

## Zmiany w stosowaniu prawa zamówień publicznych w kontekście przepisów o przeciwdziałaniu COVID-19

dr Maciej Lubiszewski,  
Katedra Prawa Gospodarczego i Prawa Handlowego,  
Wydział Prawa i Administracji,  
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

### 1. Wprowadzenie

Kryzys związany z epidemią COVID-19 wywołał co najmniej trzy skutki w sferze udzielania i wykonywania zamówień publicznych:

- 1) konieczność dokonywania szybkich zakupów w celu przeciwdziałania COVID-19;
- 2) konieczność uwzględnienia wpływu czynników związanych z COVID-19 na realizację zawartych już umów;
- 3) konieczność dostosowania procedur przetargowych do szczególnych warunków, w jakich znaleźli się zamawiający i wykonawcy.

Pierwsze dwie z wyżej wskazanych okoliczności zostały uregulowane w ustawie z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych<sup>1</sup>. Istotne zmiany tej ustawy dotyczące zamówień publicznych wprowadzono nowelizacją z 31.03.2020 r.<sup>2</sup> Najnowszym aktem prawnym zmieniającym w pewnym zakresie dotychczasowe rozwiązania jest ustawa z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2<sup>3</sup>. Ponadto wspomniana wyżej nowelizacja z 31.03.2020 r. zawiera również przepisy wpływające w pewnym stopniu na funkcjonowanie Krajowej Izby Odwoławczej.

Poza zakresem tzw. Tarczy Antykryzysowej (do której zalicza się wymienione wyżej ustawy) pozostają kwestie związane z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, aby zminimalizować ryzyko zakażenia osób występujących w tych postępowaniach po stronie zamawiających i wykonawców. W mojej ocenie są one jednak na tyle istotne, że zasługują na omówienie w niniejszym opracowaniu.

### 2. Wyłączenie stosowania Prawa zamówień publicznych

Ustawa z 2.03.2020 r. w art. 6 wyłączyła obowiązek stosowania Prawa zamówień publicznych<sup>4</sup> wobec pewnych zamówień, o ile są spełnione łącznie trzy warunki. Po pierwsze musi to być zamówienie na usługi lub dostawy (wyłączenie nie obejmuje zatem robót budowlanych). W pierwotnej wersji tego przepisu chodziło o „zamówienia, których przedmiotem są towary lub usługi”, co spotkało się z uzasadnioną krytyką. Wątpliwości budziło bowiem rozumienie wyrażenia „zamówienia, których przedmiotem są towary”. Nie występuje ono w Prawie zamówień publicznych, wyróżniającym trzy rodzaje zamówień: dostawy, usługi oraz roboty budowlane. Po zmianie dokonanej nowelizacją z 31.03.2020 r. aktualne brzmienie przepisu jest już spójne z Prawem zamówień publicznych.

1 Dz.U. poz. 374. Dalej jako ustawa z 2.03.2020 r.

2 Dz.U. poz. 568. Dalej jako nowelizacja z 31.03.2020 r.

3 Dz.U. poz. 695. Dalej jako ustawa z 16.04.2020 r.

4 Ustawa z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2019 r., poz. 1843.

Po drugie, zamawiane dostawy (dobra) lub usługi muszą być niezbędne do przeciwdziałania COVID-19. Pod pojęciem przeciwdziałania COVID-19 – zgodnie z art. 2 ustawy z 2.03.2020 r. – rozumie się wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków choroby wywołanej wirusem SARS-CoV-2. Zamawiający musi zatem wykazać, że bez zamawianych dóbr lub usług niemożliwe byłoby przeciwdziałanie COVID-19 w przytoczonym wyżej rozumieniu. Z pewnością do zamówień objętych omawianym wyłączeniem będą należeć zakupy dezynfekantów, środków ochrony osobistej (np. masek, przyłbic, rękawiczek, fartuchów), wyrobów medycznych i sprzętu medycznego, zamówienia na usługi dezynsekcji i inne bezpośrednio związane z przeciwdziałaniem COVID-19. Dość szeroka definicja przeciwdziałania COVID-19 sprawia, że zamawiane dobra lub usługi nie muszą bezpośrednio służyć do zwalczania wirusa. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych (UZP), art. 6 ustawy z 2.03.2020 r. może być zastosowany również do „dostaw sprzętu IT lub usług z zakresu IT”<sup>5</sup>. W sytuacji, gdy zamawiający polecił swoim pracownikom wykonywanie pracy zdalnej, zamówienia związane z wyposażeniem tak zorganizowanego stanowiska pracy (a więc np. zakup komputerów, kamer internetowych, słuchawek i mikrofonów, oprogramowania, telefonów itp.) oraz utrzymaniem stosownych systemów informatycznych także mogą być udzielone z pominięciem Prawa zamówień publicznych. Podobny wniosek można odnieść np. do zakupu drukarek 3D i odpowiednich materiałów (np. filamentów), w celu produkcji przyłbic wykorzystywanych jako środek ochrony osobistej.

Po trzecie, zamawiający mogą dokonywać zakupów z pominięciem ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Ustawodawca wskazał tu dwa aspekty. Wystąpienie choćby jednego z nich wystarczy, aby ta przesłanka została spełniona. Wymóg istnienia wysokiego prawdopodobieństwa szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby nie został powiązany ani z zamawiającym, ani też z zamawianymi dostawami lub usługami. Wydaje się, że obowiązywanie stanu zagrożenia epidemicznego (14-19.03.2020 r.) jak również stanu epidemii (od 20.03.2020 r. do odwołania) jest okolicznością wyczerpującą omawianą przesłankę i nie jest konieczne wykazanie, że ryzyko epidemiologiczne bezpośrednio dotknęło bądź może dotknąć pracowników zamawiającego lub osób przez nich obsługiwanych (petentów, klientów,

kontrahentów). W konsekwencji, w tym okresie kolejny wymóg, by pominięcie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych było podyktowane ochroną zdrowia publicznego nie ma szczególnego znaczenia, mimo to zasługuje on na choćby krótkie omówienie.

Termin „zdrowie publiczne” nie jest łatwe do zdefiniowania. Mimo że pojawia się ono w polskim ustawodawstwie, nie jest rozumiane i stosowane jednolicie przez prawodawcę<sup>6</sup>. Nie jest to miejsce na szczegółowe analizowanie tego zagadnienia. Zważywszy na kontekst ustawy z 2.03.2020 r., najrozsądniejsze wydaje się oparcie na ustawie z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi<sup>7</sup>. Zgodnie z art. 2 pkt 35 tej ustawy, zdrowie publiczne to „stan zdrowotny całego społeczeństwa lub jego części, określane na podstawie wskaźników epidemiologicznych i demograficznych”. Omawiana przesłanka z art. 6 ustawy z 2.03.2020 r. pozwala zamawiającym odstąpić od stosowania Prawa zamówień publicznych, gdy wymaga tego ochrona zdrowia całego społeczeństwa lub jego części, a nie pojedynczych osób. Tym, co odróżnia ten wymóg od omówionego wcześniej warunku zachodzenia wysokiego prawdopodobieństwa szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby jest związek pozaustawowego udzielenia zamówienia z koniecznością ochrony zdrowia publicznego. Zamawiający będzie musiał wykazać, że ochrona ludności przed zakażeniem wymaga na nim odstąpienie od stosowania Prawa zamówień publicznych. Znaczenie omawianego wymogu wzrośnie po zniesieniu stanu epidemii, kiedy zmaleje znaczenie wymogu omówionego wcześniej.

Wyłączenie obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych ma zastosowanie do zamówień bez względu na ich wartość. Ponadto należy przyjąć, że zamówienia udzielone na podstawie art. 6 ustawy 2.03.2020 r. są zamówieniami odrębnymi od tożsamyh przedmiotowo zamówień niezwiązanych z przeciwdziałaniem COVID-19. W konsekwencji, ich wartość szacuje się odrębnie i nie wpłynie ona na wartość szacunkową zamówień udzielonych bez związku z epidemią. Zamawiający nie powinni obawiać się zarzutu niedopuszczalnego podziału zamówienia na części w celu obejścia przepisów Prawa zamówień publicznych.

Prawodawca daje zamawiającemu pełną swobodę, jeżeli chodzi o procedurę wyboru kontrahenta. Może ona wynikać ze standardowego regulaminu udzielania zamówień, stosowanego do zamówień nieobjętych Prawem zamówień publicznych. Zamawiający może również stworzyć specjalną

5 Urząd Zamówień Publicznych, *Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID-19*, <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/Komunikat-w-sprawie-art-6-tzw-ustawy-o-COVID-19> (data dostępu: 18.04.2020 r.)

6 Szczegółowe uwagi krytyczne w tym zakresie sformułowali autorzy komentarza do ustawy o zdrowiu publicznym – M. Dercz (red.), H. Izdebski, T. Rek, *Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz, Warszawa 2016, s. 21 i n.*

7 Dz.U. z 2019, poz. 1239 z późn. zm.

procedurę na potrzeby zakupów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19. Dopuszczalne jest również dokonanie zakupu bez przeprowadzania jakiegokolwiek postępowania. Zalecanym rozwiązaniem jest jednak choćby najprostsza analiza rynku, zwłaszcza wobec zamówień na dobra, których cena znacznie wzrosła w okresie epidemii (np. na dezynfektanty). Pozwoli ona zamawiającemu poznać aktualne realia rynkowe. Może mieć to także znaczenie w kontekście przyszłej kontroli.

### 3. Wpływ epidemii na zawarte umowy w sprawie zamówienia publicznego

Globalna pandemia wywołała szereg poważnych problemów gospodarczych. Zaburzone zostały łańcuchy dostaw, w efekcie czego na rynku zabrakło niektórych dóbr. Zmniejszona podaż przy zwiększonym popycie na niektóre produkty sprawiła, że ich ceny radykalnie wzrosły. Wielu przedsiębiorców zostało zobowiązanych przez władze krajowe do wstrzymania działalności, inni borykają się z problemami kadrowymi. Taka sytuacja wpływa również na sferę zamówień publicznych. Wykonanie umowy zgodnie z jej postanowieniami może stać się niemożliwe z przyczyn niezależnych od strony. W takim przypadku właściwym rozwiązaniem będzie zmiana umowy, przy czym regułą wyrażoną w art 144 ust 1 Prawa zamówień publicznych jest zakaz zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Ten sam przepis Prawa zamówień publicznych przewiduje szereg okoliczności, w których zmiana jest dopuszczalna. W czasie panującej obecnie epidemii szczególną rolę mogą odegrać następujące przypadki:

a) zmiana została przewidziana w jednoznacznych i dokładnych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 144 ust 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych). Prawdopodobnie niewielu zamawiających wprowadziło postanowienia, w których dopuściło zmianę umowy w przypadku wprowadzenia stanu epidemii. Być może niektórzy zamawiający zastosowali rozbudowaną klauzulę na wypadek wystąpienia siły wyższej, którą można bez żadnych wątpliwości zastosować w sytuacji, w jakiej obecnie znalazły się strony. Częściej stosowane są klauzule waloryzacyjne, które pozwalają zmienić wysokość wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach istotnych zmian cen określonych produktów (materiałów, surowców) - takie postanowienia również mogą być zastosowane w czasie epidemii. Z całą pewnością zamawiający powinni rozważyć wprowadzenie postanowień, o których mowa w art 144 ust 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych do

ogłoszeń lub specyfikacji w aktualnie prowadzonych postępowaniach. Elastyczność kontraktów jest dziś bardzo pożądana. Służy zarówno wykonawcom (zabezpieczając ich przed nieprzewidywalnymi stratami finansowymi), jak i samym zamawiającym (minimalizując ryzyko niewykonania zamówienia i konieczności poszukiwania nowego kontrahenta). Nie bez znaczenia jest również fakt, iż zmiany dokonywane na podstawie tego przepisu są najbezpieczniejsze z punktu widzenia ewentualnych kontroli;

- b) konieczność zmiany umowy wynika z okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, a jej wartość nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie (art. 144 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Dzisiejsze okoliczności związane z epidemią doskonale wpisują się w tę przesłankę. Trudno bowiem postawić zamawiającemu zarzut, że zawierając umowę kilka miesięcy temu nie przewidział tego, czego jesteśmy obecnie świadkami. Potwierdza to zresztą ustawodawca, wykorzystując właśnie tę przesłankę tworząc mechanizm zmiany umowy uregulowany w ustawie z 2.03.2020 r., który zostanie omówiony w dalszej części niniejszego opracowania. Warto jednak mieć świadomość, że zastosowanie art. 144 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych do umów zawartych w wyniku postępowań wszczętych już po wybuchu epidemii może budzić uzasadnione wątpliwości. W tym czasie zamawiający, działając z należytą starannością, powinien mieć świadomość istnienia okoliczności, które mogą skutkować koniecznością zmiany umowy i powinien wprowadzić odpowiednie postanowienia do ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji, które umożliwią zmianę umowy na podstawie art 144 ust 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych;
- c) łączna wartość zmian jest "bagatelna"<sup>8</sup>, tzn. nie przekracza tzw. progów unijnych i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia na dostawy lub usługi określonej pierwotnie w umowie albo od 15% wartości zamówienia na roboty budowlane określonej pierwotnie w umowie (art 144 ust 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych). Ta stosunkowo liberalna przesłanka może stanowić ostatnią deskę ratunku dla zamawiającego, który dostrzega potrzebę zmiany umowy, a jednocześnie nie widzi możliwości dokonania jej na podstawie wcześniej omówionych przepisów. Ograniczenie kwotowe odnosi się do łącznej wartości zmian dokonywanych na podstawie tego przepisu, a nie - jak w przypadku zmian dokonywanych na podstawie art 144 ust. 1 pkt 3 - do wartości każdej zmiany.

<sup>8</sup> Por. P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, s. 243 i n.

Należy w tym miejscu dodać, że zmiana umowy dokonana na podstawie którejkolwiek z trzech wymienionych wyżej przesłanek nie może prowadzić do zmiany charakteru umowy, co wynika z art. 144 ust. 1b Prawa zamówień publicznych. Nie wdając się w szczegółowe rozważania można stwierdzić, iż charakter umowy, który powinien pozostać niezmienny, dotyczy rodzaju zamówienia (dostawa, usługa, robota budowlana) oraz przedmiotu zamówienia (celu, który zamierzał osiągnąć zamawiający udzielając zamówienia)<sup>9</sup>.

Jak wspomniano wcześniej, ustawodawca wprowadził do ustawy z 2.03.2020 r. (art. 15r<sup>10</sup>) mechanizm zmiany umowy w przypadku, gdyby jedna ze stron napotkała trudności w jej wykonaniu wynikające z okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19. Jest on oparty na przesłance zmiany umowy z art. 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, którego zastosowanie jest poprzedzone komunikacją pomiędzy stronami umowy. Komunikacja ta ma charakter negocjacji prowadzonych w celu ustalenia, że okoliczności związane z epidemią wpłynęły lub mogą wpłynąć na wykonanie umowy oraz uzgodnienie zakresu dokonywanych zmian.

Strona dotknięta skutkami kryzysu epidemicznego w taki sposób, że wpływa to lub może wpłynąć na należyte wykonanie umowy jest zobowiązana niezwłocznie poinformować o tym fakcie swojego kontrahenta. Omawiany mechanizm może być wykorzystany zarówno przez wykonawcę, jak również przez zamawiającego, chociaż biorąc pod uwagę, że Tarcza Antykryzysowa ma wspierać przede wszystkim przedsiębiorców, najczęściej będą z niego korzystał wykonawcy. Wymóg niezwłoczności nie został zabezpieczony żadną sankcją. Jego wprowadzenie jest raczej przejawem dbałości ustawodawcy o szybkość negocjacji. Nie ma podstaw, aby uznać, że przekazanie informacji z opóźnieniem, choćby i zwinionym (zwłoka) stanowiło samodzielnie podstawę do nieuwzględnienia prośby o zmianę umowy.

Informacja o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy nie może być gołosłowna. Strona umowy powinna wskazać konkretne powody, dla których należyte wykonanie zamówienia jest zagrożone, dołączając stosowne dokumenty uwiarygadniające jej twierdzenia. Ustawodawca w art. 15r ust. 1 w sposób pośredni<sup>11</sup> wyliczył przykładowe czynniki, które mogą wpływać na należyte wykonanie umowy. Mogą one dotyczyć:

- a) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy (np. na podstawie umowy zlecenia), o ile osoby te uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia (art. 15r ust. 1 pkt 1 ustawy z 2.03.2020 r.);
- b) decyzji wydanych przez upoważnione organy sanepidu, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych (art. 15r ust. 1 pkt 2 ustawy z 2.03.2020 r.);
- c) poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, Ministra Zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, których adresatami jest zamawiający lub wykonawca<sup>12</sup> (art. 15r ust. 1 pkt 3 ustawy z 2.03.2020 r.);
- d) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych (art. 15r ust. 1 pkt 4 ustawy z 2.03.2020 r.);
- e) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy (art. 15r ust. 1 pkt 5 ustawy z 2.03.2020 r.).

Powyższe wyliczenie ma charakter przykładowy, zatem strona może powoływać się również na inne okoliczności niewymienione w art. 15r ust. 1 ustawy z 2.03.2020 r. Ważne, aby przedstawione informacje były również uwiarygodnione za pomocą stosownych oświadczeń lub dokumentów. Wykonawca może powoływać się również na okoliczności dotyczące jego podwykonawcy lub dalszych podwykonawców.

Druga strona umowy ocenia, czy wykazane okoliczności wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy i przekazuje kontrahentowi swoje uzasadnione stanowisko. Zgodnie z art. 15r ust. 3 ustawy z 2.03.2020 r. ma na to 14 dni od dnia otrzymania informacji wraz z oświadczeniami i dokumentami. Warto wspomnieć, że ustawa z 16.04.2020 r. dodała do art. 15r ustęp 1a, który pozwala wykonawcom zagranicznym przekazać odpowiednie dokumenty wydane przez odpowiednie instytucje w krajach, w których wykonawcy ci mają siedzibę lub wykonują działalność związaną z realizacją umowy lub oświadczenia tych wykonawców. Przekroczenie tego czternastodniowego terminu nie wiąże się z żadnymi sankcjami. W szczególności nie można uznać, że strona, która

9 Podobnie tenże, s. 200 i n. Por. też A. Nowak-Far, *Kontynuacja stosunku prawnego po zmianie parametrów przedmiotu zamówienia publicznego. Analiza prawa Unii Europejskiej oraz prawa Czech, Danii, Rumunii i Polski*, „Państwo i Prawo” 2/2020, s. 87.

10 Art. 15r został wprowadzony nowelizacją z 31.03.2020 r.

11 W art. 15r ust. 1 wyliczono okoliczności, których dotyczyć mogą dokumenty i oświadczenia przedłożone przez stronę umowy. W istocie jednak są to okoliczności, które mogą uzasadniać żądanie zmiany umowy.

12 W art. 15r ust. 1 pkt 3 mowa jest o poleceniach lub decyzjach obowiązujących wszystkie organy administracji rządowej działające w województwie i państwowe osoby prawne, organy samorządu terytorialnego, samorządowe osoby prawne oraz samorządowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, a także inne osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz przedsiębiorców – por. art. 11 ustawy z 2.03.2020 r. podmioty te mogą w zamówieniach publicznych występować w roli zamawiających bądź wykonawców.



nie przekazała swojego stanowiska w terminie 14 dni zgodziła się z zapatrywaniem kontrahenta co do wpływu okoliczności na wykonanie umowy. Jeżeli w trakcie oceny otrzymanej informacji zajdzie taka potrzeba, strona jest uprawniona do żądania przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów. W takim przypadku 14-dniowy termin biegnie od otrzymania tych dodatkowych oświadczeń lub dokumentów.

Wprawdzie art. 15r tego nie przewiduje, jednak wydaje się oczywiste, że oprócz przekazania udokumentowanej informacji o wpływie epidemii na należyte wykonanie umowy, strona postulująca zmianę umowy ma prawo określić zakres proponowanych zmian. Racjonalnym zachowaniem strony będzie wskazanie już na samym początku procesu komunikacji, w jakim zakresie umowa powinna być zmieniona. Strony unikną wówczas sytuacji, gdy po czasochłonnym ustaleniu, że zachodzą okoliczności uzasadniające zmiany umowy, dojdzie do sporu co do treści tych zmian, którego rozwiązanie ponownie zabierze cenny czas.

Przepisy regulujące omówioną wyżej procedurę komunikacji nie określają formy, w jakiej ta komunikacja powinna być prowadzona. W grę zatem wejdą wszystkie formy komunikacji: od osobistych spotkań, poprzez faks, telefon, komunikację elektroniczną (komunikatory internetowe, pocztę elektroniczną) po formę pisemną. Wydaje się, że – biorąc pod uwagę wymogi szybkości komunikacji i bezpieczeństwa osób reprezentujących kontrahentów – najlepszym rozwiązaniem jest komunikacja elektroniczna.

Kluczowy w opisywanym mechanizmie jest art. 15r ust. 4 ustawy z 2.03.2020 r. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w wyniku wcześniejszej komunikacji pomiędzy stronami zostanie ustalone, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, strony mogą dokonać jej zmiany na podstawie art. 144 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Literalne brzmienie tego przepisu może budzić wątpliwości. Przede wszystkim odnosi się on wprost do sytuacji, w której wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę umowy, a zamawiający ocenia zasadność tej prośby, pomijając sytuację odwrotną. Jest jednak oczywiste, że zmiana umowy może być dokonana również z inicjatywy zamawiającego. Ponadto art. 15r ust. 4 ustawy z 2.03.2020 r. upoważnia zamawiającego do dokonania zmiany umowy w uzgodnieniu z wykonawcą, co jest skrótem myślowym, gdyż w rzeczywistości zmiany dokonują obydwie, równoprawne przeciwieństwa, strony.

Zakres zmian powinien zostać ściśle dostosowany do wymogów sytuacji. Zmiana umowy powinna zmierzać do usunięcia lub przynajmniej zminimalizowania negatywnego wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na należyte wykonanie umowy. Zgodnie z art. 15r ust 4 ustawy z 2.03.2020 r. zmiana ta może polegać w szczególności na:

- a) zmianie terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowym zawieszeniu wykonywania umowy lub jej części;

- b) zmianie sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych;
- c) zmianie zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającej jej zmianie wynagrodzenia wykonawcy lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy.

Katalog możliwych rozwiązań jest otwarty, więc strony mogą uzgodnić zmianę o innej treści. Ważne jest przy tym, aby wartość każdej zmiany, w tym wzrost wartości wynagrodzenia wykonawcy, nie przekroczył 50% wartości pierwotnej umowy. Warunek ten stanowi kompilację wymogu wynikającego z art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. b Prawa zamówień publicznych, w którym mowa o wartości każdej zmiany<sup>13</sup> oraz wymogu z art. 15r ust 4 *in fine*, który odnosi się wyłącznie do zmiany polegającej na zmianie wynagrodzenia. Ponadto ustawodawca pominął w art. 15r ust 4 kolejny ważny warunek dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 144 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, jakim jest zakaz zmiany charakteru umowy, w rozumieniu zaproponowanym we wcześniejszym fragmencie niniejszego opracowania. Mimo milczenia ustawy z 2.03.2020 r. warunek ten ma pełne zastosowanie do zmiany umowy wywołanej przyczynami związanymi z COVID-19. Podobnie, art 144 ust 1c Prawa zamówień publicznych, który nakazuje zamawiającemu opublikować ogłoszenie o zmianie umowy również obowiązuje w sytuacji zmiany umowy na podstawie art 15r ust 4 ustawy z 2.03.2020 r.

Zmiana umowy dotycząca części zamówienia powierzonej do wykonania podwykonawcy pociąga za sobą konieczność odpowiedniej zmiany umowy o podwykonawstwo. Art. 15r ust. 8 wymaga, aby warunki wykonania umowy o podwykonawstwo nie były mniej korzystne niż warunki wykonania umowy pomiędzy wykonawcą a zamawiającym zmienionej w związku z wystąpieniem COVID-19. Przepis nie jest sformułowany w sposób precyzyjny. Wydaje się, że celem ustawodawcy jest ochrona podwykonawców przed pogorszeniem ich sytuacji pod pretekstem problemów spowodowanych przez epidemię. Przepis ten ma skłonić wykonawcę do podzielenia się z podwykonawcą korzyściami, jakie ten pierwszy osiągnął w drodze zmiany umowy. Przy tej okazji warto nawiązać do art. 15r ust. 7 ustawy z 2.03.2020 r., który nakazuje zmienić umowę o podwykonawstwo w sytuacji, gdy okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie tej umowy. W przeciwieństwie do przypadku uregulowanego w art. 15r ust. 8, zmiana umowy o podwykonawstwo, o której mowa w art. 15r ust. 7 nie jest powiązana ze zmianą umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Na zakończenie wątku podwykonawstwa należy dodać, że art. 15r ust. 7 i 8 mają również zastosowanie do umów zawieranych pomiędzy podwykonawcą

<sup>13</sup> Wymóg ten nie został uchylony ustawą z 2.03.2020 r.

a dalszym podwykonawcą, o czym stanowi art. 15r ust 9 ustawy z 2.03.2020 r.

Uznanie, że wykazane przez stronę okoliczności wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy nie zobowiązuje stron do zmiany umowy – tworzy ono jedynie podstawę do dokonania takiej zmiany, natomiast zmiana umowy, o czym była już mowa, wymaga zgody zamawiającego i wykonawcy. Z tego powodu sytuacja zamawiającego, który wyraził pozytywne stanowisko wobec informacji wykonawcy jest ukształtowana przez art. 15 ust. 4 ustawy z 2.03.2020 r. jako uprawnienie, a nie obowiązek do dokonania zmiany.

Omówione reguły zmiany kontraktu stanowią pewnego rodzaju standard minimalny. Może okazać się, że postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego korzystniej kształtują sytuację wykonawcy, niż przepisy ustawy z 2.03.2020 r. W takim przypadku stosuje się korzystniejsze dla wykonawcy postanowienia umowne, o czym przesądza art. 15r ust. 5, zastrzegając jednocześnie, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które mają lub mogą mieć wpływ na należyte wykonanie umowy nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy. Zastrzeżenie to będzie miało oczywiście zastosowanie jedynie w przypadku, gdy zawarta umowa przyznaje przynajmniej jednej ze stron prawo do odstąpienia od umowy, najczęściej na skutek naruszenia jej postanowień przez kontrahenta (tzw. odstąpienie sankcyjne). W sytuacji, gdy naruszenie zobowiązania umownego wynika wyłącznie z okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, strona nie będzie uprawniona do skorzystania z prawa do odstąpienia.

Kolejnym ważnym postanowieniem ustawy z 2.03.2020 r. jest art. 15r ust. 6, który dotyczy odpowiedzialności strony za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego przewiduje taką odpowiedzialność, w szczególności zawiera postanowienia dotyczące kar umownych, strona, która z inicjatywy swojego kontrahenta potwierdza, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy (w praktyce najczęściej będzie to zamawiający) jest zobowiązana ustalić, czy okoliczności te wpływają również na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań lub na ich wysokość. Z brzmienia art. 15r ust. 6 ustawy z 2.03.2020 r. wynika, że istnienie tego obowiązku jest niezależne od stanowiska kontrahenta, zatem w praktyce niejednokrotnie zamawiający będzie musiał z własnej inicjatywy zbadać, czy okoliczności przedstawione przez kontrahenta nie powinny skutkować odstąpieniem od naliczania kar umownych lub odszkodowań bądź obniżeniem ich wysokości. W przypadku zamawiającego publicznego, taka reakcja mogłaby go narazić na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W sukurs idzie art. 15s

pkt 1 ustawy z 2.03.2020 r., w którym jednoznacznie stwierdza się, że nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy należności powstałych 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. Na zakończenie tego wątku warto dodać, że takie okoliczności jak odstąpienie od naliczania kar umownych lub odszkodowań, czy też obniżenie ich wysokości odnoszą się do specyficznych aspektów wykonania umowy i nie wymagają zmiany jej treści. W szczególności wystarczające będzie stosowne jednostronne oświadczenie woli zamawiającego (w niektórych przypadkach – wykonawcy), a nie aneks do umowy wymagający zgody obu stron.

Ostatnią kwestią dotyczącą umowy w sprawie zamówienia publicznego uregulowaną w przepisach określanych jako Tarcza Antykryzysowa jest forma tej umowy. Umowy zawierane na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych dla swojej ważności wymagają formy pisemnej, co wynika wprost z art. 139 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Art. 781 par 2 Kodeksu cywilnego zrównuje oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, co oznacza, że zawarcie umowy w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełnia wymóg z art. 139 ust. 2 Prawa zamówień publicznych i nie skutkuje nieważnością umowy<sup>14</sup>. W tym kontekście art. 15r ust. 10 ustawy z 2.03.2020 r. nie wprowadza żadnej nowej normy. Należy go odczytywać jako autorytatywne rozstrzygnięcie ewentualnych wątpliwości, jakie może powziąć zamawiający w związku z zawieraniem umów podczas stanu zagrożenia epidemią lub epidemii, natomiast umowy zawarte w formie elektronicznej (opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi) przed epidemią zachowują swoją ważność.

## 4. Środki ochrony prawnej w świetle przepisów Tarczy Antykryzysowej

Nowelizacja z 31.03.2020 r. wstrzymała i zawiesiła bieg wielu terminów procesowych<sup>15</sup>, co jednak nie dotyczy postępowań odwoławczych prowadzonych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Z kolei zgodnie z art. 15z ust. 6 ustawy z 2.03.2020 r. w czasie stanu zagrożenia epidemią lub stanu epidemii nie

14 R. Szostak (red.), Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych, Warszawa 2018, s. 55.

15 Por. art. 15z ust. 1 ustawy z 2.03.2020 r.

przeprowadza się rozpraw ani posiedzeń jawnych. W konsekwencji odwołania wpływają do Izby na dotychczasowych zasadach, przy czym nie są rozpatrywane, ponieważ art. 189 ust 5 nakazuje Izbie rozpatrzyć odwołanie na jawnej rozprawie. Ma to szczególne znaczenie w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, gdy odwołanie dotyczy wyniku postępowania. W takim przypadku, na podstawie art. 183 Prawa zamówień publicznych, zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Uniknięciu poważnego uszczerbku z powodu niemożności udzielenia zamówienia służy mechanizm uchylenia zakazu zawarcia umowy uregulowany w art. 183 ust. 2-6 Prawa zamówień publicznych. Po drugie, wniesienie odwołania po upływie terminu składania ofert powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą<sup>16</sup>. Zamawiający nie jest więc zobowiązany do wezwania wykonawców do przedłużenia tego terminu, jednak zgodnie z art. 184 Prawa zamówień publicznych powinien wezwać wykonawców do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres przedłużającego się postępowania. Wezwanie powinno być wystosowane nie później niż na 7 dni przez upływem ważności wadium. Oczywiście dotyczy to wyłącznie wadium wniesionego w formie niepieniężnej.

Doniosłość tego problemu dostrzegają Prezes Krajowej Izby Odwoławczej i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Z informacji opublikowanych na stronie internetowej UZP wynika, że trwają prace nad wdrożeniem procedury rozpatrywania odwołań na podstawie dokumentacji przekazanej przez strony postępowania<sup>17</sup>, a więc bez rozprawy. Taka reorganizacja wymaga jednak zmian legislacyjnych, które jak dotąd nie zostały uchwalone.

## 5. Postępowanie o udzielenie zamówienia w czasach epidemii

Dotychczasowe rozważania oparte były na przepisach tworzących tzw. Tarczę Antykryzysową. Regulują one stosunkowo wąski aspekt funkcjonowania zamówień publicznych (zamówienia udzielane w celu przeciwdziałania COVID-19, zmiana umowy i zawieszenie rozpatrywania odwołań). W pozostałym zakresie postępowania muszą być prowadzone w opar-

ciu o przepisy Prawa zamówień publicznych. Z oczywistych względów zamawiający powinien dostosować procedury przetargowe do szczególnych warunków spowodowanych panującą epidemią. Poniżej sformułowane zostaną pewne propozycje, które – w moim zamyśle – mogą ułatwić, czy wręcz umożliwić stosunkowo sprawne i przede wszystkim bezpieczne przeprowadzenie postępowania.

Przede wszystkim zamawiający powinien dążyć do ograniczenia bezpośrednich, osobistych kontaktów z wykonawcami. W tym celu preferowane powinny być środki komunikacji elektronicznej. Mimo, że Prawo zamówień publicznych już od wielu lat dopuszcza komunikację elektroniczną, wciąż zdarzają się zamawiający, którzy opierają swoje postępowania wyłącznie na formie papierowej<sup>18</sup>. W dzisiejszych czasach nawet często stosowany w zamówieniach publicznych faks uznaje się już za przeżytek – wielu wykonawców nie posiada nawet odpowiednich urządzeń niezbędnych do takiej komunikacji. Trzeba przyznać, że również wśród wykonawców znaleźć można tradycjonalistów przywiązanych do formy papierowej. Nierzadką praktyką wśród wykonawców jest przesyłanie listem poleconym korespondencji przekazanej pierwotnie drogą elektroniczną. Epidemia jest dobrą okazją do całkowitego przejścia na komunikację elektroniczną prowadzoną za pomocą standardowej dziś poczty elektronicznej.

Pełna elektroniczacja postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne (na wzór tzw. postępowań unijnych) nie jest dopuszczalna. Zgodnie z art. 18a ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>19</sup> oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz tzw. oświadczenie wstępne „składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej, albo – za zgodą zamawiającego – w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Przepis ten pozwala zamawiającemu dopuścić formę elektroniczną ofert, wniosków i oświadczeń wstępnych, jednak nie uprawnia go do wykluczenia możliwości złożenia ofert, wniosków i oświadczeń wstępnych w formie pisemnej. W konsekwencji zamawiający, który zdecyduje się na umożliwienie składania ofert elektronicznych musi liczyć się z tym, że w tym samym postępowaniu zostaną złożone również oferty w formie pisemnej.

W związku z koniecznością zapewnienia możliwości złożenia oferty w formie pisemnej, np. za pośrednictwem opera-

16 Por. art. 182 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.

17 <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/prace-nad-przywroceniem-orzekania-krajowej-izby-odwolawczej/prace-nad-przywroceniem-orzekania-krajowej-izby-odwolawczej> (data dostępu: 21.04.2020 r.).

18 Ta uwaga dotyczy postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach o wartości równej lub większej niż progi unijne elektroniczną komunikację wymusił ustawodawca.

19 Dz.U. poz. 1020 z późn. zm. Art. 18a został wprowadzony nowelizacją z 20.07.2018 r. (Dz.U. poz. 1603).

tora pocztowego lub pośtańca, warto rozważyć wydłużenie terminu składania ofert ponad minimalne terminy ustawowe. Dzięki temu zmniejszy się ryzyko dostarczenia przesyłki zawierającej ofertę już po upływie terminu składania ofert, co będzie musiało skutkować zwrotem oferty wykonawcy.

Czynnością, podczas której zwykle dochodzi do bezpośrednich, osobistych kontaktów przedstawicieli zamawiającego z wykonawcami jest otwarcie ofert. Kształtowana od lat praktyka otwierania ofert sprawiła, że utarł się pogląd o obowiązku zapewnienia wykonawcom możliwości osobistego udziału w sesji otwarcia ofert. W rzeczywistości Prawo zamówień publicznych wymaga, aby otwarcie ofert było jawne, co – biorąc pod uwagę – współczesne możliwości techniczne wcale nie musi być realizowane wyłącznie za pomocą sesji otwarcia z udziałem wszystkich zainteresowanych. Taka sesja może być transmitowana online, o ile dostęp do niej nie jest w jakikolwiek sposób ograniczony (np. poprzez konieczność zakupu specjalnego oprogramowania, wykupienie dostępu do strony internetowej, na której prowadzona jest transmisja etc.). Potwierdził to Urząd Zamówień Publicznych w jednej ze swoich opinii<sup>20</sup>.

Jak wiadomo, ceny wielu produktów, materiałów, surowców wzrosły w związku z sytuacją na rynkach spowodowaną globalną epidemią. Wahaniom podlegają również kursy walut, co również wpływa na ceny dokonywanych transakcji. Jest to okoliczność, którą powinien uwzględnić zamawiający przygotowujący postępowanie, w szczególności dokonujący szacowania wartości zamówienia. Zgodnie z art. 35 ust 1 Prawa zamówień publicznych takiego dokonania należy dokonać nie wcześniej niż 3 miesiące przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę lub usługi oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy – w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane. Przepisem, który może mieć zastosowanie w okolicznościach związanych z wystąpieniem COVID-19 jest art. 35 ust 2 nakazujący zamawiającemu dokonać zmiany wartości zamówienia, jeżeli po jej ustaleniu „nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie”. Ma to szczególne znaczenie w przypadkach, gdy pierwotnie ustalona wartość zamówienia jest zbliżona do równowartości ustawowych progów, których przekroczenie ma istotne znaczenie proceduralne.

Na zakończenie warto uczulić zamawiających na problemy, na które natykają się wykonawcy chcący wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów

potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, wyznaczając mu termin, który nie może być krótszy od minimalnych terminów określonych w ustawie. Bardzo często zamawiający wyznacza możliwie krótki termin na złożenie dokumentów: 5 dni w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, 10 dni w postępowaniach o wartości równej lub większej niż progi unijne. Uzyskanie tych dokumentów w stosunkowo krótkim czasie może być dla wykonawcy zadaniem niewykonalnym w uwagi na możliwości dysponowania przez niego ograniczonymi zasobami kadrowymi oraz spowolnione działanie administracji publicznej. Warto wyznaczyć dłuższe terminy na złożenie tych dokumentów, ewentualnie uwzględnić te okoliczności wyznaczając odpowiednio dłuższe terminy na uzupełnienie brakujących dokumentów, w szczególności gdy wykonawca sygnalizuje, że niezłożenie dokumentów w pierwotnym terminie było spowodowane okolicznościami związanymi z COVID-19.

Szczególnym przypadkiem, dość często zgłaszanym przez wykonawców jest problem z uzyskaniem od niektórych oddziałów ZUS zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne w sytuacji, gdy wykonawca ubiega się o ulgę w opłacaniu tych składek. To powoduje, że przedsiębiorcy, którzy ubiegają się o wsparcie w ramach tzw. Tarczy Antykryzysowej mogą natrafić na nieprzewidywalny problem z wykazaniem braku jednej z podstaw wykluczenia. Przepisy Prawa zamówień publicznych zawierają dwie przesłanki wykluczenia z postępowania związane z opłacaniem danin publicznych w tym składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Art. 24 ust 1 pkt 15 nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem danin publicznych. Ta przesłanka ma charakter obligatoryjny (obowiązuje w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie Prawa zamówień publicznych), a jej brak jest wykazywany za pomocą stosownego oświadczenia wykonawcy. Opisany wyżej problem, z jakim spotykają się wykonawcy nie rodzi konieczności wykluczenia z postępowania, ponieważ ich zaległości najczęściej nie są jeszcze „prawomocne” w rozumieniu art. 24 ust 1 pkt 15. Prawo zamówień publicznych przewiduje jeszcze jedną przesłankę wykluczenia z postępowania. Art. 24 ust 5 pkt 8 nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności danin publicznych, w tym składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Przesłanka ta dotyczy „nieprawomocnych” zaległości i ma charakter fakultatywny (obowiązuje wyłącznie wtedy, gdy zamawiający wprowadzi ją w danym postępowaniu). Brak

20 <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/otwarcie-ofert-w-sytuacji-zagrozenia-epidemicznego> (data dostępu 21.04.2020 r.).



takich zaległości jest wykazywany za pomocą zaświadczenia wystawionego przez właściwy oddział ZUS. Opisany wyżej problem wykonawców będzie skutkował wykluczeniem ich z postępowań przetargowych właśnie na tej podstawie. Problem nie jest jednostkowy i warto, aby zamawiający w czasie epidemii, a przynajmniej w okresie, w którym ZUS nie wydaje zaświadczeń<sup>21</sup>, nie stosował fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust 5 pkt 8 Prawa zamówień publicznych.

Stan prawny na dzień 20.04.2020 r.

---

<sup>21</sup> Należy przyjąć, że jest to spowodowane przejściowymi trudnościami wynikającymi z rozpatrzenia wielu wniosków składanych przez przedsiębiorców.



Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.  
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.  
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

EKSPERTYZY NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601  
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70  
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl