

Załącznik nr 2

ZAŁOŻENIA W ZAKRESIE RYZYKA KONTRAKTOWEGO. KONIECZNOŚĆ DOSTOSOWANIA POSTANOWIEŃ UMÓW - PRZYWRÓCENIE RÓWNOWAGI EKONOMICZNEJ UMOWY

I. Rekomendowane kluczowe założenia systemowe dla przeciwdziałania ryzykom kontraktowym:

1. Obligatoryjność po wykazaniu przez Wykonawcę wpływu konfliktu zbrojnego na Ukrainie lub sankcji nałożonych na Rosję lub Białoruś wpływu tych okoliczności na wykonanie umowy dokonania w oznaczonym terminie dokonania zmian:
 - zmiany terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części,
 - zmiany sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
 - zmiany zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającej jej zmiany wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy
 - zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w tym waloryzacji wynagrodzenia z uwzględnieniem proponowanych w Załączniku nr 1 zasad włączając umowy bez waloryzacji i z waloryzacją oraz zmiany w odniesieniu do ograniczenia maksymalnej wysokości waloryzacji
 - o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.
2. Fakultatywność dokonania zmian, jeśli sytuacja, o której mowa w pkt.1 powyżej może wpłynąć na realizację umowy.
3. Odstąpienie od sankcji, w tym egzekwowania kar umownych przy zawieszeniu terminów przedawnienia,
4. Możliwość jednostronnego zawieszania umowy,
5. Odstąpienie od odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych za zmianę umowy z przyczyn j.w. i w podanym wyżej zakresie, jak również od sankcji karnych.

II. Nadzwyczajna sytuacja z jaką mamy do czynienia w związku z wojną na Ukrainie oraz sankcjami nałożonymi na Rosję lub Białoruś powinna znaleźć odzwierciedlenie w jednolitych działaniach zamawiających zarówno na etapie postępowań o zamówienie publiczne, jak i podczas ich realizacji, w tożsamych stanach faktycznych i prawnych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zachodzi tożsamość sytuacji przedsiębiorców związanej ze skutkami inwazji Rosji na Ukrainę i wprowadzeniem sankcji dla produktów z Rosji lub Białorusi z sytuacją będącą podstawą wprowadzenia specustawy covidowej

Oznacza to konieczność wprowadzenia zmian systemowych – specustawy. Podstawą zmian w umowach byłyby istniejące przepisy prawa, a w szczególności Prawo zamówień publicznych i kodeks cywilny. Zasadniczym celem specustawy nie byłoby wprowadzanie odrębnych rozwiązań w tym zakresie. Nie prowadziłyby to w efekcie do naruszenia dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, ani nie stanowiłyby pomocy publicznej. Niewątpliwie pomocne byłyby tu już wydane Opinie Urzędu Zamówień Publicznych. Celem specustawy byłoby ustandaryzowanie działań rynku, a więc odejście od fakultatywności dokonywania zmiany umowy na rzecz jej obligatoryjności, w sytuacji gdy zamawiający stwierdzi, że nadzwyczajna zmiana stosunków od dnia 24.02.2022 r. wynikająca z okoliczności związanych z zbrojną inwazją Rosji na Ukrainę i sankcjami wobec Rosji lub Białorusi w zakresie wskazanym przez wykonawcę ma wpływ na wykonanie zamówienia. Przedkładana propozycja ma na celu stworzenie gwarancji, w szczególności dla wykonawców, że postanowienia umów o udzielenie zamówień publicznych będą uwzględniały nadzwyczajną zmianę stosunków od dnia 24.02.2022 r. z podanych wyżej przyczyn. Wszelkie działania powinny odbywać się z poszanowaniem podstawowych zasad zamówień publicznych, a w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, zasady zapewniania uczciwej konkurencji, zasady bezstronności i obiektywizmu, zasady legalizmu i zasada jawności. Obawy Zamawiających przed odpowiedzialnością z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz licznymi kontrolami mogą natomiast prowadzić do odmienności podejmowania decyzji w tożsamych stanach faktycznych, ale i do odstępowania wykonawców od realizacji umów na skutek drastycznego zachwiania równowagi ekonomicznej umowy i problemów wykonawców z płynnością finansową, co nie będzie korzystne dla całej gospodarki.

III. Konflikt zbrojny w Ukrainie oraz jego transgraniczne, gospodarcze skutki, przejawiające się np. przerwaniem łańcucha dostaw, niedostępnością materiałów, wzrostem cen materiałów i kosztów robocizny, a także wyjazdem z Polski pracowników będących obywatelami Ukrainy, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności i mieszczące się w dyspozycji art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.¹

Wnioskowany zakres regulacji dotyczy zmian opartych o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że zapewniona jest zgodność z dyrektywami:

(i) 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 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) – tzw. klasyczna

(ii) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.) – tzw. sektorowa

(iii) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., str. 76, z późn. zm.) – tzw. Obronna.

a więc z prawem unijnym. Nie mamy również do czynienia z pomocą publiczną.

Przepisy Prawa zamówień publicznych zawierają odpowiednie narzędzia, które po wprowadzeniu obligatoryjnych rozwiązań systemowych powinny zapewnić realizację zamówień publicznych w sytuacji w jaką mamy do czynienia po 24.02.2022 r., a mianowicie:

- (i) ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.):

Art. 455. [Zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia]

1. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

4) jeżeli konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należyłą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp”

- (ii) ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) w zw. z art.91 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.):

¹ Por. Opinia Urzędu Zamówień Publicznych „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp”

Art. 144. [Zakaz istotnych zmian umowy; unieważnienie zmian]

1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) zmiany 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;

3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych: Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp

III. Na tożsamość sytuacji przedsiębiorców związanej ze skutkami inwazji Rosji na Ukrainę i wprowadzeniem sankcji dla produktów z Rosji lub Białorusi z sytuacją będącą podstawą wprowadzenia specustawy covidowej wskazuje w szczególności uzasadnienie druku sejmowego nr 382 do tzw. Tarczy 4.0 COVID:

(i) W związku z zagrożeniem rozprzestrzeniania się zakażeń wirusem SARS-CoV-2 **istnieje konieczność wprowadzenia szczególnych rozwiązań, umożliwiających podejmowanie działań minimalizujących skutki utraty płynności finansowej przedsiębiorców dotkniętych trudną sytuacją wywołaną skutkami pandemii choroby zakaźnej COVID-19, wywołanej przez wirusa SARS-CoV-2².**

(ii) **Niemalże wszystkie branże zostały dotknięte skutkami epidemii** m.in. transport, turystyka, branża gastronomiczna, hotele, branża kulturowo-rozrywkowa, branża eventowa, branża windykacyjna, produkcja i sprzedaż odzieży, produkcja urządzeń elektrycznych (możliwość wyczerpania zapasów w sytuacji przedłużenia opóźnień dostaw z Chin), branża petrochemiczna (mniejszy popyt na produkty z Chin). **Występują zaburzenia dostaw towarów na rynku międzynarodowym. Pojawić się mogą również zatory płatnicze. To może prowadzić do zaburzeń w płynności i pogorszenia wyników finansowych firm.** Konsekwencją tego będzie ograniczenie skali inwestycji w środki trwałe. Zmiany w otoczeniu spowodowane pandemią mogą prowadzić do spadku popytu na produkty przedsiębiorstw oraz **problemy z pozyskaniem finansowania zewnętrznego. Spłylenie rynku kapitałowego i w konsekwencji zmniejszenie możliwości pozyskania inwestorów, przez m.in. emisje akcji na giełdach, może doprowadzić do utraty płynności.** Będzie to szczególnie ważne dla podmiotów, którym zwiększył się zapotrzebowanie na kredyty obrotowe (np. z powodu wydłużających się okresów spłat należności przez odbiorców lub konieczności finansowania wyższych zapasów). **Opisane zagrożenia powodują wzrost ryzyka wyraźnego wyhamowania wzrostu gospodarczego.³**

(iii) Dodatkowo przedsiębiorcy mogą także odczuć skutki epidemii **przez zwiększoną nieobecność pracowników** (unikanie spotkań w większych skupiskach lub ewentualnie ze względu na kwarantannę). **Konsekwencjami może być utrata kontraktów oraz roszczenia o kary za opóźnienia lub niewykonanie kontraktów i zamówień. Ograniczanie skali działalności, ograniczanie lub zawieszenie inwestycji w konsekwencji doprowadzi do problemów u producentów dóbr inwestycyjnych, spadku popytu na produkty przedsiębiorców, problemów z pozyskaniem finansowania, braku możliwości uregulowania zobowiązań publicznoprawnych, aż do utraty płynności.**

(iv) **W projektowanych przepisach proponuje się odejście od fakultatywności dokonywania zmiany umowy na rzecz jej obligatoryjności, w sytuacji gdy zamawiający stwierdzi, że okoliczności związane z epidemią COVID-19 wskazane przez wykonawcę mają wpływ na**

² Por. pkt.1 Cel i potrzeba wydania aktu

³ Tamże

należyte wykonanie umowy. Postulowana zmiana ma na celu stworzenie gwarancji, w szczególności dla wykonawców, że postanowienia umów o udzielenie zamówień publicznych będą uwzględniały zmianę warunków społeczno-gospodarczych wywołaną epidemią COVID-19, która wpływa negatywnie na możliwość wykonania obowiązków umownych.

(v) Fakultatywność dokonania zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego zostanie zachowana w przypadkach stwierdzenia przez zamawiającego, że okoliczności wskazane przez wykonawcę mogą mieć wpływ na należyte wykonanie umowy. W takiej sytuacji strony umowy powinny dokonać oceny, czy potencjalny wpływ okoliczności wskazanych przez wykonawcę na należyte wykonanie umowy uzasadnia dokonanie jej zmiany na obecnym etapie jej realizacji.

(vi) Sytuacja gospodarcza spowodowana przez epidemią COVID-19 wpływa na pogorszenie kondycji ekonomicznej znacznej części przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych. Efektem pogłębiania się tego procesu może być utrata przez wspomniane podmioty płynności finansowej, a w konsekwencji ich zdolności do pozyskiwania nowych zamówień publicznych, jak i realizacji już zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też w dodanym art. 15r¹ (art. 58 pkt 12 projektu ustawy) proponuje się wyłączenie możliwości dokonywania przez zamawiających potrąceń kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego należności, a także możliwości dochodzenia zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania danej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w okresie wskazanym w projekcie ustawy. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do ograniczenia obciążeń finansowych wykonawców w okresie walki ze skutkami epidemii COVID-19, a w konsekwencji do zwiększenia ich zasobów finansowych. Projektowane wyłączenie dotyczy jedynie sytuacji, gdy zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono karę umowną, nastąpiło w okresie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Tym samym przedmiotowe wyłączenie nie obejmuje kar umownych naliczonych za zdarzenia zaistniałe przed dniem ogłoszenia ww. stanów. Należy podkreślić, że projektowane rozwiązanie nie oznacza zniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zniesienia obowiązku zapłaty kary umownej. Istota projektowanego rozwiązania sprowadza się do czasowego ograniczenia uprawnień zamawiających w zakresie dopuszczalności dokonywania potrąceń oraz zaspokajania się z zabezpieczeń należytego wykonania umowy.

(vii) Jednocześnie, w celu odpowiedniego zabezpieczenia interesów zamawiających, tj. możliwości zaspokojenia roszczeń przysługujących zamawiającym względem wykonawców z tytułu ww. kar umownych, w projekcie ustawy proponuje się wstrzymanie rozpoczęcia lub zawieszenie biegu terminów przedawnienia powyższych roszczeń, a także terminów ważności zabezpieczeń należytego wykonania umowy, na okres istnienia ograniczeń w dopuszczalności dokonywania potrąceń oraz dochodzenia zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Celem niniejszego rozwiązania jest zrównoważenie interesów stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzeniu czasowego ograniczenia dopuszczalności dokonywania potrąceń oraz zaspokajania się z zabezpieczeń należytego wykonania umowy, co jest rozwiązaniem korzystnym dla wykonawców, towarzyszy stosowne przesunięcie terminów na dochodzenie roszczeń przez zamawiających oraz dostosowanie terminów ważności zabezpieczeń należytego wykonania umowy