



JERZYKOWSKI I WSPÓLNICY
— SPÓŁKA KOMANDYTOWA —

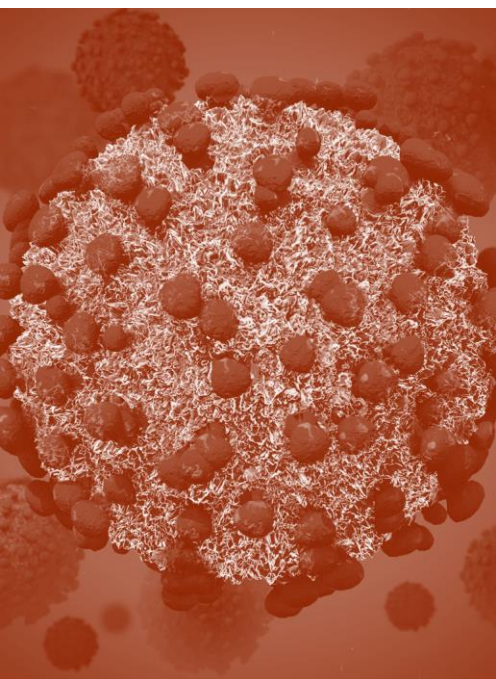
05
2020

Pandemia COVID-19

Zmiany umów w sprawach zamówień
publicznych na podstawie przepisów Tarcz
Antykryzysowych

Podstawy prawne dokonywania zmian w Specustawie COVID-19

Kluczowa część przepisów poświęconych zamówieniom publicznym w przepisach ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm. – „Specustawa COVID-19”) odnosi się do umów w sprawach zamówień publicznych.



Cechą tej regulacji jest wyraźnie widoczna dążność prawodawcy do utrzymania w mocy zawartych umów pomimo wystąpienia w trakcie ich realizacji nadzwyczajnego zdarzenia w postaci pandemii. Jej przejawem jest wyeksponowanie obowiązku wzajemnego poinformowania się przez strony umowy o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID 19 na należyte wykonanie umowy oraz na podstawy naliczenia kar umownych, wprowadzenie zakazu odstępowania od umowy z powodów związanych z wystąpieniem COVID-19 oraz wyeksponowanie dopuszczalności dokonania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. – „PZP”).

Regulacja zmiany umowy została zawarta w przepisie art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19, który stanowi, że zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP.

Dopuszczalność zmiany, a moment zawarcia umowy

Przyjęta konstrukcja przepisu powoduje, iż znajduje on zastosowanie zarówno do zmian umów, które już były zawarte w momencie jego wejścia w życie, jak i do umów zawieranych po jego wejściu w życie, w tym także zawieranych w wyniku rozstrzygnięcia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych po wejściu w życie omawianych przepisów.

Tak szeroki zakres zastosowania art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 jest następstwem dwóch aspektów prawnych. Po pierwsze przepisy te nie wprowadzają żadnej nowej podstawy prawnej dla dokonywania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do obowiązującego już wcześniej stanu prawnego. Normują jedynie szczególnie

przypadek zastosowania przesłanki zmiany uregulowanej w art. 144 ust 1 pkt 3 PZP. Przepis nie przy tym charakteru retoaktywnego, gdyż reguluje dopuszczalność zmiany umowy w ścisłym nawiązaniu do stanu prawnego (tj. oznaczonej podstawy prawnej) już obowiązującego w stosunku do tej umowy. Ingerencja ustawodawcy ogranicza się tym wypadku jedynie do przesądzenia *ex lege*, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, które mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego są okolicznościami nieprzewidywalnymi dla zamawiającego. Po wtóre na gruncie art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19, przesłanką zmiany umowy w sprawie zamówienia

Zastosowanie do umów zawartych przed i po wejściu w życie Specustawy COVID-19

publicznego nie jest samo wystąpienie pandemii COVID -19, ale dopiero jej wpływ (istniejący lub potencjalny) na należyte wykonanie umowy. Ponieważ wpływ ten może wystąpić zarówno w stosunku do umów dopiero zawieranych, jak i już istniejących, to nie można ograniczać zastosowania art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 tylko do umów zawartych po jego wejściu w życie.

Szczególne ujęcie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP w Specustawie COVID-19

Przywoływana w art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 podstawa zmiany umowy z art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP obejmuje *de facto* łącznie trzy przesłanki:

- musi zachodzić konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej;
- konieczność powyższa musi być spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć
- wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

Kluczowym elementem podstawy prawnej dokonywania zmiany umowy wynikającej z art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP jest przesłanka nieprzewidywalności wystąpienia okoliczności powodujących konieczność dokonania zmiany. Ustawodawca nieprzewidywalność wiąże z zachowaniem należytej staranności, czyli staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 KC).

W tym kontekście prawnym niemożność przewidzenia okoliczności rodzącej konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego przy zachowaniu należytej staranności nie może być utożsamiana z wiedzą zamawiającego o

Specustawa
COVID-19 odsyła do
przepisu art. 144
ust. 1 pkt 3 PZP

takich faktach lub zjawiskach, które mogą spowodować zmianę. Należy ją oceniać jako prawdopodobieństwo wystąpienia danego zdarzenia, które może doprowadzić do konieczności zmiany umowy.

Szczególne ujęcie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP w Specustawie COVID-19

Powyższe ujęcie przesłanki przewidywalności koresponduje też z ujęciem wynikającym z motywu (109) preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE oraz z motywu (115) preambuły do Dyrektywy 2014/25/UE, gdzie wskazano „*Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością.*”.

W odniesieniu do przedmiotowej przesłanki, Specustawa COVID-19 wprowadza swoiste domniemanie, iż konieczność zmiany umowy zachodzi na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, które mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy ma charakter nieprzewidywalny.

Domniemanie
nieprzewidywalności
konieczności
dokonania zmiany

Powyższe nie jest tożsame z domniemaniem istnienia samego wpływu na wykonywaną umowę. Specustawa COVID – 19 przesądza jedynie, iż ewentualny wpływ tych okoliczności na wykonanie umowy (o ile w istocie wystąpił lub może wystąpić) ma charakter nieprzewidywalny dla zamawiającego. Przyjęta konstrukcja prawna powoduje, że na gruncie art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 nie ma żadnych podstaw do przyjmowania, iż okoliczności związane z wystąpieniem COVID – 19 stanowią okoliczność możliwą do przewidzenia przez zamawiającego tylko dlatego, że umowa jest już zawierana w następstwie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanego już wejściu w życie tego przepisu.

Szczególne ujęcie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP w Specustawie COVID-19

Konieczność
wykazania
przesłanki
konieczności
dokonania
zmiany

Specustawa COVID-19 nie wprowadza domniemania istnienia przesłanki pierwszej z art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, tj. przesłanki konieczności dokonania zmiany umowy. W zakresie regulacji art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 wykazanie wpływu pandemii na realizację umowy wymaga już jej dowiedzenia przez strony. Ustawa wyraźnie stanowi bowiem, iż zmiana następuje dopiero po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zaletą Specustawy COVID-19 jest przesądzenie już na poziomie regulacji ustawowej, iż przesłanka konieczności dokonania zmiany umowy dotyczy nie tylko modyfikacji umowy w związku ze stwierdzonym już wpływem okoliczności związanych z COVID-19 na realizację umowy, ale również w związku z wpływem, który dopiero może wystąpić.

W zakresie tak wprowadzanej modyfikacji umowy przepis art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 nie wskazuje w jaki sposób należy wykazać potencjalny przyszły wpływ okoliczności na wykonywanie umowy. Jak się wydaje prawdopodobieństwo wystąpienia wpływu powinno być na tyle wysokie, że de facto jest on już nieuchronny. W tym kontekście warto również zwrócić uwagę, iż przepis stanowi jasno o przyszłym wpływie na realizację umowy następującym po stwierdzeniu okoliczności. Tym samym możliwa jest zatem zmiana umowy w sytuacji, gdy dane zdarzenie wywołane pandemią COVID-19 już wstąpiło, jakkolwiek jeszcze nie wywarło ono wpływu na realizację umowy, przy czym wpływ ten jawi się jako nieuchronny (np. utrudnienia w transporcie, które spowodują niedotrzymanie terminu umownego).

Szczególne ujęcie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP w Specustawie COVID-19

Przepis ten nie powinien być jednakże interpretowany aż tak liberalnie, że mógłby stanowić podstawę do dokonywania zmiany umowy już wówczas, gdy strony uznają wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzeń związanych z COVID -19, które wpłyną na realizację umowy. W świetle przepisów ustawy okoliczności wpływające na realizację umowy lub mogące wpłynąć w przyszłości muszą już istnieć w chwili zawierania aneksu.

Wskazana powyżej elastyczność regulacji ustawowej powinna zostać oceniana pozytywnie. Pozwala ona bowiem uregulować stronom umowy w sprawie zamówienia publicznego wzajemne relacje umowne nawet już wówczas, gdy zdarzenia wywołane pandemią wpłynęły na realizację umowy. Z tego też powodu art. 15r ust. 4 Specustawy COVID – 19 może być podstawą do regulowania wzajemnych relacji nawet *ex – post* czyli po wystąpieniu określonego zdarzenia wpływającego na realizowaną umowę, np. w drodze aneksu regulującego nowy termin wykonania przedmiotu już po niezawinionym przez wykonawcę upływie terminu pierwotnego. Z drugiej strony możliwość wprowadza zmian umowy w związku z prognozowanym wpływem zdarzeń związanych z COVID-19 na realizowaną umowę pozwala stronom, zawierać aneksy modyfikujące określone postanowienia umowne pod warunkiem zawieszającym faktycznego wystąpienia wpływu danej okoliczności na umowę, który to wpływ jeszcze nie nastąpił, ale jest uznawany przez strony jako prawdopodobny (zmiana terminu realizacji umowy, jeżeli określona liczba osób przeznaczonych do realizacji zamówienia zostanie objęta kwarantanną).

Ustawa nie stawia żadnych ograniczeń w uznawaniu danej okoliczności faktycznej związanej z wystąpieniem COVID-19 za okoliczność wpływającą lub mogącą wpłynąć na realizację, a zatem za okoliczność wpływającą (lub mogącą wpływać) na realizację umowy, która rodzi konieczność jej zmiany.

Dopuszczalność
uwzględniania
zdarzeń
związanych z
pandemią, które
już wpłynęły bądź
które dopiero
wpłyną na
realizację umowy

Szczególne ujęcie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP w Specustawie COVID-19

Istotnym jest jedynie, aby dana okoliczność wywołana była pandemią COVID-19 oraz aby wpływała na realizację (lub możliwość realizacji) umowy. Specustawa COVID – 19 wprowadzie wymienia katalog tego rodzaju okoliczności, jakkolwiek ma on charakter otwarty i przykładowy.

W związku z odesłaniem zawartym w art. 15r ust. 4 specustawy COVID – 19 do art. 15r ust. 1 tej ustawy okolicznościami wywierającymi (lub mogącymi wywierać wpływ) na realizację umowy będą okoliczności dotyczące:

- nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 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;
- poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19;
- wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy;
- okoliczności opisanych powyżej w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

Otwarty katalog
okoliczności
wywierających
wpływ lub
mogących
wywierać wpływ
na realizację
umowy

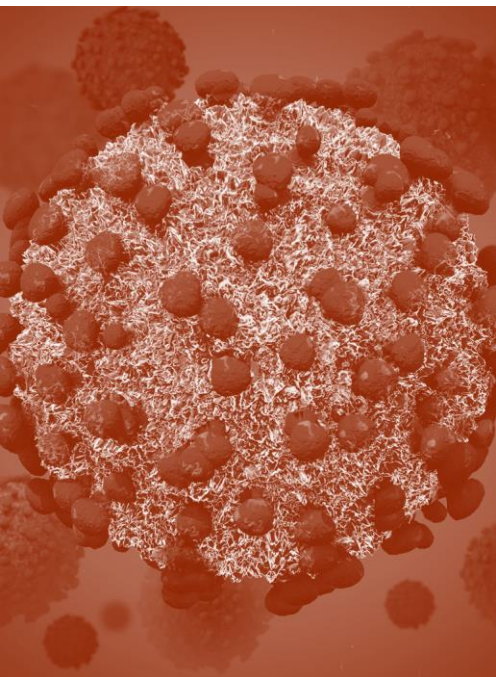
Dopuszczalność zmiany umowy, a obowiązek informacyjny stron

Jakkolwiek Specustawa COVID-19 mocno akcentuje obowiązek informowania się przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego o wpływie okoliczności wywołanych pandemią COVID – 19 na realizację umowy, to zauważyć należy, iż nie warunkuje dokonania zmiany od powiadomienia o tych okolicznościach przez wykonawcę. Przepis art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 stanowi jedynie o stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, bez jakiegokolwiek wskazywania źródła wiedzy na temat tych okoliczności.

W praktyce to najczęściej strona umowy będzie zainteresowana w komunikowaniu kontrahentowi informacji o przeszkodach w realizacji umowy, co jednak nie jest warunkiem dopuszczalności zmiany dokonywanej w oparciu o omawiane przepisy. Źródło wiedzy o okolicznościach związanych z wystąpieniem COVID-19, które mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy jest irrelewantne prawnie.

Na skuteczność zawarcia aneksu w oparciu o art. 15r ust. 4 Specustawy COVID – 19 bez wpływu jest również uchybienie terminom wynikającym z tej ustawy na dokonywanie powiadomień o okolicznościach wpływających na realizację umowy oraz na ustosunkowywanie się do takich powiadomień. Stosownie do postanowień art. 15r ust. 1 Specustawy COVID-19 strony umowy w sprawie zamówienia publicznego na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Przepis ten przewiduje również, że strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty.

Z kolei art. 15r ust. 2 Specustawy COVID – 19 stanowi, iż każda ze stron umowy może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy. Wreszcie na podstawie art. 15r ust. 3 Specustawy COVID – 19, strona umowy, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie wpływu



Dopuszczalność zmiany umowy, a obowiązek informacyjny stron

wykazywanych okoliczności na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania. Pomimo tak drobiazgowej regulacji terminów na powiadomienia oraz terminów na ustosunkowanie się do powiadomienia ustawa nie warunkuje skuteczności zmiany od ich dotrzymania. Skutek taki nie jest bowiem uregulowany ani w przepisach regulujących powiadomienie, ani w przepisach normujących zmianę. Wskazane terminy uznać należy jedynie jako mające na celu zmobilizowanie stron do jak najszybszego ustalenia wpływu zdarzeń związanych z pandemią COVID-19 na realizowaną przez nich umowę.

Zakres dopuszczalnych zmian umowy

Specustawa COVID-19 umożliwia dokonanie zróżnicowanych przedmiotowo zmian umowy

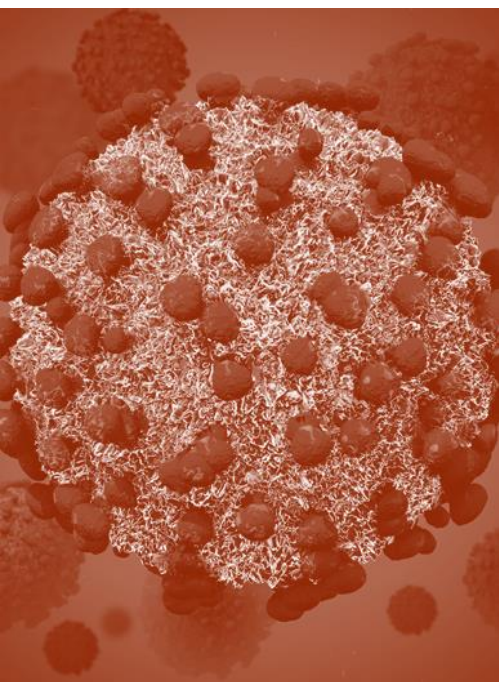
Posłużenie się w Specustawie COVID-19 instrumentem zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP umożliwia dokonanie zróżnicowanych przedmiotowo zmian umowy, dostosowanych do nowych potrzeb stron wywołanych wpływem okoliczności pandemii na realizację umowy. Zauważyć należy, iż zmiana dokonywana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP nie została ograniczona do konkretnych rodzajów zmiany. Na podstawie tego przepisu dopuszczalna jest modyfikacja de facto wszelkiego rodzaju postanowień umownych. Potwierdza to zresztą sam art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19, który z jednej strony wskazuje na otwarty katalog zmian, a z drugiej nawet w ramach tego katalogu jako poszczególne rodzaje zmian opisuje zmiany obejmujące bardzo szeroko ujęte stany faktyczne, i tak:

Zakres dopuszczalnych zmian umowy

- zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
- zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
- zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy.

Wprowadzenie tak szerokiego katalogu zmian, przy jednoczesnym określeniu go jako katalog przykładowy, jest rozwiązaniem bez wątpienia wpływającym na pewność i bezpieczeństwo obrotu prawnego. Trudność w zastosowaniu art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP w jego modelowej postaci wynikającej z PZP zasadza się na jego ogólności i wyrażaniu przesłanek przy pomocy określeń o charakterze ocennym. Wobec bardzo ogólnych zapisów omawianego przepisu, strony, w tym zwłaszcza zamawiający mają obawy, czy dokonywana przez nie zmiana nie zostanie następnie zakwestionowana jako niezgodna z art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP. Dość obszerne opisanie w Specustawie COVID – 19 rodzajów możliwych zmian ułatwia stronom umowy wprowadzenie modyfikacji umowy.

W związku z treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, która nie ogranicza dopuszczalnych rodzajów zmiany, interpretacja przykładowych rodzajów zmian, która znalazły się w katalogu wskazanym art. 15r ust. 4 PZP nie powinna być zawężająca. Z tego też powodu zmiana terminów wykonania umowy lub jej części może odnosić się do każdego z terminów wykonania świadczeń lub obowiązków umownych przewidzianych w umowie. Podobnie rzecz się ma z zawieszeniem wykonywania umowy. Jakkolwiek Specustawa COVID-19 posługuje się w tym zakresie swoistym skrótem myślowym, to nie powinno być wątpliwości, iż chodzi w tym przypadku o czasowe zawieszenie wykonywania wszelkiego rodzaju zobowiązań wynikających z umowy.



Zakres dopuszczalnych zmian umowy

Na tle tak ogólnie sformułowanego opisu rodzaju dokonywanej zmiany pojawia się wątpliwość dotycząca intensywności dokonywanej zmiany. Przepisy prawa (tak sam art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, jak nawiązujący do niego art. 15r ust. 4 Specustawy COVID – 19) nie precyzującą jak dalece winna nastąpić modyfikacja umowy polegająca na zmianie terminów czy zawieszeniu jej realizacji. Jak się wydane ocena powyższego zagadnienia prawnego powinna następować w oparciu o tą część przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, która stanowi o konieczności dokonania zmiany.

Zasadą wynikającą ze zdania wprowadzającego do art. 144 ust. 1 PZP jest przecież niezmiennosc umów w sprawach zamówień publicznych. Z tego też powodu zakres zmiany dokonywanej w oparciu o omawiane przepisy nie powinien wykraczać poza konieczny zakres modyfikacji wywołany okolicznościami wywołanymi przez pandemię COVID-19, które wpływają lub mogą wpłynąć w przyszłości na realizację umowy (np. przesunięcie terminu realizacji przedmiotu umowy z uwagi na wstrzymanie produkcji urządzeń dostarczanych w ramach realizacji umowy powinno nastąpić jedynie na okres wstrzymania tej produkcji i jego bezpośrednich następstw).

Dynamicznej wykładni powinna też podlegać interpretacja modyfikacji polegającej zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych. Zmiany tego rodzaju to przede wszystkim zmiany dotyczące technologii wykonania czy też zastosowanych materiałów z uwagi na ich czasową niedostępność wywołaną pandemią, ale także zmiany dotyczące określenia miejsca dostawy czy też sposobu oględzin przedmiotu dostawy, czy też zakresu świadczeń wykonywanych przy pomocy podwykonawców, a nawet dopuszczenie podwykonawstwa dla realizacji zakresów rzeczowych przewidzianych pierwotnie do osobistego wykonywania umowy przez wykonawcę. Ich wspólnym cechą musi być jednak każdorazowo wpływ okoliczności związanych z COVID-19 powodujący konieczność wprowadzenia zmiany.

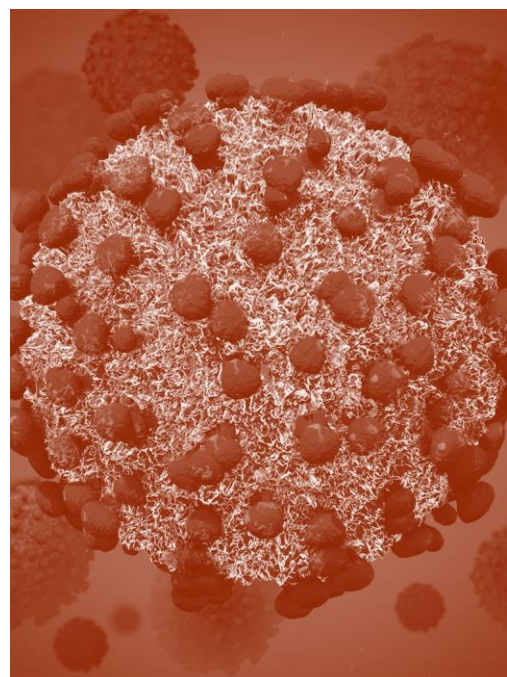
Zakres zmiany nie powinien wykraczać poza konieczny zakres modyfikacji wywołany okolicznościami wywołanymi przez pandemię COVID-19

Zakres dopuszczalnych zmian umowy

Co się tyczy modyfikacji umowy polegającej na zmianie zakresu świadczenia wykonawcy to Specustawa COVID-19 dopuszcza zarówno rozszerzenie, jak i zmniejszenie zakresu świadczenia wykonawcy. W odniesieniu do zmniejszenia zakresu nie został wprowadzony limit zmniejszenia. Ograniczenie zmiany zakresu świadczenia dotyczy tylko jego zwiększenia z uwagi, na tą część przepisu art. 15r ust. 4 Specustawy COVID -19, która artykułuje wyraźnie, iż wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy.

Zarówno zmiany zmniejszające zakres świadczenia, jak i zmiany zwiększające ten zakres obligatoryjnie muszą być skorelowane z odpowiadającą im zmianą wynagrodzenia wykonawcy. Przez odpowiadającą zmianie zakresu rzeczowego przedmiotu umowy zmianę wynagrodzenia rozumieć należy kwotę wyrażającą realną wartość zmiany. W praktyce przepis ten chroni przede wszystkim wykonawców. W związku z trudnościami w realizacji umowy wywołanymi COVID-19 przede wszystkim spodziewać należy raczej ograniczania zakresów rzeczowych realizowanych umów w celu doprowadzenia go wielkości możliwej do wykonania w sytuacji pandemii. Wynikająca z ustawy konieczność dokonania „odpowiedniej zmiany” wynagrodzenia chroni wykonawców przed warunkowaniem zgody na zmniejszenie zakresu rzeczowego od uzyskania przez zamawiającego zmniejszenia wynagrodzenia w kwocie większej, niż faktyczna wartość świadczeń objętych rezygnacją.

Spectrum możliwych zmian dokonywanych w oparciu o przepis art. 15r ust. 4 Specustawy COVID -19, jak już wskazano to powyżej nie obejmuje jedynie zmian wskazanych w tym przepisie. Strony mogą dokonać korekty także innych postanowień umownych, takich jak chociażby zmniejszenie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy na okres nierealizowania części lub całości przedmiotu umowy, czy też rezygnacja



Zakres dopuszczalnych zmian umowy

ze świadczeń mających drugorzędne znaczenie z punktu widzenia celu społeczno – gospodarczego zobowiązania wynikającego z umowy (np. z obowiązku utrzymywania ubezpieczenia OC w trakcie realizacji umowy).

Zakres dokonywanych zmian opartych na przepisie art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 nie jest jednak nieograniczony. Przepisy obowiązującego prawa wprowadzenia dwa zasadnicze ograniczenia w tym zakresie. Pierwsze z ograniczeń wyraża sam art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19, ustanawiając wymóg, iż wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy. Drugie ograniczenie wynika natomiast z przepisu art. 144 ust. 1b PZP.

Nie można tracić z pola widzenia, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikająca z przepisów Specustawy COVID-19 jest jedynie szczególnym przypadkiem zmiany uregulowanej w art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, co oznacza, że wszelkie wymagania prawne związane z tą podstawą modyfikacji umowy znajdują zastosowanie również w przypadku dokonywania zmiany z wykorzystaniem art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19. Z uwagi na powyższe omawianej zmiany umowy dotyczy również zakaz wykorzystywania zmiany postanowień umownych do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej (art. 144 ust. 1b PZP).

Prawo polskie i dyrektywy UE nie definiują pojęcia charakteru umowy („ogólnego charakteru umowy” w dyrektywach). Uzasadnione jest jednak przyjęcie, iż jest to autonomiczne pojęcie prawa wspólnotowego, niemające odpowiednika w przepisach prawa krajowego. Wskazówką co do jego rozumienia są załączniki do dyrektyw UE, tj. załącznik II do Dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi (w części C pkt 7), że opis zamówienia zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu ma zawierać informacje na temat charakteru i zakresu robót budowlanych, charakteru i ilości lub wartości dostaw bądź charakteru i zakresu usług, oraz

**Zakaz
wykorzystywania
zmiany
postanowień
umownych do
zmiany
charakteru
umowy**

Zakres dopuszczalnych zmian umowy

załącznik IX do Dyrektywy 2014/25/UE, który opis zamówienia zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym wprost nazywa charakterem zamówienia (w lit. A pkt 4 oraz w lit. B pkt 4). Na tej podstawie należałoby przyjmować, że charakter umowy (umowy ramowej) to zestaw cech indywidualizujących jej przedmiot na rynku zamówień publicznych. W tym ujęciu ogólny charakter umowy to określenie przyjęte przez zamawiającego dla zamawianego zamówienia. Wiązanie omawianego pojęcia z treścią ogłoszenia wydaje się o tyle zasadne, iż informacje zawarte w ogłoszeniu stanowią pierwsze źródło wiedzy o zamówieniu dla potencjalnych wykonawców i to one determinują ich decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu (zwłaszcza w przypadku postępowań wielostopniowych).

Obowiązek publikacji ogłoszenia

Po dokonaniu zmiany zamawiający zamieszcza w BZP lub przekazuje UPUE ogłoszenie o zmianie

Do omawianych zmian znajduje również zastosowanie art. 144 ust. 1a PZP, który stanowi, że zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Po dokonaniu zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy. Obowiązek opublikowania ogłoszenia o zmianie umowy wyrażony został w art. 144 ust. 1c PZP.

Wielokrotność zmian

Zmiany dokonywane w oparciu o przepis art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19 mogą być dokonywane wielokrotnie, przy czym każdorazowo zmiana podlega ocenie z punktu widzenia przesłanek wyrażonych w art.144 ust 1 pkt 3 PZP. Nie ma zatem przeszkód prawnych, aby kilkakrotnie dokonać zmiany tej samej umowy wraz z pogłębianiem się wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na realizację umowy czy też wystąpieniem nowych okoliczności wywołanych COVID – 19.

Zauważyć należy, iż opisywany powyżej limit 50% wartości wynagrodzenia nie odnosi się do wszystkich zmian umowy dokonywanych na podstawie art. 15r ust. 4 Specustawy COVID-19, lecz do danej zmiany.

Zmiany w oparciu o inne podstawy prawne

Specustawa COVID-19 nie zakazuje stosowania innych podstaw prawnych zmiany umowy niż art. 15r ust. 4.

Wyeksponowanie w Specustawie COVID-19 art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, jako podstawy zmiany umowy, nie wyłącza możliwości dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o inne podstawy zmiany uregulowane w art. 144 ust. 1 PZP. W szczególności strony mogą dokonać zmiany w oparciu o klauzulę adaptacyjną zamieszczoną w umowie lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stworzoną w oparciu o przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP. Stosownie do jego postanowień dopuszczalne są zmiany, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Zmiany w oparciu o inne podstawy prawne

Nie można też wykluczyć, iż potrzeba wprowadzenia modyfikacji umowy będzie mogła być w konkretnym przypadku zrealizowana poprzez instrument zmiany *de minimis* uregulowanej w art. 144 ust. 1 pkt 6 PZP, który dopuszcza zmiany umowy, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

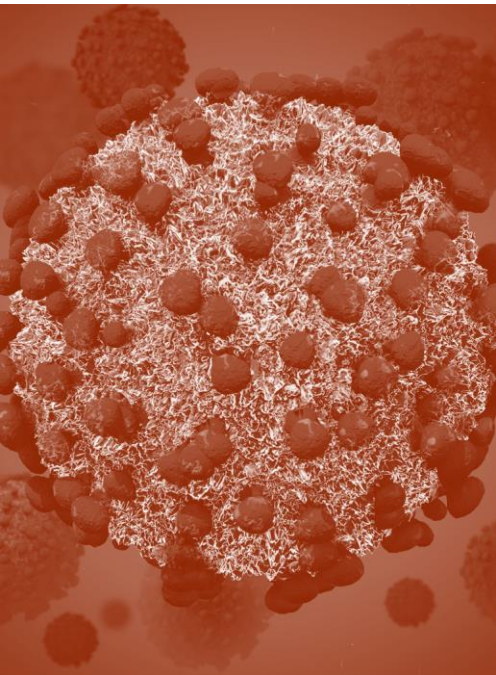
Od opisanej swobody zastosowania podstawy prawnej, w oparciu, o którą strony dokonają zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego wyjątek wprowadza przepis art. 15r ust. 5 Specustawy COVID -19. Przepis ten stanowi, że jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia korzystniej kształtujące sytuację wykonawcy, niż wynikałoby to z art. 15r ust. 4 (dot. zmiany dokonywanej w oparciu o przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP), to wówczas do zmiany umowy stosuje się te postanowienia. Przepis niewątpliwie więc daje pierwszeństwo zmianie dokonywanej w oparciu o klauzulę adaptacyjną zawartą w umowie lub w SIWZ, a powołanej do życia na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP.

Teoretycznie jasna regulacja art. 15r ust. 5 Specustawy COVID -19 w praktyce może budzić wiele wątpliwości. Po pierwsze art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP (o którym mowa w art. 15r ust. 4 Specustawy COVID -19, a do którego odsyła art. 15r ust. 5 Specustawy COVID -19) nie precyzuje jaką treść ma uzyskać zmiana. Jej treść zakres jest przede wszystkim efektem negocjacji stron, a ustawa ogranicza się wyłącznie do wskazania limitu 50% wzrostu wartości wynagrodzenia. O ile zatem, w przypadku prawidłowo skonstruowanej klauzuli umownej, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP można przewidzieć lub przynajmniej dokonać

Zakaz
wykorzystywania
zmiany
postanowień
umownych do
zmiany charakteru
umowy

Zmiany w oparciu o inne podstawy prawne

aproxymacji treści zmiany, o tyle nie jest to możliwe w przypadku zmiany dokonywanej w oparciu o przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP. Po wtóre ustawa nie rozstrzyga jak dokonywać porównania zmian, jako kształtującej sytuację wykonawcy „korzystniej” w przypadku zmian wieloaspektowych. Zmiana wynegocjowana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP może część aspektów zmiany kształtować korzystniej niż klauzula adaptacyjna z art. 144 ust 1 pkt 1 PZP, inną zaś kształtować mniej korzystnie. Ponadto przedmiotem tej samej zmiany mogą być zarazem także i inne elementy umowy, które w ogóle nie były ujęte w klauzuli adaptacyjnej, ale których ukształtowanie wpływa per capita na ocenę korzystności zmiany. Jak się wydaje ocena „korzystnego” charakteru zmiany powinna uwzględniać całokształt okoliczności sprawy oraz całokształt wprowadzanych zmian.





JERZYKOWSKI I WSPÓLNICY
— SPÓŁKA KOMANDYTOWA —

Jerzykowski i Wspólnicy.
Spółka komandytowa

ul. Sławomira 4/13,
71-606 Szczecin
tel. 91 464 68 50
kancelaria@jerzykowski.pl

www.jerzykowski.pl



Opracowanie:

Jarosław Jerzykowski
radca prawny

