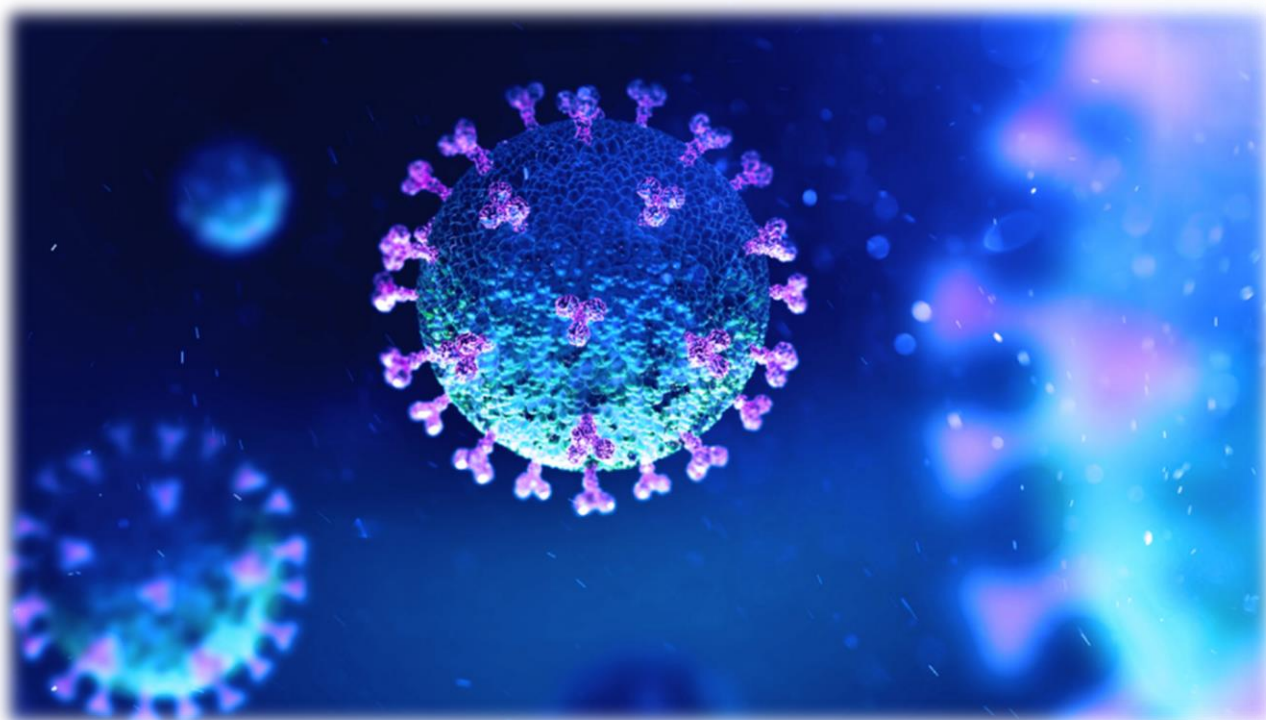


TARCZA ANTYKRYZYSOWA

Analiza postanowień 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. z 2020 r., poz. 568

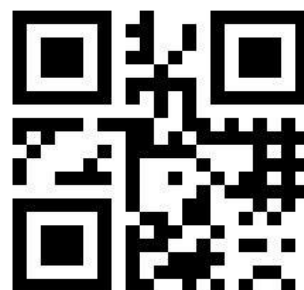


Opracowanie przygotowane przez
Zespół prawników z Kancelarii MCM



Mazurkiewicz
Cieszyński
Mazuro

www.mcmlegal.pl



Szanowni Państwo!

W imieniu zespołu Kancelarii MCM przekazujemy Państwu opracowane przez prawników naszej Kancelarii omówienie jednego z najistotniejszych w ostatnim czasie polskich aktów prawnych wchodzących w skład pakietu ustaw składających się na **tzw. Tarczę Antykryzysową**. Akt ten zyskuje na znaczeniu wobec ogłoszonego w dniu 14 marca 2020 r. stanu zagrożenia epidemicznego, a także ogłoszonego w dniu 20 marca 2020 r. stanu epidemii.

W opracowaniu zostały omówione najważniejsze zagadnienia dotyczące zmian, które wprowadzone zostały ustawą 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. z 2020 r., poz. 568, dalej: ZmCOVID-19), której postanowienia – poza nielicznymi wyjątkami – wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, tj. z dniem 31 marca 2020 r.

Biorąc pod uwagę mnogość dokonanych zmian, a także objętość tej regulacji, materiał został zredagowany z uwzględnieniem podziału najważniejszych głównych gałęzi i dziedzin prawa. Staraliśmy się jak najbardziej sprofilować nasze

rozważania do Państwa oczekiwań, aby przedstawione przez nas opracowanie uwzględniało najważniejsze zmiany, jakie zostały dokonane ogłoszonym aktem prawnym. Skoncentrowaliśmy się na zagadnieniach, które w naszej opinii mają dla Państwa najistotniejsze znaczenie.

Zapraszamy Państwa do lektury opracowania przygotowanego przez prawników wchodzących w skład zespołu Kancelarii MCM: Dariusza Ciepiałę, Esterę Czulińską, Joannę Dudkę, Jakuba Goleniowskiego, Elżę Grodzką, Katarzynę Grodzką-Motak, Leszka Kaczmarka, Konrada Kęsego, Pawła Kierznowskiego, Aleksandrę Klich, Martę Krysztofik, Macieja Maliszewskiego, Piotra Mazuro, Patrycję Nowak-Zarębę, Marka Ososko, Piotra Skawińskiego, Wojciecha Bulsę, Bartłomieja Mazura, Zuzannę Lecyk.

Niniejsze opracowanie przygotowane w oparciu o stan prawny z dnia 1 kwietnia 2020 r. przekazujemy nieodpłatnie jak najszerszemu gronu naszych Klientów i jest również udostępnione na stronie internetowej naszej Kancelarii (www.mcmlegal.pl).

Zespół naszych specjalistów z poszczególnych dziedzin prawa, pozostaje do Państwa dyspozycji celem wyjaśnienia jakichkolwiek wątpliwości związanych z przedmiotową regulacją.

Zespół Kancelarii MCM

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Covid-19 a wyłączenie stosowania PZP

Dnia 31 marca 2020 r. weszła w życie ustawa z tego samego dnia (zwana dalej Tarczą Antykryzysową). 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 (zmiana dalej specustawą).

Zgodnie z tą ustawą przepisów ustawy PZP nie stosuje się do

- a) **zamówień na usługi lub dostawy** niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.
- b) **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 (Dz. U. 2019 r. poz. 512, 1571 i 1951), związanych z realizacją 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 zadań związanych z wykorzystaniem środków pochodzących z takich funduszy, które dotyczą instrumentów wsparcia niezbędnych do przeciwdziałania negatywnym skutkom gospodarczym wystąpienia COVID-19.

Znowelizowane brzmienie art. 6 specustawy odnosi się do dostaw oraz usług w rozumieniu ustawy Pzp, co pozwala na jednolitą interpretację pojęć ustawowych zdefiniowanych wprost w PZP.

Specustawa wyłącza zatem stosowanie ustawy PZP **w przypadkach niezbędnych do przeciwdziałania COVID-19** w stosunku do:

- 1) zamówień na usługi,
- 2) zamówień na dostawy,
 - jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub
 - jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Wobec powyższego wyłączeniem będą objęte wszystkie zamówienia na dostawy lub usługi, które będą niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, czyli do wszelkich czynności związanych :

- ze zwalczaniem zakażenia,
- zapobieganiem rozprzestrzenianiu się,
- profilaktyką,
- zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2, zwanej dalej, "COVID-19.

Ustawodawca w ostateczności zrezygnował z uzależnienia udzielania zamówień zwolnionych z obowiązku stosowania ustawy PZP od przestrzegania zasad zapewnienia przejrzystości postępowania i równego traktowania podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia. Takie wymaganie pojawiło się w projekcie ustawy skierowanym pod obrady Senatu. Biorąc pod uwagę cel ustawy można dojść do wniosku, że w tak nadzwyczajnej sytuacji niecelowym działaniem jest inicjowanie dodatkowych zasad w wyłączonej materii – liczy się efektywne udzielenie zamówienia. Bezdyskusyjną i podstawową rolę w realizacji przedmiotowych zamówień odgrywa czas, dlatego z aktualnej perspektywy należy pozytywnie ocenić finalną wersję specustawy.

Należy zwrócić uwagę również na treść art. 6 ust. 2 wprowadzonego Tarczą Antykryzysową, która brzmi następująco: *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 (Dz. U. 2019 r. poz. 512, 1571 i 1951), związanych z realizacją 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 zadań związanych z wykorzystaniem środków pochodzących z takich funduszy, które dotyczą instrumentów wsparcia niezbędnych do przeciwdziałania negatywnym skutkom gospodarczym wystąpienia COVID-19.

Ustawodawca zastosował wyłączenie podmiotowe dla Banku Gospodarstwa Krajowego (BGK) będącego bankiem państwowym, o którym mowa w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 r., poz. 2357 t.j.), będącym w 100% własnością Skarbu Państwa. Wyłączenie to dotyczy tylko zadań niezbędnych do przeciwdziałania negatywnym skutkom gospodarczym wystąpienia COVID-19. Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o Banku Gospodarstwa Krajowego (Dz.U. z 2019 r., poz. 2144 t.j.) do podstawowych celów działalności BGK – w zakresie określonym ustawą oraz odrębnymi przepisami – należy wspieranie polityki gospodarczej Rady Ministrów, rządowych programów społeczno-gospodarczych oraz programów samorządności lokalnej i rozwoju regionalnego, obejmujących w szczególności projekty:

- 1) realizowane z wykorzystaniem środków pochodzących z funduszy Unii Europejskiej oraz międzynarodowych instytucji finansowych w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo bankowe,
 - 2) infrastrukturalne,
 - 3) związane z rozwojem sektora małych i średnich przedsiębiorstw,
- w tym realizowane z wykorzystaniem środków publicznych

Dodatkowo zwolnione z obowiązku stosowania ustawy są regionalne fundusze rozwoju. Zgodnie z art. 13 ust. 1a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa w sferze użyteczności publicznej województwo może, w celu realizacji działań z zakresu polityki rozwoju województwa, utworzyć regionalny fundusz rozwoju w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółki akcyjnej.

Co istotne, **zwolnienie ze stosowania ustawy Pzp traci moc po upływie 180 dni od dnia wejścia w życie specustawy** (art. 6 w zw. z art. 36 ust. 1 specustawy)

Dodatkowo warto zwrócić uwagę na art. 1 ust. 2 specustawy mówiący o tym, że w zakresie nieuregulowanym w specustawie stosuje się ustawę z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1239 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 284 i 322 – zwaną dalej „ustawą zakaźną”). Jednocześnie Ustawodawca (na mocy Rozdziału 3 dotyczącego zmian w przepisach - art. 25 pkt 4 specustawy) wprowadził do ustawy zakaźnej art. 46c. dotyczący wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie z treścią przedmiotowego artykułu: *„Do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych.”*

Skorzystanie przez zamawiających z ww. zwolnienia nie jest ograniczone czasowo oraz jest możliwe w przypadku jakiegokolwiek innej niż COVID-19 epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego.

Koronawirus a bieżące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

W związku z trwającym zagrożeniem i możliwością zakażenia się wirusem COVID-19 wiele działań i swobód zostało ograniczonych. W pierwszej kolejności rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. ogłoszono na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan zagrożenia epidemicznego (Dz.U. poz. 433). Natomiast w dniu 20 marca 2020 r. odwołano ten stan i wprowadzono aż do odwołania na mocy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. stan epidemii.

Bez wątpienia sytuacja ta powoduje szereg problemów natury technicznej dla podmiotów, które wydatkują środki publiczne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”). Powstaje wiele pytań m.in. czy wszczynać postępowania o udzielenie zamówienia, czy koniecznym jest przesuwanie terminów składania ofert do czasu ustania stanu zagrożenia czy stanu epidemii, jak prawidłowo przeprowadzić sesję z otwarcia ofert, kiedy to zakazane jest gromadzenie się osób, jak prawidłowo i skutecznie przesłać ofertę w postaci elektronicznej w przypadku, gdy zamawiający nie posiada platformy zakupowej. Na chwilę obecną życie wydaje się pisać dość nietypowy scenariusz, w którym to każdy uczestnik postępowania będzie musiał się odnaleźć i wybrać jak najbardziej efektywny dla siebie sposób działania, nierzadko mierząc się z pojawiającymi się pytaniami i problemami.

W niniejszym opracowaniu podpowiemy jak powinna wyglądać komunikacja między zamawiającym a wykonawcą – w kontekście składania ofert/wniosek o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniach krajowych.

Używanie środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu krajowym

Największy problem techniczny zgłaszają zamawiający prowadzący tzw. postępowania podprogowe. W tych procedurach co do zasady stosowana jest tradycyjna forma składania ofert czy też wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. wersja pisemna rozumiana jako wersja papierowa, którą należy dostarczyć zamawiającemu osobiście lub za pośrednictwem poczty/posłańca. Odnosząc się do powyższego zagadnienia, aby w sposób rzetelny zakotwiczyć obowiązki i uprawnienia stron postępowania, cofnąć należy się do regulacji ustawowych. I tak w art. 18a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 ze zm.) przyjęto, że w postępowaniach krajowych, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Zamawiający ma prawo wyboru w jaki sposób będzie odbywała się komunikacja między stronami postępowania (zamawiającym a wykonawcami). Zamawiający mogą zatem wybrać i wskazać w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu) w jaki sposób mają być składane oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W art. 18a pkt. 1 i 4 ustawy Pzp wskazano, że komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się **zgodnie z wyborem zamawiającego**:

1. za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu, lub
2. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Z kolei **składanie ofert**, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 25a, następuje pod rygorem nieważności:

1. w formie pisemnej opatrzone własnoręcznym podpisem, albo
2. za zgodą zamawiającego - w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

A zatem prowadząc postępowanie zamawiający musi wskazać w jakiej formie (pod rygorem nieważności) dopuszcza składanie ofert/wniosków/oświadczeń. W komunikacji Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 marca 2020r. pojawiła się informacja w której to potwierdzono możliwość komunikacji w postępowaniach krajowych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Urząd zalecił „aby komunikacją elektroniczną objąć wszelką korespondencję występującą w postępowaniu, **w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, a także dokumentów.** (...) oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a składane w postaci elektronicznej należy opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Wielu zamawiających w ślad za tą informacją dopuściło możliwość albo przewiduje możliwość dopuszczenia złożenia oferty via e-mail, wskazując, iż zgodnie z definicją zawartą w pkt. 17 art. 2 ustawy Pzp, środkiem komunikacji elektronicznej jest rozwiązanie przyjęte na gruncie przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2019 r. poz. 123 i 730) dopuszczające jako środek komunikacji - pocztę elektroniczną.

Pojawia się zatem pytanie czy faktycznie możliwość złożenia oferty za pomocą poczty elektronicznej jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp, a jeśli tak to w jakiej formule?

Zwrócić uwagę należy na fakt, że UZP wskazało jedynie na możliwość złożenia oferty, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, a także dokumentów za pomocą komunikacji elektronicznej. Nie oznacza to jednak wprost, iż poprzez ten komunikat dopuszczono złożenie oferty za pomocą poczty elektronicznej bez żadnych dodatkowych wymagań.

Przykład - zamawiający dopuści złożenie oferty za pomocą środków komunikacji elektronicznej – poczta elektroniczna. Wykonawca wysła ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami na podany adres. Plik oferty oraz wszystkie załączniki będą możliwe do odczytania z chwilą wpływu oferty na skrzynkę mailową zamawiającego. Czy takie działanie będzie można uznać za prawidłowe?

Takie rozwiązanie wydaje się być niedopuszczalne z dwóch powodów. Po pierwsze, zamawiający dopuści się naruszenia art. 86 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może zapoznać się z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert przed upływem, odpowiednio terminu do ich złożenia lub otwarcia (chyba że w postępowaniu nie zostaną złożone oferty/wnioski). Bez wątplenia złożenie oferty za pomocą poczty elektronicznej (niezaszyfrowanej) nie zagwarantuje ochrony jej zawartości przed dostępem do niej osób trzecich, tj. każda osoba mająca dostęp do skrzynki internetowej będzie hipotetycznie mogła zapoznać się z jej zawartością (treścią). Po drugie, nie bez znaczenia w tym

aspekcie pozostają także przepisy wykonawcze do ustawy Pzp. W świetle brzmienia §7 ust. 2a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, w przypadku, gdy zamawiający wyrazi zgodę na komunikację elektroniczną w zakresie składania ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń a także dokumentów, **przepisy tego rozporządzenia stosuje się**. Oznacza to, iż w przypadku wyrażenia takiej zgody, zamawiającego obowiązują analogiczne obostrzenia jak w postępowaniach powyżej progów unijnych. I tak w §3 rozporządzenia jw. wskazano, że przekazanie ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń i dokumentów następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej spełniających wymagania przewidziane dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Co istotne środki komunikacji, których zamierza użyć zamawiający w celu przekazania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu muszą zapewniać:

- 1) identyfikację podmiotów przekazujących, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów, oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące;
- 2) ochronę przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia;
- 3) wyłącznie osobom uprawnionym możliwość ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia tych dokumentów;
- 4) podczas poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu możliwość udostępniania wyłącznie osobom uprawnionym całości lub części danych zawartych w tych dokumentach;
- 5) możliwość praktycznego zagwarantowania jednoznacznego wykrycia ewentualnego naruszenia lub próby naruszenia wymogów, o których mowa w pkt 2-4;
- 6) możliwość usunięcia oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie i zapoznanie się przez użytkowników z ich treścią - w przypadku zwrócenia przez zamawiającego oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ich wycofania.

Tym samym dopuszczenie możliwości złożenia oferty czy wniosków za pomocą poczty elektronicznej (bez odpowiedniego zabezpieczenia oferty przed dostępem do nich osób trzecich) może doprowadzić do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Oczywiście nie oznacza to, że zamawiający są całkowicie pozbawieni takiej możliwości. Najmniej problemów technicznych bez wątplenia będą miały te podmioty, które posiadają platformy zakupowe. Zamawiający na podstawie ww. przepisów może bowiem umożliwić wykonawcom złożenie oferty zarówno tradycyjnie jak i poprzez platformę czy też przy pomocy Miniportalu. Dla zamawiających, którzy nie są w stanie umożliwić wykonawcom złożenia ofert/wniosków za pomocą narzędzi wskazanych powyżej, pozostaje jedynie forma tradycyjna, względnie poczta elektroniczna przy zachowaniu wytycznych, o których mowa w dalszej części opracowania.

Jak prawidłowo złożyć ofertę poprzez pocztę elektroniczną?

Wychodząc naprzeciw potrzebom stron postępowania zastanowić się należy, czy i w jaki sposób poczta elektroniczna mogłaby stanowić nośnik przekazu danych, zgodny z przepisami rozporządzenia. Największe wątpliwości w tym zakresie budzi dochowanie po stronie zamawiającego obowiązku związanego z ochroną ofert/wniosków, przed dostępem do ich treści przed upływem terminu wyznaczonego na ich otwarcie. Wydaje się, że w tym zakresie pomocne mogą być rozwiązania stosowane z powodzeniem w roku 2018 r. W świetle przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. – o zmianie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), w postępowaniach wszczętych od dnia 18 kwietnia 2018 r. istniał obowiązek składania przez wykonawców Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Co istotne Urząd Zamówień Publicznych w opracowaniu pn. „Instrukcja składania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”, zaznaczył, iż „mając na uwadze konieczność zapewnienia integralności informacji zawartych w JEDZ oraz **obowiązek nieujawniania danych zawartych w JEDZ, stworzony lub wygenerowany przez wykonawcę dokument elektroniczny JEDZ powinien zostać zaszyfrowany (opatrzonej hasłem dostępowym)**. W tym celu wykonawca może posłużyć się narzędziami oferowanymi przez oprogramowanie, w którym przygotowuje JEDZ (np. Adobe Acrobat), lub skorzystać z dostępnych na rynku narzędzi na licencji open-source (np. AES Crypt, 7-Zip i Smart Sign) lub komercyjnych. Zamawiający, korzystając z uprawnienia określonego w § 2 Rozporządzenia z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, może określić zalecane w toku postępowania narzędzia szyfrujące, z których może korzystać wykonawca, mając przy tym na uwadze obowiązek przestrzegania zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”.

Bazując więc na dotychczasowych doświadczeniach dopuszczalnym będzie umożliwienie wykonawcom złożenie oferty lub wniosku za pomocą poczty elektronicznej, z jednoczesnym wymogiem zaszyfrowania oferty/wniosku (opatrzonej hasłem dostępowym). Hasło, jak i wszelkie niezbędne informacje istotne z punktu widzenia prawidłowego dostępu do oferty lub wniosku (w tym informacje o wykorzystanym programie szyfrującym lub procedurze odszyfrowania dokumentu) winny być przekazane zamawiającemu za pomocą środków komunikacji elektronicznej czy faksu odpowiednio:

1. podczas trwania sesji otwarcia ofert w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, tak aby zamawiający był w stanie bez zakłóceń przeprowadzić procedurę otwarcia ofert (np. w przeciągu 10 minut liczonych od upływu terminu otwarcia ofert) lub
2. niezwłocznie w wyznaczonym przez zamawiającego terminie po upływie terminu złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przykładowe postanowienia SIWZ:

Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej, zgodnie z wyborem wykonawcy.

Przykładowe, dalsze postanowienia SIWZ w przypadku dopuszczenia złożenia oferty za pomocą środków komunikacji elektronicznej – w zakresie komunikacji poprzez pocztę elektroniczną.

1. Ofertę/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w postaci elektronicznej wykonawca może złożyć za pomocą **środka komunikacji elektronicznej** jakim jest poczta elektroniczna.
2. Ofertę/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przesłać można na adres email:.....
3. Zamawiający dopuszcza w szczególności następujący format przesyłanych danych: .rtf, .pdf, .xps, .odt, .doc, .docx.
4. Złożenie oferty w postaci elektronicznej wymaga posiadania przez wykonawcę **kwalifikowanego podpisu elektronicznego**, wystawionego przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne – podpis elektroniczny, spełniający wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej. W treści przesyłanej wiadomości należy wskazać oznaczenie i nazwę postępowania, nazwę wykonawcy albo dowolne oznaczenie pozwalające na identyfikację wykonawcy.
5. Oferta / wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien zostać zaszyfrowany, tj. opatrzony hasłem dostępowym. W tym celu wykonawca może posłużyć się narzędziami oferowanymi przez oprogramowanie, w którym przygotowuje dokument oświadczenia (np. Adobe Acrobat), lub skorzystać z dostępnych na rynku narzędzi na licencji open-source (np.: AES Crypt, 7-Zip i Smart Sign) lub komercyjnych.
6. Wykonawca przekazuje
(1) hasło dostępu do wniosku/oferty na adres poczty elektronicznej odpowiednio po upływie terminu wyznaczonego na złożenie wniosków/ po upływie terminu wyznaczonego na otwarcie ofert, nie później jednak niż do dniagodz. oraz
(2) wszelkie informacje niezbędne do odszyfrowania oferty/wniosku, w tym dane dotyczące wykorzystanego programu szyfrującego lub procedury odszyfrowania danych. W treści przesyłanej wiadomości należy wskazać oznaczenie i nazwę postępowania, nazwę wykonawcy albo dowolne oznaczenie pozwalające na identyfikację wykonawcy.
7. Wykonawca, przysyłając ofertę/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, żąda potwierdzenia dostarczenia wiadomości zawierającej ofertę/wniosek. Datą przesłania oferty/wniosku będzie potwierdzenie dostarczenia wiadomości zawierającej ofertę/wniosek z serwera pocztowego zamawiającego.
8. Obowiązek złożenia dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób określony powyżej dotyczy:
 - a) oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp,
 - b) oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw składanych na wezwanie w trybie 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp.

W takim przypadku Zamawiający nie wymaga szyfrowania tych dokumentów.

9. Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.
10. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.
11. W przypadku przekazywania przez wykonawcę dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dane kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę za zgodność z oryginałem wszystkich elektronicznych kopii dokumentów zawartych w tym pliku, z wyjątkiem kopii poświadczonych

odpowiednio przez innego wykonawcę ubiegającego się wspólnie z nim o udzielenie zamówienia, przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, albo przez podwykonawcę.

12. Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, składane są zgodnie z §14 Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 16 października 2018 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Termin składania ofert

Wyznaczenia minimalnych terminów składanie ofert w okresie epidemii może prowadzić do braku ofert albo składania ich w kształcie mniej korzystnym dla zamawiającego. Wykonawcy mogą bowiem uwzględniać w cenie oferty ryzyka związane z rozwojem epidemii i aktualną sytuacją. Wydaje się zatem za racjonalne aby Zamawiający samodzielnie lub na wniosek wykonawców przedłużali termin składania ofert albo w nowych postępowaniach wyznaczali jest w sposób umożliwiający należyte przygotowanie oferty i ewentualne składanie ich po ustaniu stanu epidemii.

Otwarcie ofert

W okresie stanu epidemii pojawiają się wątpliwości co do sposobu przeprowadzenia sesji otwarcia ofert. Oczywiście poza tradycyjną formułą dopuścić należy również transmisję on-line z otwarcia ofert. Takie też stanowisko wyrażone zostało w opinii UZP. Zgodnie z nim transmisja on-line z otwarcia ofert w sytuacji zagrożenia epidemicznego (a tym bardziej w stanie epidemii) w sposób wystarczający realizuje zasadę o której mowa w art. 86 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. Tym samym brak możliwości fizycznej obecności zainteresowanych osób przy otwarciu ofert z jednoczesnym zapewnieniem transmisji online i podaniu uprzedniej informacji o transmisji - nie będzie stanowić naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Zawarcie umowy drogą elektroniczną

Poza tradycyjną formułą zawarcia umowy poprzez jej fizyczne jednoczesne podpisanie przez strony w okresie epidemii znaczenia może nabierać formuła przewidziana w art. 78 § 1 k.c. polegająca na wymianie egzemplarzy umowy, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron (np. drogą korespondencji pocztowej). Należy jednak zauważyć, iż możliwym jest aby zawarcie umowy nastąpiło drogą elektroniczną z wykorzystaniem kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Co prawda zgodnie z art. 139 ust. 2 PZP umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej niemniej zgodnie z art. 78¹ § 2 k.c. oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

Wpływ covid-19 na działanie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wpływ COVID-19 na działanie Krajowej Izby Odwoławczej

W dniu 13 marca 2020 r., na stronie internetowej Krajowej Izby Odwoławczej opublikowano informację o **zawieszeniu organizacji i rozpoznawania spraw przed KIO** w okresie od dnia 16 marca 2020 r. do dnia 27 marca 2020 r. Komunikat KIO został następnie zaktualizowany w dniu 30 marca 2020 r. kiedy to wskazano, że w okresie stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 Krajowa Izba Odwoławcza nie przeprowadza posiedzeń i rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego natomiast w pozostałym zakresie podejmuje wszystkie czynności w odniesieniu do spraw odwoławczych, jak i rozpoznania zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa UZP.

Oznacza to daleko idące konsekwencje dla aktualnie toczących się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również dla tych, które zostaną wszczęte w najbliższym czasie.

W szczególności, należy zwrócić uwagę na zakaz wynikający z przepisu art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z uwagi na fakt, że odwołania w dalszym ciągu mogą być wnoszone (w tym elektronicznie), natomiast KIO zawiesiła rozpoznawanie spraw z udziałem stron i uczestników postępowania, złożenie odwołania może w praktyce „zamrozić” postępowanie i uniemożliwić zamawiającym jego sfinalizowanie poprzez zawarcie ważnej umowy aż do czasu wznowienia normalnej działalności KIO. Co do zasady, Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Istnieje oczywiście możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy, bowiem stosownie do przepisu art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, Izba na wniosek zamawiającego może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tego rodzaju postanowienia są wydawane na posiedzeniu niejawnym a zatem niewykluczone są takie rozstrzygnięcia. We wniosku należy każdorazowo wykazać zaistnienie przewidzianych przepisem przesłanek uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy, co może być niezwykle trudne w przypadku bieżących zamówień, nie mających szczególnie istotnego znaczenia dla interesu publicznego. Sam fakt wprowadzenia stanu epidemii nie jest przesłanką dla uchylenia zakazu zawarcia umowy w tym trybie.

Z punktu widzenia funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej za szczególnie istotne należy uznać przepisy art. 15zżs ust. 3 i ust. 6 wprowadzone do specustawy na mocy Tarczy Antykryzysowej. Zgodnie z przytoczonymi regulacjami:

- 1) wstrzymanie i zawieszenie biegu terminów procesowych i sądowych w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 **nie dotyczy postępowań odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą;**
- 2) Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, w porozumieniu z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych mogą 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;
- 3) w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID - 19 nie przeprowadza się rozpraw ani posiedzeń jawnych.

Powyższe koresponduje zatem z przytoczonym na wstępie komunikatem KIO. Krajowa Izba Odwoławcza w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii nie będzie wyznaczała rozpraw ani posiedzeń jawnych. W określonych sytuacjach istnieje natomiast możliwość procedowania przez Izbę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania. Stosownie do przepisów art. 186 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wniesione do KIO odwołanie zostanie w całości uwzględnione przez Zamawiającego i nie sprzeciwi się temu uczestnik postępowania przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego, albo gdy po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, wówczas KIO - w pierwszym przypadku - umarza, a w drugim przypadku - może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Zamawiający natomiast wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, po czym może zawrzeć ważną umowę w przedmiocie zamówienia publicznego, bowiem postanowienie o umorzeniu postępowania wydane w powyższym trybie jest postanowieniem kończącym postępowanie odwoławcze w rozumieniu przepisu art. 183 ust. 1 Pzp. Uwagi powyższe mają odpowiednie zastosowanie, gdy Zamawiający uwzględni zarzuty odwołania w części a odwołujący wycofa pozostałe zarzuty (art. 186 ust. 3a ustawy Pzp).

Warto także odnotować dyspozycję wynikającą z przepisu art. 182 ust. 6 ustawy Pzp. W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. W obecnej sytuacji, w związku z zawieszeniem działalności KIO i brakiem możliwości rozstrzygnięcia postępowań odwoławczych w bliżej określonym czasie, Wykonawcy pozostaną związani ofertami, które po wznowieniu procedur mogą okazać się zupełnie nieadekwatne do panujących warunków rynkowych.

Wpływ Covid -19 na działanie Sądów okręgowych

W związku z pandemią koronawirusa SARS-CoV-2, powodującego zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi w postaci choroby COVID-19, Sądy Okręgowe w całym kraju wprowadziły istotne ograniczenia w swojej bieżącej pracy polegające w szczególności na:

- 1) odwołaniu (w okresie nawet do dnia 30 kwietnia 2020 r.) wszystkich rozpraw i posiedzeń sądu oraz innych czynności prowadzonych z udziałem stron, zarówno w budynkach sądu, jak i poza budynkiem

(za wyjątkiem posiedzeń w sprawach pilnych, w których nieprzeprowadzenie posiedzenia wywoła nieodwracalne skutki procesowe, w szczególności spraw dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania oraz pilnych spraw opiekuńczych);

- 2) sprawy ze skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej **nie są zaliczone do spraw pilnych** a zatem co do zasady nie będą rozpatrywane przez Sądy Okręgowe co najmniej do 30 kwietnia 2020 r.

Powyższe ograniczenia w rozpatrywaniu skarg na orzeczenia KIO dotyczyć jednak będą tych spraw co do których skargi zostały już wniesione. Nie należy spodziewać się nowych skarg na wyroki KIO, gdyż te w czasie epidemii nie będą wydawane. Potencjalne skargi dotyczyć mogą jedynie orzeczeń wydanych na posiedzeniu niejawnym np. postanowienia o odrzuceniu odwołania.

Covid-19 a kary umowne

Brak automatycznego wyłączenia kar umownych

Na wstępie należy jasno stwierdzić, że sam fakt wystąpienia epidemii koronawirusa nie powoduje, że Zamawiający automatycznie nie będą mogli naliczać kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Oczywiście podstawową zasadą wynikającą z art. 471 k.c. jest, że Wykonawca nie będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Podobnie nie będzie można mówić o zwłoce Wykonawcy gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 476 k.c.).

Siła wyższa, a tak z pewnością należy zakwalifikować, wystąpienie epidemii związanej z COVID-19, jest niewątpliwie okolicznością, za którą Wykonawcy umów realizowanych w reżimie przepisów PZP odpowiedzialności podnosi. Niemniej jednak aby zwolnić się z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Wykonawcy zobowiązani są wykazać związek przyczynowy pomiędzy wystąpieniem siły wyższej a niemożliwością lub ograniczoną możliwością realizacji umowy.

Ponadto nierzadko może okazać się, że umowa w ogóle nie będzie mogła być wykonana (np. umowy dotyczące organizacji wyjazdów zagranicznych, konferencji). Wówczas w grę wchodzić będą przepisy dotyczące następczej niemożliwości świadczenia (art. 475 k.c.). W takiej sytuacji umowa wygasa a zatem również wówczas zamawiający nie będzie mógł naliczyć kar umownych.

Zatem jak widać, iż już nawet bez rozwiązań przewidzianych w Tarczy Antykryzysowej Wykonawca miał możliwość uwolnić się od tej odpowiedzialności.

Niemniej jednak Wykonawcy winni na bieżąco gromadzić dowody celem wykazania wpływu epidemii na brak możliwości lub ograniczoną możliwość realizacji zamówienia. Powyższe związane jest również z obowiązkami informacyjnymi wobec Zamawiającego.

Obowiązki informacyjne

W Tarczy Antykryzysowej przewidziano (wprowadzony art. 15r do specustawy), że Strony umowy o zamówienie publiczne 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. Ważne, aby do takiej informacji dołączyć oświadczenia lub dokumenty potwierdzające wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy.

Informacje te mogą dotyczyć m.in.

- 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;
- 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.

Jeżeli w umowie są postanowienia dotyczące kar umownych, strona umowy w swym stanowisku 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

Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca mogą żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy. Z naturalnych względów w przeważającej części z żądaniem tym występować mogą Zamawiający, gdyż to oni ostatecznie będą decydować czy uznać informacje Wykonawcy do przyjęcia, iż nie ponosi on odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Istotne jest, że ww. w pkt 1-4 okoliczności, mogą również dotyczyć podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

Wskazany powyżej katalog okoliczności jest katalogiem otwartym. Wątpliwości może budzić, czy jest to również katalog otwarty w odniesieniu do podwykonawców i dalszych podwykonawców. Dzieje się tak bowiem odesłanie do podwykonawców (podwykonawców dalszych) zawarto w pkt 5 wyliczenia (wprowadzony Tarczą Antykrzysową art. 15r ust. 1 do specustawy), co zakładając racjonalność ustawodawcy powinno oznaczać, że w odniesieniu do podwykonawców i dalszych podwykonawców można rozpatrywać tylko okoliczności ujęte w ww. pkt 1-4 (tej kwestii niestety nie wyjaśnia uzasadnienie projektu ustawy zmieniającej). Niemniej jednak opowiedzieć należy się, że również w stosunku do podwykonawców katalog tych okoliczności ma charakter otwarty.

W Tarczy Antykrzysowej przyjęto, że jeżeli z informacją wystąpi Wykonawca to Zamawiający w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania zobowiązany jest przekazać swoje stanowisko wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte jej wykonanie. Jednocześnie nie wprowadzono żadnych sankcji za niewykonanie tego obowiązku. **Tym samym bierność Zamawiającego nie będzie mogło być uznane za akceptację wniosku Wykonawcy.** Tym bardziej możliwa jest sytuacja, gdy Zamawiający wskaże w terminie 14 dni, iż przedstawione okoliczności są niewystarczające i zażąda kolejnych informacji i dowodów. Jednocześnie nawet w przypadku, gdy Zamawiający zachowa się biernie to i tak w późniejszym czasie może uznać przedstawione okoliczności za niezawinione przez Wykonawcę.

Brak naruszenia dyscypliny finansów publicznych

W Tarczy Antykrzysowej przyjęto, że nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy m.in. kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Powyższe rozwiązanie jakkolwiek na pierwszy rzut oka korzystne dla Wykonawców to jednak zasadniczo w żaden sposób nie odbiega od dzisiejszych regulacji. Nawet bowiem bez tego przepisu trudno byłoby przypisać Zamawiającemu odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sytuacji, gdyby nie dochodziłoby od Wykonawcy kar umownych, gdy ten z powodu siły wyższej nie mógł wykonać umowy lub nie mógł jej wykonać w terminie.

Zmiany umowy PZP. Siła wyższa

W obszarze wykonywania umów zawartych w reżimie Prawa zamówień publicznych stuki pandemii COVID-19 mogą być szczególnie dotkliwe z uwagi na ustawowe ograniczenia w możliwości zmian umów zawartych w tym trybie. W celach porządkowych wskazać należy, że ustawa Pzp co do zasady wyraża zasadę niezmienności umów zawieranych na jej podstawie. W art. 144 PZP przewidziano, na zasadzie wyjątku, sytuacje (podstawy) w których taka umowa może zostać zmieniona. Rozpatrując te możliwości z punktu widzenia wpływu COVID-19 wyróżnić należy dwie z nich: art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP oraz, art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP.

Zmiana umowy na podstawie klauzul umownych.

Pierwsza ze wskazanych podstaw odnosi się do łączącej strony umowy i wskazanych w jej treści postanowień uprawniających do jej zmiany. Warto zaznaczyć, że nawet w przypadku przewidzenia przez Zamawiających w umowach takich postanowień (np. przewidujących możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia w przypadku wystąpienia epidemii na terenie, na którym jest realizowane zamówienie) umowa będzie mogła zostać zmieniona na takiej podstawie tylko w przypadku uznania, że dana umowna podstawa prawna do zmiany umowy została przewidziana w sposób skuteczny. W tym kontekście należy odwołać się do opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych¹, który to wyjaśnia w jaki sposób należy konstruować postanowienia umowne w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP. Tylko takie prawidłowo skonstruowane postanowienia umowne mogą stanowić podstawę do zmiany umowy. Tak więc zbyt ogólne określenie w przewidzianym postanowieniu umownym charakteru, zakresu i okoliczności zmiany umowy nie będzie uprawniało do zmiany umowy w oparciu o taką podstawę. W konsekwencji dokonanie zmiany umowy w oparciu o nieprawidłowo skonstruowaną podstawę prawną (postanowienie umowne) doprowadzi do zmiany tej umowy z naruszeniem ustawy PZP. W przypadku zamówień dofinansowanych ze środków zewnętrznych (np. z budżetu UE) naruszenie tego rodzaju przełoży się na zmniejszenie przyznanego dofinansowania. Tak więc w tych wszystkich przypadkach, w których umowy przewidują postanowienia dopuszczające zmianę umowy w okolicznościach „pasujących” do tych związanych z pandemią COVID-19, Strony umów (a zwłaszcza Zamawiający) powinni przed dokonaniem zmiany ocenić prawidłowość konstrukcji podstawy prawnej, z której zamierzają skorzystać.

W kontekście postanowień umownych wyróżnić należy również instytucję tzw. „siły wyższej”. Pojęcie to nie ma swojej definicji legalnej na gruncie prawa cywilnego. W doktrynie wypracowano definicję, zgodnie z którą przez „siłę wyższą” należy rozumieć „zdarzenie zewnętrzne, którego skutków nie da się przewidzieć ani też im zapobiec, przy czym wymaga się, aby wszystkie te cechy występowały łącznie. Odpowiada to obiektywnej teorii siły wyższej, bowiem kryterium wyróżniającym jest tu kwalifikacja samego zdarzenia, a nie stopień staranności działającego człowieka”². Niewątpliwie pandemię COVID-19 daje się zakwalifikować w ramach zakresu tego pojęcia. Podstawową konsekwencją wpływu siły wyższej na możliwość należytej realizacji zamówienia jest wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za nienależyte wykonanie zamówienia np. zdjęcie odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niedotrzymania terminów dostawy. Z punktu widzenia zmiany umowy (na podstawie postanowienia umownego) kluczowe będzie zbadanie czy dana umowa przewiduje możliwość jej zmiany w przypadku wystąpienia siły wyższej. Te z umów, które będą zawierały takie regulacje, najprawdopodobniej instytucję „siły wyższej” będą regulowały odmiennie. Trudno bowiem dostrzec ustawowe wytyczne w tym zakresie. W niektórych umowach zawarta będzie zatem tylko umowna definicja „siły wyższej” z jednoczesnym zdjęciem z Wykonawcy odpowiedzialności za należyłą realizację zamówienia w przypadku jej wystąpienia. Inne natomiast będą przewidywały bardziej rozbudowaną regulacją, np. będą przewidywały możliwość przesunięcia terminu realizacji zamówienia czy zmianę wynagrodzenia w takiej sytuacji. Ostateczny kształt postanowień w tym zakresie będzie zależał tylko i wyłącznie od inwencji osób przygotowujących projekt umowy. Podkreślić należy, że w nawet w przypadku takich umów, które będą przewidywały wprost możliwość jej zmiany z uwagi na występowanie siły wyższej, że do zmiany takiej umowy będzie mogło dojść dopiero wtedy, jeżeli te postanowienia umowne będą jednocześnie spełniały wymagania konstrukcyjne, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP. Przyjęcie odmiennego stanowisko, a więc takiego w myśl którego te postanowienia byłyby zwolnione ze wskazanych obostrzeń konstrukcyjnych, doprowadziłoby do naruszenia wspomnianej zasady niezmienności umów na gruncie PZP.

Podsumowując tą część, należy wskazać, w odniesieniu do tych wszystkich umów, które przewidują możliwość jej zmiany z uwagi na okoliczności, które to wypełniły się wobec pandemii COVID-19, że strony danej umowy zanim przystąpią do jej zmiany na tych podstawach powinny ustalić czy te podstawy prawne są skutecznie przewidziane. Tylko bowiem postanowienia umowne spełniające wymagania ustawy PZP mogą stanowić podstawę do zmiany umowy. Dalece niepożądane byłoby bowiem doprowadzenie poprzez zmianę umowy na podstawie nieskutecznej podstawy prawnej do np. do zmniejszenia przyznanego dofinansowania na realizację zamówienia.

Zmiana umowy na podstawie przepisów ustawy PZP

Przechodząc do podstaw ustawowych, a mianowicie do art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP wskazać należy, że dopuszcza on zmiany umowy w przypadku kumulatywnego spełnienia dwóch warunków. Po pierwsze konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający działając z należyłą starannością nie mógł przewidzieć; oraz po drugie – wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Drugi z warunków jest czytelny i nie wymaga dodatkowych wyjaśnień. Większe kontrowersje budzi

¹ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow>

² Tak W. Dubis (w:) Kodeks cywilny. Komentarz pod red. E. Gniewek, P. Machnikowski, wyd. 9, 2019, Legalis, art. 435 KC.

natomiast możliwość kwalifikacji wpływu COVID-19 z punktu widzenia pierwszego z warunków. W tym kontekście z pomocą przychodzi wprowadzony Tarczą Antykryzysową do specustawy art. 15r ust. 4. Zgodnie z nim Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 (...) mogą wpłynąć lub wpływają 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 PZP, 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 wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Przytoczona regulacja wprost potwierdza, że art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP będzie mógł stanowić podstawę do zmiany umów, jeżeli występowanie COVID-19 będzie przekładało się na możliwość należytej realizacji zamówienia. W takich przypadkach umowa byłaby zmieniana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z wprowadzonym art. 15r do specustawy. Zanim jednak dojdzie do zmiany umowy wskazane jest wypełnienie przez strony dodatkowych warunków informacyjnych przewidzianych regulacją a omówionych wcześniej.

Ustawodawca wyjaśnił również, w art. 15r ust. 5 specustawy, że strony mogą niezależnie od podstawy ustawowej skorzystać z umownych podstaw do zmiany umowy z uwagi na występowanie COVID-19. Oparcie zmiany o podstawę umowną wskazane będzie w tych wszystkich przypadkach, w których zastosowanie podstawy z umowy ukształtuje sytuację Wykonawcy korzystniej niż gdyby zmianę oparto o podstawę ustawową.

Z punktu widzenia dopuszczalnego zakresu zmiany, zwrócić należy uwagę, że we wprowadzonym art. 15r ust. 4 do specustawy zawarto katalog otwarty przykładowych zakresów, jakich zmiana może dotyczyć. Wskazano na możliwość zmiany terminu wykonania zamówienia, zawieszenia wykonania zamówienia, zmianę sposobu wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, a także zmianę zakresu świadczenia wykonawcy). Istotne jest jednak, że umowa będzie mogła zostać zmieniona również w innym zakresie (a więc w takim który nie został wyliczony przez ustawodawcę, np. zmiana sposobu rozliczeń między stronami) ale tylko w przypadku, jeżeli zmiana umowy taki inny sposób umożliwi dalszą realizację zamówienia (takie wnioski płyną z uzasadnienia do projektu ustawy zmieniającej).

Nieco odmiennie uregulowano relacje pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami. Przyjęto bowiem, że 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. Poprzez użycie sformułowania „uzgadniają” ustawodawca dał wyraz, że taka zmiana umowy jest obowiązkowa.

Kolejną istotną kwestią jest wpływ zmiany umowy głównej na zawarte umowy o podwykonawstwo i podwykonawstwo dalsze. W przypadku zmiany umowy głównej z uwagi na występowanie COVID-19, umowa o podwykonawstwo również będzie musiała zostać zmieniona, jeżeli zmiana umowy głównej zmodyfikuje powierzoną podwykonawcy część zamówienia. W efekcie zmian obu umów, warunki wykonania umowy przez podwykonawcę nie mogą być mniej korzystne niż te, w których znalazł się Wykonawca po zmianie umowy głównej (analogiczny obowiązek przewidziano w relacji podwykonawca – dalszy podwykonawca).

Jednocześnie zmiany przewidują, że Wykonawca nie czekając na zmianę umowy głównej, może dokonać stosownych zmian umowy o podwykonawstwo, jeżeli będzie taka zmiana wskazana z uwagi na oddziaływanie COVID-19 na możliwość należytej realizacji zamówienia (analogicznie w przypadku umów o podwykonawstwo dalsze). Zmiany mają zatem na celu zabezpieczenie również interesów pozostałych podmiotów uczestniczących w realizacji zamówienia.

Podsumowując tą część należy wskazać, że wejście w życie art. 15r specustawy winno ułatwić dokonywanie zmian w oparciu o obowiązujący art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP.

Zmiana umów, które mają być dopiero zawarte

Dodać należy, że powyższe rozważania znajdują zastosowanie przede wszystkim do realizowanych obecnie zamówień. W przypadku zamówień, które mają dopiero zostać udzielone, wskazana byłaby weryfikacja

projektów umów pod kątem postanowień umownych dopuszczających zmianę umowy z uwagi na wpływ pandemii COVID-19 na możliwość jej należytej realizacji. Te z projektów umów, które takich postanowień nie zawierają (lub zawierają wadliwie skonstruowane) powinny zostać zmienione, jeżeli etap postępowania przetargowego na to zezwala. W przypadku takich zamówień, a więc tych w których jeszcze nie udzielono, powoływanie się na podstawy ustawowe będzie ograniczone. Wykonawca będzie musiał bowiem wykazać, że dane okoliczności związane z pandemią COVID-19 były nie do przewidzenia dla niego jako profesjonalisty działającego z należytą starannością w momencie składania oferty. Ową staranność i nieprzewidywalność będzie należało oceniać z punktu widzenia podmiotu zaciągającego zobowiązanie w warunkach pandemii COVID-19. Wykonawcy powinni zatem – dbając o własny interes – w cenie oferty (składanej obecnie) uwzględnić ryzyko związane z pandemią COVID-19.

Omówione dotychczas możliwości zmiany umowy odnoszą się do zmiany umowy, która następuje wobec zgodnej woli stron. Innymi słowy, zmiana umowy będzie możliwa tylko wtedy, jeżeli dojdzie do porozumienia między Zamawiającym a Wykonawcą co do kształtu zmiany umowy, która ma zostać wprowadzona.

Zmiana umowy w przypadku braku zgodnej woli stron

We wszystkich tych przypadkach, w których nie będzie możliwa zmiana umowy na warunkach akceptowanych przez obie strony, rozważyć będzie należało możliwość jej zmiany w oparciu o art. 357¹ kodeksu cywilnego. W takim przypadku zmiana umowy zostanie wprowadzona orzeczeniem sądu, po przeprowadzeniu postępowania sądowego w tym zakresie. Naturalnie, o zasadności rozpatrywania spraw w tym trybie będą decydowały okoliczności faktyczne istniejące na kanwie danego zamówienia. Warunkiem koniecznym do zmiany umowy na tej podstawie jest uznanie (przez Sąd), że zaszła nadzwyczajna zmiana stosunków, która to wywiera wpływ na ustalony pierwotnie kształt realizacji zamówienia. Zgodnie z aktualnym orzecnictwem Sądu Najwyższego – „Nadzwyczajna zmiana stosunków rozumiana jest jako zdarzenie rzadko zachodzące, niezwykle, wyjątkowe, normalnie niespotykane. Do przyczyn zaistnienia takiego stanu zaliczane są zdarzenia natury przyrodniczej (nieurodzaj), społecznej (epidemia, klęski żywiołowe, kryzys gospodarczy), powszechnie występujące. Do tych sytuacji zaliczane są także zaskakujące zmiany stawek podatkowych albo celnych, czy gwałtowne zmiany poziomu cen na rynku. Nieprzewidywalność związana jest z przyszłą sytuacją, a brak było podstaw do zdiagnozowania jej przez strony”.³ Wobec powyższego, wydaje się, że pandemia COVID-19 może stanowić co do zasady nadzwyczajną zmianę stosunków, o której mowa w art. 357¹ kodeksu cywilnego.

Podsumowując, należy stwierdzić, że każde zamówienie, którego realizacja doznaje zakłóceń w związku z wpływem COVID-19 musi być poddane indywidualnej ocenie w zakresie możliwości zmiany łączącej strony umowy. Prawo zamówień publicznych jest niezwykle restrykcyjne w tym zakresie. Dlatego też przed jakąkolwiek zmianą, wskazana jest dogłębna analiza okoliczności konkretnego przypadku. To od nich bowiem będzie zależało czy dana umowa będzie mogła zostać zmieniona, a jeżeli tak, to w oparciu o jaką podstawę i w jakim zakresie.

Możliwość odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 Pzp z uwagi na covid-19 oraz skutki odstąpienia od umowy na jego podstawie

Jeżeli na skutek COVID-19 dalsza realizacja umowy nie będzie celowa z punktu widzenia zamawiającego rozważyć należy przewidzianą w ustawie Pzp szczególną podstawę prawną odstąpienia od umowy. Na początku warto jednak zaznaczyć, że nie jest to jedyna podstawa prawna do zakończenia bytu prawnego umowy o zamówienie publiczne, gdyż poprzez treść art. 139 ust. 1 ustawy PZP zastosowanie w celu odstąpienia od umowy mogą znaleźć odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego⁴ (dalej również jako k.c.), tj. np. art. 491 §1 k.c., art. 635 k.c., art. 636 §1 k.c. czy też art. 640 k.c. oraz 395 k.c. Ponadto stosunek prawny w zamówieniach publicznych może zostać rozwiązany również na podstawie przyczyn określonych szczegółowo w zawartej umowie.

Z treści art. 145 ust. 1 ustawy PZP wynika, że w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrazić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Zgodnie z art. 145 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku odstąpienia od umowy na ww. podstawie prawnej wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. W ust. 1 ustawodawca określił więc przesłanki umożliwiające zamawiającemu złożenie

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 08.03.2018 r. (sygn. akt II CSK 303/17)

⁴ wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14;

jednostronnego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy, natomiast w ust. 2 określił uprawnienia wykonawcy w zakresie tego, jakiej części wynagrodzenia może się domagać w związku z odstąpieniem od umowy i jakie skutki powoduje odstąpienie od umowy na tej podstawie prawnej. Skoro więc przepis ten ma charakter powszechnie obowiązujący to należy wskazać, że ma on zastosowanie do wszystkich umów zawieranych w reżimie przepisów ustawy PZP. Ryzyko ewentualnego odstąpienia od umowy na jego podstawie powinno być w kalkulowane zawsze przez wykonawcę przy zawieraniu umowy.⁵

Zamawiający chcąc więc skorzystać z tego uprawnienia składa drugiej stronie stosunku prawnego oświadczenie, które staje się skuteczne z momentem jego dojścia w taki sposób, aby druga strona mogła zapoznać się z jego treścią. Odstąpienie na podstawie tego przepisu może dotyczyć całości lub części zobowiązania.⁶ Zgodnie z treścią art. 77 § 2 k.c. odstąpienie od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zachowania formy dokumentowej. Złożone oświadczenie wywołuje skutki prawne niezależnie do zgody wykonawcy. Odstąpienie od umowy wywołuje skutki z mocą wsteczną, a więc powoduje taki stan jakby umowa nie została nigdy zawarta. Jednakże odstąpienie od umowy na tej podstawie nie znosi zobowiązań z niej wynikających z mocą wsteczną, a jedynie przekształca ich treść w zobowiązanie do zwrotu już spełnionych świadczeń oraz do dalszych rozliczeń między stronami.⁷

Uprawnienie to z oczywistych względów może być wykonane przez zamawiającego jedynie po zawarciu umowy, gdyż do czasu, gdy postępowanie nie zostanie zakończone, może on skorzystać z uprawnień przewidzianych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w celu jego unicestwienia.

Zamawiający uprawniony jest więc do odstąpienia od umowy, gdy zostaną spełnione łącznie następujące przesłanki występujące w ww. przepisie⁸, tj.:

- zaistnienie istotnej zmiany okoliczności;
- na skutek istotnej zmiany okoliczności wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub
- dalsze wykonanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu.

W związku z tym o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy PZP możemy mówić w dwóch sytuacjach. Pierwszy przypadek następuje, gdy zaistnieje istotna zmiana okoliczności, na skutek której wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym i nie można było tego przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Istotna zmiana okoliczności musi nastąpić faktycznie. Jest to sytuacja, która powinna być stwierdzona za pomocą obiektywnych mierników. W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że istotna zmiana okoliczności może nastąpić w związku z zaistnieniem zdarzeń faktycznych jak i prawnych nieobjętych zwykłym ryzykiem kontraktowym. Zdarzenia te występują bardzo rzadko i mają charakter niezwykle. Z pewnością epidemię Covid-19 można do nich zaliczyć.

Zamawiający może odstąpić od umowy na tej podstawie prawnej w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie od umowy. Termin na odstąpienie jest terminem zawitym. Oznacza to, że po jego upływie uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy wygasa. Zamawiający na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy PZP może odstąpić na każdym etapie realizacji umowy. Datami granicznymi do skorzystania z tego uprawnienia jest zawarcie umowy i jej realizacja w całości. W związku z wprowadzeniem stanu zagrożenia epidemicznego w dniu 13 marca 2020 r. czy stanu epidemii w dniu 20 marca 2020 r. ewentualnie do tych dni liczyć należy termin 30 dniowy na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Nie ma żadnej wątpliwości, że przy zawieraniu umów o realizację zamówień publicznych przed wystąpieniem pandemii niemożliwe było do przewidzenia zjawisko rozprzestrzeniania się koronawirusa SARS-CoV-2 o takiej skali, oraz że zostaną podjęte przez państwo działania, które tak szeroko ograniczą możliwość prowadzenia działalności zgodnej z normalnym jej tokiem. Tym samym obecnie została spełniona przesłanka istotnej zmiany okoliczności, która nie była możliwa do przewidzenia w momencie zawarcia umowy.

⁵ wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1041/10;

⁶ A. Gawrońska-Baran, Ochrona interesu publicznego na tle art. 145 ustawy – Prawo zamówień publicznych, PZP 2010, Nr 3, str. 32

⁷ A. Ciesielski i A. Szeliga, Przesłanki odstąpienia od umowy oraz jej unieważnienia. Zamówienia Publiczne Doradca, 2019, nr 7. s. 64-72., wyrok SN z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 395/14;

⁸ M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie 10, rok 2020 oraz wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14;

Co do braku interesu publicznego w realizacji danego zamówienia należy wskazać, że jest to kwestia bardzo indywidualna, która musi być oceniana przy uwzględnieniu specyfiki danego zamówienia i zaistniałego stanu faktycznego sprawy. Każdorazowo, gdyby zamawiający chciał odstąpić od zawartej już umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy PZP, w obecnej sytuacji powinien szczegółowo udokumentować jaki wpływ rozprzestrzenianie się choroby COVID-19 ma na realizację zamówienia, w szczególności wykazanie, że dalsza realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający podejmując decyzję o ewentualnej możliwości odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy PZP powinien rozważyć wszystkie możliwe scenariusze związane z dalszą realizacją zamówienia i wpływem odstąpienia od zawartej umowy na dalsze jego wykonywanie zadań publicznych. Częstość ewentualne odstąpienie od zawartych umów, które chwilowo nie są realizowane z uwagi na brak potrzeb, będzie powodowało, że zamawiający odstępując od umowy będzie musiał rozpisać kolejne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby zapewnić ciągłość ich świadczeń zaraz po ustaniu stanu epidemii w Polsce. Konsekwencją tego dla zamawiających może być fakt, że zamówienie będzie realizowane na mniej korzystnych warunkach niż te wynikające z obecnie zawartej umowy. Zamawiający w tym celu powinien w stosunku do każdej kategorii zamówień przeprowadzić odpowiednie analizy ustalając jak wpływ może wywrzeć na dalsze funkcjonowanie instytucji odstąpienie od umowy. W tym celu zamawiając powinien również bacznie obserwować przyszłą sytuację jednostki zbadać jakie warunki mogą zostać zaproponowane przez innych wykonawców po rozpisaniu kolejnego postępowania, kiedy okaże się, że konieczny jest powrót do świadczenia określonych usług czy dostaw towarów niezbędnych do funkcjonowania jednostki. Odstąpienie w takiej sytuacji może spowodować ewentualny paraliż działania danej instytucji z uwagi na brak zawartej umowy na realizację danego zamówienia, które po ustąpieniu epidemii stało się konieczne do powrotu działania jednostki odpowiadającemu sytuacji sprzed epidemii.

Może się okazać, że nawet jeśli zaistnieją przesłanki do odstąpienia od umowy, to bardziej korzystne dla zamawiających będzie pozostanie przy realizacji obecnie obowiązujących kontraktów poprzez wprowadzanie zmian do już zawartych umów w oparciu m.in. o art. 15r ust. 4 ustawy z dnia 02 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, biorąc pod uwagę wytyczne szczegółowo zawarte w treści Tarczy Antykryzysowej albo w oparciu o postanowienia zawarte w umowie zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Jednakże podkreślenia wymaga, że nie może to być zasada generalna, gdyż w danej sytuacji faktycznej może okazać się korzystniejsze będzie odstąpienie od umowy bez wprowadzania ewentualnych zmian do kontraktu z uwagi na obecnie istniejący interes publiczny.

Podsumowując wskazać należy, że możliwość odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy PZP jest instytucją wyjątkową, która powinna być stosowana z dużą ostrożnością z uwagi na klauzule generalne występujące w jego treści, które warunkują możliwość skorzystania z tego uprawnienia. Podkreślenia wymaga, że to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie w celu ewentualnej obrony prawidłowości zastosowania tej instytucji. Ogólnie rzecz biorąc realizacja zawartej umowy nie będzie leżała w interesie publicznym, jeżeli jej wykonywanie będzie bezcelowe biorąc pod uwagę potrzeby ogółu. Oznacza to, że odstąpić od umowy na podstawie tego przepisu można w sytuacji, gdy nie ma potrzeby świadczenia danych usług na rzecz danej społeczności. Istota zmiany okoliczności musi zostać stwierdzona za pomocą obiektywnych mierników, które pozwolą nam ustalić, czy mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, nadzwyczajną, która była niemożliwa do przewidzenia w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego. Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy PZP powoduje, że zamawiający zobowiązany jest wyłącznie do zapłaty wynagrodzenia za zrealizowaną część zamówienia. Z uwagi na zaistnienie interesu publicznego została wyłączona możliwość dochodzenia odszkodowania przez wykonawcę. Na koniec podkreślenia wymaga, że możliwość odstąpienia od umowy na podstawie ww. przepisu ustawy PZP zależy od okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących konkretnego stanu faktycznego. Każdorazowo zamawiający podejmując decyzję o odstąpieniu od umowy powinien być przekonany o zasadności swojego stanowiska poprzez udokumentowanie okoliczności wykazujących zasadność takiego rozwiązania prawnego. W przeciwnym razie, gdy okaże się, że odstąpienie było niezgodne z prawem, wykonawca uzyska uprawnienie do żądania odszkodowania m.in. za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Wejście w życie: Zmiany te wchodzi w życie z ogłoszenia, tj. z dniem 31.03.2020 r.

Podstawa prawna: art. ust. 1 pkt 5, art. 1 ust. 1 pkt 14, ZmCOVID-19, Dz.U. z 2020, poz. 568

Znowelizowane przepisy: art. 6 ustawy o COVID-19,

Dodane przepisy: art. 15r, art. 15s, art. 15z ustawy o COVID-19

Autor: adw. Piotr Mazuro, r.pr. Piotr Skawiński, Eliza Grodzka, Joanna Dudka, **Wojciech Balsa, Bartłomiej Mazur, Zuzanna Lecyk**

Dyscyplina finansów publicznych, zmiany przepisów prawnokarnych

Zmiany dot. odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Ustawodawca przewidując negatywny wpływ sytuacji epidemiologicznej spowodowanej wystąpieniem COVID-19 na możliwość prawidłowego wykonywania umów w sprawie zamówień publicznych wprowadził regulację, która pozwala stronom na uchronienie się przed ponoszeniem odpowiedzialności odszkodowawczej, jeśli nienależyte wykonanie umów spowodowane było przez okoliczności bezpośrednio związane z występowaniem COVID-19, a więc z okolicznościami niezależnymi od stron. Jednocześnie ustalono również procedurę, która umożliwia zmianę treści łączącego strony stosunku prawnego, jeśli jest to uzasadnione okolicznościami związanymi z występowaniem COVID-19.

Powyższe rozwiązania, choć wymuszone nadzwyczajnymi okolicznościami oraz gwałtownymi i szybkimi zmianami w sferze społeczno-gospodarczej, mogły narazić podmioty stosujące przedmiotowe regulacje na np. odpowiedzialność karną. Aby temu zapobiec oraz rozwiać wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie ustawodawca wprowadził szereg kolejnych regulacji prawnych, o których mowa poniżej.

Jak wynika z art. 15s ustawy o COVID-19 **nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych**, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych 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, a także zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4.

Analizując powyższą regulację stwierdzić należy, iż sytuację takie jak: zmiana umowy lub odstąpienie od ustalenia lub dochodzenia należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówień publicznych na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 nie stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Z uzasadnienia ustawy wynika, iż zamierzeniem ustawodawcy było zapewnienie ochrony zamawiającemu, poprzez zwolnienie go od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w sytuacji, której zamawiający - stwierdzając brak odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 – odstąpi od dochodzenia przysługujących mu roszczeń odszkodowawczych, np. w postaci kar umownych.

Przedmiotowa regulacja w praktyce może jednak znaleźć zastosowanie również w sytuacji odwrotnej, a więc wówczas, gdy to wykonawca umowy w sprawie zamówień publicznych, należący jednocześnie do sektora finansów publicznych, a więc podlegający reżimowi ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej, odstąpi od ustalenia lub dochodzenia od zamawiającego należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z COVID-19. Choć sytuacje takie wydają się w praktyce nie występować, to nie można ich z całą pewnością wykluczyć.

Przykład:

Jeśli RCKiK, jako wykonawca zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa krwi dla określonego SPZOZ (zamawiającego), nie otrzyma od zamawiającego terminowej bądź częściowej zapłaty wynagrodzenia za zrealizowaną dostawę krwi, a przyczyną nienależytego wykonania umowy były udokumentowane okoliczności związane z COVID-19, to RCKiK jako wykonawca nie będzie narażony na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeśli postanowi nie dochodzić od zamawiającego przysługujących mu należności np. roszczeń ubocznych w postaci odsetek za opóźnienie.

Podobnie, w przypadku dokonywania zmiany umowy w sprawie zamówień publicznych, w celu jej dalszego wykonywania, jeśli zmiany te podyktowane są wystąpieniem okoliczności związanych z COVID-19, to nie można uznać, aby działania te naruszały dyscyplinę finansów publicznych.

Wejście w życie: Zmiany te wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, tj. z dniem 31.03.2020 r.

Podstawa prawna: art. 1 pkt 14 ZmCOVID-19, Dz.U. z 2020, poz. 568

Dodane przepisy: art. 15s ustawy o COVID-19

Autor: adw. Marta Krysztofik

Zmiany dotyczące prawa karnego

Zgodnie z treścią art. 15t ustawy COVID-19 nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 296 § 1-4 ustawy – 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.

Przestępstwo niegospodarności określone w art. 296 § 1 Kodeksu karnego polega na tym, iż kto będąc obowiązany 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, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową.

W powyższym przypadku ustawodawca zadbał o to, żeby osoba sprawująca funkcję zarządczą - zarówno w odniesieniu do osoby fizycznej, prawnej, jak i jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej – nie ponosiła odpowiedzialności karnej za przestępstwo niegospodarności, jeśli zdecyduje o odstąpieniu od dochodzenia od drugiej strony umowy należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z COVID-19 lub na skutek tych okoliczności zmieni umowę w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż takie zachowanie strony umowy, która odstępuje od wyegzekwowania przysługujących jej należności z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówień publicznych, które spowodowane jest wystąpieniem COVID-19, nie może być poczytywane jako nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie ciążących obowiązków w rozumieniu art. 296 kodeksu karnego.

Wejście w życie: Zmiany te wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, tj. z dniem 31.03.2020 r.

Podstawa prawna: art. 1 pkt 14 ZmCOVID-19, Dz.U. z 2020, poz. 568

Dodane przepisy: art. 15t ustawy o COVID-19

Autor: adw. Marta Krysztofik

Pozostałe zmiany

Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 231 lub art. 296 ustawy – Kodeks karny, deliktu dyscyplinarnego ani czynu, o którym mowa w art. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, 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.

Powyższy przepis stanowi, iż nie popełnia się przestępstwa nadużycia uprawnień lub niegospodarności, a także nie popełnia się deliktu dyscyplinarnego oraz nie ponosi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jeśli w okresie stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 podjęto działania w postaci nabywania towarów lub usług, które to są niezbędne dla walki z epidemią, a jednocześnie działania takie naruszają obowiązki służbowe lub obowiązujące przepisy, pod warunkiem iż działano w interesie publicznym, a nie własnym, oraz że inaczej nabycie towarów lub usług nie byłoby możliwe lub byłoby zagrożone.

Wejście w życie: Zmiany te wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, tj. z dniem 31.03.2020 r.

Podstawa prawna: art. 1 pkt 14 ZmCOVID-19, Dz.U. z 2020, poz. 568

Dodane przepisy: art. 15w ustawy o COVID-19

Autor: adw. Marta Krysztofik