

Opracowanie na podstawie wyciągu z uzasadnienia rządowego projektu ustawy 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

DRUK 299

Str. 23-29

Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=299>

Zmiany w zakresie umów w sprawie zamówień publicznych

I. Wpływ COVID-19 na realizację umowy w sprawach zamówienia publicznego

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. Ewentualne naruszenia przez wykonawców obowiązków umownych, np. w zakresie terminu spełnienia świadczenia, mogą być kwalifikowane przez zamawiających jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Może to oznaczać przypisywanie wykonawcom odpowiedzialności odszkodowawczej, uprawniającej np. do egzekwowania przewidzianych kar umownych, w sytuacji gdy nieprawidłowe wykonanie umów spowodowane było przez okoliczności związane bezpośrednio z występowaniem COVID-19, a więc niezależnymi i zewnętrznymi wobec wykonawców.

W związku z powyższym projekt ustawy przewiduje:

- 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.

Kontynuowanie wykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego w okresie występowania COVID-19 może być uzależnione od odpowiedniej modyfikacji treści łączącego je stosunku prawnego. Dokonanie takiej modyfikacji, po wystąpieniu okoliczności wywołanych COVID-19, ale również zanim dojdzie do naruszenia przez którąkolwiek ze stron umowy pierwotnych warunków wykonania umowy, pozwoli uniknąć potencjalnych sporów na tle odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Do podjęcia wspomnianych działań niezbędne jest jednak dysponowanie aktualną wiedzą w zakresie wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na proces realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia.

II. Obowiązek informacyjny

Dlatego też, projekt ustawy nakłada na każdą ze stron umowy, tj. zarówno wykonawcę, jak i zamawiającego, obowiązek niezwłocznego informowania drugiej strony o wpływie ww. okoliczności na należyte wykonanie umowy, o ile oczywiście taki wpływ wystąpił lub może wystąpić w przyszłości. Sytuacja taka może wystąpić np. gdy strona stwierdzi brak możliwości odebrania przedmiotu zamówienia ze względu na przejściowy brak pracowników. Niezwłoczne poinformowanie drugiej strony stworzy szansę na odpowiednio szybkie podjęcie działań, a przez to zwiększenie ich efektywności. Należy również podkreślić, że powyższy obowiązek informacyjny będzie dotyczył wyłącznie okoliczności, które mają lub mogą mieć w przyszłości wpływ na realizację konkretnego zamówienia. Nie obejmuje on tym samym zdarzeń o charakterze generalnym, powszechnym, co prawda związanych z występowaniem COVID-19, lecz nie oddziałujących negatywnie na proces wykonania danego zamówienia.

Przekazując powyższe informacje, strona umowy nie będzie mogła ograniczyć się wyłącznie do wskazania okoliczności, które w jej ocenie mają lub będą mogły mieć wpływ na należyte wykonanie umowy. Dlatego też, zgodnie z projektem, strona umowy przekazująca stosowne informacje będzie zobowiązana potwierdzić istnienie takiego wpływu. Inaczej mówiąc, będzie zobligowana wykazać istnienie związku pomiędzy okolicznościami wywołanymi COVID-19 a niemożliwością należytego wykonania danej umowy. W tym celu strona umowy będzie mogła posłużyć się oświadczeniami (własnymi lub osób trzecich) lub dokumentami, w tym dokumentami w postaci elektronicznej (np. wiadomością e-mail). W przypadku nieprzedstawienia oświadczeń i dokumentów druga strona umowy nie będzie miała obowiązku wzywania do ich uzupełnienia. Natomiast jeżeli załączone oświadczenia i dokumenty będą niewystarczające do dokonania oceny wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na możliwość należytego wykonania umowy, strona umowy zobowiązana do dokonania oceny będzie uprawniona do żądania przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów. Możliwe będzie również dokonanie samouzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

III. Okoliczności potwierdzane oświadczeniami lub dokumentami

Projekt ustawy przewiduje katalog okoliczności związanych z występowaniem COVID-19, których mogą dotyczyć oświadczenia i dokumenty składane przez stronę umowy. Przedmiotowy katalog nie stanowi wyczerpującego wyliczenia, ujęto w nim jedynie okoliczności, których oddziaływanie na prawidłowość realizacji umów w sprawie zamówień publicznych może mieć charakter powszechny. **Strona umowy potwierdzając wpływ sytuacji epidemiologicznej związanej z COVID-19 na jej zdolność wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie mogła zatem powołać się na każdą okoliczności, która w jej ocenie uniemożliwia jej zrealizowanie udzielonego zamówienia publicznego.**

IV. Ocena wpływu okoliczności na należyte wykonanie umowy

Strona umowy po otrzymaniu informacji będzie zobligowana do dokonania, w oparciu o znajdujące się w jej posiadaniu oświadczenia i dokumenty, oceny wpływu wskazanych okoliczności na należyte wykonanie danej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. **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.

V. Zmiana treści umowy

Jeżeli zamawiający stwierdzi, że okoliczności związane z wirusem COVID-19 wskazane przez wykonawcę wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie danej umowy, będzie miał możliwość rozpoczęcia dialogu z wykonawcą, w celu uzgodnienia odpowiednich zmian umowy. **Decyzja odnośnie rozpoczęcia dialogu powinna być podjęta w oparciu o wszechstronną analizę stanu faktycznego i prawnego danej sprawy.** Projektowana regulacja, stwarzając stronom możliwość zmiany warunków wykonania umowy, tak aby dostosować je do aktualnych okoliczności spowodowanych COVID-19, ma w swym założeniu **umożliwiać kontynuowanie realizacji zamówień publicznych.**

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. Ograniczenie to należy rozumieć w ten sposób, że każda poszczególna zmiana umowy nie może powodować wzrostu wynagrodzenia przekraczającego 50% wartości pierwotnej umowy. Strony będą zatem uprawnione do dokonania nawet kilku zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, w wyniku których łączny wzrost wynagrodzenia wykonawcy przekroczył próg 50% wartości pierwotnej umowy, o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany poszczególną (tj. indywidualnie rozpatrywaną) zmianą nie przekroczy powyższego progu.

Jeżeli postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego będą umożliwiały korzystniejsze ukształtowanie sytuacji wykonawcy w stosunku do możliwości wynikających z projektowanych przepisów (np. możliwość szerszej modyfikacji umowy), strony będą uprawnione do ułożenia łączącego je stosunku prawnego w oparciu o wspomniane postanowienia umowy. Celem ustawy nie jest bowiem ograniczanie uprawnień stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

VI. Kary umowne oraz odszkodowanie

W sytuacji gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego przewiduje kary umowne lub odszkodowanie z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za jej niewykonanie lub za nienależyte wykonanie z powodu określonych okoliczności, zamawiający w stanowisku powinien przedstawić wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 oraz dokonanych zmian umowy na zasadność ustalenia i dochodzenia kar umownych lub odszkodowań, lub ich wysokość.

Inaczej mówiąc, zamawiający będzie miał obowiązek poinformowania wykonawcy, czy w jego ocenie okoliczności wskazane przez wykonawcę, a także wprowadzone zmiany umowy, stanowią lub będą mogły stanowić podstawę zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Zamawiający uznając, że istnieją podstawy do stwierdzenia braku odpowiedzialności wykonawcy powinien odstąpić od ustalenia i dochodzenia przewidzianych kar umownych lub odszkodowania. Natomiast w przypadku ustalenia podstaw do przypisania wykonawcy odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy zamawiający powinien rozważyć możliwość obniżenia wysokości kar umownych lub odszkodowania, stosownie do stopnia wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na prawidłowość realizacji umowy, a także uwzględniając treści dokonanych zmian umowy.

VII. Sytuacja wykonawców i podwykonawców

Zmiana warunków wykonania umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą z uwagi na okoliczności spowodowane wystąpieniem COVID-19, nie powinna pozostawać bez wpływu na podwykonawców i dalszych podwykonawców zamówienia, o ile dotyczy ona części zamówienia powierzonej do wykonania takiemu podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Podwykonawcy, którymi często są przedsiębiorcy z sektora MŚP, powinni mieć możliwość co najmniej takiej zmiany umowy łączącej ich z wykonawcą, która odpowiadałaby ustaleniom dokonanym wcześniej przez zamawiającego i wykonawcę.

W związku z powyższym w projektowanych przepisach wprost wskazuje się, że w przypadku dokonania zmiany umowy, o której mowa w ust. 1, jeżeli zmiana ta obejmuje część zamówienia powierzoną do wykonania podwykonawcy, wykonawca i podwykonawca obowiązani są do uzgodnienia odpowiedniej zmiany łączącej ich umowy. Ustalona 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.

Jednocześnie, w projektowanych przepisach wprowadzono rozwiązanie zgodnie, z którym wykonawca i podwykonawca, jak i dalszy podwykonawca, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie łączącej ich umowy, będą mogli bez oczekiwania na uzgodnienie warunków zmiany umowy między zamawiającym a wykonawcą, porozumieć się co do odpowiedniej zmiany tej umowy. W przepisie wskazano jedynie przykładowy katalog zmian możliwych do wprowadzenia w umowie łączącej wykonawcę, podwykonawcę i dalszego podwykonawcę.

VIII. Wyłączenie odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

W projekcie ustawy proponuje się, aby zmiana umowy oraz odstąpienie od ustalenia i dochodzenia należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek wskazanych okoliczności nie stanowiły naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Oznacza to, że zamawiający, który działając w oparciu o przepisy projektowanej 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. Uznanie, że działania zamawiających podejmowane w oparciu o przepisy projektowanej ustawy nie stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych będzie stanowiło czynnik stabilizujący ich sytuację prawną. Zamawiający analizując możliwość skorzystania z rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy będą bowiem posiadali pewność, że podjęte przez nich działania nie pociągną za sobą negatywnych konsekwencji. Powinno to znacząco zwiększyć skłonność zamawiających do korzystania z rozwiązań zawartych w projekcie ustawy.

IX. Wyłączenia odpowiedzialności zamawiających sektorowych

Projekt ustawy przewiduje również rozwiązania dedykowane zamawiającym nienależącym do sektora finansów publicznych, które umożliwią im podejmowanie działań w oparciu o projektowane przepisy.

Po pierwsze, projekt ustawy przewiduje, że nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 296 § 1-4 ustawy – Kodeks karny, ten kto nie ustala lub nie dochodzi od wykonawców należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z COVID-19, lub dokonana zmiany umowy na podstawie projektowanych przepisów. Przyjęcie przedmiotowej regulacji będzie oznaczało, że nie popełni przestępstwa niegospodarności (w związku z czym nie będzie podlegała odpowiedzialności karnej) osoba sprawująca funkcję zarządcą w odniesieniu do osoby fizycznej lub podmiotu kolektywnego, w tym spółek prawa handlowego, będących zamawiającym, która na podstawie informacji oraz dokumentów lub oświadczeń przekazanych przez wykonawcę podejmie decyzję o odstąpieniu od dochodzenia od wykonawcy kar umownych, czy też innego odszkodowania, ewentualnie dokonana ich miarkowania. Powyższe wyłączenie odpowiedzialności karnej będzie dotyczyło również sytuacji związanych ze zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile została ona dokonana w oparciu o projektowane przepisy.

Po drugie, za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, o której mowa w art. 293 § 1 albo art. 483 § 1 ustawy – Kodeks spółek handlowych, nie odpowiada wobec spółki członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator, który nie ustala lub nie dochodzi od wykonawców należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z COVID-19, lub który dokonuje zmiany umowy na podstawie projektowanych przepisów.

Z powyższego wynika, że podjęcie przez wskazane osoby decyzji o odstąpieniu przez spółkę będącą zamawiającym od dochodzenia od wykonawcy kar umownych lub odszkodowania, ewentualnie dokonanie ich miarkowania, w związku z okolicznościami wywołanymi COVID-19, nie będzie skutkowało powstaniem po ich stronie ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki. Inaczej mówiąc, roszczenia odszkodowawcze spółki kierowane wobec tych osób będą nieuprawnione.