



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (dziesiąta izba)

z dnia 7 grudnia 2023 r.\*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Europejskie fundusze strukturalne i inwestycyjne – Realizacja zamówienia – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 72 – Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania – Zmiana terminu wykonania – Istotna modyfikacja – Niemożliwe do przewidzenia okoliczności

W sprawach połączonych C-441/22 i C-443/22

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Varhoven administrativen sad (najwyższy sąd administracyjny, Bułgaria) postanowieniami z dnia 21 czerwca 2022 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 5 lipca 2022 r., w postępowaniach:

**Zamestnik-ministar na regionalното разvítie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020**

przeciwko

**Obshtina Razgrad (C-441/22),**

przy udziale:

**Varhovna administrativna prokuratura,**

oraz

**Zamestnik-ministar na regionalното разvítie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po Programa INTERREG V-A Rumania–Bulgaria 2014–2020**

przeciwko

**Obshtina Balchik (C-443/22),**

przy udziale:

**Varhovna administrativna prokuratura,**

TRYBUNAŁ (dziesiąta izba),

\* Język postępowania: bułgarski.

w składzie: Z. Csehi, prezes izby, E. Regan (sprawozdawca), prezes piątej izby, i D. Gratsias, sędzia,  
rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu Obshtina Balchik – A. Atanasov, advokat,
- w imieniu rządu czeskiego – L. Halajová, M. Smolek oraz J. Vlácil, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu estońskiego – M. Kriisa, w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej – G. Gattinara, C. Georgieva oraz G. Wils, w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

## Wyrok

- 1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 72 ust. 1 lit. e) i art. 72 ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r. (Dz.U. 2017, L 337, s. 19) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24”).
- 2 Wnioski te zostały złożone w ramach dwóch sporów pomiędzy, w pierwszym (sprawa C-441/22), Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020 (wiceministrem rozwoju regionalnego i robót publicznych, działającym w charakterze szefa instytucji zarządzającej programem operacyjnym „Rozwoju regionalnego” 2014–2020, Bułgaria), w drugim zaś (sprawa C-443/22), Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po Programa INTERREG V-A Rumunia–Bułgaria 2014–2020 (wiceministrem rozwoju regionalnego i robót publicznych, działającym w charakterze szefa organu krajowego ds. programu INTERREG V-A Rumunia–Bułgaria 2014–2020, Bułgaria) (zwanymi dalej z osobna, bez rozróżnienia w każdej z dwóch spraw, „szefem instytucji zarządzającej”) a odpowiednio Obshtina Razgrad (gminą Razgrad, Bułgaria) i Obshtina Balchik (gminą Bałczik, Bułgaria) w przedmiocie decyzji podjętych przez szefa instytucji zarządzającej, na mocy których szef instytucji zarządzającej zastosował w odniesieniu do tych dwóch gmin korektę finansową w wysokości 25 % kosztów kwalifikowalnych w ramach europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych (zwanymi dalej „funduszami ESI”) w ramach organizowanych przez nie zamówień publicznych na roboty budowlane.

## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

3 Motywy 58, 107 i 109 dyrektywy 2014/24 stanowią:

„(58) O ile 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. Jest to konieczne, by zapewnić odpowiedni poziom przejrzystości umożliwiający weryfikację przestrzegania zasady równego traktowania. W szczególności niezbędne jest, by komunikacja ustna z oferentami – która może mieć wpływ na treść i ocenę ofert – była dokumentowana w dostatecznym stopniu i w odpowiedni sposób, na przykład na piśmie lub za pomocą nagrania, lub streszczeń głównych elementów rozmowy.

[...]

(107) 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. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnej umowie, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron, w tym podziału praw własności intelektualnej. Zmiany te wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjacji istotnych warunków tej umowy. Ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu.

Modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu i aby zapewnić pewność prawa, niniejsza dyrektywa powinna przewidywać progi minimalne, poniżej których nowe postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest konieczne. Modyfikacje umowy powyżej tych progów powinny być możliwe bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim są one zgodne z odpowiednimi warunkami określonymi w niniejszej dyrektywie.

[...]

(109) Instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej 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 mieć zastosowania w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik”.

4 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, stanowi w ust. 1:

„Na użytek niniejszej dyrektywy zastosowanie mają następujące definicje:

[...]

5. »zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług;

[...]

18. »pisemne« lub »na piśmie« oznacza każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać, w tym informacje przesyłane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych;

[...]”.

5 Artykuł 4 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Kwoty progowe”, przewiduje w lit. a), że ma ona zastosowanie do zamówień publicznych na roboty budowlane, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) jest równa lub wyższa niż 5 548 000 EUR.

6 Artykuł 72 tej dyrektywy, zatytułowany „Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”, ma następujące brzmienie:

„1. Zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą w dowolnym z poniższych przypadków:

a) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny, lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;

[...]

c) gdy spełnione są wszystkie następujące warunki:

(i) konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć;

[...]

e) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4.

[...]

4. Modyfikację umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 lit. e), jeżeli powoduje ona, że charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

- a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;
- b) modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej;

[...]

5. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą jest wymagane w przypadku modyfikacji przepisów umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania, innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2”.

### ***Prawo bułgarskie***

- 7 Artykuł 107 zakon za obshtestvenite porachki (ustawy o zamówieniach publicznych, DV nr 13 z dnia 16 lutego 2016 r.), w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniach głównych (zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”), która dokonała transpozycji dyrektywy 2014/24 do bułgarskiego porządku prawnego, stanowi:

„Poza przyczynami określonymi w art. 54 i 55 instytucja zamawiająca wyklucza:

- 1. kandydata lub oferenta, który nie spełnia określonych kryteriów kwalifikacji lub nie spełnia jakichkolwiek innych warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub zaproszeniu do negocjacji lub w dokumentacji;

[...]”.

- 8 Artykuł 116 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi:

„1) Umowy o udzielenie zamówienia publicznego i umowy ramowe mogą zostać zmienione, jeżeli:

[...]

2. z powodu nieprzewidywalnych okoliczności konieczne jest wykonanie dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych nieprzewidzianych w pierwotnym zamówieniu, jeżeli zastąpienie wykonawcy:
  - a) nie jest możliwe ze względów ekonomicznych lub technicznych, takich jak wymogi dotyczące zamienności lub interoperacyjności w odniesieniu do istniejącego sprzętu, usług lub instalacji zamówionych w ramach pierwotnego zamówienia; oraz
  - b) wiązałyby się ze znacznymi trudnościami z utrzymaniem, obsługą i serwisowaniem lub zbędnymi kosztami dla pracownika będącego stroną umowy;
3. z uwagi na okoliczności, których instytucja zamawiająca, dochowując należytej staranności, nie mogła przewidzieć, konieczna okazała się zmiana, która nie pociąga za sobą zmiany przedmiotu umowy lub umowy ramowej;

[...]

7. konieczne są zmiany inne niż istotne.

[...]

5) Zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 pkt 7, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z następujących warunków:

1. zmiana wprowadza warunki, które gdyby stanowiły część postępowania o udzielenie zamówienia, nakłaniałyby dodatkowych oferentów lub kandydatów do udziału, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów lub kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie wybrani, lub doprowadziłyby do przyjęcia oferty innej niż ta, która została pierwotnie wybrana;

2. zmiana przynosi wybranemu oferentowi korzyści, które nie były znane innym uczestnikom postępowania”.

9 Artykuł 2 pkt 27 przepisów uzupełniających do ustawy o zamówieniach publicznych stanowi, że „nieprzewidywalne okoliczności” oznaczają okoliczności zaistniałe po zawarciu umowy, których nie można było przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności i które nie wynikają z działania lub zaniechania stron, ale które uniemożliwiają wykonanie umowy na uzgodnionych warunkach. Ustęp 3 pkt 1 tych przepisów przewiduje, że wspomniana ustawa transponuje wymogi dyrektywy 2014/24.

10 Artykuł 20a zakon za zadalzhenyata i dogovorite (ustawy o zobowiązaniach i umowach, DV nr 275 z dnia 22 listopada 1950 r.) stanowi:

„Umowy między umawiającymi się stronami mają charakter prawa.

Umowy mogą być zmieniane, rozwiązane, unieważnione lub odwołane wyłącznie za obopólną zgodą stron lub z powodów przewidzianych w ustawie”.

11 Artykuł 1 ust. 2 zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturini i investitsionni fondove (ustawy o zarządzaniu [funduszami ESI], DV nr 101 z dnia 22 grudnia 2015 r., zwanej dalej „ustawą o zarządzaniu funduszami ESI”) określa wydatki kwalifikowalne z tytułu ESI w prawie krajowym.

- 12 Artykuł 2 ust. 1 załącznik 1 pkt 23 rozporządzenia w sprawie stwierdzania nieprawidłowości, stanowiących podstawę do dokonania korekt finansowych, a także w sprawie wskaźników procentowych służących ustaleniu wysokości korekt finansowych w trybie [ustawy o zarządzaniu funduszami ESI] (DV nr 27 z dnia 31 marca 2017 r.), przewiduje:

„Bezprawne zmiany w zamówieniu publicznym.

1. zmiany umowy (w tym zmniejszenie zakresu zamówienia), które nie są zgodne z art. 116 ust. 1 [ustawy o zamówieniach publicznych] [...] [gdy]

Istotna zmiana elementów umowy (takich jak cena, charakter obiektu budowlanego, termin wykonania, warunki płatności, użyte materiały) ma miejsce wówczas, gdy zmiana powoduje, że wykonana umowa zasadniczo różni się ze względu na swój charakter od pierwotnie zawartej umowy. We wszystkich przypadkach zmianę uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z warunków określonych w art. 116 ust. 5 [ustawy o zamówieniach publicznych].

[...]”.

- 13 Artykuł 15 ust. 1 ustawy o zagospodarowaniu wybrzeża Morza Czarnego (DV nr 48 z dnia 15 czerwca 2007 r.), obowiązującej od dnia 1 stycznia 2008 r., stanowi:

„Zakazane jest prowadzenie prac budowlanych i instalacyjnych na krajowych stacjach kąpielowych na wybrzeżu Morza Czarnego w okresie od dnia 15 maja do dnia 1 października”.

## **Postępowania główne i pytania prejudycjalne**

### ***Sprawa C-441/22***

- 14 W dniu 3 lipca 2018 r. w celu realizacji działalności finansowanej z funduszy ESI gmina Razgrad jako podmiot publiczny ogłosiła przetarg nieograniczony w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem była budowa hali sportowej przy zawodowej szkole średniej w tej gminie. Złożono tylko jedną ofertę, a mianowicie ofertę pochodzącą od spółki „SAV – Razgrad” OOD.
- 15 W drodze umowy z dnia 13 września 2018 r. gmina Razgrad udzieliła zamówienia publicznego tej spółce. Zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 tej umowy okres wykonania robót budowlanych wynosił 235 dni i nie mógł trwać dłużej niż do dnia 30 listopada 2019 r.
- 16 W trakcie realizacji zamówienia w dniu 29 listopada 2019 r. strony zawarły aneks nr 1 do umowy zastępujący pierwotną datę 30 listopada 2019 r. przewidzianą na zakończenie robót datą 30 stycznia 2020 r. Uzasadnieniem tej zmiany przedstawionym przez strony było wystąpienie nieprzewidzianych okoliczności prowadzących do konieczności dostosowania projektu inwestycyjnego.
- 17 W okresie realizacji dokonano sześciu ustaleń dotyczących zawieszenia prac, w tym pięciu ze względu na niekorzystne warunki pogodowe, a jednego ze względu na konieczność zmiany projektu inwestycyjnego.

- 18 W dniu 24 lutego 2020 r. sporządzono świadectwo potwierdzające zgodność budowy z wymaganiami zamówienia.
- 19 Po odjęciu od rzeczywistego czasu realizacji wynoszącego 525 dni okresów zawieszenia robót budowlanych, w odniesieniu do których wystawiono świadectwo zgodności niezakwestionowane przez instytucję zarządzającą, przyjęto termin realizacji wynoszący 264 dni.
- 20 W odniesieniu do okresu opóźnienia od dnia 30 stycznia do dnia 24 lutego 2020 r. nie przedstawiono żadnego uzasadnienia, a instytucja zamawiająca nie obliczyła wysokości kary za zwłokę.
- 21 Powołując się w szczególności na rozważania przedstawione w pkt 14–20 niniejszego wyroku, szef instytucji zarządzającej postanowił zastosować wobec gminy Razgrad korektę finansową w wysokości 25 % z tytułu wydatków kwalifikujących się do finansowania z funduszy ESI w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy o zarządzaniu funduszami ESI z powodu naruszenia ustawy o zamówieniach publicznych. Zdaniem szefa instytucji zarządzającej okres wykonania umowy jest istotnym elementem tej umowy. Instytucja zamawiająca przewidziała bowiem w dokumentach zamówienia maksymalny czas trwania i nieprzekraczalny termin wykonania umowy, przy czym elementy te stanowią ponadto kryteria udzielenia zamówienia w celu oceny ofert. W związku z tym przekroczenie tych terminów, które nie zostało obiektywnie uzasadnione i zaakceptowane przez instytucję zamawiającą bez uwag i bez kary za opóźnienie, stanowi niezgodną z prawem zmianę warunków danego zamówienia publicznego.
- 22 Gmina Razgrad wniosła skargę na tę decyzję do Administrativen sad – Razgrad (sądu administracyjnego w Razgradzie, Bułgaria). Sąd ten uznał, że zmiana umowy o udzielenie zamówienia publicznego może zostać dokonana jedynie w drodze pisemnego porozumienia, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie w odniesieniu do ostatniego okresu opóźnienia. W związku z tym taki przypadek nie stanowi zmiany warunków zamówienia z naruszeniem art. 116 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych, lecz stanowi niezgodne z prawem wykonanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet gdyby umowa ta zawierała klauzulę przewidującą kary za zwłokę, to kwestia, czy instytucja zamawiająca zażądała ich od wykonawcy, byłaby bez znaczenia. Administrativen sad – Razgrad (sąd administracyjny w Razgradzie) orzekł zatem, że szef instytucji zarządzającej błędnie uznał, iż sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym stanowiła niezgodną z prawem zmianę warunków zamówienia, w związku z czym należy stwierdzić nieważność jego decyzji w tym zakresie.
- 23 Varhoven administrativen sad (najwyższy sąd administracyjny, Bułgaria), będący sądem odsyłającym, rozpatruje skargę kasacyjną wniesioną przez szefa instytucji zarządzającej od tego wyroku.
- 24 Zdaniem sądu odsyłającego kwestia, czy sytuacja taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym stanowi niezgodną z prawem zmianę warunków zamówienia, jest przedmiotem dyskusji przed sądami krajowymi. Zgodnie z pierwszym podejściem kwestia ta powinna zostać zbadana w świetle wszystkich istotnych okoliczności, co obejmuje, poza pisemnym porozumieniem, oświadczenia i zachowanie stron podczas wykonywania umowy. Zgodnie z drugim podejściem, aby doszło do zmiany umowy, konieczne jest, aby strony osiągnęły porozumienie, które zostało sporządzone na piśmie. W braku takiego porozumienia, w przypadku gdy opóźnienie w wykonaniu zamówienia publicznego można przypisać wybranemu oferentowi, chodziłoby raczej o przypadek niezgodnego z umową wykonania zamówienia.



- 25 Sąd odsyłający zastanawia się zatem, jaką wykładnię art. 72 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2014/24 w związku z art. 72 ust. 4 lit. a) i b) tej dyrektywy należy przyjąć w celu ustalenia w szczególności, czy istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu tych przepisów może zostać stwierdzona tylko wtedy, gdy między stronami istnieje pisemne porozumienie w tym zakresie, czy też można ją również wywieść z ich działań.
- 26 W tych okolicznościach Varhoven administrativen sad (najwyższy sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „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 [art. 72] 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 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 w przypadku takim jak w postępowaniu głównym (w którym maksymalny termin i najpóźniejsza data realizacji zamówienia zostały określone w dokumentach zamówienia; termin ten jest również wskaźnikiem w ramach metodologii oceny ofert; rzeczywista realizacja zamówienia nastąpiła z przekroczeniem maksymalnego terminu i najpóźniejszej daty, które zostały podane w dokumentach, przy czym nie wystąpiły żadne niemożliwe do przewidzenia okoliczności; zamawiający odebrał zrealizowane zamówienie bez zastrzeżeń i nie dochodził kary za opóźnienie) wykonanie umowy z naruszeniem warunków dokumentów zamówienia i umowy w części dotyczącej terminów – przy braku niemożliwych do przewidzenia okoliczności i braku zastrzeżeń zamawiającego – interpretuje się wyłącznie jako rodzaj nienależytego wykonania umowy, a nie jako niezgodną z prawem istotną modyfikację umowy w części dotyczącej terminu realizacji?”.

### ***Sprawa C-443/22***

- 27 W dniu 2 stycznia 2019 r. gmina Bałczik wszczęła postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w ramach projektów finansowanych z funduszy ESI, których przedmiotem było dostosowanie promenady przybrzeżnej tej gminy. Złożone zostały dwie oferty, w tym oferta pochodząca od Infra Expert AD.
- 28 Zamówienie zostało udzielone tej ostatniej, w związku z czym strony te podpisały umowę w dniu 19 kwietnia 2019 r., określającą w szczególności termin wykonania zgodnie z propozycją techniczną wybranego oferenta, a mianowicie 45 dni kalendarzowych.

- 29 Podczas wykonywania umowy doszło do czynności zawieszających termin wykonania z powodu, po pierwsze, niekorzystnych warunków meteorologicznych, a po drugie, zakazu, na podstawie art. 15 ust. 1 ustawy o zagospodarowaniu wybrzeża Morza Czarnego, wykonywania prac budowlanych i instalacyjnych w krajowych stacjach kąpielowych na wybrzeżu Morza Czarnego w sezonie turystycznym między dniem 15 maja a dniem 1 października.
- 30 W związku z tym faktyczny okres wykonania umowy został wydłużony do 250 dni. Instytucja zamawiająca nie zażądała odszkodowania z tytułu niewykonania umowy w terminie.
- 31 Opierając się w szczególności na względach analogicznych do rozpatrywanych w sprawie C-441/22, szef instytucji zarządzającej decyzją z dnia 26 października 2020 r. zastosował wobec gminy Bałczik korektę finansową w wysokości 25 % z tytułu wydatków kwalifikujących się do objęcia funduszami ESI w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy o zarządzaniu funduszami ESI z powodu naruszenia ustawy o zamówieniach publicznych. Zdaniem szefa instytucji zarządzającej zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych termin wykonania robót został określony w dokumentach zamówienia w sposób i w granicach, które w przypadku ich nieprzestrzegania skutkują wykluczeniem oferenta. Biorąc pod uwagę powtarzające się zawieszanie robót, podczas gdy chodziło o zwykle niekorzystne warunki pogodowe i racjonalnie przewidywalny zakaz regulacyjny, zgodnie z art. 116 ust. 1 pkt 3 tej ustawy szef instytucji zarządzającej uznał, że przekroczenie pierwotnie uzgodnionego terminu wykonania stanowiło w rzeczywistości istotną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem wspomnianej ustawy.
- 32 Gmina Bałczik wniosła skargę na tę decyzję szefa instytucji zarządzającej do Administrativen sad Dobrich (sądu administracyjnego w Dobriczu, Bułgaria). Sąd ten orzekł zasadniczo, że zgodnie z art. 20a ustawy o zobowiązaniach i umowach umowy między stronami mogą zostać zmienione za porozumieniem stron lub z powodów przewidzianych w ustawie. Ponadto jedyną dozwoloną formą ważnej modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego jest pisemne porozumienie. W niniejszym przypadku umowa została zmieniona w drodze milczącego porozumienia, co nie stanowi jej zmiany, lecz nieadekwatne wykonanie zamówienia, które pozwala jedynie instytucji zamawiającej na nałożenie kary wyraźnie i uprzednio uzgodnionej w umowie. Z prawnego punktu widzenia nie ma znaczenia, jakie były powody zawieszenia robót i czy były one przewidywalne dla stron.
- 33 Do Varhoven administrativen sad (najwyższego sądu administracyjnego), będącego sądem odsyłającym, wpłynęła skarga kasacyjna wniesiona przez szefa instytucji zarządzającej na wyrok Administrativen sad Dobrich (sądu administracyjnego w Dobriczu).
- 34 Poza tym, co zostało już przedstawione w pkt 24 niniejszego wyroku, sąd odsyłający uważa, że rozstrzygnięcie sporu w postępowaniu głównym w sprawie C-443/22 wymaga doprecyzowania zakresu pojęć „odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia”, „niemożliwych do przewidzenia okoliczności” i „okoliczności, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć”, w rozumieniu dyrektywy 2014/24.
- 35 Pożądane byłoby zatem dokonanie wykładni art. 72 ust. 1 lit. c) i e) oraz art. 72 ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 109 w celu ustalenia w szczególności, po pierwsze, czy istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga pisemnego porozumienia, czy też można ją również wywieść ze wspólnych działań stron, a po drugie, czy

definicja pojęcia „niemożliwych do przewidzenia okoliczności” zawarta w art. 116 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi prawidłową transpozycję do prawa bułgarskiego odpowiednich przepisów dyrektywy 2014/24.

36 W tych okolicznościach Varhoven administrativen sad (najwyższy sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „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 [umowy w sprawie] 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 [art. 72] 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 w sprawie udzielenia 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[reglamentacyjnych] 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 Dopolnitelni 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 [2014/24] nie jest konieczne, aby okoliczności te powstały po udzieleniu zamówienia?
- 5) Czy zwykłe warunki atmosferyczne, które nie są »niemożliwymi do przewidzenia okolicznościami« w rozumieniu motywu [109] 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 oferent 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) dyrektywy 2014/24 w związku z jej [art. 72] 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?”.
- 37) Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 10 sierpnia 2022 r. sprawy C-441/22 i C-443/22 połączono zarówno do celów pisemnego i ustnego etapu postępowania, jak i wydania wyroku.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### ***Rozważania wstępne***

*W przedmiocie możliwości zastosowania dyrektywy 2014/24 do zamówień publicznych rozpatrywanych w postępowaniach głównych*

- 38) Jak wynika z wniosków o wydanie przeczenia w trybie prejudycjalnym, szacunkowa wartość każdego z zamówień będącego przedmiotem postępowań głównych jest niższa niż próg stosowania dyrektywy 2014/24 ustalony w jej art. 4 lit. a) na 5 548 000 EUR w odniesieniu do zamówień publicznych, w związku z czym zamówienia te nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.
- 39) Niemniej jednak, jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału, jeżeli w odniesieniu do rozwiązań dotyczących sytuacji nieobjętych aktem prawa Unii przepisy krajowe dostosowują się w sposób bezpośredni i bezwarunkowy do rozwiązań przyjętych w tym akcie, istnieje niewątpliwy interes Unii w tym, by przepisy przejęte z tego aktu były interpretowane w sposób jednolity. Pozwala to bowiem na uniknięcie przyszłych rozbieżności w wykładni i na zapewnienie identycznego traktowania tych sytuacji i sytuacji objętych zakresem stosowania wspomnianych przepisów (wyrok z dnia 31 marca 2022 r., Smetna palata na Republika Bulgaria, C-195/21, EU:C:2022:239, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40) W tym względzie Trybunał miał już okazję stwierdzić w pkt 44 wyroku z dnia 31 marca 2022 r., Smetna palata na Republika Bulgaria (C-195/21, EU:C:2022:239), że ustawa o zamówieniach publicznych, która transponowała dyrektywę 2014/24 do bułgarskiego porządku prawnego, ma bardziej ogólne zastosowanie do wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego subwencionowanych ze środków europejskich, niezależnie od wartości danych zamówień.
- 41) Tymczasem z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, nie wynika, by od czasu ogłoszenia tego wyroku zakres stosowania ustawy o zamówieniach publicznych został zmieniony. Przeciwnie, z wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że wspomniana ustawa

transponuje do prawa krajowego art. 72 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2014/24 w związku z jej art. 72 ust. 4 lit. a) i b), a tym samym ustanowione w tych przepisach zasady znalazły zastosowanie do zamówień publicznych rozpatrywanych w postępowaniach głównych, które zwykle nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.

- 42 W tych okolicznościach szacunkowa wartość każdego z zamówień rozpatrywanych w postępowaniach głównych nie stoi na przeszkodzie udzieleniu przez Trybunał odpowiedzi na pytania prejudycjalne.

*W przedmiocie dopuszczalności pytań od trzeciego do piątego w sprawie C-443/22*

- 43 W swoich uwagach na piśmie gmina Bałczik twierdzi, że pytania od trzeciego do piątego w sprawie C-443/22 nie mają znaczenia dla sporu w postępowaniu głównym. Zdaniem tej strony okoliczności faktyczne ustalone przez sąd odsyłający są nieprawidłowe, ponieważ organ zarządzający błędnie określił termin umowy. Czas trwania prac jest określony w umowie, ale podlega wymogowi ciągłości. Nie było wymogu wykonania w konkretnym okresie lub porze roku.
- 44 Należy w tym względzie przypomnieć utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy w ramach stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, przy czym prawidłowość tych ustaleń nie podlega ocenie Trybunału, korzystają z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy. Odrzucenie przez Trybunał wniosku sądu krajowego jest możliwe tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdy problem ma charakter hipotetyczny bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság, C-132/21, EU:C:2023:2, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 45 Tymczasem z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-443/22 wynika, że spór w postępowaniu głównym ma swoje źródło w przekroczeniu terminu wykonania robót określonego zarówno w dokumentach zamówienia, jak i w umowie w sprawie zamówienia publicznego będącej przedmiotem postępowania głównego oraz że termin ten stanowił decydujące kryterium przy ocenie ofert, ponieważ z postępowania tego wykluczeni byli oferenci, których oferty przekraczały maksymalny termin. Nie można zatem uznać, że pytania dotyczące ewentualnych okoliczności, w których termin ten może zostać przekroczony bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, mogą zostać uznane za niemające żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem tego sporu lub za hipotetyczne z powodów przedstawionych przez gminę Bałczik.

- 46 W konsekwencji pytania od trzeciego do piątego w sprawie C-443/22 są dopuszczalne.

*W przedmiocie właściwości Trybunału do udzielenia odpowiedzi na pytanie szóste w sprawie C-443/22*

- 47 Gmina Bałczik twierdzi, że pytanie szóste w sprawie C-443/22, tak jak zostało ono sformułowane przez sąd odsyłający, sprowadza się w istocie do zwrócenia się do Trybunału nie o dokonanie wykładni prawa Unii, lecz o bezpośrednie rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu.

- 48 Na wstępie należy przypomnieć, że art. 267 TFUE nie upoważnia Trybunału do stosowania przepisów prawa Unii do określonego przypadku, lecz wyłącznie do orzekania w kwestii wykładni traktatów oraz aktów przyjętych przez instytucje Unii Europejskiej (wyrok z dnia 13 lipca 2017 r., Ingsteel i Metrostav, C-76/16, EU:C:2017:549, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Należy jednak uznać, że poprzez pytanie szóste w sprawie C-443/22, rozpatrywane w świetle uzasadnienia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w tej sprawie, sąd odsyłający zmierza, podobnie jak poprzez pytanie trzecie w sprawie C-441/22, nie do tego, by Trybunał sam zastosował przepisy art. 72 dyrektywy 2014/24 do okoliczności sprawy w postępowaniu głównym, lecz do zwrócenia się do Trybunału z pytaniem, czy artykuł ten należy interpretować w ten sposób, że zmianę terminu wykonania robót uzgodnionego w umowie zawartej w następstwie udzielenia zamówienia publicznego, która nastąpiła po udzieleniu zamówienia z przyczyn nieprzewidzianych w dokumentach zamówienia, można uznać za nieprawidłową realizację danego zamówienia publicznego, do której nie mają zastosowania zasady przewidziane w tym artykule, podczas gdy taka zmiana jest objęta zakresem pojęcia „istotnej modyfikacji” w rozumieniu ust. 4 wspomnianego artykułu.
- 50 W konsekwencji należy uznać, że Trybunał jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytanie szóste w sprawie C-443/22.

*W przedmiocie założenia leżącego u podstaw pytań prejudycjalnych*

- 51 Należy przypomnieć, że art. 72 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24 wymienia sytuacje, w których zamówienia i umowy ramowe mogą zostać zmienione bez konieczności wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z tą dyrektywą. Zgodnie z przepisami ust. 5 tego artykułu wszczęcie nowego postępowania procedury jest wymagane w przypadku modyfikacji innych niż te, o których mowa w ust. 1 i 2 wspomnianego artykułu.
- 52 W ten sposób zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2014/24 nowe postępowanie nie jest wymagane, jeżeli wprowadzone modyfikacje nie są „istotne” w rozumieniu art. 72 ust. 4 tej dyrektywy. Zgodnie z samym brzmieniem tego ostatniego przepisu, bez uszczerbku dla ust. 1 i 2 tego artykułu, modyfikację umowy w okresie jej obowiązywania uznaje się za istotną w każdym przypadku, gdy spełniony jest co najmniej jeden z warunków przewidzianych w ust. 4 lit. a)–d).
- 53 W niniejszej sprawie z wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że rozpatrywane w postępowaniach głównych zmiany spełniają zarówno warunek przewidziany w art. 72 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 – ponieważ jeżeli dłuższy termin wykonania, odpowiadający terminowi początkowemu powiększonemu o ostatecznie zarzucane przekroczenie, zostałby określony przez zainteresowaną instytucję zamawiającą na etapie udzielenia zamówienia, wówczas termin ten przyciągnąłby większą liczbę uczestników – jak również i warunek przewidziany w art. 72 ust. 4 lit. b) tej dyrektywy – ponieważ przekroczenie tego terminu zmieniło równowagę ekonomiczną zamówienia na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w pierwotnym zamówieniu.
- 54 W konsekwencji w celu udzielenia odpowiedzi na zadane pytania Trybunał powinien oprzeć się na założeniu, którego zbadanie należy ostatecznie do sądu odsyłającego, zgodnie z którym przynajmniej jedna z przesłanek przewidzianych w art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24 jest spełniona w każdej ze spraw w postępowaniach głównych.

***W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego w sprawach C-441/22 i C-443/22***

- 55 Poprzez pytania pierwsze i drugie w sprawach C-441/22 i C-443/22, które trzeba rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy art. 72 ust. 1 lit. e) i art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że do celów zakwalifikowania modyfikacji umowy dotyczącej zamówienia publicznego jako „istotnej” w rozumieniu tego przepisu strony umowy muszą podpisać porozumienie na piśmie mające za przedmiot tę zmianę, czy też wystarczy, że istnieją inne dowody na piśmie pochodzące od tych stron i wykazujące wspólną wolę dokonania tej zmiany.
- 56 Należy zauważyć, że w każdej z sytuacji leżących u podstaw sporów w postępowaniach głównych faktyczna data zakończenia robót nie była przedmiotem pisemnego porozumienia podpisanego przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 57 Sąd odsyłający zastanawia się zatem, czy brak pisemnego porozumienia dotyczącego zmiany terminu wykonania robót budowlanych określonego w pierwotnej umowie w sprawie zamówienia publicznego stoi na przeszkodzie uznaniu faktycznego przedłużenia tego terminu wynikającego z opóźnień w wykonaniu tych robót za „istotną” zmianę danego zamówienia w rozumieniu art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24.
- 58 W tym względzie prawdą jest, że art. 2 ust. 1 dyrektywy 2014/24 definiuje, po pierwsze, w pkt 5 „zamówienie publiczne” jako umowę o charakterze odpłatnym zawartą na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, po drugie zaś, w pkt 18 pojęcia „pisemnie” lub „na piśmie” jako oznaczające każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać, w tym informacje przesyłane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych. Ponadto motyw 58 dyrektywy 2014/24 stanowi w szczególności, że „[o] ile 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”.
- 59 Z kolei art. 72 dyrektywy 2014/24 nie przewiduje w odniesieniu do modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, które jest w trakcie wykonywania, aby taka modyfikacja mogła zostać zakwalifikowana jako „istotna” w rozumieniu ust. 1 lit. e) i ust. 4 tego artykułu tylko wtedy, gdy zostanie ona stwierdzona w drodze pisemnego porozumienia dotyczącego zmiany umowy, a tym samym, aby nie można było wywnioskować takiego stwierdzenia na podstawie pisemnych dowodów sporządzonych w trakcie komunikowania się stron.
- 60 Taką wykładnię art. 72 dyrektywy 2014/24 potwierdzają cele realizowane przez ten przepis oraz kontekst, w jaki się on wpisuje.
- 61 W szczególności, określając warunki, na jakich wykonywane zamówienia publiczne mogą zostać zmienione, art. 72 dyrektywy 2014/24 ma na celu zapewnienie przestrzegania zasad przejrzystości postępowań i równego traktowania oferentów. W rzeczywistości bowiem zasady te sprzeciwiają się temu, aby po udzieleniu zamówienia publicznego instytucja zamawiająca i oferent wprowadzili do postanowień umownych zmiany takiego rodzaju, iż postanowienia te charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 3 lutego 2022 r., Advania Sverige

i Kammarkollegiet, C-461/20, EU:C:2022:72, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo). Przestrzeganie tych zasad wpisuje się z kolei w bardziej ogólny cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych, polegający na zapewnieniu swobodnego przepływu usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 czerwca 2008 r., presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 31, 32 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 12 maja 2022 r., Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 62 Tymczasem, jak to zasadniczo podniosły rządy czeski i estoński oraz Komisja Europejska w uwagach na piśmie, w celu zapewnienia skuteczności przepisów przewidzianych w art. 72 dyrektywy 2014/24, a tym samym przestrzegania zasad, które przepis ten ma zapewnić, uznanie modyfikacji zamówienia publicznego za „istotną zmianę” nie może zależeć od istnienia pisemnego porozumienia podpisanego przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest taka zmiana. Wykładnia, zgodnie z którą stwierdzenie istotnej zmiany jest uzależnione od istnienia takiego porozumienia na piśmie, ułatwiłaby bowiem obejście przewidzianych w tym przepisie przepisów dotyczących zmiany obowiązujących zamówień, pozwalając stronom umowy w sprawie zamówienia publicznego na zmianę według ich woli warunków wykonania tej umowy, podczas gdy warunki te zostały określone w sposób przejrzysty w dokumentach dotyczących zamówień publicznych i miały mieć zastosowanie w równym stopniu do wszystkich potencjalnych oferentów w celu zapewnienia uczciwej i niezakłóconej konkurencji na rynku.
- 63 Jeżeli chodzi o kontekst, w jaki wpisuje się art. 72 dyrektywy 2014/24, motyw 107 tej dyrektywy wskazuje, że zmiany w umowie uznaje się za istotne, jeżeli „wskazują na zamiar stron dotyczący renegecji istotnych warunków tej umowy”. Wynika z tego, jak Trybunał miał już okazję wyjaśnić, że co do zasady istotna zmiana w rozumieniu art. 72 dyrektywy 2014/24 ma charakter konsensualny (zob. podobnie wyrok z dnia 17 czerwca 2021 r., Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, pkt 70).
- 64 Zamiar renegegowania warunków zamówienia może zaś zostać ujawniony w formie innej niż pisemne porozumienie dotyczące wyraźnie danej zmiany, przy czym taki zamiar można w szczególności wywnioskować z dokumentów ustalonych w trakcie wymiany informacji między stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 65 W konsekwencji na pytania pierwsze i drugie w sprawach C-441/22 i C-443/22 trzeba odpowiedzieć, iż art. 72 ust. 1 lit. e) i art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że do celów zakwalifikowania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego jako „istotnej” w rozumieniu tego przepisu strony umowy nie muszą podpisywać pisemnego porozumienia mającego za przedmiot tę modyfikację, ponieważ wspólną wolę dokonania danej modyfikacji można wywieść również w szczególności z innych pisemnych dokumentów pochodzących od tych stron.

### ***W przedmiocie pytań od trzeciego do piątego w sprawie C-443/22***

- 66 Poprzez pytania od trzeciego do piątego w sprawie C-443/22, które trzeba rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy art. 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 109 należy interpretować w ten sposób, że staranność, jaką powinna wykazać instytucja zamawiająca, aby móc powołać się na ten przepis, wymaga w szczególności, aby instytucja ta wzięła pod uwagę w trakcie przygotowywania danego zamówienia publicznego



zagrożenia dla przestrzegania terminu wykonania tego zamówienia wynikające ze zwykłych warunków meteorologicznych, a także z regulacyjnych zakazów wykonywania robót, opublikowanych z wyprzedzeniem i mających zastosowanie w okresie objętym realizacją tego zamówienia. Sąd ten zastanawia się ponadto nad tym, po pierwsze, czy „okoliczności, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć”, w rozumieniu wspomnianego przepisu obejmują wyłącznie okoliczności zaistniałe po udzieleniu danego zamówienia, a po drugie, czy nawet w przypadku gdy takie warunki meteorologiczne i zakazy regulacyjne należy uznać za przewidywalne, to jednak stanowią one obiektywne uzasadnienie wykonania umowy po upływie terminu określonego w dokumentach regulujących postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia i w pierwotnej umowie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

- 67 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24 można zmienić umowę bez nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy „konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć”, oraz gdy spełnione zostały również niektóre inne warunki przewidziane w tym ust. 1, które nie są przedmiotem pytań zadanych w niniejszych sprawach.
- 68 Jak wynika z samego brzmienia motywu 109 dyrektywy 2014/24, pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej 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.
- 69 Z art. 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 109 wynika zatem, jak to podniosły zasadniczo zarówno rządy czeski i estoński, jak i Komisja w uwagach na piśmie, że zwykłych warunków meteorologicznych oraz opublikowanych wcześniej regulacyjnych zakazów wykonywania robót budowlanych mających zastosowanie do okresu realizacji zamówienia nie można uznać za okoliczności, których działająca z należytą starannością instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć, w rozumieniu tych przepisów.
- 70 W sposób oczywisty wynika z tego, że takich warunków meteorologicznych i zakazów regulacyjnych nie można również uznać na innej podstawie za uzasadniające przekroczenie wyraźnego terminu wykonania robót określonego w dokumentach regulujących postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia i w pierwotnej umowie w sprawie tego zamówienia.
- 71 Ponadto, jeżeli istnieją okoliczności możliwe do przewidzenia przez instytucję zamawiającą, działającą z należytą starannością, to może ona zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2014/24 powołać się na możliwość wyraźnego przewidzenia w dokumentach regulujących procedurę udzielenia zamówienia i w pierwotnej umowie w sprawie zamówienia publicznego klauzul przeglądowych, na mocy których warunki wykonania tej umowy mogą zostać dostosowane w przypadku zaistnienia takiej czy innej szczególnej okoliczności, co pozwala na wprowadzenie zmian, które w przeciwnym razie wymagałyby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie tego art. 72. Przewidując bowiem wyraźnie uprawnienie do zmiany tych warunków i ustalając w tych dokumentach szczegółowe zasady jego stosowania, instytucja zamawiająca gwarantuje, że wszyscy zainteresowani udziałem w tym zamówieniu wykonawcy wiedzieli o nim od samego początku i znajdują się w ten sposób na równej pozycji

w chwili składania oferty (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 118; z dnia 7 września 2016 r., Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, pkt 30, 36, 37).

- 72 Biorąc pod uwagę, że okoliczności takich jak przedstawione przez gminę Bałczik w sprawie C-443/22 w celu uzasadnienia przekroczenia terminu na wykonanie umowy pierwotnie uzgodnionej z wybranym oferentem nie można uznać za należące do okoliczności, których działająca z należytą starannością instytucja zamawiająca nie mogła rozsądnie przewidzieć w chwili przygotowania danego zamówienia publicznego, nie ma konieczności udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy pojęcie „okoliczności, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć”, w rozumieniu art. 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 109 dotyczy wyłącznie okoliczności zaistniałych po zawarciu umowy.
- 73 Z uwagi na wszystkie powyższe rozważania na pytania od trzeciego do piątego w sprawie C-443/22 trzeba odpowiedzieć, iż art. 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że staranność, jaką powinna wykazać instytucja zamawiająca w celu powołania się na ten przepis, wymaga w szczególności, by instytucja ta wzięła pod uwagę przy przygotowywaniu danego zamówienia publicznego ryzyko przekroczenia terminu wykonania tego zamówienia wynikające z dających się przewidzieć przyczyn zawieszenia, takich jak zwykłe warunki meteorologiczne, a także regulacyjne zakazy wykonywania robót budowlanych, opublikowane z wyprzedzeniem i mające zastosowanie w okresie objętym realizacją tego zamówienia, ponieważ takie warunki meteorologiczne i zakazy regulacyjne nie mogą uzasadniać, jeżeli nie zostały przewidziane w dokumentach regulujących postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wykonania robót budowlanych po upływie terminu określonego w tych dokumentach oraz w pierwotnej umowie w sprawie zamówienia publicznego.

***W przedmiocie pytania trzeciego w sprawie C-441/22 i pytania szóstego w sprawie C-443/22***

- 74 W świetle odpowiedzi udzielonych na pytania pierwsze i drugie w sprawie C-441/22 oraz na pytania od pierwszego do piątego w sprawie C-443/22 nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie w sprawie C-441/22 i pytanie szóste w sprawie C-443/22.

**W przedmiocie kosztów**

- 75 Dla stron w postępowaniach głównych niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniach głównych, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (dziesiąta izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 72 ust. 1 lit. e) i ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r.,**

**należy interpretować w ten sposób, że:**

**do celów zakwalifikowania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego jako „istotnej” w rozumieniu tego przepisu strony umowy nie muszą podpisywać pisemnego porozumienia mającego za przedmiot tę modyfikację, ponieważ wspólną wolę dokonania danej modyfikacji można wywieść również w szczególności z innych dokumentów na piśmie pochodzących od tych stron.**

**2) Artykuł 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2017/2365,**

**należy interpretować w ten sposób, że:**

**staranność, jaką powinna wykazać instytucja zamawiająca w celu powołania się na ten przepis, wymaga w szczególności, by instytucja ta wzięła pod uwagę przy przygotowywaniu danego zamówienia publicznego ryzyko przekroczenia terminu wykonania tego zamówienia wynikające z dających się przewidzieć przyczyn zawieszenia, takich jak zwykle warunki meteorologiczne, a także regulacyjne zakazy wykonywania robót budowlanych, opublikowane z wyprzedzeniem i mające zastosowanie w okresie objętym realizacją tego zamówienia, ponieważ takie warunki meteorologiczne i zakazy regulacyjne nie mogą uzasadniać, jeżeli nie zostały przewidziane w dokumentach regulujących postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wykonania robót budowlanych po upływie terminu określonego w tych dokumentach oraz w pierwotnej umowie w sprawie zamówienia publicznego.**

Podpisy