

Warszawa, dnia 26 marca 2020 r.

Pan Mateusz Morawiecki
Prezes Rady Ministrów
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Pani Jadwiga Emilewicz
Minister Rozwoju

Pan Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Dotyczy: rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 w zakresie dotyczącym prawa zamówień publicznych.

Szanowny Panie Premierze,

Szanowna Pani Minister,

Szanowny Panie Prezesie,

w imieniu Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych niniejszym pragniemy zgłosić uwagi do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (do wersji projektu z dnia 24 marca 2020 r., zwanej dalej „Projektem ustawy”) w zakresie dotyczącym prawa zamówień publicznych, a dokładnie do treści art. 15r Projektu ustawy.

Obecna sytuacja, spowodowana rozprzestrzenieniem się COVID-19, wywołuje lub wywołać może daleko idące skutki w zakresie realizacji kontraktów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych. Mowa tutaj nie tylko o epidemii w Polsce, ale i na całym świecie – nie można bowiem zapominać, iż zgodnie z treścią obowiązujących dyrektyw wiele przetargów publicznych o strategicznym znaczeniu odbywa się z udziałem podmiotów trzecich spoza granic naszego kraju, w tym na przykład z Niemiec, Włoch czy Hiszpanii, gdzie sytuacja epidemiczna stanowi bezpośrednie zagrożenie nie tylko dla faktycznego udziału tych podmiotów w realizacji kontraktów, ale nawet w samym zdobyciu

dokumentów podmiotowych, niezbędnych do wykazania niepodlegania wykluczeniu z postępowania już na etapie ofertowania, czy wnioskowania o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zamknięte urzędy, kwarantanna, czy zachorowanie i hospitalizacja).

W odniesieniu do obowiązujących już kontraktów, których realizacja rozpoczęła się przed ogłoszeniem pandemii COVID-19, zarówno Zamawiający jak i Wykonawcy potrzebują konkretnych rozwiązań, które pozwolą na efektywne działania w sytuacji bezpośredniego dla danego kontraktu zagrożenia. W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o rozpatrzenie poniższego stanowiska Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych, które z uwagi na dynamiczne tempo procesu legislacyjnego w tym zakresie obejmuje najważniejsze problemy rynku:

Art. 15r ust. 3 Projektu ustawy:

Strona umowy, o której mowa w ust. 1, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w ust. 1 i 2, w terminie 7 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania.

W naszej ocenie wskazany 7-dniowy termin na przekazanie stanowiska drugiej strony, może nie być przestrzegany z uwagi na brak jakiegokolwiek sankcji za niewywiązanie się z odpowiedzi w terminie. Dodatkowo należy zauważyć, iż sposób przekazywania sobie informacji przez strony kontraktu jest co do zasady określony w umowie, a ta może stanowić o pisemnej formie porozumiewania się zamawiającego i wykonawcy. W obecnej sytuacji może to okazać się znacznie utrudnione, gdyż nawet równoważność formy pisemnej i elektronicznej w przypadku opatrzenia korespondencji kwalifikowanym podpisem elektronicznym może okazać się niewystarczająca i ograniczająca w sytuacji, gdyby dany Wykonawca nie posiadał kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Warto więc rozważyć dopuszczenie w Projekcie ustawy wprost porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej, takich jak poczta elektroniczna.

Art. 15r ust. 4 Projektu ustawy:

Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, 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.*

Projektowany zapis wskazujący na możliwość dokonania zmiany umowy przez strony nie stanowi rozwiązania skutecznego i realnego, do jednoznacznego zastosowania. Wpisuje się ono bowiem w aktualny reżim art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), to jest

nie stanowi podstawy do roszczenia w zakresie dokonania zmian kontraktu. Nie obliguje też do żadnego działania, które mogłoby prowadzić do uzgodnień między stronami, nie obligując ich do podjęcia rozmów czy realizacji konkretnych czynności zmierzających do zawarcia aneksu.

Rekomendujemy, aby z treści przepisu wynikał obowiązek uregulowania sytuacji w zakresie, w jakim kontrakt dotkniętyby skutki pandemii, stanu zagrożenia epidemicznego czy epidemii COVID-19, a dopiero szczegółowe uzgodnienia w tym zakresie pozostały do uzgodnienia między stronami.

Projekt ustawy wskazuje jednoznacznie na zawarcie aneksu w trybie art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, co także w żaden realny sposób nie zmienia aktualnie obowiązującej sytuacji formalno-prawnej. Okoliczności wskazane w tym punkcie art. 144 ust. 1 obejmują wszelkie okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Przesłanka ta ziści się w naszej ocenie w każdej sytuacji związanej z epidemią COVID-19. Tym samym strony już teraz mają możliwość podjęcia rozmów na temat zmian kontraktu, a ich efekt jest zależny jedynie od ich woli i efektu tych ustaleń, z zastrzeżeniem granic określonych w ustawie Pzp. Od zapisów specustawy, jaką jest „Tarcza antykryzysowa” uczestnicy rynku oczekują bardziej radykalnych rozwiązań, które pozwolą na jak najefektywniejsze zapobieganie negatywnym skutkom, objawiającym się w istotny sposób w toku realizacji kontraktów o zamówienie publiczne. Nie może ono być pozostawione dobrowolnej woli zamawiającego, a właśnie w ten sposób zgodnie z brzmieniem Projektu ustawy możliwe jest procedowanie zmiany umowy.

W Projekcie ustawy, w treści art. 15 r ust. 4 doprecyzowano, iż okoliczności, z którymi może zwrócić się Wykonawca, a tym samym w tym zakresie rozpatrzy je Zamawiający, muszą mieścić się w katalogu wskazanym w ust. 1 tego przepisu. Należy zauważyć, iż przepis ten skonstruowano w taki sposób, iż przed punktami od 1 do 5 wpisano treść moqq dotyczyć w szczególności, co sugeruje, iż katalog ten ma charakter otwarty. Tym samym, ograniczenie w pozostałych przepisach okoliczności, na które może powołać się wykonawca, podwykonawca, czy dalszy podwykonawca, wydaje się być bezzasadne. Nawet jeżeli nie było zamiarem ustawodawcy takie rozumienie tych zapisów, istnieje duża obawa, że zamawiający odmówią odniesienia się do jakichkolwiek innych okoliczności poza tymi jednoznacznie wskazanymi w pkt od 1 do 5.

W związku z powyższym proponujemy:

- wprowadzenie prawa do roszczenia o zmianę umowy w związku z okolicznościami (szeroko pojętymi, uzasadnionymi indywidualnie) COVID-19, które mają lub mogą mieć istotny wpływ na wykonanie lub należyte wykonanie całości lub części umowy o zamówienie publiczne,
- usunięcie zapisów sugerujących ograniczenie katalogu okoliczności, na które strony mogą powołać się w związku z COVID-19 (nie obejmują one choćby możliwych sytuacji, w których wykonawca lub podwykonawca może zaprzestać realizacji zamówienia z uwagi na ochronę życia i zdrowia pracowników oraz brak możliwości zapewnienia im bezpiecznych warunków pracy, w tym minimalnej odległości między pracownikami, na przykład na placu budowy biorąc pod uwagę charakter wykonywanych prac),
- wskazanie określonych skutków prawnych, takich jak możliwość zawieszenia naliczania kar umownych oraz obowiązek dostosowania terminów realizacji umów do czasu trwania skutku epidemii w zakresie oddziaływania na realizację danego kontraktu.

Procedura udzielenia zamówienia publicznego.

Niepokojące są także sygnały od zagranicznych podmiotów trzecich, które napotkały na istotne problemy w otrzymaniu stosownych dokumentów podmiotowych, niezbędnych na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej chwili nawet rzetelne uzasadnienie Wykonawcy wraz z wnioskiem do Zamawiającego o wydłużenie terminu składania dokumentów

(w przypadku wezwania), czy ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, może pozostać bez rozpatrzenia lub spotkać się wprost z odmową Zamawiającego i zachowanie to nie będzie stało w sprzeczności z obowiązującą ustawą Pzp. Tym samym Wykonawcę z powodu okoliczności zupełnie od niego niezależnych mogą spotkać sankcje z tytułu niezłożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie.

Proponujemy więc zabezpieczenie interesu Wykonawców w takich okolicznościach poprzez ujęcie w Projekcie ustawy obowiązku dla Zamawiających w zakresie pozytywnego rozpatrzenia wniosku Wykonawcy w przypadku skutecznego uzasadnienia i udokumentowania zaistniałych okoliczności.

Warto także zaznaczyć, iż zapisy Projektu ustawy odnoszą się do kontraktów już trwających, pozostawiając tym samym dowolność w zakresie próby przeniesienia na Wykonawcę ciężaru ryzyk, wynikających z epidemii COVID-19, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po ogłoszeniu pandemii, staniu zagrożenia epidemicznego czy epidemii. Oczywiście wciąż pozostaje między stronami kontraktu możliwość negocjacji w zakresie siły wyższej, jednakże w żaden sposób jednoznacznie nie zabezpiecza to interesu żadnej ze stron.

Mamy nadzieję, że powyższe uwagi znajdą odzwierciedlenie w ostatecznej treści Projektu ustawy.

Łączymy wyrazy szacunku,



Kamila Mizeracka
Członek Zarządu
Polskie Stowarzyszenie Zamówień Publicznych