



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Szanowni Państwo

W dniu 31 marca 2020 roku Prezydent RP podpisał pakiet ustaw **kondensujących działania rządu mających na celu przeciwdziałanie negatywnym skutkom pandemii koronawirusa na płaszczyźnie społeczno-gospodarczej**. Regulacje tzw. tarczy antykryzysowej, siłą rzeczy, dotknęły także sfery zamówień publicznych a w szczególności odniosły się do kwestii zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego. Artykuł 15 r ustawy 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 (Dz. U. 2020 Poz. 568 dalej jako „ustawa antykryzysowa”) wprowadził wymóg niezwłocznej reakcji na pojawiające się problemy związane z realizacją tego typu umów, kreując po obu stronach stosunku nowe obowiązki i uprawnienia. Zgodnie z nowymi, tymczasowymi regulacjami, 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. 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; Dziennik Ustaw – 17 – Poz. 568
- 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.

Powyższe kreuje zatem otwarty katalog przeszkód, uniemożliwiających zachowanie *status quo* zawartych już i realizowanych umów w sprawie zamówień publicznych. Oznacza to, że każda ze stron stosunku obligacyjnego, dostrzegająca problem z dochowaniem obowiązków lub możliwości świadczeń ze swojej strony, winna

niezwłocznie powiadomić o tym fakcie drugą stronę. „Nieżwłocznie” nie posiada swojej definicji ani w omawianej ustawie antykryzysowej ani innych obowiązujących aktach prawnych, nie mniej jednak oznacza termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju. Termin ten zazwyczaj tłumaczy się również jako "bez zbędnej zwłoki" (tak uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2019 r. KIO/KU 65/19). Niezwłoczność odnosi się do poinformowania drugiej strony i wskazania konkretnej okoliczności lub przeszkody, dopiero w następnych krokach procedowana jest formalna zmiana umowy. Ta następuje dopiero wtedy, gdy strona wnioskująca potwierdzi, zgodnie z art. 15 r ust. 2 ustawy antykryzysowej, za pomocą oświadczeń lub dokumentów, wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy.

Warto wspomnieć, że druga strona umowy, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów, w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu wskazanych okoliczności, na należyte wykonanie umowy. Oznacza to, że nie wystarczy sama ogólnie panująca sytuacja w kraju, aby skutecznie wykreować nowe brzmienie stosunku prawnego, lecz realny tj. zbadany wpływ tej sytuacji na każdy konkretny przypadek. Arbitralne dokonanie zmiany umowy, bez zbadania realności wpływu przeszkody, wywoła skutek przewidziany w ustawie Pzp, w jej art. 144 ust. 2, a ustawa antykryzysowa nie stanowi tarczy przed ryzykiem unieważnienia takiej zmiany.

Znamienny pozostaje zatem przepis art. 15 r ust 4 ustawy antykryzysowej, w myśl którego „Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływać na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, **może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy** z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:

1) **zmianę terminu wykonania umowy** lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,

2) **zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych**,

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

Powyższy przepis formalizuje zmianę umowy, o ile dany negatywny wpływ epidemii, zostanie w dowolny sposób wykazany, tj. udowodniony lub uprawdopodobniony przez stronę wnioskującą. Ustawa antykryzysowa chroni w takim przypadku przed dalszymi negatywnymi konsekwencjami, niezależnie jednak od samej możliwości kontroli zasadności wprowadzenia zmiany np. przez Prezesa UZP czy instytucje dofinansowujące przedsięwzięcie ze środków unijnych. Poprzez dalsze negatywne konsekwencje mamy jednak na myśli ochronę wynikającą z przepisów art. 15 s i 15t ustawy antykryzysowej tj.

Art. 15s. 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.

Art. 15t. Nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 296 § 1–4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, kto nie ustala lub nie dochodzi 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, lub zmienia umowę w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4.

Nie mniej jednak, mimo błędnego wrażenia pełnego zabezpieczenia wprowadzonych zmian umów w obliczu panującej epidemii koronawirusa, ustawa antykryzysowa nie wprowadza regulacji mniej restrykcyjnych lub wyłączeniowych obostrzenia wynikających z dalej obowiązującej ustawy Pzp. Nadal aktualne pozostają do wykazania formalne przesłanki wynikające z art. 144 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, a więc wartość zmiany nie może przekraczać 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Zasadniczo żadnego problemu nie powinno nastęrczać samo wykazanie, iż okoliczności stanowiące konsekwencję ogłoszonego stanu epidemicznego a następnie epidemii, stanowiły takie, których zamawiający, działając z należyłą starannością, nie mógł przewidzieć. Przesłanki formalne nie zastępują jednak w żadnej mierze przesłanek materialnych, których należyte wykazanie poprzez potencjalny lub faktyczny wpływ na realizację obecnego zamówienia może w praktyce okazać się znacznie trudniejsze. Warto jednak zachować czujność i zabezpieczyć się przed potencjalnym ryzykiem zakwestionowania zmian w przyszłości, kreując właściwe podstawy do zawarcia aneksu, pamiętając także o dołączeniu niezbędnych dowodów.

Kancelaria w sposób ciągły świadczy usługi związane z procedowaniem zmian umów w sprawie zamówienia publicznego związanych m.in. z wpływem ogłoszonej pandemii COVID 19.