

W związku z wejściem w życie w dniu 24 października 2008 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) zwanej dalej: ustawą nowelizującą, **Zalecenia dla beneficjentów funduszy UE dotyczące interpretacji ustawy Prawo zamówień publicznych** nie obowiązują beneficjentów dla postępowań ogłaszanych po wejściu w życie nowelizacji.

Jeśli zaś chodzi o postępowania wszczęte przed datą wejścia w życie ustawy nowelizującej, tj. przed 24 października 2008 r., należy stosować **Zalecenia** w zakresie w jakim nie stosuje się przepisów ustawy znowelizowanej (por. art. 4 ustawy nowelizującej).

Uwaga: zaktualizowany tekst Zaleceń dostępny jest na stronie internetowej MRR <http://www.funduszspojnosci.gov.pl/Dokumenty/Wytyczne/>.

Zgodnie z art. 4 ust. 4 ustawy nowelizującej do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, a contrario do umów zawartych po wejściu w życie ustawy nowelizującej zastosowanie będą miały znowelizowane przepisy (decyduje moment zawarcia umowy a nie moment wszczęcia postępowania). Z powyższego wynika, iż w przypadku zmiany umowy zawartej przed wejściem w życie nowelizacji należy nadal stosować pkt 5 *Zaleceń* „Zmiana postanowień zawartej umowy”, a w przypadku umów zawartych po wejściu w życie ustawy nowelizującej zmian należy dokonać zgodnie z nowym brzmieniem przepisów (art. 144 Pzp), a pkt 5 *Zaleceń* nie będzie miał tu zastosowania.

Zgodnie z nowym brzmieniem **art. 144 ust. 1** ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy, która prowadziłyby do zmiany treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy (a contrario dopuszczalne są takie zmiany umowy, które nie zmieniałyby treści oferty wykonawcy, z którym została zawarta przedmiotowa umowa). A zatem, zmiana umowy o zamówienie publiczne jest zasadniczo zakazana. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek od powyższej zasady: dopuszczalna jest zmiana umowy, jeżeli są spełnione łącznie dwie przesłanki:

- 1) zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) zamawiający określił warunki takiej zmiany.

Wobec powyższego nie budzi wątpliwości dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie, w którym występuje oferta oraz ogłoszenie lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Trybem szczególnym jest tryb **zamówienia z wolnej ręki**, ponieważ nie występuje w nim ogłoszenie oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Ponadto z brzmienia art. 66 Pzp można wysnuć wniosek, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca nie składa oferty, ponieważ zamówienie jest udzielane w następstwie negocjacji z jednym wykonawcą zakończonych kompromisem - nie w następstwie wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należy przyjąć, iż art. 144 ust. 1 Pzp nie znajdzie odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do zakazu zmiany umowy zawartej w trybie z wolnej ręki, a z uwagi na brak stosownej regulacji w przepisach ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych na podstawie art. 139 ust. 1 Pzp stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93).

Wobec powyższego zmiana umowy o zamówienie publiczne zawartej po przeprowadzeniu postępowania w tym trybie jest dopuszczalna (art. 353¹ kc), lecz możliwość zmiany takiej umowy każdorazowo należy ocenić z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 Pzp. Zamawiający chcąc dokonać jej zmiany jest zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Stwierdzenie istnienia przesłanek określonych w art. 67 Pzp, będzie warunkowało możliwość zawarcia aneksu do umowy z dotychczasowym wykonawcą.