



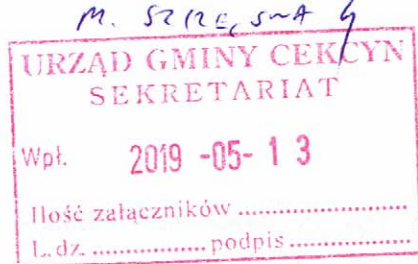
MINISTERSTWO ENERGII

Podsekretarz Stanu
Tomasz Dąbrowski

Warszawa, 08 maja 2019

DE.VIII.070.14.2019
IK: 329763

Pan
Jacek Brygman,
Przewodniczący Konwentu Wójtów
Gmin Wiejskich Województwa
Kujawsko-Pomorskiego,
Wójt Gminy Cekcyn



Szanowny Panie Przewodniczący,

W związku z faktem wejścia w życie ustawy z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2538, z późn. zm.) za zasadne należy uznać przedstawienie wyjaśnienia dotyczącego przepisów regulujących możliwość dokonania zmian umów w sprawie zamówienia publicznego obejmujących zakup energii elektrycznej, zawartych po dniu 30 czerwca 2018 r. Jest to bowiem główny, i bodaj, jedyny sposób zaopatrywania w energię elektryczną jednostek samorządu terytorialnego.

W związku z tym, należy zwrócić uwagę, że w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą z dnia 21 lutego 2019 r.¹, sprawa ta została uregulowana następująco: „Przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną określa na 2019 r. ceny i stawki opłat za energię elektryczną dla odbiorcy końcowego w rozumieniu art. 3 pkt. 13a ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2018 r. poz. 755, z późn. zm.), zwanego dalej „odbiorcą końcowym”, w wysokości:....nie wyższej niż ceny i stawki opłat za energię elektryczną stosowane dla odbiorcy końcowego w dniu 30 czerwca 2018 r., ustalone przez to przedsiębiorstwo w inny sposób, niż wskazany w pkt 1, w tym w formie umów

¹ Ustawa z dnia 21 lutego 2019 r. zmieniająca ustawę o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, ustawę – Prawo ochrony środowiska, ustawę o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji, ustawę o zmianie ustawy o biokomponentach i biopaliwach ciekłych oraz niektórych innych ustaw oraz ustawę o promowaniu energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji (Dz. U. poz. 412)

wynegocjowanych indywidualnie lub w trybie przewidzianym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 2215, z 2019 r. poz. 53), zwane dalej „cennikiem energii elektrycznej”.

Przedmiotowa ustawa nie wprowadza zmian do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 i 2215), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Oznacza to, że zmiana umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej zawartej w trybie przewidzianym ustawą Pzp nastąpić może zgodnie z regulacją art. 144 ustawy Pzp. W ust. 1 tego przepisu określona została ogólna zasada, zgodnie z którą zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzą okoliczności enumeratywnie wskazane w treści tego przepisu. W kontekście omawianego zagadnienia, zwrócić należy uwagę na treść pkt 3 ww. przepisu, który dopuszcza możliwość zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zostały spełnione łącznie następujące warunki:

1. konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
2. wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Ponadto, jak wynika z treści art. 144 ust. 1b ustawy Pzp, zmiany postanowień umownych nie mogą w takim przypadku prowadzić do zmiany charakteru umowy.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Cel wprowadzenia powołanej przesłanki zmiany umowy został objaśniony m. in. w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że 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 przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 takiej zmiany na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Brak możliwości przewidzenia okoliczności rodzącej konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia o charakterze niezależnym od zamawiającego. Przepis uzależnia możliwość dokonania zmian w umowie od dochowania przez zamawiającego należytej staranności przy ocenie, czy wystąpienie okoliczności uzasadniających konieczność zmiany umowy rzeczywiście była dla zamawiającego nieprzewidywalna. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny.

Podkreślenia jednocześnie wymaga, że omawiana przesłanka zmiany umowy nie jest ograniczona przedmiotowo. Oznacza to, że konieczność zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może spowodować jakąkolwiek rodzajowo zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym nie wyłączając zmiany umownego wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający musi jednak uwzględnić, aby zmiany postanowień umownych na podstawie tej okoliczności nie prowadziły do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej (art. 144 ust. 1b ustawy Pzp). Mając na względzie powyższe, w kontekście oceny możliwości dokonania zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego na zakup energii elektrycznej, zawartych po dniu 30 czerwca 2018 r. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, kluczowe jest przede wszystkim ustalenie niemożności przewidzenia przez zamawiającego, działającego z należyłą starannością na etapie postępowania, okoliczności rodzącej konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym kontekście zwrócić należy uwagę, iż poselski projekt ustawy z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw wpłynął do Sejmu 21 grudnia 2018 r., a ustawa nowelizująca, ustalająca m. in. ceny energii na poziomie taryf i umów obowiązujących 30 czerwca 2018 r., została ogłoszona w Dzienniku Ustaw dnia 31 grudnia 2018 r. Przed tym dniem zamawiający nie posiadali oficjalnej i pewnej informacji co do przepisów mających

obowiązywać od początku roku 2019 w tym zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający przeprowadzający postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup energii elektrycznej nie mieli możliwości na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przewidzenia odgórnej zmiany taryf cen energii związanej z wejściem w życie ww. ustawy. W związku z powyższym, wydaje się, iż zmiana przepisów ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych może zostać uznana za okoliczność obiektywnie nieprzewidywalną dla zamawiającego. Wprowadzenie przepisów ustalających m.in. ceny energii na poziomie taryf i umów obowiązujących 30 czerwca 2018 r. należy zaliczyć do sytuacji nagłych, nadzwyczajnych i niezależnych od woli zamawiającego, których nawet przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł on przewidzieć na etapie postępowania. Nieprzewidziane okoliczności, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp muszą wywoływać konieczność zmiany umowy w określonym zakresie w taki sposób, iż strony umowy nie mają dowolności w podejmowaniu decyzji o jej wprowadzeniu. Taki właśnie charakter ma norma prawna określona w art. 6 znowelizowanej obecnie ustawy z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, nakazująca modyfikację warunków umów dotyczących sprzedaży energii elektrycznej lub umów kompleksowych. W świetle tego przepisu wykonawcy są zobowiązani do zmiany warunków świadczenia określonych dostaw i usług poprzez zmianę ceny energii elektrycznej na cenę nie wyższą niż wskazana w taryfie lub cenniku energii elektrycznej w dniu 30 czerwca 2018 r. Należy uznać że powyższy nakaz wypełnia dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie przesłanki konieczności dokonania zmian umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, moim zdaniem, przedstawione narzędzie prawne daje samorządom możliwość skutecznego działania w celu uzyskania korzystnych rozwiązań kontraktowych w obszarze nabywania energii elektrycznej.

Z poważaniem

Tomasz Dąbrowski

podsekretarz stanu

dokument podpisany elektronicznie

Do wiadomości:

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Potwierdzam zgodność kopii z dokumentem elektronicznym:

Identyfikator dokumentu	329763.894850.755076
Nazwa dokumentu	pismo do P. Jacka Brygmana.pdf
Tytuł dokumentu	pismo do P. Jacka Brygmana
Sygnatura dokumentu	DE.VIII.070.14.2019
Data dokumentu	2019-05-08 16:34:13
Skrót dokumentu	DC584F9C4770CEAA9106CE0028D4ECDB09C95F2F
Wersja dokumentu	1.6
Data podpisu	2019-05-08 16:34:07
Podpisane przez	Tomasz Szymon Dąbrowski podsekretarz stanu
Akceptacja	Świetlicki Tomasz, 2019-03-06 13:10:13, wersja 1.3 (dyrektor departamentu, Departament Elektroenergetyki i Ciepłownictwa (DE), Departament Elektroenergetyki i Ciepłownictwa (DE)) Ministerstwo Energii
Akceptacja	Korobłowski Paweł, 2019-03-06 09:05:33, wersja 1.1 (zastępca dyrektora departamentu, Departament Elektroenergetyki i Ciepłownictwa (DE), Departament Elektroenergetyki i Ciepłownictwa (DE)) Ministerstwo Energii
Akceptacja	Różański Marcin, 2019-03-06 08:50:24, wersja 1.0 (główny specjalista, Departament Elektroenergetyki i Ciepłownictwa (DE), Wydział Infrastruktury Elektroenergetycznej (VIII)) Ministerstwo Energii
	EZD 3.81.26.26.8997
Data wydruku:	2019-05-09 09:20:59
Autor wydruku:	Różański Marcin główny specjalista