



ALERT PRAWNY: Tarcza antykryzysowa – Prawo zamówień publicznych

1 kwietnia 2020 r.

W dniu 31 marca 2020 r. w Dzienniku Ustaw ogłoszono dwie z trzech rządowych ustaw składających się na tzw. „tarczę antykryzysową”. Jedną z nich jest ustawa 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 (nowelizacja ustawy COVID-19), która wprowadza kolejne istotne zmiany również w zakresie zamówień publicznych.

Przepisy ustawy obowiązują już od dnia 1 kwietnia 2020 r. Poniżej przedstawiamy Państwu ich analizę:

1. Szczególny reżim prawny zamówień publicznych w dobie zagrożenia epidemicznego COVID-19

Bieżąca stan epidemii może wywierać negatywny wpływ na prawidłowe wykonanie umów zawieranych w sprawach z zakresu zamówień publicznych. Powyższe problemy, skutkujące obniżeniem zdolności wykonawców do prawidłowego spełniania świadczeń, mogą wynikać w szczególności z ograniczeń w dostępie do materiałów niezbędnych do realizacji zamówień czy też braków kadrowych.

Na mocy uchwalonej nowelizacji ustawy COVID-19 wprowadzono w związku z tym pakiet rozwiązań, który ma przeciwdziałać gospodarczym oraz społecznym skutkom epidemii COVID-19.

Już na gruncie art. 6 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych

nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (ustawa COVID-19), do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP) jeżeli:

- a) zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby; lub
- b) wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Nowa ustawa przewiduje natomiast dodatkowe mechanizmy zabezpieczające interes przedsiębiorców biorących udział w przetargu i zapewniające ciągłość realizacji zamówień. Jest to (i) **możliwość zmiany treści umowy przetargowej** oraz (ii) **wyłączenie odpowiedzialności zamawiającego za odstąpienie od dochodzenia odszkodowania i kar umownych za nienależyte wykonanie świadczenia lub dokonanie zmiany umowy.**

2. Możliwość zmiany umowy przetargowej

Efektywna kontynuacja realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego w okresie stanu epidemii może być uzależniona od możliwości modyfikacji jej treści.

Art. 15r nowelizacji ustawy COVID-19 wprowadza następującą procedurę zmiany umów:

- Na stronach umowy ciąży obowiązek niezwłocznego informowania o wpływie okoliczności związanych z epidemią COVID-19 na należyte wykonanie umowy. Obowiązek ten dotyczy tylko okoliczności, które mają lub mogą mieć w przyszłości wpływ na realizację konkretnego zamówienia. Przykładem takiej sytuacji może być m.in. brak możliwości odebrania przedmiotu zamówienia ze względu na niedobory kadrowe.
- Strona informująca będzie zobowiązana do potwierdzenia takiego wpływu poprzez adekwatne wykazanie związku przyczynowego pomiędzy okolicznościami, na które się powołuje a niemożliwością należytego spełnienia świadczenia, np. poprzez złożenie odpowiednich oświadczeń lub dokumentów.
- Po otrzymaniu informacji, druga strona będzie zobowiązana do oceny wpływu tych okoliczności na zamówienie. Jeśli w oparciu o tę ocenę zamawiający stwierdzi, że okoliczności związane z COVID-19 w istocie wpływają na wykonanie umowy przetargowej, będzie uprawniony do rozpoczęcia dialogu z wykonawcą w celu uzgodnienia odpowiednich zmian.

Zmiana może polegać w szczególności na: (i) zmianie terminu wykonania umowy lub czasowym zawieszeniu jej wykonania, (ii) zmianie sposobu wykonania dostawy, usługi

lub robót budowlanych lub (iii) zmiany zakresu zamówienia wraz z jednoczesną odpowiednią zmianą należnego wynagrodzenia. Zmiany te mogą mieć charakter przejściowy lub definitywny.

Strony będą uprawnione do dokonania zmiany zakresu zamówienia, o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy, tj. jedna zmiana musi mieścić się w ww. granicy 50%, ale łączna wartość wszystkich dokonanych zmian może ten pułap przekroczyć.

Wskazany powyżej katalog dopuszczalnych zmian ma charakter otwarty, co oznacza, że przedsiębiorca będzie mógł powołać się na każdą okoliczność, która w jego ocenie uniemożliwia zrealizowanie udzielonego zamówienia, a nawet dokonać modyfikacji w zakresie wykraczającym poza ramy ustawowe, jeśli przyczyni się to do dalszej realizacji zamówienia. Co więcej, jeżeli postanowienia samej umowy stwarzają korzystniejsze warunki zmian niż możliwości ustawowe, strony będą uprawnione do ukształtowania łączącego je stosunku w oparciu o jej treść. Wymaga jednak podkreślenia, że okoliczności związane z COVID-19 nie mogą stanowić samodzielnej podstawy odstąpienia od umowy.

Podobne rozwiązanie zaproponowane zostało w odniesieniu do umów zawieranych z podwykonawcami. W przypadku zmiany umowy głównej (tj. umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą), wykonawca i podwykonawca obowiązani są do uzgodnienia odpowiedniej zmiany łączącej ich umowy w zakresie odpowiadającym dokonanym ustaleniom. Ponadto, po stwierdzeniu zaistnienia wyjątkowych okoliczności związanych z COVID-19, wykonawca i podwykonawca mogą bez oczekiwania na uzgodnienie warunków umowy głównej porozumieć się co do zmiany.

Nowe regulacje nie naruszają praw stron wynikających z instytucji prawa cywilnego. Jednak okoliczności związane z COVID-19 nie mogą stanowić samodzielnej podstawy odstąpienia od umowy również na zasadach ogólnych.

Z perspektywy wykonawcy kluczowe jest zatem prawidłowe sformułowanie i uzasadnienie wniosku o zmianę umowy oraz poparcie go odpowiednimi informacjami wykazującymi potencjalny lub aktualny wpływ na należyte jej wykonanie.

3. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy - zwolnienie z dochodzenia odszkodowania i kar umownych za związane z epidemią opóźnienia w realizacji przetargów

Zasadniczo, naruszenie obowiązków wynikających z umów zawieranych w sprawach z zakresu zamówień publicznych może być kwalifikowane pod kątem odpowiedzialności kontraktowej jako ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie, skutkujące przypisaniem

wykonawcy odpowiedzialności odszkodowawczej lub naliczaniem kar umownych. Jednak w sytuacji, gdy niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie umowy przetargowej spowodowane jest okolicznościami bezpośrednio związanymi z epidemią COVID-19, wprowadzone zostały odpowiednie mechanizmy zwalniające z takiej odpowiedzialności.

Art. 15r ust. 6 nowelizacji ustawy COVID-19 wskazuje, że dokonując oceny informacji o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na realizację zamówienia publicznego, zamawiający przedstawia także stanowisko co do zasadności ustalenia i dochodzenia kar umownych i odszkodowań lub ich wysokości. W praktyce oznacza to, że zamawiający będzie zobowiązany do poinformowania wykonawcy, czy w jego ocenie powołane okoliczności stanowią podstawę zwolnienia z odpowiedzialności kontraktowej.

Nieprecyzyjna treść przepisu rodzi znaczące wątpliwości co do oczekiwanego postępowania stron w takiej sytuacji. Uzasadnienie projektu zawiera natomiast szczegółowe wskazania, które posłużyć mogą jako wskazówka interpretacyjna:

- Zamawiający, uznając, że nie istnieją podstawy do przypisywania odpowiedzialności wykonawcy uzasadnione zaistnieniem ww. okoliczności, powinien odstąpić od ustalenia i dochodzenia przewidzianych kar umownych lub odszkodowania.
- Natomiast w wypadku uznania, że istnieją podstawy do przypisania odpowiedzialności wykonawcy, zamawiający powinien rozważyć możliwość obniżenia wysokości kar stosownie do stopnia wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na realizację umowy oraz uwzględniając treść ewentualnych jej zmian.

4. Wyłączenie odpowiedzialności zamawiających za odstąpienie od dochodzenia odszkodowania i kar umownych lub zmianę umowy

Jednocześnie nowelizacja ustawy COVID-19 wprowadza przepisy wyłączające odpowiedzialność dyscyplinarną, karną oraz odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych zamawiającego za odstąpienie od dochodzenia odszkodowania i kar umownych za nienależyte wykonanie umowy oraz jej zmianę.

Zgodnie z art. 15s nowelizacji ustawy COVID-19, nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych (i) nieustalenie lub niedochodzenie należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 lub (ii) zmiana umowy.

Ustawa przewiduje dodatkowe gwarancje dla podmiotów nienależących do sektora publicznego, do których nie znajduje zastosowania ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj.:

Kieszkowska Rutkowska Kolasiński Kancelaria Prawna sp.j. ul. Emilii Plater 25/8, 00-688 Warszawa. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy KRS 0000499898, NIP 7010414793, REGON 147128364, T. +48 22 620 63 25, F. +48 22 101 73 38, www.krklegal.pl, biuro@krklegal.pl

Informacje dotyczące przetwarzania danych osobowych w Kieszkowska Rutkowska Kolasiński Kancelaria Prawna Sp. J. znajdują się w naszej Polityce Prywatności. Informujemy, że przekazane przez Państwa dane nie będą wykorzystywane w innych celach niż te ujęte w Polityce Prywatności.

- Zgodnie z art. 15t nowelizacji ustawy COVID-19, nie popełnia tzw. przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 Kodeksu karnego, kto nie ustala lub nie dochodzi od strony umowy należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 lub taką umowę zmienia. Oznacza to, że osoba sprawująca funkcję zarządcą w odniesieniu do osoby fizycznej lub prawnej będącej zamawiającym, która na podstawie przekazanych przez wykonawcę informacji i dokumentów podejmie decyzję o niedochodzeniu czy miarkowaniu należności lub zmianie umowy, nie będzie ponosić odpowiedzialności karnej.
- Na podstawie art. 15u nowelizacji ustawy COVID-19 wyłączona została również potencjalna odpowiedzialność odszkodowawcza wobec spółki za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki. Członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej lub likwidator, który nie będzie dochodził od wykonawców należności lub zmienia umowę przetargową, nie będzie zatem odpowiedzialny za naruszenie przepisów Kodeksu spółek handlowych.

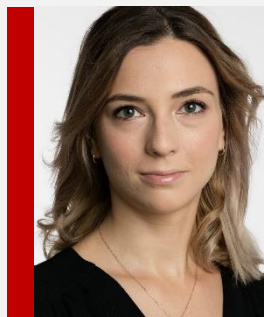
Na bieżąco monitorujemy działania ustawodawcy dotyczące kwestii opisanych w niniejszym alercie i będziemy niezwłocznie informować Państwa o wszelkich istotnych zmianach.

W razie jakichkolwiek pytań lub wątpliwości, służymy pomocą i pogłębioną analizą prawną interesujących Państwa tematów.



r.pr. Marcin Kolasinski

e-mail: marcin.kolasinski@krklegal.pl



apl. adw. Aleksandra Kardas

e-mail: aleksandra.kardas@krklegal.pl