

PILNE

Warszawa, dnia 24 marca 2020 r.

Sz. P. Mateusz Morawiecki
Prezes Rady Ministrów

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Sz. P. Jadwiga Emilewicz
Minister Rozwoju

Sz. P. Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Dotyczy: Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 – wybrane aspekty prawa zamówień publicznych

Szanowny Panie Premierze,
Szanowna Pani Minister,
Szanowny Panie Prezesie,

w imieniu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych przesyłamy kilka uwag do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (projekt z dnia 21 marca 2020 r., zwany dalej „**Projektem**”). Ograniczyliśmy się wyłącznie do proponowanego brzmienia art. 15r Projektu dotyczącego zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mamy świadomość konieczności szybkich działań legislacyjnych w tym przedmiocie. Wiemy jednak również, jak daleko idący wpływ na wykonywanie umów zawartych w reżimie zamówień publicznych ma dynamiczne rozprzestrzenianie się COVID-19 w Polsce. Wobec tego konieczne są regulacje stanowiące realne i skuteczne rozwiązanie tego problemu, pozwalające na szybkie i efektywne rozwiązanie sporów na tle wpływu obecnej sytuacji epidemiologicznej w kraju na wykonywanie umów. Mamy nadzieję, że zgłoszone poniżej uwagi zostaną wzięte pod uwagę w procesie legislacyjnym.

Wobec konieczności szybkich i zdecydowanych działań legislacyjnych zwracamy jedynie uwagę na kilka najważniejszych, naszym zdaniem, kwestii:

1. W naszej ocenie proponowana regulacja **art. 15r ust. 4 Projektu**:

„Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy (...) może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych...” (podkr. wł.)

nie poprawi istotnie w stosunku do obecnego stanu prawnego sytuacji stron umowy zawartej w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”). Wynika to z następujących okoliczności:

- W polskim prawie dominuje generalnie pogląd, że zaistnienie podstaw do zmian umowy wskazanych w art. 144 ust. 1 PZP **nie przyznaje żadnej ze stron umowy roszczenia** o dokonanie zmian. Art. 144 ust. 1 PZP nie zobowiązuje bowiem żadnej ze stron do dokonania zmian umowy - w konsekwencji każda ze stron może odmówić wprowadzenia zmiany, a druga strona nie może skutecznie dochodzić jej wprowadzenia¹.
- Na gruncie obecnie obowiązującego art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP możliwa jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Powszechnie za taką okoliczność uznaje się zdarzenie siły wyższej².
- W konsekwencji, przywołanie w art. 15r Projektu regulacji art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP (jako podstawy prawnej zmiany umowy) połączone ze sformułowaniem „Zamawiający może (...) dokonać zmiany umowy” nie zmienia sytuacji wykonawców, którzy już na gruncie obecnie obowiązujących przepisów (art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP) mają możliwość zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o zmianę umowy.
- Inaczej mówiąc, tak jak w obecnie obowiązującym stanie prawnym, **decyzja co do zmiany lub nie umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o**

¹ Przepisy art. 144 PZP „nie stwarzają ustawowego obowiązku złożenia oświadczenia woli w sprawie zmiany umowy finalnej ani żadnego innego w tej materii roszczenia.” (R. Szostak „Umowy o zamówienia publiczne w zarysie”, UZP, Warszawa 2018, s. 198).

² Za przypadek siły wyższej w naszej ocenie należy uznać stan epidemii COVID-19.

art. 15r Projektu będzie dalej w całości pozostawiona wolnej woli zamawiającego.

- Jedyne praktyczne znaczenie art. 15r ust. 4 można upatrywać w jednoznacznym przesądzeniu, iż okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogące wpłynąć lub wpływające na należyte wykonanie umowy stanowią nieprzewidziane okoliczności w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP.
2. Regulacja powinna obejmować w sposób wyraźny także umowy w rozumieniu ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r., poz. 1528) lub ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2019 r., poz. 1445).
 3. Nie jest dla nas jasne, dlaczego **art. 15r ust. 1 Projektu** wymienia akurat takie, a nie inne wskazane w tym przepisie okoliczności. Zdajemy sobie sprawę, że w związku z użyciem wyrażenia „w szczególności” katalog ten jest otwarty, ale z doświadczenia wiemy, że zamawiający będą odnosić się przede wszystkim do tych oświadczeń i dokumentów. W tym kontekście zwracamy również uwagę, że zgodnie z Projektem okoliczności dotyczące podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy będą mogły być uwzględniane wyłącznie, gdy będą miały związek z enumeratywnie wymienionymi przypadkami w art. 15r ust. 1 pkt 1-4 (por. art. 15r ust. 1 pkt 5).
 4. Na marginesie wskazujemy również, że art. 15r ust. 4 Projektu obejmuje literalnie wyłącznie zmiany „umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP dotyczy natomiast nie tylko zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale również zmian umowy ramowej. Ponieważ „umowy w sprawie zamówienia publicznego” oraz „umowy ramowe” stanowią odrębne pojęcia na gruncie PZP, istnieje ryzyko, iż przyjęcie regulacji art. 15r ust. 1 w obecnym brzmieniu spowoduje, że w rezultacie możliwości powoływania się na podstawę zmiany umowy określoną w art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP będą **jeszcze bardziej zawężone**.
5. **Wobec powyższego proponujemy:**
- a) w art. 15r ust. 4:
 - zamiast prawa zamawiającego do zmiany umowy przyznać stronom **roszczenie** o zmianę umowy lub umowy ramowej w przypadku zaistnienia okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 i jego wpływem na należyte wykonanie tej umowy, względnie przewidzieć w takim przypadku obowiązek powołania, na wzór Warunków Kontraktowych FIDC, **komisji rozjemczej**, której rozstrzygnięcie byłoby wiążące dla stron;
 - znacząco rozszerzyć okoliczności wskazane w art. 15r ust. 1, np. poprzez wskazanie, że obejmują one również sytuacje dobrowolnej kwarantanny, zejścia

z placu budowy lub innej faktycznej sytuacji nieobecności pracowników lub współpracowników ze względu na obawę przed zagrożeniem życia lub zdrowia;

b) w art. 15r ust. 1:

- wskazać, że okoliczności dotyczące podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy będą mogły być powołane w każdym przypadku okoliczności związanych z COVID-19, a nie tylko tych wskazanych w pkt 1-4 art. 15r ust. 1;
- regulacją art. 15r ust. 1 objąć również umowy ramowe.

Łączymy wyrazy szacunku

W imieniu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych:



Aldona Kowalczyk
Prezes Zarządu



dr hab. Piotr Bogdanowicz
Członek Zarządu