

Poznań, dnia 1 kwietnia 2020 roku

KOMUNIKAT**dotyczący tarczy antykrzysowej w zakresie prawa zamówień publicznych**

Na podstawie ustawy z dnia 31 marca 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (dalej zwanej także „**Ustawą**”), wchodzącej w skład pakietu ustaw w ramach „tarczy antykrzysowej” wprowadzone zostały zmiany w przepisach prawa zamówień publicznych. Oto najważniejsze z nich:

I. Procedura udzielania zamówień (wyłączenia od stosowania Pzp)

W noweli specustawy zmieniony został dotychczasowy przepis art. 6 zgodnie z którym:

Art. 6. 1. Do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Zmiana ww. przepisu, który wszedł w życie w dniu 8 marca 2020 r. ma charakter redakcyjny. Poprzednie brzmienie przepisu zawierało, bowiem terminologię nieznaną w ustawie Prawo zamówień publicznych (w zakresie pojęcia „towar”, obecnie jest „dostawy”). Zakres przedmiotowy ww. wyłączenia dotyczy zatem wyłącznie dostaw i usług. Tym samym zamawiający nie zostali zwolnieni od stosowania przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do robót budowlanych.

Powyższy przepis znajdzie zastosowanie do zamówień, których wartość jest wyższa od wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro (tj.: 128 079 PLN netto). Zgodnie bowiem z treścią art. 4 pkt 8 ustawy Pzp poniżej tej wartości w ogóle nie mają zastosowania jakiegokolwiek przepisy ustawy Pzp. A co za tym idzie zamawiający i bez tzw. specustawy nie ma obowiązku przeprowadzania postępowań konkurencyjnych.

Spółka komandytowo-akcyjna

Biuro Poznańul. Fabryczna 9, 61-524 Poznań
tel.: +48 61 835 23 73
fax: +48 61 835 23 71
kancelaria@sowislo.com.pl**Biuro Warszawa**ul. Chłodna 64/430, 00-872 Warszawa
tel.: +48 22 251 79 75
fax: +48 22 416 23 19
kancelaria.warszawa@sowislo.com.pl**Przedstawicielstwo Berlin**Kurfürstendamm 21, 10719 Berlin
tel.: +49 177 590 77 68, +49 30 213 57 62
fax: +49 30 236 213 28
kanzlei@sowislo.com.de

Wskazać należy, że przedmiotowy przepis ma charakter kategoriyczny i bezwzględnie obowiązujący, a mianowicie w sytuacji spełnienia przesłanek „ustawy nie stosuje się”. Co oznacza, że żadne przepisy ustawy Pzp nie mają zastosowania, np. w zakresie procedury konkurencyjnej czy opisu przedmiotu zamówienia. Istotą tego przepisu jest konieczność jak najszybszego (natychmiastowego) dokonania zakupu przez zamawiającego. W związku z tym, zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania własnych wewnętrznych procedur, ale ma prawo do udzielenia zamówienia wybranemu przez siebie wykonawcy.

Omawiane zamówienia powinny być „niezbędne do przeciwdziałania COVID-19”. Wyjaśnienie tego pojęcia zawarte jest w art. 2 specustawy przez co należy rozumieć wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2. Niezbędną przesłanką wspólną dla wszystkich zamówień zawartych w art. 6 specustawy jest wykazanie przez zamawiającego, że „zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego”.

W zakresie prawidłowej interpretacji ww. przepisu Kancelaria odsyła do opinii prawnej UZP - <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/Komunikat-w-sprawie-art.-6-tzw.-ustawy-o-COVID-19>.

II. Realizacja umów o zamówienie publiczne

W obecnej sytuacji wykonanie umów o zamówienie publiczne przez wykonawców wybranych zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jest albo utrudnione, albo wręcz niemożliwe. Sytuacja epidemiologiczna spowodowana COVID-19 może wywierać negatywny wpływ na prawidłowe wykonanie umów w sprawie zamówień publicznych. Występujące ograniczenia w dostępie do materiałów niezbędnych do realizacji zamówień, czy też brak wystarczającej liczby pracowników, stanowią jeden z wielu czynników związanych z występowaniem COVID-19 obniżających zdolność wykonawców do prawidłowego spełnienia świadczeń wynikających z umów w sprawie zamówień publicznych.

W związku z powyższym projekt ustawy przewiduje, m.in.:

- możliwość dostosowania treści łączącego strony stosunku prawnego do zmian warunków społeczno-gospodarczych wywołanych przez COVID-19,
- wyłączenie odpowiedzialności zamawiających, w tym zamawiających sektorowych, za odstąpienie od ustalenia i dochodzenia od wykonawców należności (np. kar umownych) lub dokonanie zmiany umowy, na zasadach określonych w projekcie.

1. Obowiązek przekazania stanowiska

Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić (art. 15r ust. 1).

Przepis dotyczy zatem dwóch stron, które w sytuacji powzięcia informacji stanowiących podstawę do dokonania zmiany umowy powinny wzajemnie się informować. Zakres przekazywanych informacji został przykładowo wymienione przez ustawodawcę, tj.:

Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- 3) poleceń wydanych przez wojewodów lub decyzji wydanych przez Prezesa Rady Ministrów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1 i 2;
- 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- 5) okoliczności, o których mowa w pkt 1–4, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

W przypadku, wątpliwości do przesłanego przez wykonawcę stanowiska wystąpieniu powyższych okoliczności – zgodnie z art. 15r ust. 2 – zamawiającemu przysługiwać będzie uprawnienie do żądania „przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy”. A więc, oprócz powołania się przez wykonawcę na ogólną sytuację związaną z epidemią wirusa musi on przedstawić stanowisko wskazując jaki wpływ ma ten stan na wykonanie umowy oraz udowodnić poprzez przedstawienie stosownych dokumentów. Inaczej mówiąc, będzie zobligowana wykazać istnienie związku pomiędzy okolicznościami wywołanymi COVID-19 a niemożliwością należytego wykonania danej umowy.

W przypadku nieprzedstawienia oświadczeń i dokumentów druga strona umowy nie będzie miała obowiązku wzywania do ich uzupełnienia.

Ponadto, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności, strona umowy w swoim stanowisku obowiązana jest przedstawić wpływ

okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań, lub ich wysokość.

2. Zmiana umowy

Po wystąpieniu jednej ze stron, o którym mowa powyżej, druga strona umowy „*w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania*” - art. 15r ust. 3.

Niedopuszczalne będzie pozostawienie otrzymanych informacji bez rozpatrzenia i przekazania drugiej stronie stosownego stanowiska. Informując drugą stronę umowy o swoim stanowisku strona umowy będzie zobowiązana przedstawić odpowiednie uzasadnienie, w którym w sposób jasny i precyzyjny odniesie się do kwestii wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na należyte wykonanie umowy. Wskazane w projekcie ustawy terminy na przekazanie stanowiska mają na celu przeciwdziałać przewlekłości działań podejmowanych przez strony.

W przypadku uznania przez zamawiającego za zasadne przedstawione przez wykonawcę okoliczności o wpływie *okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy* podejmuje on decyzję o dokonaniu zmiany umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. A więc, specustawa w tym zakresie, odsyła do przepisów już obowiązujących wcześniej, znanych zamawiającym, potwierdzając jedynie możliwość i zasadność ich zastosowania do sytuacji związanej z epidemią.

W projekcie ustawy przewiduje się, że katalog dopuszczalnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie miał charakter otwarty. Oznacza to, że strony umowy będą mogły dokonać modyfikacji jej postanowień w zakresie wykraczającym poza granice wskazane w projekcie ustawy, jeżeli pozwoli to na dalszą realizację zamówienia publicznego.

Zgodnie z projektem ustawy zmiana umowy będzie mogła dotyczyć, w szczególności:

- zmiany terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonania umowy lub jej części. Tym samym w przypadku pojawienia się przejściowych problemów z wykonaniem umowy, które spowodowane będą okolicznościami związanymi z COVID-19 (np. zakłócenia w łańcuchu dostaw, brak wystarczającej liczby pracowników), strony będą uprawnione do ukształtowania na nowo kwestii związanych z momentem zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia. Strony umowy będą mogły zawiesić realizację umowy lub jej części, tj. wstrzymać się z działaniami zmierzającymi do wykonania umowy do czasu ustania przyczyn zwieszenia, albo kontynuować realizację umowy lub jej części z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z okoliczności spowodowanych COVID-19, z jednoczesnym wydłużeniem terminu wykonania umowy,

- zmiany sposobu wykonania dostawy, usługi lub robót budowlanych. Umożliwi to stronom umowy dostosowanie pierwotnych wymagań odnośnie sposobu realizacji zamówienia do ograniczeń wynikających z występowania COVID-19, np. w przypadku braku dostępu do określonej technologii, sprzętu lub materiałów dopuszczalna będzie realizacja przedmiotu zamówienia z zastosowaniem innej technologii, sprzętu lub materiałów. Zmiana sposobu realizacji zamówienia będzie mogła mieć charakter terminowy lub bezterminowy,
- zmiany zakresu zamówienia, wraz z jednoczesną odpowiednią zmianą wynagrodzenia. Modyfikacja zakresu zamówienia będzie mogła mieć postać modyfikacji przejściowej, tj. na okres występowania okoliczności związanych z transmisją wirusa COVID-19 (np. w przypadku dostaw, usług ciągłych lub okresowych) lub modyfikacji definitywnej, polegającej na ostatecznym ustaleniu nowego zakresu zamówienia (np. zmniejszenie zakresu jednorazowej dostawy lub usługi). Wprowadzenie zmiany zakresu zamówienia będzie wymagało odpowiedniej zmiany wynagrodzenia.

Strony umowy będą uprawnione do dokonania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Warto wskazać, że dokonanie ww. zmiany wiązać się będzie z koniecznością zawarcia aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), a zgodę na treść aneksu muszą wyrazić obie strony.

Odstępstwo od powyższego dotyczy w sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia korzystniej kształtujące sytuację wykonawcy, wówczas do zmiany umowy stosuje się te postanowienia.

W przepisie art. 15r ust. 5 ustawodawca zawarł generalną zasadę, że „*okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy*”. Jest to bardzo ważny przepis, gwarantujący zamawiającym utrzymanie zawartych umów. Wykonawcy zatem, nie mogą powołując się na epidemię jednostronnie odstępować od zawartych umów.

3. Podwykonawstwo

W związku z realizacją umów o zamówienie publiczne przy pomocy podwykonawców, ustawodawca w noweli specustawy przewidział również konieczność dokonania zmian w umowach zawartych przez wykonawców z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami.

Wprowadzone zmiany dotyczą dwóch sytuacji, pierwsza ma charakter dobrowolny, gdzie wykonawca i podwykonawca, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie łączącej ich umowy, która jest związana z wykonaniem zamówienia publicznego lub jego części, uzgadniają odpowiednią zmianę tej umowy, w szczególności mogą

zmienić termin wykonania umowy lub jej części, czasowo zawiesić wykonywanie umowy lub jej części, zmienić sposób wykonywania umowy lub zmienić zakres wzajemnych świadczeń.

Druga sytuacja obligatoryjna dotyczy sytuacji, gdzie w przypadku dokonania zmiany umowy o zamówienie publiczne wykonawca następnie zobowiązany będzie do wprowadzenia odpowiednich zmian w umowach podwykonawczych. Zmiana powinna zapewniać, że warunki wykonania przez podwykonawcę umowy łączącej go z wykonawcą nie będą mniej korzystne niż warunki wykonania umowy zmienionej przez zamawiającego i wykonawcę. Projektowane przepisy przewidują, że analogiczny mechanizm znajdzie zastosowanie również w przypadku umowy zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

4. Wyłączenie odpowiedzialności

Zgodnie z treścią art. 15s noweli specustawy:

Nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440, 1495, 2020 i 2473 oraz z 2020 r. poz. 284):

- 1) *nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w art. 15r ust. 1;*
- 2) *zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4.*

Oznacza to, że zamawiający, który działając w oparciu o przepisy ww. ustawy stwierdzi brak odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie, i w konsekwencji odstąpi od dochodzenia ustalonych kar umownych lub odszkodowania, nie będzie odpowiadał za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Podobnie będzie w przypadku dokonania zmiany umowy mającej na celu umożliwienie kontynuowania wykonania umowy. Zamawiający analizując możliwość skorzystania z rozwiązań zaproponowanych w ustawie posiadają zatem pewność, że podjęte przez nich działania nie pociągną za sobą negatywnych konsekwencji.

III. Postępowania odwoławcze przed KIO

Pomimo stanu epidemii zamawiający prowadzą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zamieszczanie ogłoszeń o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wykonawcom jako uczestnikom ww. postępowań przysługują środki ochrony prawnej (odwołania) na dotychczasowych zasadach stosując obecnie obowiązujące terminy określone w art. 182 ustawy Pzp.

Nowela specustawy przewiduje zawieszenie biegu terminów sądowych i procesowych z uwagi na niewyznaczenie przez sądy i inne organy rozpraw. Zgodnie z przepisem art. 15zsz. 1 ww. ustawy

w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID bieg terminów procesowych i sądowych nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres.

Powyższe, nie dotyczy kontroli i postępowań wskazanych odpowiednio w dziale V rozdziale 3 oddziale 3 oraz dziale VI rozdziale 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w porozumieniu z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych może określić, w drodze zarządzenia szczegółowe warunki organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej związane z zapewnieniem prawidłowego toku jej urzędowania oraz stosowane środki zapewniające bezpieczeństwo, mając na względzie konieczność podejmowania działań związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19.

W związku z powyższym, obecny komunikat KIO o bezterminowym zniesieniu rozpraw stracił na aktualności. Spodziewać się należy w niedługim czasie stosownych regulacji w zakresie sposobu i trybu rozpatrywania odwołań przed Krajową Izbą Odwoławczą.