

Kwiecień 2020

Fakty

Wchodząca w skład tzw. pakietu antykryzysowego ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 („ustawa”) zawiera istotne dla rynku zamówień publicznych rozwiązania, dotyczące w szczególności realizacji umów w czasie stanu epidemii wywołanego przez COVID-19.

Ustawa nakłada na strony umowy w sprawie zamówienia publicznego obowiązek niezwłocznego informowania się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić.

Ustawodawca wyszczególnił przykładowy katalog takich sytuacji, zaliczając do nich m.in. nieobecność pracowników lub osób świadczących pracę na innej podstawie, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia, wstrzymanie dostaw produktów lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych. Wyliczenie zawarte w ustawie nie ma charakteru zamkniętego, a strona może wskazać na każdą okoliczność związaną z COVID-19, która uniemożliwia jej należyłą realizację umowy.

Do ww. informacji, strona ma obowiązek dołączenia stosownych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ powołanych okoliczności na realizację zamówienia publicznego.

Jeżeli przedłożone dokumenty będą w ocenie drugiej strony niewystarczające, jest ona uprawniona do żądania ich

Zmiany w zakresie umów w sprawie zamówień publicznych

uzupełnienia. Strona, do której kierowana jest informacja, w terminie 14 dni przekaże swoje uzasadnione stanowisko, w którym odniesie się do związku przywołanych okoliczności z należyтым wykonaniem umowy. Pozostawienie otrzymanej informacji bez odpowiedzi jest niedopuszczalne.

Procedura ta ma w obliczu nowej sytuacji umożliwić stronom zamówienia publicznego rozpoczęcie dialogu, który – w razie stwierdzenia przez zamawiającego, że okoliczności wskazywane przez wykonawcę mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy - może doprowadzić do jej modyfikacji w szczególności przez:

1. zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
2. zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
3. zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy – o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy (kilkukrotne podwyższenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy może zatem obecnie skutkować przekroczeniem 50% wartości pierwotnej umowy).

Jednakże okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy.

Tarcza antykryzysowa reguluje jednocześnie sytuację podwykonawców. Stanowi, że dokonanie zmiany umowy

pomiędzy zamawiającym a wykonawcą pociąga za sobą obowiązek odpowiedniej zmiany umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, jeśli zmiana dotyczy części zamówienia powierzonej do wykonania podwykonawcy.

Istotnym z punktu widzenia wykonawców rozwiązaniem jest regulacja, zgodnie z którą w sytuacji gdy umowa przewiduje kary umowne lub odszkodowanie za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie, zamawiający powinien w swoim stanowisku przedstawić wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na zasadność ustalenia i dochodzenia kar umownych lub odszkodowań.

Stwierdzając, że istnieją podstawy do ustalenia braku odpowiedzialności wykonawcy, zamawiający powinien odstąpić od ustalenia i dochodzenia przewidzianych kar umownych lub odszkodowania.

Zmiana umowy oraz odstąpienie od ustalenia i dochodzenia należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego na skutek wskazanych okoliczności nie stanowią naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z regulacją tą koresponduje przepis, w myśl którego nie popełnia przestępstwa z 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 zmienia umowę na podstawie przepisów ustawy. Ustawodawca potwierdził jednocześnie, że w sytuacji gdy umowa zawiera postanowienia korzystniej kształtujące

Kwiecień 2020

Zmiany w zakresie umów w sprawie zamówień publicznych

sytuację wykonawcy, niż wynikałoby to z ustawy, strony będą uprawnione do ułożenia łączącego je stosunku prawnego w oparciu o wspomniane postanowienia umowy.

Ustawa także stanowi, że jej regulacje nie wyłączają ani nie ograniczają uprawnień stron zamówienia publicznego wynikających z przepisów prawa cywilnego, mogą one zatem równolegle korzystać z instrumentów przysługujących im w szczególności na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

Ponadto, 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.

Komentarze

Obecna sytuacja epidemiologiczna może negatywnie oddziaływać na wykonywanie umów z zakresu zamówień publicznych.

Zwiększona absencja pracowników, ograniczenia w dostępie do materiałów czy utrudnienia w transporcie mogą być traktowane przez zamawiających jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, a opóźnienia w realizacji

zobowiązań prowadzić do egzekwowania kar umownych, w sytuacji gdy niedotrzymywanie warunków umów spowodowane jest przez okoliczności niezależne od wykonawców.

Analiza

Wprowadzone rozwiązania mają w zamierzeniu umożliwić stronom zamówienia publicznego dokonanie zmian umowy uwzględniających specyfikę warunków spowodowanych przez COVID-19, co w konsekwencji zapewni dalszą realizację zamówienia publicznego.

Dla osiągnięcia tego celu szczególnie istotne jest podjęcie przez strony szybkich i efektywnych działań. Z punktu widzenia interesów stron znaczenie będzie mieć zwłaszcza zgromadzenie odpowiedniej dokumentacji, która może się okazać kluczowa dla wykazania roszczeń lub obrony przed roszczeniami drugiej strony, zwłaszcza na etapie potencjalnych sporów sądowych.

Korzystna dla wykonawców jest z pewnością możliwość wydłużania terminów realizacji zamówień publicznych i związana z nią procedura zwalniająca z kar umownych. Wyłączenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma skłaniać zamawiających do korzystania z rozwiązań zawartych w ustawie.

Jeżeli chcieliby Państwo otrzymać dodatkowe informacje lub odpowiedzi na nasuwające się po lekturze pytania, zapraszamy do kontaktu i nawiązania współpracy:

**KATARZYNA DE ROSSET
ASSOCIATE**

e-mail: kderosset@fka.pl



FKA Furtek Komosa Aleksandrowicz
Plac Małachowskiego 2
00-066 Warszawa

E: kontakt@fka.pl
T: +48 22 581 44 00