04.2010 r., C-91/08, Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182.

Szczególny charakter umów o roboty budowlane przejawia się w wielu aspektach, zarówno w sferze wymogów prawa związanych z udzielaniem zamówienia, którego przedmiot mają stanowić, jak i w zakresie okoliczności związanych z ich realizacją, tj. realnych warunków wykonywania prac budowlanych.

Do pierwszej grupy specyficznych cech zamówień publicznych na roboty budowlane (dotyczących uwarunkowań prawnych) należy zaliczyć m.in.: wyższy próg kwotowy, od którego zależy obowiązek publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, odrębne od innych rodzajów zamówień zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia i ustalania wartości zamówienia, wprowadzenie dłuższych terminów ważności (6 miesięcy) dokonanego ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane w porównaniu z pozostałymi rodzajami zamówień.

Jeśli chodzi o publikację ogłoszeń w odpowiednim publikatorze, to zgodnie z art. 86 (publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) oraz z art. 267 (publikacja w Biuletynie Zamówień Publicznych) jest ona obowiązkiem zamawiającego, a zaniechanie jego dotrzymania stanowi przesłankę unieważnienia umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania (art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p.). Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej został uzależniony od wartości zamówienia. W przypadku zamówień na roboty budowlane obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej występuje po przekroczeniu progu szacowanej wartości zamówienia o równowartości 5.350.000,00 euro⁶ (niezależnie od kategorii zamawiającego). Wartość ta, określona pierwotnie w dyrektywach unijnych, jest zmieniana w trakcie obowiązywania dyrektyw rozporządzeniami delegowanymi Komisji UE. Obecnie obowiązujące rozporządzenia delegowane Komisji (odrębnie w odniesieniu do dyrektyw: klasycznej

⁶ W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej C 370 z 31.10.2019 r. ukazał się ponadto komunikat Komisji Europejskiej nr 2019/C 370/01 określający równowartość progów w walutach krajowych innych niż euro. Określa on wiążący przelicznik na euro walut krajowych innych niż euro. Przelicznik euro na złotówki od 1.01.2020 r. wynosi 4,2693 zł.

– nr 2019/1828, sektorowej – nr 2019/1829 i koncesyjnej – nr 2019/1830) zostały opublikowane 31.10.2019 r. i obowiązują w latach 2020–2021 (Dz.Urz. UE L 279). Odmienne niż w dotychczasowym stanie prawnym, ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2019 r. w art. 3 w celu ustalenia wysokości progów unijnych odsyła bezpośrednio do aktów unijnych. Od 2020 r. nie będą już zatem wydawane odrębne ministerialne akty wykonawcze w tej kwestii.

Również zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane diametralnie różnią się od zasad opisywania przedmiotu zamówienia na usługi czy dostawy. Zasady te zostały uregulowane w odrębnej jednostce redakcyjnej – w art. 103 p.z.p., należy jednak podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane sporządza się jednocześnie zgodnie z ogólnymi regułami opisywania przedmiotu zamówienia uregulowanymi w art. 99 i 101 p.z.p., które stanowią urzeczywistnienie naczelných zasad prawa zamówień publicznych, takich jak zasada równego traktowania oraz zachowania uczciwej konkurencji; zagadnieniu opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane został poświęcony rozdział II książki. Kwestia sporządzania opisu przedmiotu zamówienia jest szczególnie istotna w odniesieniu do dopuszczalnych zmian zakresu świadczenia wykonawcy zamówienia publicznego.

Do specyficznych cech umów o roboty budowlane, odróżniających je od pozostałych zamówień, należy także zaliczyć wymogi, jakie ustawodawca stawia co do ich treści. Dotyczą one głównie konieczności zawierania w umowach o roboty budowlane postanowień dotyczących: obowiązku przedkładania zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu takiej umowy, obowiązku przedkładania zamawiającemu kopii zawartych umów, zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej dokonaniem zapłaty na rzecz podwykonawców, zasad zawierania umów z dalszymi podwykonawcami oraz wysokości kar umownych za niedochowanie niektórych z wymienionych wyżej obowiązków przez wykonawcę⁷.

⁷ Szczegółowe wytyczne co do takich postanowień zostały zawarte w art. 437 p.z.p.

Swoistość umów, których przedmiotem są roboty budowlane, i to nie tylko realizowane na rzecz zamawiających publicznych, widoczna jest również w aspekcie okoliczności związanych z realizacją umowy. Przejawia się ona przede wszystkim w tym, że zrealizowanie umowy przez wykonawcę często nie jest zależne wyłącznie od niego, ale także od warunków, w jakich przyjdzie mu ją wykonywać. Nieprzewidziane okoliczności, które mogą wpływać na terminy i sposób wykonywania robót budowlanych, to m.in.: warunki gruntowe, odkrycia archeologiczne napotkane na obszarze planowanych lub wykonywanych prac, warunki atmosferyczne, jak również kolizja z robotami równolegle realizowanymi przez inny podmiot w pobliżu miejsca wykonywania umowy przez wykonawcę⁸. W przypadku wystąpienia jednego z powyższych zdarzeń ściśle trzymanie się zasady *pacta sunt servanda* (będącej podstawową zasadą prawa zobowiązań, którego regulacji umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega na podstawie art. 8 ust. 1 p.z.p.) w wielu przypadkach skutkowałoby niewspółmiernym obciążaniem jednej ze stron umowy ich konsekwencjami (zazwyczaj wykonawcy zamówienia publicznego). To natomiast urągałoby poczuciu słuszności i sprawiedliwości, ale również zagrażałoby interesowi publicznemu⁹. Szczególnym bowiem celem inwestycji realizowanych na podstawie umów o zamówienia publiczne jest zaspokajanie potrzeb społeczeństwa, a nieprawidłowości podczas wykonywania zamówienia mogą wpływać na nienależyte lub niewystarczające odpowiadanie na zapotrzebowanie społeczne. Interes publiczny jest zagrożony na przykład wówczas, gdy z powodu upadłości wykonawcy, powodującej brak możliwości ukończenia inwestycji budowlanej przez długi okres, brak jest możliwości eksploatacji obiektu niezbędnego do wykonywania zadań publicznych (np. szpitala), czy też powstaje konieczność poniesienia dodatkowych wydatków na przeprowadzenie nowego postępowania w celu udzielenia zamówienia publicznego.

⁸ Wynikiem czego jest zazwyczaj konieczność uzgodnienia i koordynacji harmonogramu z innym wykonawcą robót, z którym wykonawcy nie wiąże umowa, niespodziewana kolizja z robotami innego wykonawcy.

⁹ Por. M. Moras, *Ograniczone możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne w praktyce*, PZP 2013/2; wyrok KIO z 5.07.2016 r., KIO 1101/16, LEX nr 2143905.

Niedokonanie zmiany na podstawie uzgodnień umownych i skorzystanie przez jedną ze stron umowy z ustawowych instrumentów ochrony na wypadek zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności powodujących rażącą stratę, uregulowanych w przepisach art. 357¹ k.c. (klauzula *rebus sic stantibus*) oraz art. 632 § 2 k.c. (tzw. mała klauzula *rebus sic stantibus*), jest w wielu przypadkach niekorzystne dla obu stron umowy. Przede wszystkim z tego względu, że wiąże się z długotrwałym (i kosztownym) postępowaniem sądowym. Ponadto rozstrzyganie sprawy „dopiero” przed sądem jest równoznaczne z tym, że ustalenia co do zakresu zamówienia czy też innych elementów umowy nie są czynione na bieżąco, w trakcie jej wykonywania, dzięki czemu strony byłyby w stanie zminimalizować negatywne skutki zaistniałej sytuacji. W przypadku robót budowlanych szybkość zmiany ustaleń stron dotyczących zakresu lub sposobu wykonania zlecenia jest często bardzo istotna. Przede wszystkim pozwala to zmniejszyć straty obu lub jednej ze stron umowy w związku z wyjątkową sytuacją zaistniałą na placu budowy, generującą dodatkowe koszty – roboty budowlane prowadzone są według zaplanowanej metodyki organizacji budowy i robót, a więc opóźnienie na danym etapie zazwyczaj powoduje kaskadowe narastanie dalszych opóźnień. Poza tym ma to także znaczenie z uwagi na konieczność dotrzymania końcowego terminu wykonania umowy, co jest w interesie obu stron zamówienia publicznego, na przykład w związku z kwalifikowalnością wydatków współfinansowanych z funduszy pochodzących z Unii Europejskiej lub koniecznością uruchomienia danego obiektu budowlanego na cele związane z potrzebami ludności.

Nie bez znaczenia jest także zauważalna tendencja do kształtowania zamówień publicznych w sposób sytuujący zamawiającego w pozycji uprzywilejowanej, w ten sposób, że ryzykiem za zaistnienie okoliczności nieprzewidywalnych obciążany jest wykonawca¹⁰. Wynika to z braku równowagi stron, którego podstawą jest, jak wskazuje się w orzecznictwie, przyznanie przez Prawo zamówień publicznych zamawiającemu specyficznych uprawnień¹¹. Okoliczności realizacji inwestycji budowlanych często jednak okazują się zaskakujące również dla samego za-

¹⁰ Zob. A. Panasiuk, *Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/13/UE*, ST 2015/7–8, s. 53–62.

¹¹ Wyrok KIO z 5.03.2014 r., KIO 283/14, LEX nr 1438489.

mawiającego, który mimo obciążenia wykonawcy danym ryzykiem na podstawie umowy, w trakcie wykonywania robót dostrzega konieczność zmiany umowy w celu uniknięcia dalszych negatywnych konsekwencji nadmiernego obciążenia wykonawcy skutkami wystąpienia nieprzewidzianej wcześniej okoliczności. Umowy są bowiem sporządzane bez uwzględnienia racjonalnego interesu wykonawcy, a ten ostatni z uwagi na brak możliwości negocjowania umów i wpływania na ich treść nie jest w stanie doprowadzić do tego, by umowa zapewniała zrównoważony podział ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięcia. Umowy takie często porównuje się w doktrynie i orzecznictwie do umów adhezyjnych¹². Uważam jednak, że nie można stawiać między nimi znaku równości¹³. Autorzy wyrażający stanowisko o adhezyjnym charakterze umowy o zamówienie publiczne niesłusznie skupiają się na wzorze umowy, podczas gdy nie jest on zasadniczym elementem kształtowania treści umowy, jest nim zaś opis przedmiotu zamówienia. Na treść zamówienia publicznego w istotny sposób wpływają również kryteria oceny ofert. Podstawą zawieranej umowy o zamówienie publiczne jest natomiast oferta wykonawcy. To wykonawca dookreśla przedmiot zamówienia w swojej propozycji ofertowej, np. wskazuje konkretny produkt, jaki powstanie w ramach wykonania zamówienia (np. co do znaku towarowego czy szczególnych parametrów), określa ceny oraz elementy objęte kryteriami pozacenowymi. Co do zasady więc umowa o zamówienie publiczne nie jest umową adhezyjną. Warto także podkreślić, że tryb zawierania umowy o zamówienie publiczne to tryb przetargowy, a nie tryb ofertowy w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Zamawiający uznawany jest za „gospodarza” postępowania, a interpretacja postanowień umów o zamówienia publiczne w razie ich niejednoznaczności powinna zostać dokonana w sposób pomyślny dla wykonawcy, w myśl dyrektywy interpretacyjnej *in dubio contra proferentem*¹⁴. Jest to reguła

¹² Więcej na ten temat w rozdziale II pkt 4.1. niniejszej publikacji.

¹³ Zob. K. Horubski, *Administracyjnoprawne...*, s. 128 oraz powołane tam literaturę i orzecznictwo. O jedynie „zbliżonym charakterze umów o zamówienia publiczne do umów adhezyjnych” także SO we Wrocławiu w wyroku z 14.04.2008 r., X Ga 67/08, LEX nr 1713249.

¹⁴ Zob.: wyrok KIO z 27.02.2012 r., KIO 218/12, LEX nr 1129830; wyrok SN z 2.12.2011 r., III CSK 55/11, LEX nr 1084604; wyrok KIO z 11.12.2014 r., KIO 2493/14, LEX nr 1645318; wyrok KIO z 24.01.2014 r., KIO 47/14, LEX nr 1430947.

interpretacyjna, zgodnie z którą wątpliwości interpretacyjne niedające się usunąć w drodze ogólnych zasad wykładni oświadczeń woli powinny być interpretowane na niekorzyść autora tekstu umowy wywołującego wątpliwości. Strona, która korzysta z faktycznej swobody formułowania tekstu umowy, ponosi bowiem ryzyko związane z jego niejednoznacznością. W efekcie jednak takiej wykładni niejednoznaczne i nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia często musi być interpretowane na niekorzyść samego zamawiającego¹⁵. W związku z powyższym wiele naruszeń związanych z realizacją zamówień publicznych na roboty budowlane polega właśnie na zleceniu wykonania (np. na podstawie ustnego polecenia) robót budowlanych nieobjętych zakresem zamówienia podstawowego, a koniecznych do zakończenia rozpoczętej inwestycji. Ostatnia z wymienionych sytuacji stanowi naruszenie przepisów z zakresu dyscypliny finansów publicznych¹⁶.

Wreszcie specyfika zamówień publicznych na roboty budowlane polega na tym, że opisanie przedmiotu zamówienia wymaga specjalistycznej wiedzy w zakresie większym niż opisanie każdego innego rodzaju zamówienia. Powyższą tezę potwierdza fakt, że ustawodawca w sposób szczególny określił zasady opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (art. 103 p.z.p.) i odwołują się one do wytworów działalności osób posiadających specjalistyczne kwalifikacje w odniesieniu do projektowania robót budowlanych¹⁷. Opis przedmiotu zamówienia na

¹⁵ Tak J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2017.

¹⁶ Zgodnie z przepisem art. 17 ust. 1b ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1440 ze zm.): „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego: 1) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych; 2) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”.

¹⁷ Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane składa się m.in. z dokumentacji projektowej (na wykonanie robót budowlanych) lub z programu funkcjonalno-użytkowego (na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych) (art. 103 p.z.p.) – dokumentacja projektowa zawiera projekt budowlany, a uprawnienia do sporządzenia takiego projektu posiadają wyłącznie osoby z odpowiednimi kwalifikacjami określonymi na podstawie ustawy – Prawo budowlane oraz odpowiednich aktów wykonawczych. Zgodnie z art. 12 pr. bud. między innymi właśnie projektowanie (a zatem w tym wykonanie projektu

roboty budowlane składa się między innymi z dokumentacji projektowej (na wykonanie robót budowlanych) lub z programu funkcjonalno-użytkowego (na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych) (art. 103 p.z.p.) – dokumentacja projektowa zawiera projekt budowlany, a uprawnienia do sporządzenia takiego projektu posiadają wyłącznie osoby z odpowiednimi kwalifikacjami, określonymi na podstawie Prawa budowlanego oraz odpowiednich aktów wykonawczych. Zgodnie z art. 12 pr. bud. między innymi właśnie projektowanie (w tym wykonanie projektu budowlanego niezbędnego do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane), a także sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego stanowi działalność uważaną za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, która wiąże się z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych. W konsekwencji zazwyczaj konieczne jest zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podmiotu trzeciego, co skutkuje rozproszeniem odpowiedzialności za powstałe problemy na budowie. W efekcie nie zawsze jest jasne, który z podmiotów mających wpływ na przygotowanie i realizację zamówienia – zamawiający, projektant czy wykonawca – ponosi odpowiedzialność za zaistniałą, nieprzewidzianą wcześniej sytuację i który podmiot powinien ponieść konsekwencje z nią związane.

Z powyższych powodów kwestia zmian umów o zamówienie publiczne na roboty budowlane wymaga szczególnej uwagi. Celowe jest wyodrębnienie zamówień na roboty budowlane jako przedmiotu analizy i rozważenie cech oraz przebiegu realizacji tego typu zamówień w kontekście regulacji dotyczących dopuszczalności przedmiotowych zmian zamówień publicznych.

budowlanego niezbędnego do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane), a także sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego stanowi działalność uważaną za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, która wiąże się z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych.

Rozdział I

ZAKRES ZAMÓWIEŃ NA ROBOTY BUDOWLANE

1. Uregulowania dotyczące zamówień na roboty budowlane w prawie unijnym

1.1. Historyczny rozwój regulacji

Zamówienia na roboty budowlane zostały jako pierwsze spośród wszystkich rodzajów zamówień objęte regulacją dyrektyw unijnych. W dniu 26.07.1971 r. przyjęto dyrektywę Rady 71/305/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane¹. Jak wskazuje się w doktrynie, dyrektywa ta „wprowadziła jednolity unijny system udzielania zamówień mający na celu zwiększenie przejrzystości procedur, zwiększenie konkurencyjności i niedyskryminowanie przedsiębiorców zagranicznych”². Dotyczyła ona m.in.: podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, przesłanek wykluczenia z postępowania. Stanowiła podwaliny dla kolejnych regulacji odnoszących się do procedury udzielania zamówień publicznych, które w następnych dyrektywach były już znacznie bardziej rozbudowane. Następnie podobną regulacją, mającą na celu ujednolicenie udzielania zamówień

¹ Dz.Urz. WE L 185, s. 5.

² A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 18.

publicznych w państwach członkowskich zostały objęte dostawy, które do tamtego czasu nie były regulowane w tego rodzaju aktach prawnych. W dniu 21.12.1976 r. przyjęto bowiem dyrektywę Rady 77/62/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień na dostawy³.

Pod koniec lat 80. przyjęto nowe dyrektywy dotyczące dwóch wspomnianych obszarów regulacji (robót budowlanych i dostaw) – w dniu 22.03.1988 r. dyrektywę 88/295/EWG⁴ zmieniającą dyrektywę Rady 77/62/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy oraz w dniu 18.07.1989 r. dyrektywę Rady 89/440/EWG⁵ zmieniającą dyrektywę 71/305/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane⁶. Analogiczna regulacja w odniesieniu do usług została podjęta dopiero w dniu 18.06.1992 r., tj. dyrektywa Rady 92/50/EWG⁷. W następnym roku, 14.06.1993 r. zostały przyjęte kolejne dyrektywy dotyczące zarówno robót budowlanych, jak i dostaw – były to odpowiednio dyrektywa 93/37/EWG⁸ oraz dyrektywa 93/36/EWG⁹.

W dniu 31.03.2004 r. została uchwalona pierwsza dyrektywa, która konsolidowała uprzednio przyjmowane odrębne dyrektywy w odniesieniu do każdego z przedmiotów zamówienia (robót budowlanych, usług, dostaw), tj. dyrektywy 92/50/EWG, 93/37/EWG, 93/36/EWG. Była to dyrektywa 2004/18/WE¹⁰ – tzw. dyrektywa klasyczna. Jednocześnie z tą dyrektywą przyjęta została dyrektywa odnosząca się do zamówień o cha-

³ Dz.Urz. WE L 13, s. 1, ze zm.

⁴ Dz.Urz. WE L 127, s. 1.

⁵ Dz.Urz. WE L 210, s. 1.

⁶ Jak wskazuje A. Sołtysińska: „Przepisy nowo przyjętych dyrektyw miały na celu zmniejszenie zakresu wyłączeń, możliwości stosowania procedur negocjacyjnych, rozszerzenie obowiązków związanych z publikacją ogłoszeń i zachowaniem terminów składania ofert oraz sprecyzowanie zakresu przedmiotowego dyrektyw” – A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie...*, s. 19.

⁷ Dz.Urz. WE L 209, s. 1.

⁸ Dz.Urz. WE L 199, s. 54.

⁹ Dz.Urz. WE L 199, s. 1.

¹⁰ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. UE L 134, s. 114.

rakterze sektorowym – dyrektywa 2004/17/WE¹¹. Jak wskazuje A. Sołtysińska: „jednym z głównych powodów wyodrębnienia tej kategorii zamówień był fakt, że podmioty ich udzielające w pewnych przypadkach podlegają prawu publicznemu, a w innych prawu prywatnemu, dlatego też zakres podmiotowy dyrektywy sektorowej nie mógł być zdefiniowany wyłącznie według kryterium statusu prawnego zamawiających – tak jak to zostało określone w dyrektywach klasycznych”¹². Poprzez przyjęcie dwóch dyrektyw znajdujących zastosowanie odpowiednio do podmiotów udzielających zamówienia – tzw. zamawiających klasycznych i zamawiających sektorowych – a nie w zależności o przedmiotu zamówienia, jak to było wcześniej uregulowane – utworzone zostały dwa reżimy, tzw. zamówień klasycznych i zamówień sektorowych¹³. Następnie, po kilku latach obowiązywania, dostrzeżono potrzebę zmian w obowiązujących dyrektywach i dostosowania ich do bieżących problemów w stosowaniu prawa zamówień publicznych. Dodatkowym czynnikiem przemawiającym za koniecznością nadania dyrektywom zamówieniowym nowego brzmienia było wejście w życie 4.04.2014 r., zrewidowanego, po ponad 10-letnich negocjacjach, Porozumienia WTO w sprawie zamówień rządowych (ang. GPA – *Government Procurement Agreement*) z 1994 r.¹⁴.

Nowe dyrektywy 2014/24/UE oraz 2014/25/UE zostały uchwalone 26.02.2014 r. Jak wskazuje się w doktrynie: „nie zmieniły one zasadniczo unijnego prawa zamówień publicznych, raczej uporządkowały dotychczasowe wątpliwości i położyły nacisk na nowe tendencje w in-

¹¹ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.Urz. UE L 134, s. 1.

¹² A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Tälago-Sławoj, *Europejskie...*, s. 21.

¹³ Więcej na temat regulacji sektorowej – zob. M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, *passim*.

¹⁴ Wielostronna umowa międzynarodowa z 15.04.1994 r. – Porozumienie w sprawie zamówień publicznych, Marakesz, 15.04.1994 r. (Dz.Urz. WE L 336, s. 273, ze zm.). Tekst porozumienia został zrewidowany na mocy decyzji Rady z 2.12.2013 r. dotyczącej zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (2014/115/UE) (Dz.Urz. UE L 68 z 2014 r., s. 2).

strumentalizacji postępowań przetargowych”¹⁵. Dodatkowo dyrektywy uwypukliły obowiązki zamawiających związane z polityką socjalną, która w wyniku tendencji do poszukiwania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie była często zanedbywana przez zamawiających przy udzielaniu zamówień publicznych. Ponadto ważnym obszarem regulacji w nowych dyrektywach jest wprowadzenie założeń elektronizacji procedury udzielania zamówień publicznych, która ma być stopniowo wdrażana w państwach członkowskich. Warto też podkreślić, że dotychczasowe prawo na poziomie europejskim nie zawierało regulacji dotyczącej dopuszczalnego zakresu modyfikacji umowy. Istotne jest także to, że dyrektywy stanowią w dużej mierze usankcjonowanie dotychczasowych wniosków wynikających z dorobku orzecznictwa TSUE. Najlepszym tego przykładem jest regulacja art. 72 zawarta w dyrektywie 2014/24/UE, dotycząca zasad modyfikacji umów, oraz analogiczna regulacja art. 89 zawarta w dyrektywie 2014/25/UE, które stanowią w dużej mierze powtórzenie wskazówek interpretacyjnych wypracowanych w długoletnim orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a następnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁶. Zamiar ustawodawcy unijnego dotyczący skodyfikowania, ale i doprecyzowania dotychczasowych zasad zmian umów wynikających z orzecznictwa został wyrażony w preambułach obu dyrektyw – zarówno dyrektywy 2014/24/UE¹⁷, jak i dyrektywy 2014/25/UE¹⁸.

¹⁵ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie...*, s. 24. Tak również M. Lechna, *Modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego – wbrew pozorom bez zmian*, LEX.

¹⁶ Wskazane orzecznictwo będzie przedmiotem analizy w kolejnych rozdziałach niniejszej pracy, w szczególności w rozdziale IV książki.

¹⁷ Motyw 107 preambuły dyrektywy 2014/24/UE – 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.

¹⁸ Analogiczne brzmienie motywu 113 dyrektywy 2014/25/UE.