

TARCZA ANTYKRYZYSOWA a zamówienia publiczne

AKTUALIZACJA



Narzędziem legislacyjnym, wdrażającym założenia tzw. Tarczy Antykryzysowej, jest ustawa z dnia 31 marca 2020 r. 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: Nowelizacja), która została ogłoszona w dniu 31 marca 2020 r. Poniżej przedstawiamy zmiany w ramach szeroko pojmowanego systemu zamówień publicznych wynikających z tegoż dokumentu wg brzmienia Nowelizacji.

1

Obowiązek informacyjny.

Nowelizacja nakłada na strony umowy w sprawie zamówienia publicznego obowiązek niezwłocznego informowania się wzajemnie o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tejże umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić wraz z obowiązkiem przedłożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie zaistnienia tego wpływu.

Nowelizacja wymienia katalog takich okoliczności (choćby nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia czy też wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych), który jednak ma charakter otwarty, co oznacza, że strony umowy mogą powoływać się na inne okoliczności niż tamże wskazane, pod warunkiem jednak, że mają one związek z wystąpieniem COVID-19 oraz, że wpływają one lub mogą wpływać na należyte wykonanie tejże umowy.

Niezależnie jednak od powyższego wykonawca, w ramach podwyższonej miary staranności wymaganej od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego w danej branży, powinien zawsze informować zamawiającego o każdej okoliczności, która ma lub może mieć wpływ na realizację umowy, po to aby móc następnie skutecznie wykazywać względem zamawiającego, że za wystąpienie tychże okoliczności wykonawca nie odpowiada bądź też, że pomimo zachowania należytej staranności wykonawca nie mógł zapobiec wystąpieniu tychże okoliczności.

Ponadto niezwłoczne poinformowanie zamawiającego, o wystąpieniu lub możliwości wystąpienia tychże okoliczności, może się też przyczynić do uniknięcia lub ograniczenia ewentualnych szkód po stronie zamawiającego, niezależnie od ewentualnego zakresu odpowiedzialności wykonawcy.

2

Dopuszczalna zmiana umowy.

W myśl Nowelizacji, w przypadku stwierdzenia okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, które wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie tejże umowy, wówczas zamawiający, **po uzgodnieniu z wykonawcą**, będzie uprawniony do modyfikacji **umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3) PZP, a w szczególności** przez:

- a) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
- b) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,

- c) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy – o ile wzrost ceny spowodowany **każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.**

Należy pamiętać, że zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 3) PZP dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego (z mocy samego PZP), jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

W związku z powyższym przesłanki warunkujące zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, w oparciu o przepisy Nowelizacji, należy stosować łącznie z przesłankami z art. 144 ust. 1 pkt 3) PZP. Należy też zwrócić szczególną uwagę na ograniczenie wartościowe wzrostu ceny wynikające ze Nowelizacji, które odnosi się do każdej kolejnej zmiany, tak aby tenże wzrost nie przekroczył 50% wartości pierwotnej umowy.

Jak bowiem wynika wprost z uzasadnienia projektu Nowelizacji ograniczenie wartościowe dopuszczalnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy odnosi się każdorazowo do wartości danej (konkretnej) zmiany powodującej taki wzrost, a nie do ich sumy (w przypadku dokonywania dwóch lub większej ilości zmian).

3

Korzystniejsze ukształtowanie sytuacji wykonawcy.

W dalszej kolejności regulacje Nowelizacji zezwalają zamawiającemu dokonać zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób korzystniej kształtujący sytuację wykonawcy, niż wynikałoby to z okoliczności opisanych powyżej (czyli w innych okolicznościach niż poprzez odpowiednie zastosowanie art. 144 ust. 1 pkt 3) PZP), o ile taką możliwość wprost przewidują dotychczasowe postanowienia tejże umowy, z zastrzeżeniem, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy.

Wydaje się, że celem opisanej powyżej regulacji jest jednoznaczne potwierdzenie, że niezależnie od przepisów Nowelizacji zawsze dopuszczalna jest modyfikacja postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet jeżeli zmiana ta korzystniej ukształtuje sytuację wykonawcy, czy też nawet gdy będzie to zmiana istotna, pod warunkiem jednak, że dotychczasowe postanowienia tejże umowy pozwalają na taką zmianę, a co za tym idzie, że postanowienia te są zgodne z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 1) PZP (dopuszczalna jest zmiana umowy w oparciu o jednoznaczne postanowienia umowne, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian).

4

Stanowisko stron.

Każda ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zobowiązana do przekazania drugiej stronie swojego stanowiska wraz z uzasadnieniem odnośnie wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy, w terminie 14 dni od dnia otrzymania od drugiej strony zawiadomienia o okolicznościach związanych z wystąpieniem COVID-19, które wpływają lub które mogą mieć wpływ na należyte wykonanie umowy, wraz z niezbędnymi oświadczeniami i dokumentami.

Powyższe oznacza, że w szczególności zamawiający będzie musiał każdorazowo zbadać czy, a jeżeli tak to w jakim zakresie, okoliczności przedstawiane przez wykonawcę są faktycznie związane z wystąpieniem COVID-19 oraz czy, a jeżeli tak to w jakim zakresie, okoliczności te stanowią uzasadnienie dla wyłączenia czy też odpowiedniego ograniczenia odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, a co za tym idzie **nie będzie w tym zakresie obowiązywała swoista zasada automatyzmu.**

Co istotne, w kontekście ewentualnej odpowiedzialności wykonawcy za nieterminowe wykonanie umowy, w przypadku uznania zasadności argumentacji wykonawcy, możliwa będzie zmiana umowy odpowiednio poprzez zmianę terminu jej wykonania lub jej części bądź też poprzez czasowe zawieszenie jej wykonywania lub jej części. Warto też zauważyć,

że w okolicznościach konkretnej umowy nawet zmiana sposobu wykonywania umowy, co także jest dopuszczalne w świetle przepisów Nowelizacji, teoretycznie również może mieć wpływ na zachowanie terminów umownych.

5

Kary umowne.

W przypadku gdy umowa zawiera postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności, wówczas strona umowy, w stanowisku, o którym mowa powyżej, przedstawia wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie oraz wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań, lub ich wysokość.

6

Sytuacja podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Autorzy Nowelizacji dostrzegli również sytuację podwykonawców i dalszych podwykonawców zaangażowanych w realizację zamówień publicznych. 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, są zobowiązani uzgodnić odpowiednią zmianę tej umowy, w szczególności mogą zmienić termin wykonania umowy lub jej części, czasowo zawiesić wykonywanie umowy lub jej części, czy też zmienić sposób wykonywania umowy lub zmienić zakres wzajemnych świadczeń.

W przypadku dokonania zmiany umowy łączącej zamawiającego i wykonawcę, jeżeli zmiana ta obejmuje część zamówienia powierzoną do wykonania podwykonawcy, wówczas wykonawca i podwykonawca są zobowiązani uzgodnić odpowiednią zmianę łączącej ich umowy, w sposób zapewniający, że warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie będą mniej korzystne niż warunki wykonania zmienionej już umowy łączącej zamawiającego i wykonawcę (której postanowienia zostały zmodyfikowane w oparciu o opisane powyżej regulacje Nowelizacji, uwzględniające dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 3) PZP).

Opisany powyżej sposób modyfikacji umowy z podwykonawcą stosuje się odpowiednio do zmiany postanowień umowy zawartej pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

7

Stosowanie przepisów prawa cywilnego.

Jednocześnie Nowelizacja stanowi, że regulacje o których mowa powyżej nie wyłączają ani nie ograniczają uprawnień stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikających z przepisów prawa cywilnego.

Można zatem przyjąć, że celem powyższego zastrzeżenia jest potwierdzenie, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie od uprawnień wynikających z przepisów Nowelizacji, mogą równolegle korzystać z uprawnień przysługujących im w szczególności na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego (co wynika wprost z dyspozycji art. (art. 139 ust. 1 PZP).

W świetle powyższego należy w szczególności wskazać na uprawnienia stron do powoływania się na okoliczności wyłączające odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego), wyłączające odpowiedzialność za nieterminowe spełnienie świadczenia (art. 476 Kodeksu cywilnego) czy też na możliwość sądowej modyfikacji lub rozwiązania umowy (art. 3571 Kodeksu cywilnego).

8

Dyscyplina finansów publicznych.

Autorzy Nowelizacji słusznie dostrzegli też delikatną problematykę ryzyka odpowiedzialności zamawiających za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wychodząc naprzeciw tymże ryzykom Nowelizacja wprowadza regulacje z których wprost wynika wyłączenie odpowiedzialności zamawiających za naruszenie dyscypliny finansów publicznych za nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy, 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 Nowelizacji, jak również w przypadku zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego przeprowadzonych w oparciu o przepisy Nowelizacji.

9

Odpowiedzialność karna.

Na gruncie odpowiedzialności karnej Nowelizacja stanowi też, że nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 296 § 1-4 Kodeksu karnego (wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym przez osoby obowiązane na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej), kto nie ustala lub nie dochodzi od strony umowy, 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 regulacjach Nowelizacji lub zmienia umowę w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z regulacjami Nowelizacji.

Nie popełnia też przestępstwa określonego w art. 231 Kodeksu karnego (nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego) lub art. 296 Kodeksu karnego (wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym przez osoby obowiązane na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej), deliktu dyscyplinarnego ani czynu, o którym mowa w art. 1 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ten kto w okresie stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, nabywając towary lub usługi niezbędne dla zwalczania tej epidemii narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące w tym zakresie przepisy, jeżeli działa w interesie społecznym, zaś bez dopuszczenia się tych naruszeń nabycie tych towarów lub usług nie mogłoby zostać zrealizowane albo byłoby istotnie zagrożone.

Powyższe wyłączenia odpowiedzialności karnej oraz odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych mają bardzo istotne znaczenie w praktyce zamówień publicznych. Proponowane regulacje pozwalają osobom odpowiedzialnym z ramienia zamawiających za udzielanie zamówień na sprawne, a często wymagane nadzwyczajnymi okolicznościami natychmiastowe, podejmowanie decyzji dotyczących zakupu towarów lub usług, w celu zwalczania epidemii COVID-19, bez obawy ze strony tychże osób, że decyzje podejmowane często z godziny na godzinę, w sytuacji zagrożenia zdrowia i życia ludzi, będą w przyszłości kwestionowane i będą stanowiły źródło ewentualnej odpowiedzialności karnej czy deliktowej.

10

Odpowiedzialność na gruncie Kodeksu spółek handlowych.

W przypadku stron umowy będących spółkami kapitałowymi, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych (dalej: KSH), Nowelizacja stanowi, że za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, o której mowa w art. 293 § 1 albo art. 483 § 1 KSH, nie odpowiada wobec spółki członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator, który nie ustala lub nie dochodzi od strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem tejże umowy na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, o którym mowa w Nowelizacji, lub zmienia taką umowę zgodnie z regulacjami Nowelizacji.

11

Zamówienia udzielane przez ZUS.

Nowelizacja wyłącza stosowanie przepisów PZP do zamówień na usługi lub dostawy udzielane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w związku z realizacją zadań związanych z ustalaniem prawa lub wypłatą świadczenia postojowego, jak również do zamówień na usługi lub dostawy udzielane w związku z realizacją zadań związanych ze zwolnieniem z tytułu nieopłaconych należności z tytułu składek, na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne, na ubezpieczenie zdrowotne, na Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych lub Fundusz Emerytur Pomostowych, należnych za okres od dnia 1 marca 2020 r. do dnia 31 maja 2020 r..

12

Zamówienia udzielane przez Bank Gospodarstwa Krajowego, Polski Fundusz Rozwoju Spółka Akcyjna oraz regionalne fundusze rozwoju

Nowelizacja wyłącza też stosowanie przepisów PZP do zamówień udzielanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego, Polski Fundusz Rozwoju Spółka Akcyjna lub regionalne fundusze rozwoju, o których mowa w art. 13 ust. 1a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, związanych z realizacją:

- 1) zadań dotyczących obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych na podstawie przepisów odrębnych oraz związanych z realizacją programów rządowych lub innych programów realizowanych ze środków publicznych, lub
- 2) zadań związanych z wykorzystaniem środków pochodzących z takich funduszy – które dotyczą instrumentów wsparcia niezbędnych do przeciwdziałania negatywnym skutkom gospodarczym wystąpienia COVID-19.

13

Terminy.

W okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID wstrzymanie i zawieszenie biegu terminów procesowych, sądowych, administracyjnych czy też innych terminów ustawowych przywołanych w Nowelizacji nie dotyczy:

- 1) kontroli uprzednich udzielanych zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej oraz
- 2) korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przepisy Nowelizacji nie wprowadzają zatem żadnych zmian w zakresie terminów przewidzianych na wnoszenie odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami PZP działań lub zaniechań zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Wykonawcy muszą pamiętać, że bieg tychże terminów nie ulega ani wstrzymaniu ani zawieszeniu.

Natomiast Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, w porozumieniu z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, w świetle Nowelizacji, 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.



Piotr Żlik

Radca Prawny
Dział Prawa Zamówień Publicznych
Kancelaria Sadkowski I Wspólnicy

Tel.: 606 515 115
p.zlik@siw.pl



SADKOWSKI
I WSPÓLNICY