

Sprawa C-443/22**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

5 lipca 2022 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Varhoven administrativen sad (Bułgaria)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

21 czerwca 2022 r.

Strona wnosząca kasację:

Zamestnik ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa „INTERREG V-A Rumunia – Bułgaria 2014-2020”

Druga strona postępowania kasacyjnego:

Obshtina Bałczik

Przedmiot postępowania głównego

Odwołanie od decyzji Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa „INTERREG V-A Rumunia-Bułgaria 2014-2020” (wiceministra rozwoju regionalnego i robót publicznych oraz kierownika krajowego urzędu programu „INTERREG V-A Rumunia-Bułgaria 2014-2020”) o zastosowaniu wobec Obshtina Bałczik (gminy Bałczik) korekty finansowej w wysokości 25% kosztów kwalifikowalnych, pozyskanych z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych (ESIF) wynikających z umowy zawartej pomiędzy gminą a „Infra Expert” AD, Sofia, o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego „Rozbudowy promenady miasta Bałczik pomiędzy Darzhaven kulturen institut – kulturen tsentar „Dvoretsa” (państwowym instytutem kultury – centrum kultury „Dvoretsa”) i Kulturno-turisticheski informatsionen tsentar „Melnitsata” (centrum kultury i informacji turystycznej „Melnitsata”) (zwanego dalej „Rozbudową promenady”), o wartości zamówienia 1 245 532,25 lewa (BGN).

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wniosek, na podstawie art. 267 TFUE, o wykładnię art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz o wykładnię motywu 109 tej dyrektywy.

Pytania prejudycjalne

- 1) Czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24 dopuszcza regulację krajową lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi naruszenie przepisów dotyczących istotnej modyfikacji zamówienia publicznego można przyjmować tylko wtedy, gdy strony podpisały pisemne porozumienie/aneks zmieniający umowę?
- 2) Na wypadek udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24 dopuszcza regulację krajową lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi niezgodna z prawem modyfikacja umowy o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić nie tylko poprzez podpisanie przez strony pisemnego porozumienia, ale także poprzez wspólne działania stron sprzeczne z zasadami modyfikacji umów, wyrażone w komunikacji i jej pisemnych śladach (takich jak w postępowaniu głównym), z których można wywnioskować, że istniał zgodny zamiar dokonania modyfikacji?
- 3) Czy pojęcie „starannego przygotowania [...] udzieleni[a] zamówienia” w rozumieniu motywu [109] dyrektywy 2014/24, w części dotyczącej terminu realizacji czynności, obejmuje również ocenę ryzyka wynikającego ze zwykłych warunków atmosferycznych, które mogłyby mieć negatywny wpływ na terminową realizację zamówienia, jak również ocenę zakazów ustawowych dotyczących realizacji czynności w danym okresie, który mieści się w okresie realizacji zamówienia?
- 4) Czy pojęcie „niemożliwych do przewidzenia okoliczności” w rozumieniu dyrektywy 2014/24 obejmuje wyłącznie okoliczności, które powstały po udzieleniu zamówienia (tak jak to przewidziano w przepisie krajowym § 2 pkt 27 Dopłnitelni razporedbi na Zakona za obshtestvenite porachki [przepisów uzupełniających do ustawy o udzielaniu zamówień publicznych]) i których nie można było przewidzieć nawet pomimo odpowiednio starannego przygotowania, które nie są wynikiem działań lub zaniechań stron, ale uniemożliwiają realizację zamówienia na uzgodnionych warunkach? Czy też zgodnie z dyrektywą nie jest konieczne, aby okoliczności te powstały po udzieleniu zamówienia?
- 5) Czy zwykłe warunki atmosferyczne, które nie są „niemożliwymi do przewidzenia okolicznościami” w rozumieniu [109] motywu dyrektywy

2014/24, oraz ogłoszony przed udzieleniem zamówienia ustawowy zakaz realizacji robót budowlanych w pewnym okresie stanowią obiektywne uzasadnienie niewykonania zamówienia w terminie? Czy w tym kontekście uczestnik ma obowiązek (przy zachowaniu należytej staranności i działaniu w dobrej wierze) uwzględnienia przy obliczaniu oferowanego terminu zwykłych ryzyk mających znaczenie dla terminowej realizacji zamówienia?

- 6) Czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dopuszcza krajową regulację lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi może dojść do niezgodnej z prawem modyfikacji umowy o zamówienie publiczne w przypadku takim jak w postępowaniu głównym, w którym realizacja zamówienia w określonym przedziale czasu stanowi warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (a uczestnik zostaje wykluczony w razie niedotrzymania tego warunku); realizacja zamówienia nie nastąpiła w terminie z powodu zwykłych warunków atmosferycznych oraz ogłoszonego przed udzieleniem zamówienia ustawowego zakazu realizacji czynności objętych przedmiotem i okresem realizacji zamówienia, które nie stanowią niemożliwych do przewidzenia okoliczności; odbiór zrealizowanego zamówienia nastąpił bez zastrzeżeń dotyczących terminu i nie dochodzą kary za opóźnienie, w związku z czym doszło do modyfikacji istotnego warunku w dokumentach zamówienia, określającego zasady konkurencji, i do zachwiania równowagi ekonomicznej zamówienia na korzyść wykonawcy?

Powołane przepisy i orzecznictwo Unii

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) oraz motyw 109.

Powołane przepisy krajowe

Zakon za obshtestvenite porachki (ustawa o udzielaniu zamówień publicznych, zwana dalej „ZOP”), art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 2 ust. 2, art. 107, art. 116 ust. 1 pkt 2, 3 i 7 w związku z art. 116 ust. 5 pkt 1 i 2.

Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (ustawa o zarządzaniu środkami pochodzącymi z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych, zwana dalej „ZUSESIF”), art. 70 ust. 1 pkt 9, art. 70 ust. 2, art. 73 ust. 1, § 2 pkt 27 Dopolnitelni razporedbi (przepisów uzupełniających).

Zakon za zadalzheniata i dogovorite (ustawa o zobowiązaniach i umowach, zwana dalej „ZZD”), art. 20a.

Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na finansovite korektsii po reda na Zakona za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (rozporządzenie w sprawie stwierdzenia nieprawidłowości, stanowiących podstawę do dokonania korekt finansowych, a także w sprawie wskaźników procentowych służących ustaleniu wysokości korekt finansowych w trybie ustawy o zarządzaniu środkami pochodzącymi z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych, zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie stwierdzenia nieprawidłowości”), pkt 23 załącznika nr 1.

Zakon za ustroystvoto na Chernomorskoto kraybrezhie (ustawa o planowaniu przestrzennym na wybrzeżu Morza Czarnego), art. 15 ust. 1.

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Gmina Bałczik jest beneficjentem programu współpracy transgranicznej INTERREG V-A – Rumunia-Bułgaria w ramach umowy o dofinansowanie z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR). Przedmiotem umowy jest udostępnienie środków z tego funduszu na realizację projektu ROBG-422 „Synergia natury i kultury – potencjał rozwoju regionu przygranicznego”.
- 2 W celu realizacji działań finansowanych ze środków pochodzących z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych (ESIF) gmina Bałczik, jako zamawiający, przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Rozbudowa promenady”.
- 3 Szacunkowa wartość zamówienia na roboty budowlane wynosi 1 245 532,25 BGN bez VAT. Złożone zostały dwie oferty.
- 4 W dokumentach zamówienia w punkcie „Termin realizacji zamówienia” podano, że zamówienie ma być zrealizowane w terminie, który wynosi od 45 do 90 dni kalendarzowych oraz, że termin ten biegnie od dnia sporządzenia protokołu otwarcia placu budowy oraz wyznaczenia linii i poziomu zabudowy i kończy się podpisaniem aktu prawnego zgodnie z formularzem 15. W dokumentach tych wskazano również, że uczestnik oferujący termin realizacji robót budowlanych i montażowych (zwany dalej „BMA”) krótszy niż minimalny termin lub dłuższy niż maksymalny termin wyznaczony przez zamawiającego zostanie wykluczony z udziału w postępowaniu, ponieważ jego oferta nie odpowiada ogłoszonym wcześniej warunkom zamówienia (art. 107 pkt 1 ZOP).
- 5 Zamówienie zostało udzielone w ramach „konkursu publicznego”. Uczestnik „Infra Expert” AD zaoferował termin 45 dni kalendarzowych na realizację BMA. W ofercie technicznej wykonawca oświadczył, że przy planowaniu etapów prac uwzględnił możliwe punkty krytyczne, warunki atmosferyczne, specyfikę charakteru robót oraz terminy ich realizacji. Przedłożono harmonogram liniowy,

wskazujący techniczny przebieg realizacji zamówienia i wymieniający roboty budowlane.

- 6 Decyzją z dnia 11 marca 2019 r. o wyborze wykonawcy burmistrz gminy Bałczik zatwierdził przedłożony mu protokół z prac komisji i ogłosił, iż uczestnik „Infra Expert” AD zdobył pierwsze miejsce z ofertą cenową 1 245 532,35 BGN bez VAT, względnie 1 494 638,70 BGN z VAT, i terminem realizacji BMA wynoszącym 45 dni kalendarzowych od daty ustalenia linii i poziomu zabudowy.
- 7 Termin realizacji zamówienia publicznego wynosił 45 dni kalendarzowych, ale faktycznie realizacja przedmiotu zamówienia trwała 250 dni. Gmina twierdzi, że istniały obiektywne przyczyny zawieszenia tego terminu. Gmina przedstawiła raport Natsionalen institut po meteorologia i hidrologia (narodowego instytutu meteorologii i hydrologii), oddział w Warnie, dotyczący sytuacji meteorologicznej w okresie od 18 listopada 2019 r. do 30 stycznia 2020 r. Roboty budowlane zostały wstrzymane ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne oraz zakaz realizacji robót budowlano-montażowych w krajowych kurortach nadmorskich na wybrzeżu Morza Czarnego w okresie od 15 maja do 1 października, wprowadzony na mocy art. 15 ust. 1 ustawy o planowaniu przestrzennym na wybrzeżu Morza Czarnego.
- 8 W dniu 28 lutego 2020 r. wydano zawiadomienie o gotowości robót budowlanych do odbioru (formularz 15), w którym poświadczono, że wykonawca wypełnił wszystkie swoje zobowiązania, nie odnosząc się do faktu, że roboty były prowadzone przez okres dłuższy niż określony w ogłoszeniu o zamówieniu (maksymalny termin 90 dni) i złożonej ofercie technicznej (45 dni kalendarzowych) lub w umowie dotyczącej zamówienia publicznego. Zamawiający nie dochodził kary umownej za nieterminową realizację.
- 9 W sprawozdaniu z audytu końcowego Ministerstvo na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto (ministerstwa rozwoju regionalnego i robót publicznych) wyrażono podejrzenie naruszenia zakwalifikowanego jako nieprawidłowość, o której mowa w pkt 23 lit. a) załącznika nr 1 do art. 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie stwierdzania nieprawidłowości, polegającego rzekomo na niezgodnej z prawem modyfikacji umowy o zamówienie publiczne w części dotyczącej terminu realizacji.
- 10 W ramach kontroli kierownik krajowego urzędu powiadomił beneficjenta o podejrzeniu wystąpienia nieprawidłowości i wszczęciu postępowania w sprawie ustalenia korekty finansowej, dając beneficjentowi możliwość złożenia pisemnych uwag co do zasadności i wysokości korekty finansowej oraz ewentualnego przedstawienia dowodów, zgodnie z wymogami art. 73 ust. 2 ZUSESIF.
- 11 Po zbadaniu stanu faktycznego postępowanie zakończyło się w dniu 26 października 2020 r. wydaniem decyzji, w której kierownik krajowego urzędu zastosował wobec gminy Bałczik korektę finansową w wysokości 25% kosztów kwalifikowalnych pozyskanych ze środków europejskich funduszy strukturalnych

i inwestycyjnych (ESIF) wynikających z umowy zawartej przez gminę z „Infra Expert” AD, Sofia, o udzielenie zamówienia publicznego nr 229 z dnia 19 kwietnia 2019 r. dotyczącego „Rozbudowy promenady”.

Istotne argumenty stron postępowania głównego

- 12 W celu uzasadnienia naruszenia art. 116 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 116 ust. 5 pkt 1 i 2 ZOP, kierownik krajowego urzędu uwzględnił, co następuje.
- 13 Termin realizacji zamówienia został określony w dokumentach zamówienia z podaniem minimalnego i maksymalnego czasu trwania (45 do 90 dni), z zastrzeżeniem, że uczestnik, który zaoferował termin spoza tego przedziału tolerancji powinien zostać wykluczony. Termin ten określił zasady konkurencji w zakresie uczestnictwa. Obliczając czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, zarówno zamawiający, jak i uczestnik powinni byli wziąć pod uwagę wszystkie możliwe do przewidzenia, istotne dla nich okoliczności. W niniejszej sprawie, pomimo umownego obowiązku realizacji w ciągu 45 dni kalendarzowych, faktyczna realizacja trwała 250 dni, przy czym wystawiano zawiadomienia o wstrzymaniu robót budowlanych.
- 14 Jednym z powodów wstrzymania robót budowlanych były niekorzystne warunki atmosferyczne. Organ zakwalifikował je jako normalne okoliczności dla tej pory roku, które każdy doświadczony wykonawca mógł wziąć pod uwagę przy obliczaniu oferowanego czasu na realizację zamówienia. Drugą przyczyną był początek sezonu turystycznego i wynikający z art. 15 ust. 1 ustawy o planowaniu przestrzennym na wybrzeżu Morza Czarnego zakaz realizacji robót budowlanych i montażowych w krajowych kurortach nadmorskich na wybrzeżu Morza Czarnego w okresie od 15 maja do 1 października. Okoliczność ta została ogłoszona przez ustawodawcę przed datą udzielenia zamówienia publicznego i nie stanowiła okoliczności niemożliwej do przewidzenia. Dlatego też należało ją uwzględnić przy obliczaniu terminu realizacji.
- 15 W ofercie technicznej na realizację zamówienia złożonej przez „Infra Expert” AD wskazano termin realizacji 45 dni oraz przedstawiono harmonogram liniowy z technicznym przebiegiem robót. Przy dołożeniu należytej staranności i przy starannym przygotowaniu uczestnik powinien był uwzględnić ustawowy zakaz oraz możliwość wystąpienia zwykłych dla danej pory roku niekorzystnych warunków pogodowych i uwzględnić je przy obliczaniu terminu realizacji.
- 16 Krajowy urząd wziął pod uwagę, że termin realizacji został określony w dokumentach w sposób i z ograniczeniami, których niedotrzymanie prowadziłoby do wykluczenia uczestnika (art. 107 pkt 1 ZOP), że termin ten określał zasady konkurencji; że wybrany uczestnik zaoferował minimalny termin realizacji zamówienia wynoszący 45 dni; oraz że roboty budowlane były wielokrotnie wstrzymywane z powodu stwierdzonych zwykłych niekorzystnych warunków atmosferycznych i zakazów ustawowych, które możliwe były do przewidzenia przy dochowaniu należytej staranności i przygotowaniu się do ich sprawdzenia

(poza przypadkami określonymi w art. 116 ust. 1 pkt 3 ZOP). Uwzględniając powyższe okoliczności, krajowy urząd stwierdził ostatecznie, że w rezultacie faktycznie doszło do niezgodnej z prawem istotnej modyfikacji umowy o zamówienie publiczne.

- 17 Rzeczywisty okres budowy wynoszący 250 dni przekroczył uzgodniony termin o 205 dni. W ofercie technicznej wykonawca podał, że przy planowaniu etapów robót uwzględniono możliwe punkty krytyczne, warunki atmosferyczne i specyfikę rodzaju prac, z czego wynikało, że wykonawca miał świadomość ryzyka wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych w okresie realizacji zamówienia. Zakazy ustawowe są znane każdemu. Niekorzystnych warunków atmosferycznych nie należy traktować jako okoliczności niemożliwych do przewidzenia w rozumieniu § 2 pkt 27 przepisów uzupełniających do ZOP.
- 18 Stwierdzono także, że nastąpiła istotna modyfikacja umowy na podstawie art. 116 ust. 5 pkt 1 i 2 ZOP, ponieważ termin wynikający z dokumentów określił zasady konkurencji, a dłuższy termin realizacji miałby wpływ na wyniki procedury wyboru. Gdyby uczestnik zaoferował termin realizacji odpowiadający rzeczywistemu okresowi realizacji, zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu (art. 107 pkt 1 ZOP).
- 19 Decyzja krajowego urzędu o zastosowaniu korekty finansowej została zaskarżona do Administrativen sad – Dobrich (sądu administracyjnego w Dobricz, sądu pierwszej instancji), który uchylił zaskarżony akt administracyjny z powodu materialnej niezgodności z prawem.
- 20 Sąd pierwszej instancji przyjął, że z brzmienia art. 120 ZOP wynika, że do wszystkich nieuregulowanych kwestii związanych z udzielaniem, realizacją i zakończeniem umów o zamówienia publiczne mają zastosowanie przepisy Targovski zakon (kodeksu handlowego, zwanego dalej „TZ”) oraz ZZD. Zgodnie z art. 288 TZ w transakcjach między przedsiębiorcami stosuje się – w sprawach nieuregulowanych w TZ – przepisy prawa cywilnego. Zgodnie z art. 20a ZZD modyfikacje umów mogą być dokonywane wyłącznie za zgodą stron lub w przypadkach przewidzianych w ustawie, przy czym uwzględniając art. 112 ust. 1 ZOP modyfikacje umów mogły być skutecznie dokonywane wyłącznie w formie pisemnej. Organ administracyjny wydał zatem decyzję z naruszeniem prawa materialnego, przyjmując, że sporna umowa została zmieniona w sposób dorozumiany.
- 21 Z formalnego punktu widzenia wykonawca nie wypełnił swoich obowiązków w sposób należyty, a mianowicie nie w terminie. Zdaniem sądu nie jest to jednak modyfikacja umowy, lecz prawnie relewantna okoliczność, która powoduje powstanie roszczenia beneficjenta o wyegzekwowanie uzgodnionej kary umownej, która została wyraźnie i z góry zapisana w umowie. W związku z tym w niniejszej sprawie nie chodzi o modyfikację umowy, ale o jej nienależyte wykonanie. A modyfikacja umowy jest czymś diametralnie innym niż nienależyte

wykonanie umowy połączone z karą umowną przewidzianą za to nienależyte wykonanie umowy.

- 22 Organ administracyjny błędnie przyjął, że wszystkie możliwe przyczyny wstrzymania i opóźnienia robót budowlanych, w tym niekorzystne warunki atmosferyczne w okresie zimowym oraz zakazy ustawowe, powinny być uwzględnione i wzięte pod uwagę w odniesieniu do ustalonego terminu realizacji. Bez znaczenia prawnego jest to, z jakich przyczyn roboty budowlane zostały wstrzymane i czy były to przyczyny niemożliwe do przewidzenia dla stron.
- 23 Kierownik krajowego urzędu złożył do Varhoven administrativen sad (najwyższego sądu administracyjnego) skargę kasacyjną na wyrok sądu administracyjnego w Dobriczu, który uchylił korektę finansową zastosowaną wobec gminy Bałczik.
- 24 Wnoszący skargę kasacyjną nadal podtrzymuje pogląd przedstawiony w uzasadnieniu wydanego przez siebie aktu administracyjnego i dodaje, że „siła wyższa” to zdarzenie losowe, które nie obejmuje czynników ryzyka w ramach zwykłej działalności prowadzonej przez wykonawcę. Naturalne i zależne od pory roku niekorzystne warunki atmosferyczne powinny być zostać uwzględnione przez wykonawcę, przy dobrym przygotowaniu, jako normalne ryzyka przy obliczaniu terminu realizacji. Nieuwzględnienie ich przez wykonawcę przy obliczaniu terminu realizacji, a następnie faktyczne niewykonanie prac w tym terminie wskazuje na subiektywną, a nie obiektywną niemożność ich wykonania.
- 25 Druga strona postępowania kasacyjnego stoi na stanowisku, że niekorzystne warunki atmosferyczne nie są przedmiotem przyjętych aktów prawnych zgodnie z formularzem 10. Ustawodawca nie nakazuje uzasadnienia ich wydania. Wznowienie robót budowlanych nastąpiło po wydaniu aktu zgodnie z formularzem 11, a nie z powodu ustania przyczyn ich wstrzymania. Akty prawne według formularza 10 i 11 zostały wydane przy zgodnej woli stron umowy wzajemnej.
- 26 Druga strona postępowania kasacyjnego podnosi ponadto, że o skutecznej modyfikacji umowy o zamówienie publiczne można mówić tylko, jeżeli strony uzgodniły na piśmie jej modyfikację.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 27 Rozstrzygnięcie niniejszego, zawisłego przed najwyższym sądem administracyjnym sporu dotyczy interpretacji i stosowania przepisów Unii, z uwzględnieniem zasady pierwszeństwa prawa Unii przed prawem krajowym w przypadku ich kolizji. Dodatkowym argumentem przemawiającym za dopuszczalnością niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest okoliczność, że odnosi się on do budżetu Unii w zakresie, w jakim spór dotyczy zgodnego z prawem wydatkowania środków z ESIF.

- 28 Orzecznictwo krajowe w zakresie wykładni art. 116 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 116 ust. 5 pkt 1 i 2 ZOP, który stanowi transpozycję art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24, jest niespójne. Ponadto pojawiają się wątpliwości co do prawidłowej transpozycji dyrektywy w części dotyczącej „niemożliwych do przewidzenia okoliczności”, a także wątpliwości w praktyce, czy przy ustalaniu terminu realizacji zamówienia należy brać pod uwagę możliwe do przewidzenia ryzyka dla realizacji zamówienia. Przedmiotem sporu są opisane poniżej kwestie.
- 29 Jedną z kwestii spornych jest to, czy możliwe jest uznanie, że miała miejsce niezgodna z prawem modyfikacja umowy o zamówienie publiczne nawet wtedy, gdy strony nie zawarły pisemnego porozumienia o modyfikacji umowy, ale istnieją inne rodzaje komunikacji między nimi, które mają swój ślad na piśmie i z których można wnioskować, że doszło do modyfikacji istotnych warunków umowy.
- 30 Jest prawdą, że zamówienie publiczne, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, jest umową zawieraną na piśmie. Skuteczna modyfikacja umowy wymaga pisemnego porozumienia stron o zmianie klauzul umowy. Prawdą jest jednak również, że art. 2 ust. 1 pkt 18 dyrektywy 2014/24 definiuje zwrot „na piśmie” jako oznaczający każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać, w tym informacje przesyłane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych. O ile – zgodnie z motywem 58 dyrektywy 2014/24 – niezbędne elementy postępowania o udzielenie zamówienia, takie jak dokumenty zamówienia, wnioski o dopuszczenie do udziału, potwierdzenia zainteresowania i oferty powinny zawsze być sporządzane na piśmie, to w innych przypadkach komunikacja ustna z wykonawcami powinna być nadal możliwa, pod warunkiem że jej treść jest w dostatecznym stopniu udokumentowana. Ustalona przez sąd krajowy odmienna wykładnia wskazanych przepisów wtórnego prawa Unii budzi wątpliwości co do ich znaczenia.
- 31 Zgodnie z jednym z poglądów wyrażonych w orzecznictwie najwyższego sądu administracyjnego – na przykład w wyroku najwyższego sądu administracyjnego nr 6755/2020 r. – zamiar stron umowy o zamówienie publiczne nie może być interpretowany jedynie na podstawie jej treści, ale należy również analizować okoliczności, oświadczenia i zachowanie stron. Modyfikacji umowy z naruszeniem art. 116 ust. 1 ZOP nie należy zakładać jedynie w przypadku skutecznego pisemnego porozumienia stron. To, czy doszło do niezgodnej z prawem modyfikacji umowy, należy oceniać w świetle wszystkich istotnych okoliczności, w tym oświadczeń i zachowania stron w trakcie realizacji zamówienia.
- 32 Niewykonanie umowy o zamówienie publiczne w terminie stanowi obiektywnie przypadek istotnej modyfikacji umowy w zakresie, w jakim – wobec braku obiektywnych przesłanek ku temu – zmienia istotny warunek zawarty w dokumentach, ofercie wybranego oferenta i zawartej z nim umowie oraz o ile

zamawiający nie dochodzi kary za nienależyte wykonanie umowy, lecz przyjmuje wykonane roboty bez zarzutu. Termin wynikający z dokumentów określił zasady konkurencji; modyfikacja ta dopuszcza warunki, które wzbudziłyby zainteresowanie także innych uczestników i zachwiałyby równowagę zamówienia na korzyść wykonawcy.

- 33 Poglądowi temu przeciwstawia się pogląd przeciwny (reprezentowany np. w wyroku najwyższego sądu administracyjnego w sprawie z zakresu prawa administracyjnego nr 7911/2020 r.). Zgodnie z tym poglądem, modyfikacja umowy występuje tylko wtedy, gdy strony uzgodniły pisemnie modyfikację klauzuli umownej. Niedochodzenie kary umownej z powodu opóźnienia nie może być traktowane jako modyfikacja umowy. Jeżeli należy przyjąć, że przyczyna opóźnienia w realizacji zamówienia publicznego leży po stronie wykonawcy, to nie należy tego traktować jako modyfikacji umowy, ale jako nienależyte wykonanie umowy ze strony wykonawcy. Nie ma normy prawnej, która klasyfikowałaby nieterminowe wykonanie umowy w przypadku niedochodzenia umownego roszczenia o odszkodowanie za opóźnienie jako „modyfikację umowy”.
- 34 Istnieje również potrzeba doprecyzowania pojęć „starannego przygotowania [...] udzielenia zamówienia”, „niemożliwych do przewidzenia okoliczności” oraz „okoliczności, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć” w rozumieniu dyrektywy 2014/24.
- 35 Z powyższych względów interpretacja art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z art. 72 ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24 oraz art. 72 ust. 1 lit. c) w związku z motywem [109] dyrektywy 2014/24, a także interpretacja takich pojęć jak „niemożliwe do przewidzenia okoliczności”, „staranne przygotowanie [...] udzielenia zamówienia” oraz „okoliczności, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć”, jest konieczna dla prawidłowego rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.
- 36 Zgodnie z motywem [109] dyrektywy 2014/24 termin „niemożliwe do przewidzenia okoliczności” oznacza okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą.
- 37 Krajowa ustawa o udzielaniu zamówień publicznych, ZOP, definiuje pojęcie „niemożliwych do przewidzenia okoliczności” jako okoliczności, które wystąpiły po udzieleniu zamówienia, nie można było ich przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, nie są one wynikiem działań lub zaniechań stron, ale uniemożliwiają realizację zamówienia na uzgodnionych warunkach.
- 38 Ustawodawca krajowy przewidział możliwość zgodnej z prawem modyfikacji umowy o zamówienie publiczne w art. 116 ust. 1 pkt 2 i 3 ZOP, przy czym pkt 2 dotyczy niemożliwych do przewidzenia okoliczności wymagających dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, nieujętych w pierwotnym zamówieniu

publicznym, a pkt 3 okoliczności, których zamawiający przy zachowaniu należytej staranności nie mógł przewidzieć, a które wymagają modyfikacji niedotyczącej przedmiotu zamówienia lub umowy ramowej.

- 39 Wątpliwe jest również, w jakim stopniu dyrektywa została prawidłowo transponowana do prawa krajowego w odniesieniu do definicji „niemożliwych do przewidzenia okoliczności”.
- 40 Istotne dla rozstrzygnięcia sporu jest również to, czy w przypadku takim jak w postępowaniu głównym, gdy w dokumentach zamówienia określono, jako warunek wstępny, termin realizacji w określonym przedziale czasu, którego niedotrzymanie wyklucza uczestnika, przepisy dyrektywy 2014/24 dopuszczają pewną elastyczność w zakresie zmian po udzieleniu zamówienia w postaci przedłużenia tego terminu na realizację zamówienia poprzez wydanie aktów prawnych zawieszających ten termin w czasie realizacji robót budowlanych z przyczyn, które nie są niemożliwymi do przewidzenia okolicznościami, lecz zwykłymi dla danej pory roku niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi oraz zakazami ustawowymi, które strony umowy mogły wykryć lub przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności w chwili zawarcia umowy. Niezgoda z prawem modyfikacja umowy wymaga wspólnego działania stron.
- 41 Czy zwykle dla danej pory roku warunki atmosferyczne, które są istotne dla realizacji zamówienia, jak również ustawowe zakazy realizacji czynności objętych przedmiotem zamówienia stanowią ryzyka, które strony umowy mogły przewidzieć w przypadku odpowiednio starannego przygotowania i zachowania należytej staranności przed zawarciem umowy?
- 42 W odniesieniu do dyrektywy 2014/24/UE skład orzekający przyjmuje, że nie ma ona zastosowania w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, ponieważ wartość rozpatrywanego zamówienia publicznego jest poniżej progów określonych w dyrektywie. Natomiast art. 116 ZOP stanowi transpozycję art. 72 dyrektywy 2014/24, a wykładnia jest konieczna ze względu na konieczność jednolitego stosowania prawa w państwach członkowskich Unii Europejskiej.
- 43 Z przedstawionych powyżej względów najwyższy sąd administracyjny składa z urzędu niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym z powyżej sformułowanymi pytaniami.