

PRZEGLĄD PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

(3)2020 • DOI: 10.17951/ppa.2020.3.111-121

UNIwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

ZBIGNIEW LESZEK MAZUR

zibimaz@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1244-5763>

Realizacja zamówień publicznych w dobie pandemii COVID-19

*Realisation of Public Procurement during
the COVID-19 Pandemic*

Wybuch globalnej pandemii COVID-19 w 2020 r. spowodował, że pierwszoplanowym zadaniem państwa stały się działania mające na celu ochronę życia i zdrowia obywateli, takie jak wprowadzenie obostrzeń ograniczających rozprzestrzenianie się wirusa, wyznaczenie szpitali dla chorych czy organizacja laboratoriów wykonujących testy na koronawirusa.

Równie ważnym jak ochrona zdrowia zadaniem państwa było podjęcie działań mających na celu ochronę gospodarki przed skutkami kryzysu wywołanego pandemią. W związku z tym w ramach kolejnych ustaw, które medialnie określono mianem „tarcz antykryzysowych”, krajowy ustawodawca uchwalił przepisy dotyczące wsparcia dla przedsiębiorców, ale wprowadził również regulacje, które zmieniają obowiązujące przepisy w zakresie udzielania zamówień publicznych.

Celem niniejszego artykułu jest analiza najważniejszych przepisów uchwalonych na podstawie ustaw wprowadzających rozwiązania mające na celu zminimalizowanie skutków epidemii, które wpływają na funkcjonowanie systemu

zamówień publicznych, a także próba oceny oddziaływania tych regulacji na realizację zamówień publicznych.

Tytułem wprowadzenia należy zauważyć, że Prawo zamówień publicznych to regulacja, która podlega dynamicznym zmianom. Pierwszym aktem z tego zakresu, uchwalonym po transformacji ustrojowej w 1989 r., była ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹. Ten akt normatywny został zastąpiony przez ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych², która stanowi obecnie normatywną podstawę funkcjonowania zamówień publicznych. Znacząca nowelizacja ustawy, która miała na celu implementację dyrektyw unijnych, miała miejsce w 2016 r. na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw³. Pomimo dokonanej na mocy tej nowelizacji transpozycji norm dyrektyw unijnych, ustawodawca krajowy jednak zdecydował się uchwalić w dniu 11 września 2019 r. nowy akt normatywny w zakresie zamówień publicznych, który wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.⁴

Konieczność wprowadzenia zmian w przepisach dotyczących zamówień publicznych ze względu na epidemię COVID-19 wynika z funkcji, jaką pełni ustawa o zamówieniach publicznych, którą – mimo że można spotkać w doktrynie odmienne podejście – uznaje się generalnie za regulację o charakterze publicznoprawnym⁵. Pogląd taki zaprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 września 2001 r., podkreślając fakt, że celem norm zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych jest ochrona interesu publicznego⁶. Ustawa o zamówieniach publicznych w swojej istocie dotyczy bowiem dokonywania „zakupów”, które mają charakter publiczny⁷. Zamawiającymi, mówiąc w pewnym uproszczeniu, są jednostki sektora finansów publicznych, jednostki utworzone w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym oraz inne podmioty, które wydatkują środki publiczne.

Prawo zamówień publicznych stanowi przykład regulacji realizującej funkcję ochrony interesu publicznego, funkcję realizacji polityki gospodarczej i społecznej państwa oraz funkcję zapewnienia konkurencyjności umożliwiającej uzyskanie najkorzystniejszej oferty⁸.

Należy jednak pamiętać, że zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 13 Pzp zamówienia publiczne to umowy odpłatne na usługi, dostawy i roboty budowlane zawarte

¹ Dz.U. 1994, nr 26, poz. 344 ze zm.

² T.j. Dz.U. 2019, poz. 1843, dalej: Pzp.

³ Dz.U. 2016, poz. 1020.

⁴ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2019).

⁵ J. Sadowy, *Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 10.

⁶ Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00, OSNC 2020, nr 6, poz. 75.

⁷ *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017, s. 297

⁸ M. Lemke, *The experience of centralized enforcement in Poland*, [w:] *Public Procurement: The Continuing Revolution*, eds. S. Arrowsmith, M. Trybus, London 2003, s. 104 i n.

pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Na gruncie art. 2 pkt 11 Pzp wykonawcy to podmioty, które ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyli ofertę bądź zawarli umowę o zamówienie publiczne.

O wielkości rynku zamówień publicznych i jego znaczeniu dla wykonawców świadczą dane zawarte w sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za 2019 r. Wynika z niego, że wartość zamówień udzielanych na podstawie przepisów ustawy wyniosła w 2019 r. 198,9 mld zł, czyli około 8,75% Produktu Krajowego Brutto (PKB)⁹. Warto także pamiętać o tym, że większość środków pochodzących z funduszy unijnych, za pomocą których realizuje się m.in. duże inwestycje infrastrukturalne, takie jak budowa dróg, budowa i modernizacja linii kolejowych czy dostawy taboru kolejowego, jest wydatkowana poprzez procedury zamówień publicznych. W związku z tym należy przyjąć, że zamówienia publiczne odgrywają dużą rolę w obrocie gospodarczym.

Pierwszym zagadnieniem dostrzeżonym przez ustawodawcę w okresie pandemii była kwestia ułatwienia zamawiającym dokonywania zakupów niezbędnych z punktu widzenia zwalczania koronawirusa SARS-CoV-2. Zgodnie z art. 7 Pzp postępowanie o zamówienie publiczne ma charakter szczególny, gdyż powinno być przygotowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, z punktu widzenia ważności zasad dla systemu zamówień publicznych niezwykle istotne są dwie pierwsze zasady, których realizacja umożliwia szeroki dostęp do zamówień dla wykonawców¹⁰. Poza tym należy pamiętać, że immanentną cechą konkurencji pomiędzy wykonawcami jest napędzanie postępu, sprzyjanie innowacyjności, wpływanie bezpośrednio na poprawę jakości towarów i usług oraz regulowanie cen i napędzanie wzrostu gospodarczego¹¹.

W związku z powyższym większości zamówień publicznych udziela się w trybach konkurencyjnych, do których należy przetarg nieograniczony. W ramach tego trybu, w świetle art. 39 Pzp, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

Co istotne, ze względu na konieczność przeciwdziałania koronawirusowi SARS-CoV-2 ustawodawca w art. 6 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 kryzyso-

⁹ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 29.

¹⁰ J. Olszewska, J. Rokicki, *Zamówienia publiczne. Zarządzanie organizacją, ludźmi i problemami*, Warszawa 2010, s. 16.

¹¹ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 16.

wych¹², zdecydował się jednak na wyłączenie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie zrezygnował z realizacji omówionych wyżej najważniejszych zasad udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią powyższego przepisu do zamówień, których przedmiotem są towary lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, nie stosuje się przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Pierwszy wniosek, która wynika z analizy tego przepisu, jest taki, że ustawodawca nie przewidział wyłączenia spod reżimu stosowania ustawy zamówień, których przedmiot stanowią roboty budowlane, co uniemożliwia udzielenie zamówienia na budowę obiektu budowlanego, którego wykonanie mogłoby hipotetycznie być niezbędne do przeciwdziałania COVID-19. Jednocześnie należy zauważyć, że określając zakres przedmiotowy zamówienia, którego dotyczy wyłączenie ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca zastosował pojęcie usług, które są zdefiniowane w art. 2 ust. 10 ustawy o zamówieniach jako świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane bądź dostawy. Ponadto ustawodawca wprowadził niewystępujące na gruncie przepisów o zamówieniach pojęcie towaru, co może prowadzić do sporów dotyczących zakresu przedmiotowego zamówień objętych wyłączeniem. Należy w tym miejscu podkreślić, że w uchwalonej w dniu 31 marca 2020 r. nowelizacji ustawy w miejsce „towaru” ustawodawca wprowadził zdefiniowany w ustawie Prawo zamówień publicznych termin „dostawy”.

Kolejną przesłanką, którą zamawiający powinien spełnić, aby udzielić zamówienia na mocy analizowanego przepisu, jest kwestia sytuacji niezbędnej do przeciwdziałania COVID-19 oraz zaistnienia okoliczności, w których zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Jak wskazuje się w komentarzach do analizowanego przepisu, pewną wskazówką pomocną w ustaleniu, czy zachodzi powyższa przesłanka, mogą być informacje przekazywane przez organy właściwe w zakresie ochrony zdrowia, w szczególności przez Ministra Zdrowia, Głównego Inspektora Sanitarnego, Ministra Zdrowia oraz Głównego Inspektora Sanitarnego¹³.

Wydaje się, że zakup środków ochrony indywidualnej dla pracowników w postaci maseczek czy płynów do dezynfekcji rąk stanowi doskonałą i jedyną możliwą egzemplifikację sytuacji, która spełnia powyższe przesłanki stawiane przez ustawodawcę. Jednakże zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyłączenia

¹² Dz.U. 2020, poz. 374 ze zm.

¹³ M. Falkowska, *Wpływ „tarczy antykryzysowej” na zamówienia publiczne*, LEX/el. 2020.

czenie na podstawie art. 6 może być stosowane również do zamówień publicznych, których przedmiotem jest wyposażenie stanowiska pracy polegające na zakupie laptopów lub telefonów czy też dostosowanie infrastruktury informatycznej zamawiającego w celu wprowadzenia i wykonywania pracy zdalnej przez pracowników¹⁴.

Należy zauważyć, że możliwość skorzystania z wyłączenia ze stosowania przepisów ustawy dotyczyła określonego okresu, który wynosił 180 dni. Po upływie tego terminu zamawiający zobowiązani są do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nawet w przypadku zakupów środków ochrony dla pracowników, co może sugerować, że ustalając ściśle określony termin obowiązywania przepisu, ustawodawca krajowy wyszedł z założenia, że zamawiający w tym czasie dokonają wystarczających zakupów niezbędnych dla przeciwdziałania epidemii.

Warto pamiętać, że przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, które kończy się zawarciem umowy cywilnoprawnej, tak naprawdę rozpoczyna najważniejszy dla zamawiającego etap, którego celem jest wykonanie umowy o zamówienie publiczne. Podczas realizacji umów o zamówienie publiczne, która w zależności od przedmiotu zamówienia może trwać kilka czy – jak w przypadku robót budowlanych – nawet kilkadziesiąt miesięcy, mogą zaistnieć sytuacje, które stawiają pod dużym znakiem zapytania dotrzymanie określonych w umowie terminów czy innych postanowień umownych.

Kwestię wpływu okoliczności związanych z epidemią na należyte wykonanie umowy reguluje art. 15r uchwalonej w dniu 31 marca 2020 r. nowelizacji 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 kryzysowych¹⁵. Ustawodawca w art. 15r ust. 1 zamieścił katalog okoliczności potencjalnie oddziałujących na wykonanie umowy w czasie pandemii, do których należy zaliczyć nieobecność pracowników realizujących zamówienie, decyzje wydane przez Głównego Inspektora Sanitarnego, polecenia lub decyzje wydane przez wojewodów, polecenia ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów. Jako sytuacje, które mogą mieć wpływ na realizację umowy, wskazano również inne okoliczności, takie jak: wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych oraz okoliczności, które dotyczą podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, który bierze udział w wykonaniu zamówienia.

¹⁴ Urząd Zamówień Publicznych, Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID-19, 24.03.2020, www.uzp.gov.pl/zamowienia-covid-19/komunikat-w-sprawie-art.-6-tzw.-ustawy-o-covid-19 [dostęp: 22.09.2020].

¹⁵ Dz.U. 2020, poz. 568.

Należy podkreślić, że katalog określony w powyższym przepisie ma charakter otwarty. Oznacza to, że strony umowy mogą przedstawiać dokumenty, powołując się na inne zdarzenia. Jednak niezależnie od okoliczności bezwzględnie musi zostać spełniony warunek generalny – mają one mieć związek z wystąpieniem COVID-19 oraz mają wpływać lub mogą wpływać na należyte wykonanie wiążącej strony umowy¹⁶.

Przepis z art. 15r ust. 1 wprowadza też mechanizm regulujący zasady postępowania pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne, który polega na tym, że strony umowy niezwłocznie wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić.

Zamawiający – ze względu na okoliczności związane z COVID-19 – zgodnie z treścią art. 15r ust. 4 może zmienić termin wykonania umowy, czasowo zawiesić wykonywanie umowy, zmienić sposób wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych, a nawet zmienić zakres świadczenia wykonawcy oraz jego wynagrodzenie.

Warto w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z dyspozycją art. 15r ust. 4 ustawodawca w sprawie zmiany umowy odsyła do przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należyłą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy. Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp implementuje do polskiego porządku prawnego postanowienia art. 72 ust. 1 lit. c unijnej dyrektywy 2014/24/UE¹⁷. Cel wprowadzenia przywołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy, w którym wskazano, że instytucje zamawiające w toku realizacji zamówienia mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas.

Należy pamiętać o tym, że – jak wskazuje J. Nowicki w komentarzu do art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp – zaistniałe okoliczności nie mogą wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a za nieprzewidywalne uznaje się zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego. Do takich sytuacji zaliczane są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie czy niespodziewane

¹⁶ K. Adamczyk, *Tarcza antykryzysowa w zamówieniach publicznych*, „Monitor Prawa Zamówień Publicznych” 2020, nr 4, s. 6.

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94/65, 28.03.2014).

wypadki, a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego¹⁸.

Biorąc pod uwagę powyższy pogląd, wydaje się, że sytuację związaną z epidemią COVID-19 można zaliczyć do sytuacji zewnętrznych, które są niezależne od wykonawcy. Należy jednak przy tym pamiętać, że w świetle przepisów w zakresie zmiany umowy o zamówienie publiczne w dobie epidemii obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie prawidłowej oceny stanu faktycznego w zakresie wpływu okoliczności zgłaszanych przez wykonawców na realizację umowy o zamówienie publiczne. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której obniżenie zdolności wykonania umowy nie wynika z okoliczności związanych z epidemią, lecz z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W kontekście zmian umów o zamówienie publiczne należy zauważyć, że w treści umów zawarte są regulacje dotyczące egzekwowania przewidzianych kar umownych w sytuacji, gdy dochodzi do nieprawidłowego wykonania umów w zakresie terminu realizacji. Należy pamiętać, że zamawiającymi w większości są jednostki sektora finansów publicznych i podlegają oni przepisom ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁹, która ma na celu zapewnienie ładu finansów publicznych rozumianego jako respektowanie zasad gospodarki środkami publicznymi. W ustawie określony został katalog czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, do których w świetle art. 5 ust. 1 należy niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Jednocześnie zgodnie z art. 17 ust. 6 ustawy naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest również zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Wychodząc naprzeciw obawom zamawiających w kontekście naliczania kar umownych, ustawodawca na mocy wspomnianej wyżej ustawy wprowadził regulację określoną w art. 15s, zgodnie z którą naruszeniem dyscypliny finansów publicznych nie jest nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy należności powstałych w związku z jej niewykonaniem lub jej nienależytych wykonaniem na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 oraz zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonana w trybie wskazanym w specustawie. Regulacja ta pozwala zamawiającym na dokonywanie zmian umowy oraz nieegzekwowanie kar umownych w związku z opóźnieniami w realizacji umowy przez wykonawcę bez narażenia się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

¹⁸ J. Nowicki, *Komentarz do art. 144 ustawy*, [w:] *Prawo zamówień publicznych*, LEX/el. 2018.

¹⁹ Dz.U. 2005, nr 14, poz. 114.

W dniu 19 czerwca 2020 r. została uchwalona ustawa o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19²⁰, która wprowadziła kolejne zmiany w zakresie przepisów o zamówieniach publicznych.

Pierwsza kwestia, na którą należy zwrócić uwagę, dotyczy doprecyzowania przepisów o zmianach umowy o zamówienie publiczne, które zostały uchwalone we wcześniejszych regulacjach. Zgodnie z dyspozycją normy zawartej w zmienionym art. 15r ust. 4 oraz w nowo wprowadzonym art. 15r ust. 4a ustalono obowiązek dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, gdy zamawiający stwierdzi, że okoliczności związane z epidemią COVID-19 wskazane przez wykonawcę mają wpływ na należyte wykonanie umowy, natomiast gdy okoliczności wskazane przez wykonawcę mogą mieć wpływ na jej należyte wykonanie, wówczas zmiana umowy ma charakter fakultatywny.

Oprócz doprecyzowania kwestii związanych ze zmianą umowy wydaje się, że głównym celem uchwalenia przepisów w zakresie zamówień publicznych na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. była poprawa sytuacji finansowej wykonawców. Przede wszystkim doprecyzowana została sprawa potrącania kar umownych w postaci uchwalenia zakazu potrącania kar umownych w okresie epidemii. Zgodnie z treścią art. 15r¹ ust. 1 w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19 i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że wprowadzenie powyższych rozwiązań nie oznacza zniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy za niewykonanie umowy, a jedynie czasowe ograniczenie uprawnień zamawiającego w zakresie dokonywania potrąceń oraz zaspokajania się z zabezpieczenia należytego wykonania umowy²¹.

Kolejny krok zmierzający do poprawy sytuacji finansowej wykonawców stanowi art. 15vb ust. 2, który nakłada na zamawiającego obowiązek zapłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy w sprawie zamówienia

²⁰ Dz.U. 2020, poz. 1086.

²¹ K. Adamczyk, *Zamówienia publiczne w tarczy 4.0*, „Monitor Prawa Zamówień Publicznych” 2020, nr 6, s. 6.

publicznego, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Obowiązek ten dotyczy wszystkich kategorii umów na dostawy, usługi i roboty budowlane, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Jednocześnie należy pamiętać o tym, że udział w postępowaniu o zamówienie publiczne stanowi dla wykonawcy wysiłek finansowy wyrażający się w postaci wniesienia wadium, które zgodnie z art. 45 ust. 3 Pzp wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Co prawda, zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 Pzp. kwota wadium nie może przekroczyć 3% wartości zamówienia, ale w przypadku zamówień o większej wartości wniesienie wadium i tak jest znacznym kosztem finansowym dla wykonawcy. W związku z powyższym należy odnotować zmianę dokonaną na mocy art. 15va i 15vb. Zgodnie z treścią tych przepisów obowiązek żądania wadium od wykonawcy został wyłączony w postępowaniach, w których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Należy jednak podkreślić, że decyzja w tym zakresie została pozostawiona w gestii zamawiającego, dla którego podstawową funkcją wadium jest stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia²².

W kontekście konieczności zaangażowania środków finansowych przez wykonawcę i kolejnych działań pomocowych należy wspomnieć o instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, którego wysokość zgodnie z art. 150 ust. 2 Pzp może wynieść nawet do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Na mocy wprowadzonego na podstawie ustawy o dopłatach art. 15vb ustalono 5% ceny jako maksymalną wysokość zabezpieczenia, ale z zastrzeżeniem, że dopuszczalne jest ustalenie zabezpieczenia do 10% ceny całkowitej, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym umożliwiono zamawiającemu częściowy zwrot zabezpieczenia po wykonaniu części umowy, o ile przewidział taką możliwość w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podsumowując rozważania przeprowadzone w niniejszym artykule, należy stwierdzić, że ze względu na wybuch epidemii ustawodawca wprowadził regulacje w zakresie trzech istotnych aspektów zamówień publicznych.

Pierwsza z nich dotyczy wyłączenia zakupów niezbędnych do przeciwdziałania epidemii COVID-19 spod reżimu ustawy o zamówieniach publicznych. Regulację, która stanowi odstępstwo od podstawowych zasad zamówień publicznych,

²² H. Nowak, L. Korporowicz, *Prawo zamówień publicznych. Vademecum*, Warszawa 2010, s. 233.

jak zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, należy ocenić pozytywnie, gdyż umożliwiła ona zakup zarówno środków ochronnych dla pracowników, jak i sprzętu komputerowego, co umożliwiło świadczenie pracy zdalnej oraz przyczyniło się do większego bezpieczeństwa pracowników w okresie trwania epidemii. Należy jednak pamiętać o tym, że przepis ten obowiązywał do dnia 4 września 2020 r., w związku z czym zamawiający po tym terminie zobowiązani zostali do stosowania ustawy o zamówieniach publicznych, co może budzić wątpliwości ze względu na trwającą w dalszym ciągu epidemię oraz spodziewane nadejście jej drugiej fali.

Drugi aspekt zmian wprowadzonych ze względu na trwającą epidemię odnosi się do fazy realizacji umowy o zamówienie publiczne oraz spodziewanych przeszkód w dotrzymaniu zapisów kontraktowych przez wykonawcę. Sytuacja związana z COVID-19 wydaje się spełniać przesłanki zmiany umowy określone w art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, jednakże ocena stanu faktycznego w tym zakresie stanowi obowiązek zamawiającego.

Trzecie spectrum spraw, którego dotyczą zmiany przepisów o zamówieniach publicznych, obejmuje problematykę związaną z poprawą płynności finansowej podmiotów realizujących zamówienie. Należy jednak zauważyć, że zmiany w zakresie wyłączenia żądania wadium od wykonawców czy też obniżenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy zależne są *de facto* od decyzji zamawiającego jako podmiotu odpowiedzialnego za przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym trudno przewidzieć, jakie będzie postępowanie zamawiających w stosowaniu przepisów dotyczących wadium i zabezpieczenia. Co do wykonawców wydaje się, że na poprawę ich sytuacji finansowej większy wpływ mogą wywierać inne regulacje uchwalone w ramach „tarcz antykryzysowych”, do których można zaliczyć zawieszenie płatności składek ZUS oraz dofinansowanie części kosztów wynagrodzeń dla pracowników.

Należy podkreślić, że dokonana w niniejszym artykule analiza przepisów wprowadzających zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych została przeprowadzona z uwzględnieniem stanu prawnego obowiązującego na dzień 22 września 2020 r. w sytuacji, gdy nadal trwa epidemia COVID-19, a uczestnicy rynku zamówień publicznych oczekują na nadejście jej drugiej fali.

Pomimo tego, że – ze względu na powyższe okoliczności – pełna ocena efektu wprowadzonych regulacji na system zamówień publicznych nie jest możliwa, należy je ocenić pozytywnie, mając na uwadze fakt, że zostały wprowadzone w nadzwyczajnej sytuacji pandemii, przygotowano je i uchwalono w stosunkowo krótkim okresie i dotyczą one newralgicznych aspektów zamówień publicznych, istotnych zarówno dla zamawiających, jak i dla wykonawców.

Bibliografia

- Adamczyk K., *Tarcza antykryzysowa w zamówieniach publicznych*, „Monitor Prawa Zamówień Publicznych” 2020, nr 4.
- Adamczyk K., *Zamówienia publiczne w tarczy 4.0*, „Monitor Prawa Zamówień Publicznych” 2020, nr 6.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
- Falkowska M., *Wpływ „tarczy antykryzysowej” na zamówienia publiczne*, LEX/el. 2020.
- Lemke M., *The experience of centralized enforcement in Poland*, [w:] *Public Procurement: The Continuing Revolution*, eds. S. Arrowsmith, M. Trybus, London 2003.
- Nowak H., Korporowicz Ł., *Prawo zamówień publicznych. Vademecum*, Warszawa 2010.
- Nowicki J., *Komentarz do art. 144 ustawy*, [w:] *Prawo zamówień publicznych*, LEX/el. 2018.
- Olszewska J., Rokicki J., *Zamówienia publiczne. Zarządzanie organizacją, ludźmi i problemami*, Warszawa 2010.
- Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017.
- Sadowy J., *Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.

Abstract: The article deals with the analysis of major changes introduced to the Polish Public Procurement Law for the reason of the outbreak of the COVID-19 pandemic. First of all, the regulation in this area concerns the exclusion of the Public Procurement Law application in respect of necessary procurements. In addition, the legislator has introduced a mutual obligation to communicate about the impact of circumstances relating to the occurrence of COVID-19 on the proper performance of the contract and, as a consequence, the possibility of amending the public procurement contract. The last regulation has introduced solutions to reduce the costs of participation in tender proceedings and to encourage contractors to participate in public tenders.

Keywords: public procurement; COVID-19 pandemic; contract; possibility of amending the public procurement contract

Abstrakt: W artykule przeprowadzono analizę najważniejszych zmian wprowadzonych w ustawie Prawo zamówień publicznych ze względu na wybuch pandemii COVID-19. Zmiany dotyczyły możliwości wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku udzielenia zamówień koniecznych ze względu na COVID-19. Ponadto ustawodawca wprowadził obowiązek wzajemnej komunikacji o wpływie okoliczności związanych z COVID-19 na należyte wykonanie umowy i w konsekwencji na możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne. Ostatnia regulacja wprowadziła rozwiązania mające na celu obniżenie kosztów udziału w postępowaniu oraz zachęcenie wykonawców do udziału w przetargach publicznych.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne; pandemia COVID-19; umowa; możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne

