



Warszawa, 14 listopada 2022 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Hubert Nowak

DP.022.11.2022.GW

Pan
Piotr Patkowski
Podsekretarz Stanu
w Ministerstwie Finansów

Szanowny Panie Ministrze,

w odpowiedzi na pismo z dnia 25 października 2022 r. (znak: FN9.700.5.2022), dotyczące zmian legislacyjnych w związku z reformą wskaźników referencyjnych, uprzejmie wyjaśniam co następuje.

Przedstawiane niżej stanowisko stanowi odniesienie się do następujących pytań, w których zostały zawarte zagadnienia przedstawione do oceny:

1. Czy umowy zawierane w trybie PZP, w szczególności zawierane z jednostkami sektora publicznego, zawierające odniesienia do wskaźnika referencyjnego WIBOR, a które nie zawierają postanowień dotyczących zamiennika wskaźnika referencyjnego, gdy WIBOR się zmieni w istotny sposób lub nie będzie już opracowywany przez administratora (klauzula „fallback”) wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w celu dokonania zmiany polegającej na wprowadzeniu nowego wskaźnika referencyjnego?
2. Czy we wspomnianych powyżej umowach znajdzie zastosowanie zamiennik wskaźnika referencyjnego określony przez ministra właściwego do spraw instytucji finansowych na podstawie art. 85 ustawy z dnia 7 lipca 2022 r. o *finansowaniu społecznościowym dla przedsięwzięć gospodarczych i pomocy kredytobiorcom* (Dz. U. 2022 poz. 1488) lub art. 61c ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o *nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym* (Dz. U. z 2022 r. poz. 963 i 1488) bez konieczności

przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w celu dokonania zmiany polegającej na wprowadzeniu nowego wskaźnika referencyjnego?

3. Czy przy ocenie powyższych umów należy wziąć pod uwagę rodzaj zawartej umowy np. umowy kredytu lub umowy rachunku bankowego (depozytu) oraz datę zawarcia tj. przed 1 stycznia 2018 r. i po tej dacie oraz szczegółowość klauzuli fallback lub inne postanowienia umowy, w szczególności zakaz dokonywania zmian niezgodnych z SIWZ?

Biorąc pod uwagę cel powyższych pytań uzasadnione jest stwierdzenie, że zagadnieniem poddanym ocenie na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 1812 i 1933), zwanej dalej „ustawą Pzp” jest kwestia możliwości wprowadzenia, bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmian w umowach zawartych w trybie ustawy Pzp zawierających odniesienie do wskaźnika WIBOR, gdy umowy te nie zawierają klauzuli awaryjnej dotyczącej zamiennika wskaźnika referencyjnego, jeżeli zmiany te będą polegać na wprowadzeniu z mocy prawa nowego wskaźnika referencyjnego w miejsce wskaźnika WIBOR.

Jak wynika z przekazanego pisma, reforma wskaźników referencyjnych zakłada zaprzestanie opracowywania i publikowania wskaźników referencyjnych WIBOR i WIBID od początku 2025 r., jednocześnie przy opracowywaniu nowych przepisów wdrażających tę reformę powstały wątpliwości związane z zastosowaniem zamiennika wskaźnika WIBOR w odniesieniu do umów zawartych na podstawie ustawy Pzp. W umowach tych zastąpienie wskaźnika WIBOR nowym wskaźnikiem WIRON ma nastąpić na mocy rozporządzenia ministra właściwego ds. instytucji finansowych, wydanego na podstawie art. 61c ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 963 i 1488).

Odnosząc się do zagadnienia przedstawionego do oceny należy zauważyć, że w świetle art. 454 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wymagane w przypadku, gdy dochodzi do istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem możliwości dokonywania zmian w umowach w sytuacjach określonych art. 455 ustawy Pzp, gdy przeprowadzenie nowego postępowania nie jest wymagane. Art. 454 ust. 1 ustawy wdraża art. 72 ust. 1 lit. e oraz ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.). W motywie 107 tej dyrektywy w nawiązaniu do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zostało wyjaśnione, że pojęcie istotnych zmian umowy odnosi się do sytuacji, w której zmiany umowy wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjacji istotnych warunków tej umowy, co ma miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik

postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu. Istotna zmiana umowy, o której mowa w dyrektywie 2014/24/UE, jak również w art. 454 ust. 1 ustawy Pzp, jest to zatem zmiana dokonywana w wyniku porozumienia stron umowy. Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego następujące z mocy prawa, a co za tym idzie – dokonywane bez zamiaru stron dotyczącego renegotjacji warunków umowy, nie poddają się zasadniczo klasyfikacji jako istotne zmiany umowy w rozumieniu powyższej dyrektywy i art. 454 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji z zasady nie wymagają przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym zasadniczo można przyjąć, że jeżeli zastąpienie wskaźnika referencyjnego WIBOR w umowach zawartych w oparciu o przepisy ustawy Pzp zawierających odniesienia do wskaźnika referencyjnego WIBOR, a nie zawierających klauzuli awaryjnej dotyczącej wprowadzania zamiennika tego wskaźnika referencyjnego w sytuacji zmiany wskaźnika WIBOR lub zaprzestania jego opracowywania i zastąpienia go innym wskaźnikiem, nastąpi na podstawie wskazanego wyżej rozporządzenia ministra właściwego ds. instytucji finansowych w sposób automatyczny tj. z mocy samego prawa, wówczas umowy te będą obowiązywały z uwzględnieniem zmiany, a co za tym idzie nie będzie konieczności przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w celu zawarcia nowych umów.

Na przedstawione wyżej stanowisko nie mają wpływu: rodzaj zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności czy jest to umowa kredytu czy umowa rachunku bankowego (depozytu), jak również data zawarcia umowy (przed dniem 1 stycznia 2018 r. lub po tej dacie) oraz postanowienia umowy takie jak zakaz dokonywania zmian niezgodnych ze specyfikacją warunków zamówienia.

Mając na względzie zagadnienie przedstawione do oceny należy również zauważyć, że nie można wykluczyć, iż zastąpienie wskaźnika referencyjnego WIBOR w umowach zawartych w oparciu o przepisy ustawy Pzp, mających odniesienia do wskaźnika referencyjnego WIBOR, będzie wiązało się ze zmianami tych umów na podstawie porozumienia stron. W takim wypadku zamawiający mogą brać w szczególności pod uwagę przepisy art. 455 ust. 1 pkt 4 oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający może wprowadzić zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania w przypadku, gdy konieczność modyfikacji umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, jeżeli zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Zatem dla oceny dopuszczalności dokonania na podstawie porozumienia stron zmiany umowy na skutek zaprzestania opracowywania i publikowania wskaźnika referencyjnego WIBOR, kluczowe jest ustalenie zaistnienia przesłanki braku możliwości przewidzenia przez zamawiającego, działającego z należytą starannością, na

etapie przygotowania postępowania okoliczności skutkujących koniecznością zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym kontekście należy wskazać, że przez niemożność przewidzenia okoliczności skutkujących potrzebą dokonywania zmian umowy, należy rozumieć zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Przy czym, niemożność przewidzenia określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Zaistnienie okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć w świetle art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy jest również ustalenie, że zaistnienie określonego zdarzenia powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieprzewidziane okoliczności, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp muszą wywoływać konieczność zmiany umowy w określonym zakresie w taki sposób, że strony umowy nie mają dowolności w podejmowaniu decyzji o jej wprowadzeniu. Dodatkowo wzrost ceny spowodowany zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Warto przypomnieć, że przypadku umów obejmujących usługi bankowe lub inne usługi finansowe, cenę stanowią: opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia.

Niezależnie od wskazanej wyżej przesłanki zmiany umowy tj. art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie jest wykluczone, że w zawartych umowach w sprawie zamówienia publicznego na usługi bankowe lub inne usługi finansowe zawierające odniesienia do wskaźnika WIBOR mogą być zawarte postanowienia dające możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym, w przypadku, w którym zamawiający, realizując normę art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, sformułował klauzule przeglądowe uwzględniające możliwość zmiany w zakresie wskaźnika WIBOR, powinien ocenić, czy mogą one stanowić również podstawę do zmian wynikających z przepisów prawa.

Warto podkreślić, że przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp mają charakter autonomiczny. Oznacza to, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowach odpowiednich postanowień w postaci klauzul przeglądowych. Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział klauzule przeglądowe w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany.

Podsumowując można przyjąć, że zastąpienie na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego wskaźnika referencyjnego WIBOR w umowach zawartych w oparciu o przepisy ustawy Pzp zawierających odniesienia do wskaźnika referencyjnego WIBOR i nie zawierających

klauzuli awaryjnej w tym zakresie, zasadniczo nie będzie powodowało konieczności przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w celu zawarcia nowych umów. Nie można pominąć także możliwości wprowadzenia w umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierających odniesienia do wskaźnika referencyjnego WIBOR zmian w zakresie tego wskaźnika na podstawie porozumienia stron, a więc również bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w warunkach zaistnienia niemożliwych do przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umów oraz w oparciu o zawarte w tych umowach klauzule przeglądowe.

Łączę wyrazy szacunku,

Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

/podpisano elektronicznie/