

## **Modyfikacja uprawnień stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dobie epidemii koronawirusa**

### **I. Wprowadzenie**

Polski prawodawca uchwalił na przestrzeni roku od ustanowienia stanu epidemii (od marca 2020 roku do marca 2021 roku) wiele specustaw wchodzących w skład tzw. „tarcz antykryzysowych”, tj. ustaw całkowicie nowych, a także zmieniających szereg już istniejących aktów prawnych, dotyczących różnorodnych obszarów funkcjonowania państwa. Nowelizacji poddano między innymi procedury udzielania zamówień publicznych. Najistotniejsze modyfikacje będące przedmiotem niniejszego artykułu dotyczą odstąpienia od stosowania procedur udzielenia zamówienia publicznego oraz modyfikację zawartych umów o realizację zamówienia publicznego. Zmiany legislacyjne zasługują na uwagę, ponieważ trwająca epidemia koronawirusa negatywnie odbiła się na funkcjonowaniu szpitali i pozostałych podmiotów leczniczych, a wykreowane narzędzia prawne miały za zadanie rozwiązać szereg praktycznych problemów. Problematicznym wydawało się nie tyle właściwe zorganizowanie pracy szpitala w stanie epidemii, co pozyskanie specjalistycznego asortymentu medycznego oraz wykonywanie uprzednio zawartych umów w trybie udzielenia zamówienia publicznego. Wobec czego sprawne zarządzanie jednym z najistotniejszych ogniw zwalczania groźnej choroby zakaźnej wymagało zmodyfikowania poszczególnych przepisów (uchylonej w momencie publikacji niniejszego opracowania) ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> oraz dostosowania nowego aktu prawnego poświęconego materii zamówień publicznych<sup>3</sup> do trudnego czasu epidemii. Modyfikacji poddano także pozostałe akty normatywne wpływające na zamówienia publiczne (np. ustawę o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi) mających ułatwić walkę z epidemicznym zagrożeniem<sup>4</sup>.

Należy już na wstępie zarysować, że modyfikacja zamówień publicznych polega na wykreowaniu instrumentów prawnych, mających zastosowanie do zainicjowanych do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania znajdujące się w toku realizacji. W niektórych sytuacjach prawodawca przewidział nawet możliwość odstąpienia od wszczęcia procedury zamówień publicznych przez zamawiających.

<sup>1</sup> Mgr Marcin Waszak – asystent w Katedrze i Zakładzie Prawa Medycznego i Farmaceutycznego, Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu; ORCID: 0000-0002-4944-8207; mwaszak@ump.edu.pl.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz. U. 2019, poz. 1843 oraz 2020, poz. 288, 1086.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. 2019, poz. 2019.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz. U. 2008, Nr 234, poz. 1570 z późn. zm. (dalej: ustawa o chorobach zakaźnych).

Należy zastanowić się, czy daleko idąca modyfikacja zamówień publicznych wpisuje się w zadania ochrony zdrowia, zawarte w art. 38 i art. 68 ust. 4 ustawy zasadniczej<sup>5</sup>. Innymi słowy, czy środki te nie ingerują nadmiernie w dotychczasowe uprawnienia stron zamówienia publicznego? Finalnie, autor rozważy czy w obowiązującym porządku prawnym istnieją narzędzia, które nie stanowiłyby dostatecznych rozwiązań dla niwelowania wpływu epidemii koronawirusa na np. umowę o realizację zamówienia publicznego drogą art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie autora wprowadzone przepisy spełniają swoją rolę, stanowiąc adekwatną odpowiedź państwa na nadzwyczajną sytuację, w której znalazły się strony zamówienia publicznego. Kompleksowość zmian analizowanych niniejszym artykułem wskazuje, że ustawodawca chciał stworzyć przyjazne dla wykonawców warunki do podtrzymania zawartych już umów o realizację zamówienia publicznego. Jednakże propozycje prawodawcy nie są pozbawione istotnych mankamentów mogących nawet uniemożliwić skorzystanie z przewidzianych narzędzi.

## II. Ogólny kierunek zmian dokonanych w zamówieniach publicznych

Tematyka poruszona w niniejszej publikacji znajduje zastosowanie zarówno do podmiotów leczniczych, podmiotów leczniczych prowadzących szpitale, jak i pozostałych przedsiębiorców w okresie rozprzestrzeniania się koronawirusa. Ostatnia grupa wymienionych podmiotów pozostaje szczególnie istotna dla funkcjonowania np. szpitali, ponieważ zapewnia dostarczenie powszechnych oraz wyspecjalizowanych zasobów, bezpośrednio związanych z ochroną przed koronawirusem jak np. odzież ochronna dla personelu, środki dezynfekcji osobistej czy specjalistyczne urządzenia, jak respirator. Natomiast przykładem powszechnego zapotrzebowania na sprzęt podstawowy podmiotu leczniczego mogą być leki obniżające gorączkę, czy choćby strzykawki.

Wobec czego należy omówić wybrane zagadnienia modyfikacji procedur udzielania zamówień publicznych dokonanych przez pakiet ustaw zwanych zbiorczo „tarczami antykryzysowymi”, istotnych z punktu widzenia podmiotów leczniczych oraz przedsiębiorców. Do takich zagadnień należy zaliczyć następujące grupy zagadnień:

- a) odstąpienie od stosowania procedury udzielenia zamówień publicznych w pewnych przypadkach;
- b) zmiany postanowień umownych w zawartej już umowie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wpływ okoliczności mających źródło w pandemii koronawirusa;
- c) wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na danej stronie internetowej.

Wymienione typy modyfikacji przewidziano w ustawach uchwalanych od marca 2020 r. do października 2020 r. Wówczas przyjęto szereg ustaw wraz z licznymi rozporządzeniami, mających na celu zwalczanie pandemii koronawirusa oraz jej negatywnych skutków społecznych i ekonomicznych. Akty te należy zaliczyć do ustaw

<sup>5</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

zwanych „tarczami antykryzysowymi”. Dla materii poruszanej niniejszym artykułem szczególne znaczenie mają:

- 1) pierwsza „tarcza” – ustawa 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<sup>6</sup> – znowelizowana następnie ustawą o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw<sup>7</sup> (dalej: ustawa o zwalczaniu COVID-19);
- 2) ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2<sup>8</sup>;
- 3) ustawa z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19<sup>9</sup>.

Pozostałe liczne akty prawne związane ze zwalczaniem epidemii COVID-19 nie mają większego znaczenia z punktu widzenia tematyki poruszanej w niniejszej publikacji. Akty te dotyczą wielu istotnych aspektów funkcjonowania państwa w dobie pandemii (w szczególności aspektów pomocy państwa dla przedsiębiorców), których pełne przedstawienie wymaga przynajmniej odrębnego kompleksowego opracowania.

Przed dokonaniem charakterystyki zarysowanych powyżej zmian warto jedynie odnotować, że do pewnych ułatwień w dziedzinie prowadzenia zamówień publicznych doszło także nie tylko mocą ustaw wchodzących w skład „tarcz antykryzysowych”, lecz również sugestii wykładni przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych wyrażonych w treści ogólnego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych<sup>10</sup>. Wskazano, że otwarcie ofert zamówienia publicznego może nastąpić drogą transmisji *on-line*. Bez wątplenia propozycję można odnieść do wszczętych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez podmioty lecznicze, co stanowi przyjazną interpretację art. 86 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wobec zamawiających i wykonawców.

W podobnym tonie należy ocenić zalecenie<sup>11</sup> Urzędu Zamówień Publicznych adresowane do zamawiających w przedmiocie kontaktowania się z wykonawcami za po-

<sup>6</sup> Ustawa 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. 2020, poz. 374.

<sup>7</sup> Ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2020, poz. 568.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, Dz. U. 2020, poz. 695.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19, Dz. U. 2020, poz. 2112.

<sup>10</sup> Oficjalna strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych, dostępna na: <https://www.uzp.gov.pl/zamowienia-covid-19/otwarcie-ofert-w-sytuacji-zagrozenia-epidemicznego>, stan na dzień: 15.03.2021.

<sup>11</sup> Oficjalna strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych, dostępna na <https://www.uzp.gov.pl/zamowienia-covid-19/komunikacja-elektroniczna-w-dobie-zagrozenia-epidemicznego>, stan na dzień: 15.03.2021.

mocą środków komunikacji elektronicznej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów unijnych. Zachęcono zamawiających do rozciągnięcia zasad prowadzenia elektronicznej korespondencji na docelowo wszystkie etapy postępowania w tym składania ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, a także dokumentów.

## II.1. Odstąpienie od stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych

W uzasadnieniu<sup>12</sup> pierwszej ustawy o zwalczaniu COVID-19 zawarto jedynie krótką informację mającą wyjaśnić cel podejmowanych zmian, odnoszących się tylko do jednego aspektu modyfikacji przepisów poświęconych zamówieniom publicznym tj. odstąpienia od stosowania przepisów poświęconych udzielaniu zamówień publicznych. Nadmieniono, iż: „Kolejna istotna z uwagi na cel wprowadzenia regulacji zasada to prawo do dokonywania zamówień, których przedmiotem są towary lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego”.

Powyżej przytoczone założenia wskazane w uzasadnieniu projektu ustawy o zwalczaniu COVID-19 zostały wręcz przepisane do art. 6 tej ustawy. W treści przepisu powielono jedynie, że odstąpienie od procedur udzielenia zamówień publicznych może nastąpić w sytuacji, gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Drogą nowelizacji<sup>13</sup> ustawy o zwalczaniu COVID-19 zadecydowano o rozszerzeniu zastosowania wyłączenia, gdyż sformułowanie „towary” zamieniono na „dostawy”. W kolejnym ustępie wymieniono zamawiających, których nie dotyczył obowiązek stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Bank Gospodarstwa Krajowego oraz Polski Fundusz Rozwoju Spółka Akcyjna). Przy czym należy doprecyzować, że przepis ten na mocy przepisów epizodycznych (art. 36 ust. 1 ustawy o zwalczaniu COVID-19) pozostawał w mocy w terminie 180 dni od dnia uchwalenia ustawy, co oznacza, że w dniu 4 września 2020 roku artykuł ten stracił moc.

Drogą jednej z kolejnych ustaw wchodzących w skład „tarcz anty kryzysowych” dodano art. 6a ust. 1 ustawy anty COVID-19<sup>14</sup>, w którym wprowadzono tożsame co do istoty rozwiązanie odnoszące się do odstąpienia stosowania procedury zamówień publicznych. Zgodnie z treścią regulacji: „Do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów ustawy [...]

<sup>12</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zwalczaniu COVID-19, s. 2.

<sup>13</sup> Przepis ten zmieniono przez art. 1 pkt 5, ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2020, poz. 568. Zmiany weszły w życie z dniem 31 marca 2020 r.

<sup>14</sup> Przepis ten dodano do ustawy o zwalczaniu COVID-19 drogą art. 20 pkt 3 ustawy z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19. Ustawa weszła w życie z dniem 29 listopada 2020 r.

Prawo zamówień publicznych [...], jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego”. Należy odnotować, że w ostatecznym kształcie komentowanego przepisu przewidziano zastosowanie opisywanej regulacji również do nowej ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 roku, co wynika wprost z art. 6a ust. 1 ustawy o zwalczaniu COVID-19. Droga ustępu nr 2 nałożono obowiązek publikacji informacji o udzieleniu zamówienia publicznego z pominięciem opisywanych procedur w terminie 7 dni w Biuletynie Informacji Publicznej.

Należy odnotować, że już w pierwszej ustawie o zwalczaniu COVID-19 przewidziano drogą art. 25 ust. 4 możliwość odstąpienia od stosowania procedur zamówień publicznych, dodając art. 46c do ustawy o chorobach zakaźnych. W treści tego przepisu wskazano, że do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych. Jednakże pewne obowiązki nałożono na podmioty lecznicze, ponieważ w art. 46c ust. 3 (dodanym przez art. 15 pkt 4 ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19 (zmiany weszły w życie z dniem 29 listopada 2020 r.) przewidziano, że w okresie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii do projektowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych, w tym zmiany sposobu użytkowania, przez podmioty wykonujące działalność leczniczą wymaga się zgody wojewody.

Oznacza to, że szereg podmiotów (w tym podmioty lecznicze), z mocy prawa pozostają zwolnione ze stosowania procedur zamówień publicznych do najczęstszych kategorii (rodzajów) postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w dobie epidemii koronawirusa. Zatem ustawodawca zaakcentował, iż skuteczność podejmowanych działań pozostaje znacznie istotniejsza i zarazem pożądana od ustawowych procedur oraz wynikających z nich formalności. Przy czym możliwość odstąpienia od procedur przewidzianych Prawem zamówień publicznych pozostaje możliwa jedynie w przypadku wystąpienia szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się COVID-19 bądź z powodu ochrony zdrowia publicznego oraz z powodu wystąpienia związku danego zamówienia z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan epidemii. *Ratio legis* ustawy sugeruje, że zmiany te mają odnosić się do przyszłych postępowań, nie zaś do wszczętych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności należy rozważyć analizę przesłanek, zezwalających na odstąpienie od stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych, czyli szybkie i niekontrolowane rozprzestrzenianie się choroby oraz ochrona służby zdrowia. Warto podkreślić, że ustawodawca od ponad roku nie aktualizował zaproponowanych kryteriów. O ile pierwsze kryterium odstąpienia od stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych pozostaje na względnie zrozumiałe, tak drugie już zdecydowanie mniej.

Pierwszy czynnik cechuje pozorna precyzyjność, bowiem przy konstruowaniu tego aktu prawnego posłużono się cechami, które trudno ocenić i to nie tylko z poziomu

podmiotu decydującego o wszczęciu postępowania dot. udzielenia zamówienia publicznego. Ustawodawca nie wskazał kto ma przesądzić o występowaniu wysokiego i niekontrolowanego prawdopodobieństwa rozwoju choroby. Innymi słowy ocena tego czy dochodzi do rozprzestrzenienia się choroby znajduje się w gestii ministra właściwego do spraw zdrowia, czy decyzję podejmują według własnego uznania np. jednostki zarządzające podmiotem leczniczym prowadzącym szpital? Nadto celowość wskazanego czynnika zdaje się dyskusyjna, ponieważ epidemia jakiegokolwiek choroby zakaźnej w dużej mierze polega na jej szybkim i niekontrolowanym rozprzestrzenieniu. Niekonsekwencją pozostaje również posłużenie się sformułowaniem „choroba”, ponieważ zarówno tytuł ustawy o zwalczaniu COVID-19, jak i art. 6a ust. 1 odwołują się do sformułowania COVID-19 lub innych chorób zakaźnych, nie zaś do dość ogólnego terminu choroby.

Analogicznie w odniesieniu do drugiego faktora, można domniemywać, że pośpiech zadecydował o odstąpieniu od bardziej zrozumiałego wyjaśnienia, które najpewniej należy traktować jako działania zagrażające zdrowiu społeczeństwa lub też jako systemowemu funkcjonowaniu służby zdrowia. Po wtóre ustawodawca zastosował kryterium niejasne, lecz zdecydowanie pojemne, zezwalające na zakwalifikowanie wielu możliwych zamówień publicznych do omawianego zbioru. Wydaje się, że właściwym byłoby odwołanie się przez ustawodawcę do celu zwalczania chorób epidemicznych, wskazanego w art. 68 ust. 4 ustawy zasadniczej.

Ustawodawca na gruncie ustawy o chorobach zakaźnych stworzył podobne założenia odstąpienia od zamówień publicznych do tych znajdujących się w pierwszej ustawie o zwalczaniu COVID-19, lecz katalog ten pozostaje znacznie bardziej pojemny z kilku przyczyn. Głównie dlatego, że przewiduje się odstąpienie od stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych również w odniesieniu do robót budowlanych. Nadto kryterium zezwalające na działanie niepodlegające reżimowi udzielania zamówień publicznych pozostaje zdecydowanie szersze, bowiem ustawa o chorobach zakaźnych posługuje się niesprecyzowanym sformułowaniem zwalczania lub zapobiegania epidemii, które w akcie tym nie zostało wyjaśnione. Nie wskazano również jaki rodzaj związku (przyczynowy, funkcjonalny, podmiotowy) ma cechować zamówienie publiczne z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii.

## II. 2. Zmiany postanowień umownych w umowie o udzielenie zamówienia publicznego oraz kwestie powiązane

Równie istotną rolę w funkcjonowaniu podmiotów leczniczych pełni także modyfikacja treści umów zawartych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział, że szereg ograniczeń wprowadzonych w okresie trwania tzw. *lockdownu* może bardzo negatywnie odbić się na kondycji finansowej przedsiębiorców, co przy założeniu najgorszego scenariusza mogłoby doprowadzić do fali upadłości i w konsekwencji niewykonania szeregu inwestycji będących przedmiotem zamówienia publicznego. W marcu 2020 roku na utrudnienie obrotu gospodarczego miało wpływ m.in.: zamknięcie granic, utrudnienia w handlu międzynarodowym, różny poziom reperkusji koronawirusa na gospodarkę pozostałych państw, pozyskanie

konkretnych materiałów (niekiedy niezbędnych, do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego). Dla zamawiającego możliwe opóźnienia wynikające z powyższych powodów są jednoznaczne z nienależytym wykonaniem umowy przez kontrahenta i zarazem powoduje to konieczność zminimalizowania powstałej z tego tytułu szkody poprzez nakładanie kar umownych lub wytaczania pozwów odszkodowawczych, dodatkowo komplikując pozycję gospodarczą przedsiębiorcy (wykonawcy lub dalszych podwykonawców) w niepewnych czasach.

W pierwszej kolejności należy odnotować, że rozwiązania zawarte w art. 15r. ustawy o zwalczaniu COVID-19 odnoszą się tylko i wyłącznie do zmian umowy wynikającej z konsekwencji pandemii koronawirusa. Przy czym w ocenie autora opisane poniżej regulacje mogą znaleźć zastosowanie wobec wszczętych, lecz niezakończonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (złożono oferty, lecz do czasu wprowadzenia stanu epidemii nie wybrano wykonawcy, bądź nie podpisano z nim umowy, a sytuacja gospodarcza uległa zmianie) lub zakończonych postępowań (wybrano wykonawcę, lecz przedmiot umowy znajduje się w trakcie realizacji). Wątpliwym pozostaje powoływanie się przez wykonawcę na wpływ koronawirusa w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca powinien orientować się w sytuacji na rynku i sporządzić ofertę uwzględniającą wszelkie omawiane czynniki. Chyba, że dane okoliczności pojawiły się niespodziewanie i nie można było ich przewidzieć w momencie składania oferty. Nadto, należy zauważyć, że prawa stron opisane na gruncie art. 15r. komentowanej specustawy nie naruszają co do zasady praw strony umowy wynikających z przepisów prawa cywilnego, co wynika wprost z art. 15v ustawy o zwalczaniu COVID-19.

W dalszej kolejności należy odnotować, że większość ze wskazanych obowiązków ma zastosowanie do obu stron danego zamówienia publicznego. Bliższej analizie należy przedstawić wybrane zmiany, które mogą znaleźć zastosowanie wobec podmiotów leczniczych.

Punkt wyjścia stanowi art. 15r ust. 1 ustawy o zwalczaniu COVID-19 nakładający na strony obowiązek niezwłocznego poinformowania się o (wraz z przedłożeniem dokumentów lub oświadczeń potwierdzającym ich zaistnienie) zdarzeniach oddziałujących na wykonanie umowy łączącej strony, tj. o takich, które wystąpiły lub mogą wystąpić. Źródłem omawianych okoliczności pozostają skutki wystąpienia COVID-19. Przepis ten znajduje zastosowanie również wobec postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych (obowiązującej od stycznia 2021 r.).

Następnie w ramach katalogu otwartego zaproponowano przykładowe zdarzenia stanowiące o konieczności informowania się stron. Szczególnie ważne wydają się następujące zdarzenia opisane przez prawodawcę odnoszące się do obu stron zamówienia publicznego (w tym także do podwykonawców lub dalszych podwykonawców):

- a) wydanie przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, Głównego Inspektora Sanitarnego, poleceń związanych z przeciwdziałaniem COVID-19 lub decyzji nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- b) wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;

c) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy.

Okoliczności wymienione przez prawodawcę wskazują, że przedmiotem korespondencji między stronami są każde czynniki rzutujące na poprawne wykonanie zamówienia publicznego w dobie epidemii koronawirusa. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca są zobligowani wymieniać się omawianymi informacjami, gdyż nie jest to już jedynie niepisany dobry zwyczaj między kontrahentami, a obowiązek ustawowy.

Przedkładanie oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających wystąpienie czynników mających wpływ na należyte wykonanie zamówienia publicznego nie można utożsamiać z wyrażeniem akceptu wobec zawartych w nich treści przez ich odbiorcę. Na mocy art. 15r ust. 2 wskazano, że każda ze stron może żądać przedstawienia dalszych dokumentów lub oświadczeń mających wpływ na wykonanie zobowiązania. Wydaje się to pożądanym praktycznie rozwiązaniem, bowiem zamawiający może nie być przekonany do uznania przedstawionych faktów za wpływających na wykonanie oraz uzasadniających zmianę umowy na gruncie np. samego oświadczenia wykonawcy (np. wykonawca zobligowany do cyklicznego dostarczenia leków, jedynie jednozdaniowym mailem poinformuje podmiot leczniczy prowadzący szpital, że nie ma możliwości dostarczenia przedmiotu zamówienia z uwagi na braki w hurtowniach. Dla zamawiającego może być to niewystarczające i szukając podstawy do zmiany umowy zasugeruje wykonawcy załączenie oświadczeń hurtowników o brakach danego leku). Tym samym stworzono legalną podstawę do kierowania dalszych pism w przedmiocie wykazania omawianych okoliczności między stronami zamówienia publicznego.

Nie trudno odnieść wrażenia, że w przytłaczającej ilości sytuacji instytucja ta będzie raczej tyczyć się sytuacji, w których wykonawca poinformuje zamawiającego o możliwych lub istniejących problemach z wykonaniem zamówienia publicznego.

Kolejnym obowiązkiem umieszczonym w art. 15r ust. 3 ustawy o zwalczaniu COVID-19 pozostaje obowiązek odniesienia się strony do składanych dokumentów lub oświadczeń (dotyczących wpływu koronawirusa na wykonanie zamówienia publicznego) w terminie 14 dni od ich otrzymania. Przesądzenie na poziomie ustawy o terminie sporządzenia repliki na przesłane stanowisko strony należy odczytywać bardziej jako gwarancję dla wykonawcy, ponieważ nie musi obawiać się obstrukcji ze strony zamawiającego i udzielenia wymijającej odpowiedzi po upływie np. 30 lub więcej dni. Warto zwrócić uwagę, że nie wykluczono dosłania dalszych dokumentów i oświadczeń przez stronę z własnej inicjatywy, czyli niejako bez przedstawienia żądania drugiego podmiotu.

Po zakończeniu wymiany dokumentów i oświadczeń zamawiający ocenia przedłożone dokumenty, decydując o ewentualnej zmianie umowy na mocy art. 15r ust. 4 ustawy o zwalczaniu COVID-19. Z przepisu tego wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że w razie stwierdzenia wystąpienia okoliczności opisanych w art. 15r ust. 1 zamawiający dokonuje zmiany postanowień umownych w uzgodnieniu z wykonawcą. Nie pozostawia się tutaj swobody w działaniu zamawiającego. Innymi słowy stwierdzenie przez zamawiającego wystąpienia okoliczności wpływających na wykonanie przedmiotu zamówienia, mających źródło w wystąpieniu COVID-19 wiąże go do poczynienia uzgodnień z wykonawcą i dokonania zmian w treści zobowiązania.



Odrębnie prezentuje się aspekt zmiany umowy na gruncie kolejnego ustępu (art. 15r ust. 4a), bowiem wskazano w nim, że okoliczności mające źródło w wystąpieniu koronawirusa, które mogą wpłynąć na należyte wykonanie zawartej umowy, prowadzą do modyfikacji umowy przez zamawiającego po poczynieniu uzgodnień z wykonawcą w trybie art. 15r ust. 4 ustawy o zwalczaniu COVID-19. Oznacza to, że sama możliwość wystąpienia przesłanek (wynikających z epidemii koronawirusa, lecz jeszcze niepotwierdzona przez zamawiającego) wpływających na realizację zawartej umowy skłania strony do dokonania zmian w umowie przez zamawiającego po dokonaniu uzgodnień z wykonawcą w sposób opisany w art. 15r ust. 4 ustawy o zwalczaniu COVID-19.

W aktualnym brzmieniu art. 15r ust. 4 ustawy o zwalczaniu COVID-19 zadecydowano, że zmiana umowy następuje w rozumieniu art. 455 ust. 1 pkt 4 nowego Prawa zamówień publicznych, tj. zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku uznania okoliczności zasygnalizowanych przez wykonawcę jako wpływających, bądź mogących wpływać na prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego, strony poprzez negocjacje dokonują zmiany umowy. Podobnie jak w zakresie obowiązku informowania się o okolicznościach rzutujących na realizację umowy o wykonanie zamówienia publicznego, prawodawca zadecydował o stworzeniu otwartego katalogu przyczyn przedmiotu zmiany umów. Wskazano przykładowo na trzy rodzaje zagadnień, będących najprawdopodobniej najczęstszym przedmiotem omawianych zmian:

- a) aspekt zmiany terminu wykonania umowy lub jej części bądź jej czasowe zawieszenie;
- b) aspekt modyfikacji sposobu realizacji dostaw, usług czy robót budowlanych;
- c) aspekt zmiany zakresu świadczenia wykonawcy i wynikających z tego modyfikacji wysokości wynagrodzenia lub sposobu jego rozliczenia.

Powyżej wymienione zakresy zmian wydają się kompleksową propozycją możliwych zmian w treści umowy o wykonanie zamówienia publicznego, mające źródło w pandemii koronawirusa. Należy odnotować, że modyfikacja umów o wykonanie zamówienia publicznego nie staje się dowolna, gdyż prawodawca zastrzegł, iż wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Zatem przewidziano, że zmiana umowy nie musi stanowić jednorazowego (niepowtarzalnego) aktu, lecz odnosić się do kilku oświadczeń woli.

Nieco dalej, bo w ust. 6 omawianego artykułu ustawy o zwalczaniu COVID-19 wskazano również, iż obowiązkiem strony udzielającej odpowiedzi na oświadczenia opisane w art. 15r ust. 3 ustawy o zwalczaniu COVID-19 pozostaje poinformowanie strony o nie tylko (co oczywiste) przedstawieniu wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie, lecz również ich wpływ na zasadność ustalenia i dochodzenia kar bądź odszkodowań lub ich wysokość (innymi słowy, czy w ogóle zachodzą przesłanki mogące zainicjować ich dochodzenie).

Pozytywnie należy ocenić również możliwość modyfikacji umowy związanej (w całości lub w części), z umową o wykonanie zamówienia publicznego, przewidzianą w art. 15r ust. 7 ustawy o zwalczaniu COVID-19. Intencją prawodawcy było zapewnienie możliwości dokonania zmian nie tylko w „podstawowej” umowie łączącej strony zamówienia publicznego, lecz również w umowach pobocznych, pozostających

w mniejszym lub w większym związku z zamówieniem publicznym. Ustawodawca za dbał także o dalsze strony pracujące nad wykonaniem zamówienia publicznego, z którymi zamawiający najczęściej nie współpracuje bezpośrednio, lecz jedynie akceptuje ich obecność w toku wykonywania umowy. W art. 15r ust. 8 i 9 ustawy o zwalczaniu COVID-19 podkreślono, że zmiany umowy dokonane między wykonawcą a zamawiającym nakładają na wykonawcę obowiązek dalszej modyfikacji umowy łączącej go z podwykonawcą. Warunki umowy zmienionej stosownym aneksem nie mogą być mniej korzystne niż warunki umowy ustalone między zamawiającym a wykonawcą w myśl art. 15r ust. 4 ustawy o zwalczaniu COVID-19. Analogiczne obowiązki dotyczą stosunków między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

Na marginesie należy wskazać, że zawieranie umów o wykonanie zamówienia publicznego, a także ich modyfikacja w sposób opisany niniejszym fragmentem w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz związanych z nimi ograniczeń w przemieszczaniu się, następuje pod rygorem nieważności, w formie pisemnej, albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co znajduje uzasadnienie w ust. 10 komentowanego przepisu.

Warto odnotować, że artykuł 15r ustawy anty COVID-19 stanowi w omawianym zakresie bliźniaczą regulację w stosunku do treści art. 144 ust. 1 pkt 3 uchylonego już Prawa zamówień publicznych. Wobec czego nie stworzono zupełnie nowej regulacji, lecz przeniesiono obowiązującą wówczas regulację do nowo stworzonej ustawy o zwalczaniu COVID-19.

Natomiast w sytuacji uprzedniego zawarcia w umowie o realizację zamówienia publicznego postanowień korzystniejszych kształtujących sytuację wykonawcy, niż w sposób ustawowych zmian opisanych powyżej, to na mocy art. 15r ust. 5 ustawy anty COVID-19 stosuje się korzystniejsze postanowienia (znajdujące się pierwotnie w umowie). Przy czym w tym wypadku okoliczności mające źródło w wystąpieniu koronawirusa, wpływające na należyte wykonanie umowy w przedmiocie zamówienia publicznego, nie mogą stanowić jedynej podstawy do realizacji prawa odstąpienia od umowy.

Należy zasygnalizować, że omawiany przepis został zbudowany nieprzejrzyście, co w oczywisty sposób rzutuje na jego czytelność. Autor opowiada się za wykładnią wskazującą, że powołanie się na korzystniejsze postanowienia umowne niesie ze sobą skutek niemożności finalizacji prawa do odstąpienia od umowy tylko z powodu powołania się przez wykonawcę na przyczyny związane wystąpieniem COVID-19. Uznanie przeciwnie, tj. odmówienie wykonawcy w każdym wypadku realizacji odstąpienia od umowy z powodów mających źródło w epidemii koronawirusa, umiejscowionych w mało przejrzysto skonstruowanym przepisie zdecydowanie podważałoby postrzeżenie racjonalnego prawodawcy. Tak doniosłe rozstrzygnięcie powinno być określone w sposób niebudzący wątpliwości w odrębnym ustępie, zlokalizowanym raczej na początku przepisu. Nadto, regulacja o niebywale istotnym praktycznie znaczeniu powinna zostać wskazana w odrębnym artykule (zakładając zupełny brak możliwości potraktowania przyczyn związanych z wystąpieniem COVID-19 jako samodzielnych przesłanek zezwalających na wykonanie odstąpienia od umowy). Niestety w uzasadnieniu projektu ustawy nie wyjaśniono zamysłu ustawodawcy. Podobnie na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, brakuje jakichkolwiek wskazówek in-

terpretacyjnych. Wydaje się, że przepis ten stanowi również gwarancję dla zamawiającego, gdyż wykonawca nie może powołać się jedynie na wystąpienie koronawirusa jako przesłanki zezwalającej na odstąpienie od podpisanej umowy.

Prawodawca poprzez odmówienie wykonawcy możliwości odstąpienia od umowy opowiedział się za równością stron i poszanowaniem sygnowanego już zobowiązania. Innymi słowy w tym szczególnym przypadku zrezygnowano z faworyzowania pozycji wykonawcy. Nadto w uzasadnieniu<sup>15</sup> drugiej ustawy z zakresu „tarcz antykrzysowych” podniesiono również, iż: „Celem ustawy nie jest bowiem ograniczanie uprawnień stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Zaakcentowano poszanowanie woli stron.

### III. Zakaz potrącania kar umownych

Przywołane przepisy należy czytać łącznie z innymi obowiązkami wpływającymi na pozycję zamawiającego. W aktualnym brzmieniu przepisu art. 15r<sup>1</sup> ust. 1 ustawy zwalczającej COVID-19 uregulowano zakaz potrącania kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (z przyczyn mających źródło w wystąpieniu pandemii koronawirusa opisanych powyżej) z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności. Nadto zakaz ten rozszerzono na brak możliwości dochodzenia zaspokojenia roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, w związku z którym zastrzeżono tę karę, jeżeli zdarzenie je inicjujące nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Zakaz ten osadzono w ramach czasowych, które opisano jako okres od obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19 do 90 dni od odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni. Prawodawca zdecydował drogą art. 15r<sup>1</sup> ust. 2 ustawy o zwalczaniu COVID-19, że w ramach czasowych wskazanych powyżej, bieg terminu przedawnienia roszczenia zamawiającego nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu. Termin ten może upłynąć najwcześniej po upływie 120 dni od dnia odwołania tego ze stanów, który obowiązywał jako ostatni.

W odniesieniu do kar umownych prawodawca drogą art. 15s ustawy o zwalczaniu COVID-19 zdecydował o zwolnieniu z odpowiedzialności (na gruncie w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>16</sup>) zamawiającego za nieegzekwowanie kar umownych (nieustalenie lub ich niedochodzenie) w przypadku:

- a) wystąpienia przyczyn mających źródło w pandemii koronawirusa w odniesieniu do należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego opisanych w art. 15r ust. 1 ustawy o zwalczaniu COVID-19;

<sup>15</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, s. 27.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. 2005, Nr 14, poz. 114 z późn. zm.

b) zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego w myśl art. 15s ust. 4 ustawy o zwalczaniu COVID-19.

W dalszych artykułach ustawy o zwalczaniu COVID-19 (art. 15t oraz 15u) doprecyzowano, że odpowiedzialności karnej (art. 296 § 1–4 Kodeksu karnego<sup>17</sup>) nie ponosi ten, kto odstąpi od dochodzenia od wykonawcy należności w związku z niewykonaniem i nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. Przyczyną zezwalającą na brak podstaw do odpowiedzialności karnej pozostaje wystąpienie przesłanek związanych z wystąpieniem koronawirusa lub zmianą umowy dokonana na podstawie art. 15r ust. 4 ustawy o zwalczaniu COVID-19. Z tych samych przyczyn nie odpowiada członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki (w rozumieniu art. 293 § 1 albo art. 483 § 1 Kodeksu spółek handlowych<sup>18</sup>).

#### IV. Tarcze antykryzysowe a istniejące rozwiązania prawne

Finalnie warto zastanowić się czy istniejące w systemie prawnym instytucje nie mogą zostać potraktowane jako dostateczne zapewnienie interesów państwa lub stron zamówienia publicznego, a rozwiązania wdrożone za pomocą „tarcz antykryzysowych” stają się ich powtórzeniem?

W brzmieniu nieobowiązującej już ustawy Prawo zamówień publicznych należy zauważyć, że ustawodawca preferował (nawet w sytuacjach kryzysowych) stosowanie przyspieszone zamówień publicznych, nie zaś całkowite odstępianie od nich. Przykładem pozostaje chociażby art. 67 ust. 1 pkt 3 uchylonej ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczający zamówienia publiczne z wolnej ręki np. w przypadku wystąpienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Innymi słowy zagrożenie rozprzestrzeniania się COVID-19 zostało potraktowane znacznie poważniej od np. niwelowania skutków klęski żywiołowej jaką może być powódź<sup>19</sup>, do której zastosowanie ma również cytowany przepis. Warto dodać, że na mocy ostatniej z ustaw wchodzących w skład tarcz antykryzysowych dodano nowe narzędzie prawne zezwalające na odstępianie od procedury udzielania zamówień publicznych. Znowelizowano jeden z przepisów ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, a dokładnie art. 46c, który w swej treści przewiduje odstępianie od procedury zamówień publicznych nawet w przypadku zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane. Stanowi to interesujący przykład, bowiem w tym wypadku nowe ustawy rzutują na już obecnie istniejące rozwiązania prawne.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. 2017, poz. 2204, t.j.

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz. U. 2020, poz. 1526, 2320, t.j.

<sup>19</sup> Uchwała KIO z dnia 8.08.2014 r. sygn. akt KIO/KD 70/14, s. 10, dostępna na oficjalnej stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0029/29972/KIO-KD-70-14.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/29972/KIO-KD-70-14.pdf), stan na dzień: 10.03.2021.

Zupełnie przeciwnie wygląda sytuacja w odniesieniu do zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego, prawodawca dostosował istniejący już przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych do realiów społeczno-gospodarczych mających miejsce po wprowadzeniu stanu epidemii w związku z pandemią koronawirusa. Poddanie analizie art. 144 prawa zamówień publicznych wydaje się zdecydowanie bardziej racjonalne, ponieważ wydaje się, że większość udzielonych zamówień publicznych w dobie stanu epidemii będzie podlegać reżimowi ustawy Prawo zamówień publicznych, którą uchylono z końcem 2020 roku, tj. niemalże 7 miesięcy od wprowadzenia stanu epidemii. Zbliżona instytucja została opisana mocą art. 455 dzisiaj obowiązującego Prawa zamówień publicznych.

Prawodawca zasięgnął z art. 144 ust. 1 pkt 3 wówczas obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych hipotezę, dodając tylko element konieczny w postaci dokonywania zmiany umowy o realizację zamówienia publicznego wynikającego z rozprzestrzeniania COVID-19.

Pobrzmiwa pytanie, dlaczego prawodawca zdecydował się na taki krok? Wszak zdecydowanie efektywniejszym rozwiązaniem pozostawało stworzenie odesłania do omawianego przepisu zamówień publicznych. Uzasadnienie projektu ustawy nie dostarcza odpowiedzi na tak sformułowane pytanie. Można jedynie domniemywać, że ustawodawca chciał mieć pewność, iż nie dojdzie do sytuacji, w których zamawiający poprzez zajęcie rygorystycznego stanowiska (np. zamawiający nie uznałby, że wpływ pandemii koronawirusa pozostaje dostatecznym argumentem), odmówi wykonawcy możliwości modyfikacji umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Nie można wykluczyć także względów wizerunkowych, ukazanie rządzących jako dbających o wszystkich w niepewnych czasach, w tym o przedsiębiorców, tworząc specjalne przepisy.

Przy czym należy podkreślić, że ówczesna (obecnie należałoby sięgnąć do art. 455 nowego Prawa zamówień publicznych) treść i prawidłowo przeprowadzona wykładnia art. 144 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych zezwalałyby na zakwalifikowanie pandemii koronawirusa jako przyczyny zmiany umowy. Skrótowy opis instytucji przedstawił Józef Edmund Nowicki<sup>20</sup> oceniając, że: „Okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, to zdarzenie, które w normalnym przebiegu wydarzeń było mało prawdopodobne do przewidzenia. Nieprzewidywalność ta powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniałe okoliczności nie mogą wynikać m.in. z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a tym samym nie mogą być spowodowane niedbalstwem, brakiem staranności lub opieszałością w udzieleniu zamówienia. Nieprzewidywalne będą zatem zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego lub z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, których wystąpienie powinien on przewidzieć. Do takich sytuacji należy zaliczyć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, tj. zdarzenia o charakterze przyszłym, nieprzewidywanym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego”. Niewątpliwie

<sup>20</sup> M. Kołecki, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1172.

niekontrolowane rozprzestrzenianie koronawirusa na całym świecie może zostać potraktowane jako klęska żywiołowa.

Reasumując, stworzono szereg rozwiązań korzystnych i elastycznych dla stron zamówienia publicznego, a szczególnie dla wykonawcy, których zakres zastosowania znacznie wykracza ponad dotychczasowe brzmienie artykułu 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Stworzenie odesłania do omawianego artykułu Prawa zamówień publicznych, przy zachowaniu pozostałych narzędzi dla stron zamówienia publicznego opisanych w ustawie o zwalczaniu COVID-19, należałoby potraktować jako przejaw niekonsekwencji legislacyjnej.

## V. Wnioski końcowe

Podsumowując liczne i istotne zmiany legislacyjne w materii zamówień publicznych należy ocenić, że bez wątpienia pozostają bardzo korzystne dla podmiotów funkcjonujących w systemie służby zdrowia. Wykreowane narzędzia prawne można uznać jako przykład realizacji obowiązku przewidzianego w Konstytucji RP, dot. zwalczania zagrożenia epidemicznego. Wykreowane narzędzia prawne stanowią adekwatną odpowiedź na skomplikowaną sytuację gospodarczą spowodowaną pandemią koronawirusa.

Elastyczne, choć nie zawsze przejrzyste czy zrozumiałe, podejście ustawodawcy zezwalającego na odstąpienie od stosowania zamówień publicznych (kryteria będące wypadkową rozwoju choroby, zwalczania epidemii, bądź ochrony służby zdrowia, bez konieczności uzyskania np. każdorazowego zezwolenia od wojewody czy właściwego ministra na odstąpienie od procedur) wpłynie korzystnie na podejmowanie zdecydowanych kroków i będzie w stanie zagwarantować szybkie (co najważniejsze w pełni legalne) zaopatrzenie podmiotów służby zdrowia w trudnym epidemicznym okresie. W praktyce omawiane zmiany w zakresie zamówień publicznych będą dotyczyć wąskiego segmentu rynku, lecz niesłuchanie istotnego w dobie epidemii.

Wprowadzone zmiany mogą skutkować znacznie krótszym procesem decyzyjnym, prowadzącym do odformalizowanego pozyskania niezbędnych środków, ułatwiających walkę z chorobami spowodowanymi koronawirusem. W praktyce szpitali może to oznaczać, że podmiot ten nawiąże rozmowy handlowe ze znanym sobie kontrahentem będącym przedsiębiorcą, co w konsekwencji może zakończyć się znacznie szybszym zawarciem umowy, niż w przypadku standardowego zainicjowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji otrzymania przedmiotu zamówienia. Nie mówiąc już o przebiegu ewentualnego postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, a następnie przed właściwym dla zamawiającego Sądem Okręgowym czy na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych Sądem Okręgowym w Warszawie.

Czy stworzone narzędzia prawne można uznać za pozbawione wad? Absolutnie nie, dlatego też odnosząc się do niejasności wobec komentowanej instytucji można zauważyć, że wątpliwości legislacyjne mogą odnosić się już do samych przesłanek zezwalających na stosowanie instytucji. Przy nieostrym kryterium odstąpienia od stosowania zamówień publicznych zamawiający tak naprawdę nigdy nie będzie

mieć pewności, że w danym konkretnym przypadku może skorzystać z ustawowego zwolnienia ze stosowania omawianych procedur. Kolejny raz nie świadczy to pozytywnie o jakości legislacji w dobie kryzysu epidemicznego. Dla przykładu, czy za szybki i niekontrolowanym rozwój choroby można uznać wskaźnik dzienny zakażeń koronawirusem oscylującym wokół 200 czy 30000 zakażeń? Być może jednak należy brać pod uwagę zakażenia w powiecie lub w danym województwie właściwym dla siedziby zamawiającego? Prawodawca nie udziela żadnych wskazań. W ocenie autora brakuje również zajęcia stanowiska przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, klarującego poruszone zagadnienie. Warto odnotować, że aktualnie obowiązujący art. 6a ustawy o zwalczaniu COVID-19 powtarza wszelkie niejasności, które towarzyszyły art. 6 tejże ustawy. Prawodawca z nieznanymi przyczynami nie zdecydował się na bardziej klarowne wyjaśnienie opisanych kwestii, mimo, że problemy te można uznać za oczywiste.

Jednakże w sytuacjach niepozostawiających wątpliwości niestosowanie omawianych ram prawnych należy ocenić pozytywnie z kilku powodów. Pierwszym z nich pozostaje szybkość działań. Podmiot leczniczy może jedynie w oparciu o zasady wolnorynkowe dokonywać zakupów pożądanego towarów lub usług. Nadto, podmiot leczniczy może wybrać kontrahenta nie według sztywnych schematów i czynników dokonywanych według sprecyzowanych ram czasowych, a według obranych wyłącznie przez siebie motywów, jakim może być np. dotychczasowa ocena współpracy z danym kontrahentem i pewność jego działań. Po drugie, podmiot leczniczy działa znacznie szybciej, niż w przypadku inicjacji jednej z procedur zamówień publicznych (nie uwzględniając możliwie czasochłonnej ścieżki odwoławczej).

Podobnie pozytywnie należy ocenić wprowadzone narzędzia prowadzące do zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika z nich, że prymatem wprowadzonych działań prawodawcy pozostawało utrzymanie współpracy stron zamówienia publicznego poprzez dalszą realizację umów o realizację zamówienia publicznego. Kosztem tego działania może być nawet wydłużenie kooperacji stron względem pierwotnego upływu terminu na realizację zamówienia publicznego czy podniesienie wynagrodzenia wykonawcy. Stworzone przez prawodawcę narzędzia bez wątpienia dają większe szanse wykonawcy, lecz należy pamiętać, że zatwierdzenie modyfikacji umowy leży tak naprawdę po stronie zamawiającego, czyli np. szpitala.

Mniejszymi mankamentami prawnymi cechują się przepisy ustawy o zwalczaniu COVID-19 przewidziane zmianom postanowień umownych o wykonanie zamówienia publicznego w dobie rozprzestrzeniania się koronawirusa. Prawodawca stworzył szereg uzupełniających się przepisów, które faworyzują jedynie wykonawcę, czyli w zdecydowanie mniejszej ilości przypadków przedsiębiorców, czyli przedstawicieli rynku prywatnego. Z drugiej strony legislator skonstruował omawiane regulacje celem kontynuacji realizacji zamówienia publicznego w trudnym dla gospodarki okresie, zatem również celem zaspokojenia interesu zamawiającego, zainteresowanego dostarczeniem przedmiotu zamówienia publicznego. Wydaje się, że prawodawca starał się zapobiec sytuacji, w której zamawiający związany postanowieniami umownymi bądź procedurami zamówień publicznych pozostanie zobowiązany do rozpisania nowego zamówienia publicznego (po np. odstąpieniu od uprzednio zawartej umowy). Takie rozwiązanie w dobie możliwego krachu gospodarczego byłoby równoznaczne z nie-

możliwością znalezienia wykonawcy mogącego zastąpić poprzednika, czyli *de facto* brakiem ukończenia przedmiotu zamówienia publicznego.

Finalnie należy odnotować, że istniejące w obrocie prawnym przepisy zostały przeniesione na grunt ustawy o zwalczaniu COVID-19. Unormowania sprzed obowiązywania „tarcz antykryzysowych” dotyczą zbliżonych, lecz możliwie szerszych ram obowiązywania. Przykładem pozostaje instytucja zmiany postanowień umownych, która została przeniesiona z uchylonego Prawa zamówień publicznych na grunt ustawy o zwalczaniu COVID-19, lecz zawężono jej działanie do przyczyn mających źródło w wystąpieniu COVID-19. Nieponoszenie odpowiedzialności karnej wobec osób niedochodzących należności za nienależyte wykonanie zamówienia publicznego należy raczej traktować jako logiczną konsekwencję wobec przyjętych rozwiązań, niż specjalne, nowe rozwiązanie.

### Streszczenie

Artykuł poświęcono aktualnej kwestii zmian legislacyjnych dotyczących udzielania zamówień publicznych w dobie pandemii koronawirusa. Polski prawodawca zaproponował kilka rozwiązań, które warto przybliżyć z uwagi na wymiar praktyczny prawnych narzędzi, stworzonych przez prawodawcę. Autor niniejszego artykułu przybliży kilka najistotniejszych rozwiązań dotyczących m.in. odstąpienia od stosowania procedur udzielania zamówień publicznych oraz możliwości dokonania zmiany umowy o realizację zamówienia publicznego.

**Słowa kluczowe:** epidemia, koronawirus, zamówienia publiczne, zmiany legislacyjne

### Modification of the rights of the parties to the public procurement procedure in the era of the coronavirus epidemic

#### Summary

The article focuses on the current issue of legislative changes concerning public procurement in the era of the coronavirus pandemic. The Polish legislator has proposed several solutions, which are worth bringing closer due to the practical dimension of the legal tools created by the legislator. The author of this article presents some of the essential solutions concerning, among other things, the abandonment of public procurement procedures and the possibility of amending a public procurement contract.

**Key words:** epidemic, coronavirus, public procurement, legislative changes