

Podstawy zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w związku z przepisami ograniczającymi wysokość cen energii elektrycznej

W dniu 3 listopada 2022 r. ogłoszona została ustawa z dnia 27 października 2022 r. o *środkach nadzwyczajnych mających na celu ograniczenie wysokości cen energii elektrycznej oraz wsparciu niektórych odbiorców w 2023 roku* (Dz. U. poz. 2243), dalej jako: „ustawa”, która weszła w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia, tj. 4 listopada 2022 r. i określa, między innymi, cenę maksymalną sprzedaży energii elektrycznej stosowaną w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi (art. 1 pkt 1 ustawy).

Z uwagi na zakres regulacji, przedmiotowa ustawa może mieć wpływ na realizację zawartych umów sprzedaży energii elektrycznej lub umów kompleksowych w rozumieniu odpowiednio art. 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – *Prawo energetyczne* (Dz. U. z 2022 r. poz. 1385, ze zm.), co może powodować konieczność zmian zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego w odniesieniu do wysokości cen energii elektrycznej. Poniżej przedstawiono wyjaśnienia dotyczące możliwych podstaw prawnych dokonania zmian zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, obejmujących sprzedaż energii elektrycznej. Mając na względzie przedmiot niniejszej opinii, analizą objęto te przepisy ustawy, które z uwagi na podmiot zawierający umowę, mogą wiązać się z problematyką podstaw prawnych zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

I. Cena maksymalna i odbiorca uprawniony

Zgodnie z art. 1 pkt 1 ustawy, ustawa ta określa cenę maksymalną sprzedaży energii elektrycznej stosowaną w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi.

Pojęcie „odbiorcy uprawnionego” zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 2 ustawy, poprzez enumeratywne wymienienie podmiotów. **Wśród odbiorców uprawnionych znajdują się między innymi podmioty, które są zamawiającymi w świetle przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”.**

Dla odbiorców uprawnionych, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e ustawy, ceną maksymalną, zgodnie z art. 2 pkt 1 lit. b ustawy, jest cena energii elektrycznej wynosząca - 785 zł/MWh. Cena ta nie zawiera podatku VAT oraz podatku akcyzowego.

W świetle art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy, przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną **zobowiązane jest stosować cenę maksymalną w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e, w okresie od dnia 1 grudnia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2023 r.**

Ponadto, z art. 3 ust. 2 ustawy wynika, że w przypadku odbiorców uprawnionych, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e:

- 1) którzy po dniu 23 lutego 2022 r. zawarli umowę sprzedaży energii elektrycznej albo umowę kompleksową, lub

- 2) którzy po dniu 23 lutego 2022 r. dokonali zmiany warunków umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w zakresie ceny energii elektrycznej zawartej z podmiotem uprawnionym przed tym dniem, lub
- 3) których umowy sprzedaży energii elektrycznej albo umowy kompleksowe, przewidują określanie ceny energii elektrycznej na podstawie wyboru przez odbiorcę końcowego terminu zakupu energii elektrycznej na giełdzie towarowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych

– cenę maksymalną stosuje się również do rozliczeń z tymi odbiorcami obejmujących okres od dnia zawarcia przez nich tej umowy lub wejścia w życie tej zmiany lub określenia ceny do dnia 30 listopada 2022 r.

Stosownie natomiast do art. 3 ust. 3 ustawy, podmiot uprawniony, który po dniu 23 lutego 2022 r. zawarł z odbiorcami uprawnionymi, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e, umowę sprzedaży energii elektrycznej, albo umowę kompleksową w zakresie dostawy energii elektrycznej do dnia poprzedzającego dzień wejścia w życie ustawy, dokonuje z tymi odbiorcami rozliczeń wynikających ze stosowania ceny maksymalnej proporcjonalnie, w miesięcznych ratach, w okresie do dnia 31 grudnia 2023 r.

Natomiast, jak stanowi art. 3 ust. 4 ustawy, **jeżeli w umowie sprzedaży energii elektrycznej albo umowie kompleksowej zawartej między podmiotem uprawnionym a odbiorcą uprawnionym jest stosowana średnia cena energii elektrycznej w danym miesiącu, niższa niż cena maksymalna, ceny określone w umowie stosuje się do dnia ustania ich obowiązywania zgodnie z zawartą umową.** Średnia cena energii elektrycznej w danym miesiącu jest średnią ceną wszystkich stref ważoną ilością energii elektrycznej w każdym miesiącu.

Zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy, cena maksymalna jest stosowana w rozliczeniach z odbiorcą uprawnionym, o którym mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e, **jeżeli złoży on podmiotowi uprawnionemu oświadczenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy.**

II. Możliwe do zastosowania podstawy prawne zmiany umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej zawartej na podstawie ustawy Pzp

Z uwagi na zakres regulacji ustawy, jej wejście w życie może spowodować konieczność dokonania zmiany zawartych na podstawie ustawy Pzp umów sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej. Analizując możliwość zmiany zawartej umowy w kontekście przepisów ustawy Pzp, zwrócić należy uwagę na przepisy art. 455 ust. 1 pkt 4 i art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, które mogą znaleźć zastosowanie do zmian umowy poprzez zmianę należnego wykonawcy wynagrodzenia.

1. Art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający może wprowadzić zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego 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 zmiany umowy na skutek zmian cen energii elektrycznej wprowadzonych ustawą, 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. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, że zamawiający, przygotowując się do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia, jego zakresu oraz warunków realizacji.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanego zagadnienia, za uzasadniony należy uznać wniosek, że zamawiający, udzielający zamówienia publicznego na zakup energii elektrycznej lub na zawarcie umowy kompleksowej, przed dniem wejścia w życie ustawy nie mieli możliwości przewidzenia, że maksymalna cena sprzedaży energii elektrycznej dla określonych podmiotów zostanie uregulowana w drodze ustawy i na jakim poziomie cena ta zostanie ustalona. W konsekwencji, ustalenie, na mocy ustawy, cen na poziomie maksymalnym za energię elektryczną, może zostać zakwalifikowane jako okoliczność nagła, nieprzewidywalna i niezależna od zamawiającego, której nawet przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przypomnieć jednak należy, że 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. Taki właśnie charakter mają te normy prawne określone w ustawie, z których wynika obowiązek stosowania ceny maksymalnej w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi. Może to skutkować koniecznością modyfikacji warunków umów dotyczących sprzedaży energii elektrycznej lub umów kompleksowych. W świetle ustawy wykonawcy są zobowiązani do zmiany cen energii elektrycznej na cenę nie wyższą niż wskazana w art. 2 pkt 1 lit. b, w przypadku odbiorców uprawnionych, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e ustawy (cena maksymalna).

Należy zatem uznać, że powyższe wypełnia dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie przesłanki konieczności dokonania zmian umowy. W tym kontekście wskazać należy, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego na tej podstawie będzie możliwa tylko w granicach wynikających z omawianej ustawy *o środkach nadzwyczajnych mających na celu ograniczenie wysokości cen energii elektrycznej oraz wsparciu niektórych odbiorców w 2023 roku*.

Dodatkowo podkreślić należy, że do stwierdzenia dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest, aby zmiana nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy. Uznać należy, że zmiana wynikająca z omawianych przepisów ustawy nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, dotyczy bowiem ustalenia ceny maksymalnej co może mieć wpływ na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy.

2. Art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Niezależnie od omówionej wyżej przesłanki zmiany umowy (art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), nie jest wykluczone, że w zawartych umowach w sprawie zamówienia publicznego na sprzedaż energii elektrycznej lub w umowie kompleksowej mogą być zawarte postanowienia (bezpośrednio w treści umowy, ogólnych warunkach umowy, szczególnych warunkach umowy lub załącznikach do umowy), dające możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że regulacja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazuje na możliwość zmiany ceny. Tym samym, w przypadku, w którym zamawiający, realizując normę art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, sformułował klauzule przeglądowe uwzględniające możliwość zmiany ceny, powinien ocenić, czy mogą one stanowić również podstawę do zmian wynikających z przepisów ustawy.

3. Autonomiczny charakter przesłanek zmiany umowy (art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp)

Odnośnie omówionych wyżej przesłanek zmiany umowy warto podkreślić, że brzmienie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje, iż 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.

III. Wnioski:

- 1. Zmiana ceny energii elektrycznej poprzez ustalenie w ustawie cen maksymalnych, może zostać uznana za okoliczność nieprzewidywalną i niezależną od zamawiającego, tym samym mieści się w przesłance zmiany umowy z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.**
- 2. Nie jest wykluczone, że w zawartych umowach w sprawie zamówienia publicznego na sprzedaż energii elektrycznej lub w umowie kompleksowej mogą być zawarte postanowienia (bezpośrednio w treści umowy, ogólnych warunkach umowy, szczególnych warunkach umowy lub załącznikach do umowy), dające możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.**
- 3. 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 umowie odpowiednich postanowień w postaci klauzul przeglądowych.**