

NEWSLETTER

PZP

W NUMERZE:

- Zamówienia publiczne w 2021 r. w świetle przepisów uchwalonych w związku z pandemią COVID-19
- Zakończenie postępowania „powyżej progów” według nowego Pzp – perspektywa zamawiającego
- Tryb podstawowy w nowym PZP
- Udostępnienie oprogramowania między zamawiającymi – wyrok TSUE w sprawie C-796/18

Trape
Konarski
Podrecki
& Wspólnicy

TKP

NOWE PZP

Zamówienia publiczne w 2021 r. w świetle przepisów uchwalonych w związku z pandemią COVID-19

r.pr. Tomasz Krzyżanowski

W celu przeciwdziałania COVID-19 w dniu 2 marca 2020 r. uchwalono ustawę o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (ustawa COVID-19). W ustawie tej przez przeciwdziałanie COVID-19 rozumie się wszelkie czynności, w tym zwalczanie skutków społeczno-gospodarczych choroby. Z tego względu ustawa COVID-19 zawiera szereg przepisów wpływających bezpośrednio na stosowanie Nowego PZP, w tym przewidujących wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w określonych przypadkach. W dniu 1 stycznia 2021 r. weszła bowiem w życie zupełnie nowa Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019; dalej: „Nowe PZP”). Ustawa COVID-19 w wielu swych regulacjach odnosiła się do Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która z nastaniem nowego roku przestała obowiązywać. Z tego względu w grudniu 2020 r. zaszła konieczność nowelizacji ustawy COVID-19. Odpowiednie zmiany zostały wprowadzone przez Ustawę z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Dzięki temu specjalne rozwiązania dotyczące zamówień publicznych wpływające na stosowanie Nowego PZP lub tymczasowo zmieniające prawo w tym zakresie, przewidziane w ustawie COVID-19, obowiązują dalej od 1 stycznia 2021 r.

Poniżej znajdują Państwo informacje o wybranych ważnych przepisach specjalnych dotyczących zamówień publicznych, obowiązujących w 2021 r. Zestawienie poza rozwiązaniami z ustawy COVID-19 obejmuje też przepis art. 46c Ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. z 2019 r., poz. 1239, z późn. zm.), który zawiera odrębną podstawę wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Warto wskazać, że ustawa COVID-19 odnosi się do zwalczania skutków społeczno-gospodarczych choroby COVID-19, natomiast ww. art. 46c dotyczy wyłącznie zamówień udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan

epidemii (nie tylko epidemii COVID-19). Warto dodatkowo zauważyć, że przepis art. 46c w porównaniu z art. 6a ust. 1 ustawy COVID-19 dotyczy również robót budowlanych.

Na potrzeby publikacji Ustawę z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 określa się jako „tarcza 4.0”.



Wyłączenie stosowania Prawa zamówień publicznych (1)

Podstawa prawna	Art. 6a ustawy COVID-19.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	Do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych , jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Zgodnie z art. 6a ust. 2 Zamawiający, w terminie 7 dni od dnia udzielenia zamówienia, o którym mowa w ust. 1, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych informację o udzieleniu tego zamówienia , w której podaje wymagane w przepisie informacje, w tym wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających udzielenie zamówienia bez zastosowania przepisów Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.
Od kiedy obowiązuje?	Od 29 listopada 2020 r. (w okresie od 8 marca 2020 r. do 4 września 2020 r. obowiązywał przepis art. 6 o identycznej treści; pomiędzy 5 września 2020 r. a 28 listopada 2020 r. nie było możliwości wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych na podstawie ustawy COVID-19).
Co z postępowaniami wszczętymi i niedokończonymi?	Skorzystanie z wyłączenia art. 6a ust. 1 wymaga udzielenia zamówienia w czasie obowiązywania przepisu.
Kiedy przepis traci moc?	Ustawa nie określa terminu utraty mocy obowiązywania przez art. 6a.

Wyłączenie stosowania Prawa zamówień publicznych (2)

Podstawa prawna	Art. 46c Ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	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.
Od kiedy obowiązuje?	Od 8 marca 2020 r. (aktualna treść obowiązuje od 29 listopada 2020 r., jednakże w zakresie samego wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych z art. 46c ust. 1 jest ona taka sama jak wprowadzona 8 marca 2020 r.).
Co z postępowaniami wszczętymi i niedokończonymi?	Skorzystanie z wyłączenia art. 46c ust. 1 wymaga udzielenia zamówienia w czasie obowiązywania przepisu.
Kiedy przepis traci moc?	Ustawa nie określa wprost terminu utraty mocy obowiązywania przez art. 46c. Należy przyjąć, że obowiązuje bezterminowo, zwłaszcza że przepis odnosi się do zapobiegania lub zwalczania epidemii (nie tylko COVID-19).

Wadium tylko fakultatywnie

Podstawa prawna	Art. 15va ustawy COVID-19.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	Zniesiony obowiązek żądania wadium przez zamawiających w postępowaniach o wartości równej progom unijnym i wyższej od nich, co oznacza, że we wszystkich postępowaniach objętych PZP – niezależnie od ich wartości – wymaganie wadium jest od tej pory fakultatywne.
Od kiedy obowiązuje?	Od 1 lipca 2020 r.
Co z postępowaniami wszczętymi i niedokończonymi?	Do postępowań wszczętych i niezakończonych przed 1 lipca 2020 r. stosuje się przepisy dotychczasowe , co oznacza, że do tych postępowań zniesienie obowiązku żądania wadium nie ma zastosowania. Podstawa prawna: art. 93 ust. 1 tarczy 4.0.
Kiedy przepis traci moc?	Z dniem 1 stycznia 2021 r., a więc w dniu wejścia w życie ustawy PZP z dnia 11 września 2019 r., która wprowadziła to samo rozwiązanie (brak obowiązku żądania wadium w postępowaniach o wartości równej progom unijnym i wyższej od nich, co oznacza, że we wszystkich postępowaniach objętych PZP – niezależnie od ich wartości – wymaganie wadium będzie od tej pory fakultatywne). Podstawa prawna: art. 36 ust. 2 ustawy COVID-19.

Obowiązkowe dokonywanie płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielania zaliczek przez zamawiających

Podstawa prawna	Art. 15va ustawy COVID-19.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	W przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zamawiający mają obowiązek przewidzieć zapłatę wynagrodzenia w częściach po wykonaniu danego etapu umowy lub udzielać zaliczki na poczet realizacji zamówienia. Zamawiający ma obowiązek określić w projekcie umowy z wykonawcą procent wynagrodzenia wypłacanego za wykonanie poszczególnych jej części, przy czym wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, a zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wysokości tego wynagrodzenia. Obowiązek płatności wynagrodzenia w częściach i udzielania zaliczek nie dotyczy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.
Od kiedy obowiązuje?	Od 1 lipca 2020 r.

<p>Co z postępowaniami wszczętymi i niedokończonymi?</p>	<p>Do postępowań wszczętych i niezakończonych przed 1 lipca 2020 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, co oznacza, że do tych postępowań przewidzenie w umowie płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielenie zaliczki nie ma zastosowania.</p> <p>Podstawa prawna: art. 93 ust. 1 tarczy 4.0.</p> <p>Do umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych przed 1 lipca 2020 r. oraz zawartych nie wcześniej niż 1 lipca 2020 r. w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie tego przepisu stosuje się przepisy dotychczasowe, co oznacza, że nie ma obowiązku dokonywania modyfikacji zawartych już umów.</p> <p>Podstawa prawna: art. 93 ust. 2 tarczy 4.0.</p>
<p>Kiedy przepis traci moc?</p>	<p>Z dniem 1 stycznia 2021 r., a więc w dniu wejścia w życie ustawy PZP z dnia 11 września 2019 r., która wprowadza to samo rozwiązanie, tj. obowiązkowe określanie zaliczek lub wynagrodzenia częściowego w umowach mających obowiązywać powyżej 12 miesięcy.</p> <p>Podstawa prawna: art. 36 ust. 2 ustawy COVID-19.</p>

Zmniejszenie maksymalnej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 5%, częściowy zwrot zabezpieczenia

<p>Podstawa prawna</p>	<p>Art. 15va ustawy COVID-19.</p>
<p>Jaką zmianę wprowadza przepis?</p>	<p>Zabezpieczenie należytego wykonania umowy można ustalić na poziomie maksymalnym 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Ustalenie zabezpieczenia na poziomie do 10% jest dalej dopuszczalne, ale jedynie wyjątkowo, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z jego realizacją, co zamawiający ma obowiązek wskazać i opisać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo ustawa uprawnia zamawiającego do częściowego zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy po wykonaniu części zamówienia, jeżeli przewidział taką możliwość w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.</p>
<p>Od kiedy obowiązuje?</p>	<p>Od 1 lipca 2020 r.</p>
<p>Co z postępowaniami wszczętymi i niedokończonymi?</p>	<p>Do postępowań wszczętych i niezakończonych przed 1 lipca 2020 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, co oznacza, że w tych postępowaniach nie obowiązuje ograniczenie określenia wysokości zabezpieczenia do 5% ani przepis przewidujący możliwość częściowego zwrotu zabezpieczenia po wykonaniu części zamówienia, a w konsekwencji zamawiający nie mają obowiązku wprowadzać zmian do dokumentacji przetargowej trwających postępowań.</p> <p>Podstawa prawna: art. 93 ust. 1 tarczy 4.0.</p>

	<p>Do umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych przed 1 lipca 2020 r. oraz zawartych nie wcześniej niż 1 lipca 2020 r. w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie tego przepisu stosuje się przepisy dotychczasowe, co oznacza, że nie ma obowiązku dokonywania modyfikacji zawartych już umów poprzez zmianę wysokości zabezpieczenia czy wprowadzenie możliwości częściowego jego zwrotu.</p> <p>Podstawa prawna: art. 93 ust. 2 tarczy 4.0.</p>
Kiedy przepis traci moc?	<p>Z dniem 1 stycznia 2021 r., a więc w dniu wejścia w życie ustawy PZP z dnia 11 września 2019 r., która wprowadza to samo rozwiązanie w zakresie maksymalnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz możliwości jego częściowego zwrotu.</p> <p>Podstawa prawna: art. 36 ust. 2 ustawy COVID-19.</p>

Wyłączenie stosowania PZP do umów o zarządzanie PPK (Pracownicze Plany Kapitałowe) oraz umów o prowadzenie PPK, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne

Podstawa prawna	Art. 70 tarczy 4.0.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	Wyłączenie stosowania ustawy PZP do umów o zarządzanie PPK (Pracownicze Plany Kapitałowe) oraz umów o prowadzenie PPK, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.
Od kiedy obowiązuje?	Od 1 stycznia 2021 r.
Kiedy przepis traci moc?	W tym przypadku zmiana jest wprowadzona wprost do ustawy PZP z dnia 11 września 2019 r., która weszła w życie 1 stycznia 2021 r. Przepis nie traci mocy obowiązującej, gdyż wprowadza trwałe wyłączenie do nowego aktu prawnego.

ZMIANY DOTYCZĄCE UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Obowiązek dokonania zmiany umowy

Podstawa prawna	Art. 15r ustawy COVID-19.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	Z przepisów art. 15r. ust. 4 i ust. 4a wynika, że w wypadku stwierdzenia przez zamawiającego, iż okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają na należyte wykonanie umowy, dokonuje on w uzgodnieniu z wykonawcą zmiany umowy, stosując jako podstawę prawną art. 455 ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Brzmienie przepisu wskazuje, że wykonawca może w takich okolicznościach mieć roszczenie o zmianę umowy. W pozostałym zakresie przepis stanowi, tj. w razie stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 jedynie mogą wpłynąć (potencjalnie) na należyte wykonanie umowy, że zamawiający może, ale nie musi dokonać zmiany umowy. Warto też zauważyć, że to zamawiający decyduje (stwierdza), czy zaszły okoliczności uprawniające do podjęcia rozmów w sprawie zmiany umowy. Jest to zabezpieczenie przed nadużywaniem przepisów przez wykonawców.
Od kiedy obowiązuje?	Od 24 czerwca 2020 r.: <ul style="list-style-type: none">zmiana wynikająca z tarczy 4.0 wprowadzająca obowiązek zmiany umowy w wypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają na należyte wykonanie umowy. Od 31 marca 2020 r.: <ul style="list-style-type: none">wprowadzona możliwość dokonywania zmiany umowy w wypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy.
Kiedy przepis traci moc?	Przepisy ustawy COVID-19 nie określają dnia, w którym przepis traci moc obowiązującą, co prowadzi do wniosku, że przepis ten obowiązuje bezterminowo, póki obowiązuje sama ustawa COVID-19.

Zakaz potrącania kar umownych naliczonych wykonawcy z jego wynagrodzenia

Podstawa prawna	Art. 15r(1) ustawy COVID-19.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	Zakaz potrącania kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności – 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, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Ustawodawca nie ograniczył przepisu wyłącznie do kar, których naliczenie wywołane jest okolicznościami związanymi z wystąpieniem COVID-19 – ważne, kiedy nastąpiło zdarzenie. Powyższe nie oznacza jednak, że zamawiający stracą możliwość dochodzenia swoich roszczeń.

	<p>Powyższe nie oznacza jednak, że zamawiający tracą możliwość dochodzenia swoich roszczeń.</p> <p>Ustawa wskazuje szczegółowo zasady stosowania przepisu, stanowiąc, że 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, bieg terminu przedawnienia roszczenia zamawiającego dotyczącego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o którym mowa w ust. 1 przepisu, w związku z zakazem potrącania, nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu. Upływ terminu przedawnienia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 120 dni od dnia odwołania tego ze stanów, który obowiązywał jako ostatni – art. 15 r(1) ust. 2.</p>
Od kiedy obowiązuje?	Od 24 czerwca 2020 r.:
Kiedy przepis traci moc?	<p>Przepisy ustawy COVID-19 nie określają dnia, w którym przepis traci moc obowiązującą, co prowadzi do wniosku, że przepis ten obowiązuje bezterminowo, póki obowiązuje sama ustawa COVID-19.</p> <p>Jednocześnie sam przepis art. 15 r(1) w treści wskazuje, że uniemożliwia zamawiającym podejmowanie określonych w nim działań 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. Upływ terminu przedawnienia roszczeń może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 120 dni od dnia odwołania tego ze stanów, który obowiązywał jako ostatni.</p>

Zakaz zaspokojenia kar umownych naliczonych wykonawcy z zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Podstawa prawna	Art. 15r(1) ustawy COVID-19.
Jaką zmianę wprowadza przepis?	<p>Zakaz dochodzenia przez zamawiającego zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego w odniesieniu do kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę – 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, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono karę umowną, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.</p> <p>Ustawodawca nie ograniczył przepisu wyłącznie do kar, których naliczenie wywołane jest okolicznościami związanymi z wystąpieniem COVID-19 – ważne, kiedy nastąpiło zdarzenie. Powyższe nie oznacza jednak, że zamawiający tracą możliwość realizacji zabezpieczenia należytego wykonania umowy.</p> <p>Ustawa wskazuje szczegółowo zasady stosowania przepisu:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 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, bieg terminu przedawnienia roszczenia zamawiającego dotyczącego

	<p>niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o którym mowa w ust. 1 przepisu, w związku z zakazem potrącania i zakazem realizacji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu. Upływ terminu przedawnienia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 120 dni od dnia odwołania tego ze stanów, który obowiązywał jako ostatni – art. 15 r(1) ust. 2.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa 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 dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o którym mowa w tym przepisie, o ile wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia, każdorazowo przedłuży jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez zamawiającego – art. 15 r(1) ust. 3. • W przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie między 91. a 119. dniem po odwołaniu stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, termin ważności tego zabezpieczenia przedłuża się, z mocy prawa, do 120. dnia po dniu odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19 – art. 15 r(1) ust. 4. • Obliczając terminy określone w przepisie, dzień odwołania ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19 wlicza się do tych terminów – art. 15 r(1) ust. 5.
Od kiedy obowiązuje?	Od 24 czerwca 2020 r.
Kiedy przepis traci moc?	<p>Przepisy ustawy COVID-19 nie określają dnia, w którym przepis traci moc obowiązującą, co prowadzi do wniosku, że przepis ten obowiązuje bezterminowo, póki obowiązuje sama ustawa COVID-19.</p> <p>Jednocześnie sam przepis art. 15 r(1) w treści wskazuje, że uniemożliwia zamawiającym podejmowanie określonych w nim działań 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. Upływ terminu przedawnienia roszczeń może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 120 dni od dnia odwołania tego ze stanów, który obowiązywał jako ostatni.</p>

Na koniec warto dodać, że specjalne przepisy ustawy COVID-19 – w związku z wyżej omówionymi – przewidują ponadto:

1. Forma zawarcia umowy – art. 15r ust. 10

W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz związanych z nimi ograniczeń w przemieszczaniu się umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane są pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo **za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.**

Jest to zatem tymczasowy wyjątek od zasady pisemności ustalonej w art. 432 Nowego PZP, zgodnie z którym umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

2. Odstąpienie od dochodzenia od wykonawcy kar umownych lub odszkodowania oraz zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – art. 15s

Nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa 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:

- nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w art. 15r ust. 1;
- zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4.

3. Odstąpienie od dochodzenia od wykonawcy kar umownych lub odszkodowania oraz zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego a popełnienie przestępstwa wyrządzenia szkody w obrocie gospodarczym – art. 15t

Nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 296 § 1–4 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny [Wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym], kto nie ustala lub nie dochodzi od strony umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w art. 15r ust. 1, lub zmienia umowę w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4.

4. Odstąpienie od dochodzenia od wykonawcy kar umownych lub odszkodowania oraz zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego a odpowiedzialność członków organów spółek za wyrządzoną szkodę – art. 15u

Za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, o której mowa w art. 293 § 1 albo art. 483 § 1 Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1526), nie odpowiada wobec spółki członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator, który nie ustala lub nie dochodzi od strony umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, o którym mowa w art. 15r ust. 1, lub zmienia umowę w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4.

5. Szczególna regulacja w zakresie umów w sprawie zamówienia publicznego z ustawy COVID-19 a uprawnienia stron wynikające z przepisów prawa cywilnego – art. 15v

Przepis art. 15r nie narusza praw stron umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, wynikających z przepisów prawa cywilnego, z zastrzeżeniem art. 15r ust. 5.



Tryb podstawowy w nowym PZP

Małgorzata Kotwica

Jedną z największych zmian w systemie prawa zamówień publicznych w Polsce, jaką przyniosła Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019; dalej: „Nowe PZP”), jest instytucja trybu podstawowego uregulowanego w dziale III, rozdziale IV, oddziale I Nowego PZP (art. 275–296 Nowego PZP). Tryb ten ma stanowić odpowiedź na potrzeby zamawiających co do elastyczności w zakresie udzielania zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne.

Trzy warianty trybu podstawowego

Artykuł 275 Nowego PZP przewiduje trzy warianty, w których może wystąpić tryb podstawowy. Łączy je konieczność publikacji przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu, w odpowiedzi na które wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą składać oferty. W zależności od wariantu trybu podstawowego zamawiający:

- Wybierze najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji – rozwiązanie to jest zbliżone do trybu przetargu nieograniczonego.
- Może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (o ile przewidział taką możliwość), a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprosi wykonawców do składania ofert dodatkowych.
- Poprowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprosi wykonawców do składania ofert ostatecznych.

Warianty wskazane w pkt. 2 i 3 powyżej pozwolą więc na dopasowanie treści złożonych ofert do potrzeb zamawiającego, bez konieczności uzasadniania korzystania z trybu podstawowego. Chcący z nich skorzystać zamawiający powinni jednak pamiętać, że negocjacje treści ofert, o których mowa w pkt. 2, nie mogą prowadzić do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz mogą dotyczyć wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, a negocjacje treści ofert, o których mowa w pkt. 3, nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań oraz mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności.

Wszyscy zainteresowani powinni mieć zaś bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony **dostęp do treści SWZ** (w wariantcie wskazanym w pkt. 1 i 2) **oraz opisu potrzeb i wymagań** (w wariantcie z pkt. 3) opublikowanych na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

Odnosząc się do **terminu składania ofert**, wynosi on minimalnie 7 dni (w przypadku dostaw i usług) oraz 14 dni (w przypadku robót budowlanych). Terminy te są liczone od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Wykonawcy mają prawo do składania **wniosek o wyjaśnienie odpowiednio treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań**, a sam zamawiający może w uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ (i odpowiednio przed upływem terminu składania ofert podlegających negocjacom zmienić treść opisu potrzeb i wymagań).

Z uwagi na to, że tryb podstawowy występuje jedynie w odniesieniu do zamówień poniżej progów unijnych, udzielając zamówienia w tym trybie, **zamawiający nie będzie mógł skorzystać z procedury odwróconej** (art. 266 w związku z art. 139 Nowego PZP).

Omówione wyżej zagadnienia to jedynie ułamek unormowań związanych z trybem podstawowym. Z uwagi na powszechność, z jaką z pewnością będzie stosowany, obserwatorzy zamówień publicznych mogą się spodziewać rychłego pojawienia się zarówno praktycznych trudności z nim związanych, jak i orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, których zadaniem będzie zażegnanie choć części tych problemów.



Zakończenie postępowania „powyżej progów” według nowego Pzp – perspektywa zamawiającego

Małgorzata Kotwica

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „nowe Pzp”), w części dotyczącej zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powyżej progów unijnych (art. 254- 265 nowego Pzp) zdaje się stanowić próbę zastąpienia dotychczasowych regulacji przepisami, które eliminują wątpliwości powstałe na gruncie stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „dawne Pzp”) oraz doskonałą już funkcjonujące dotychczas mechanizmy. W niniejszym artykule zostaną omówione przepisy art. 254 oraz art. 263-265 nowego Pzp dotyczące zakończenia postępowania powyżej progów unijnych z perspektywy zamawiającego.



Art. 254 nowego Pzp, czyli kiedy kończy się postępowanie?

Art. 254 pkt 1 i 2 nowego Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia lub unieważnieniem postępowania. Tak jednoznaczne sformułowanie terminu, w którym następuje zakończenie postępowania, zamyka okres niepewności w tym zakresie, towarzyszący praktyce stosowania Pzp. Przez lata uczestnicy rynku zamówień publicznych zastanawiali się bowiem, co należy rozumieć przez „zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia”, a w szczególności, czy jest to moment wyboru oferty najkorzystniejszej, czy chwila zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Redakcja art. 254 pkt 1 nowego Pzp nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca przyznał słuszność drugiemu z poglądów.

Niezależnie od powyższego art. 254 pkt 2 nowego Pzp wyraźnie też wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może też kończyć się jego unieważnieniem. Kwestia ta równolegle została doregulowana w definicji postępowania o udzielenie zamówienia, określonej w art. 7 pkt 18 nowego Pzp, co nie było tak oczywiste w świetle dotychczasowej definicji opisanej w art. 2 pkt 7a Pzp.

Co zrobić, gdy wykonawca uchyła się od zawarcia umowy lub nie wnosi zabezpieczenia należytego wykonania umowy?

Wedle nowego Pzp zamawiający w takiej sytuacji może dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty kolejnego wykonawcy, ale dopiero po wykonaniu czynności ponownego badania i oceny ofert spośród ofert wykonawców pozostałych w postępowaniu (art. 263 nowego Pzp). W takich okolicznościach komisja przetargowa będzie musiała się zebrać i dokonać ponownie czynności badania i oceny ofert, ustalając na nowo ranking wykonawców w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, co z pewnością przełoży się na długość trwania postępowania.

Skorzystanie z tej drogi postępowania będzie prawem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Jeżeli zamawiający z tej ścieżki postępowania nie będzie chciał skorzystać, będzie musiał unieważnić postępowanie - samo uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy lub nie wnoszenie przez niego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, będzie pozwalało zamawiającemu na unieważnienie postępowania.



Termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia

Jak wynika z art. 264 ust. 1 nowego Pzp, zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego (z uwzględnieniem występującego w przypadku wniesienia odwołania do KIO zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze), w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Od reguły zawierania umowy w w/w terminach przewidziano trzy ustawowe wyjątki:

- jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę (art. 264 ust. 2 pkt 1 lit. a);
- jeżeli złożono tylko jeden wniosek albo złożono tylko jedną ofertę i upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku albo w następstwie wniesienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła orzeczenie kończące postępowanie odwoławcze (dotyczy przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego; art. 264 ust. 2 pkt 1 lit. b);
- gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej (art. 264 ust. 2 pkt 2).

Publikacja ogłoszenia o udzieleniu zamówienia

Zgodnie z art. 265 ust. 1 nowego Pzp, w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania, zamawiający przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Co ciekawe, zamawiający może ograniczyć zakres informacji przekazywanych do publikacji w takim ogłoszeniu.

Zgodnie bowiem z art. 265 ust. 2 nowego Pzp zamawiający może we wskazanym ogłoszeniu oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia:

- mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym,
- mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy,
- mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.



ORZECZNICTWO

Udostępnienie oprogramowania między zamawiającymi - wyrok TSUE w sprawie C-796/18

r.pr. Piotr Nepelski

W dniu 28 maja 2020 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) wydał wyrok w sprawie C-796/18 dotyczącej tego, czy udostępnienie oprogramowania pomiędzy instytucjami zamawiającymi powinno zostać potraktowane jako zamówienie publiczne.

Sprawa została rozpoznana przez TSUE na skutek odesłania prejudycjalnego wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie w Niemczech (Oberlandesgericht Düsseldorf). W odpowiedzi na pierwsze z pytań prejudycjalnych TSUE uznał, że nieodpłatne udostępnienie oprogramowania innemu zamawiającemu – na podstawie umowy o współpracę przewidującej nieodpłatne udostępnienie drugiej stronie rozszerzeń tego oprogramowania – jest zamówieniem publicznym.

TSUE w sentencji wyroku posłużył się terminem „nieodpłatnego przekazania oprogramowania”, chociaż opierając się na opinii rzecznika generalnego[1], należy dojść do wniosku, że współpraca pomiędzy zamawiającymi (Land Berlin i Stadt Köln) nie odbywała się pod tytułem darmym. Miała ona charakter niepieniężny (za świadczenie nie przewidziano zapłaty ceny ani zwrotu kosztów oprogramowania), ale ekwiwalentny, w ramach współpracy bowiem miało mieć miejsce udostępnienie drugiej stronie aktualizacji oprogramowania.

Wyrok potwierdza, że aby świadczenie było nieodpłatne, wykonawca nie powinien otrzymać za jego realizację korzyści majątkowej. Jeśli wykonawca ją otrzymuje, chociażby w drodze bezgotówkowej wymiany towarów i usług, to dochodzi do spełnienia przesłanki odpłatności, która warunkuje potraktowanie umowy jako zamówienia publicznego.



Drugie pytanie prejudycjalne dotyczyło tego, czy dozwolona współpraca publiczno-publiczna obejmuje zakres stricte związany z działalnością publiczną („usługą publiczną”), czy również ze świadczeniami, które są konieczne do jej realizowania („działalność pomocnicza służąca wykonywaniu usługi publicznej”). W okolicznościach sprawy usługą publiczną było zapewnienie funkcjonowania straży pożarnej, a działalnością pomocniczą do niej – komputerowe zarządzanie centrum operacyjnym.

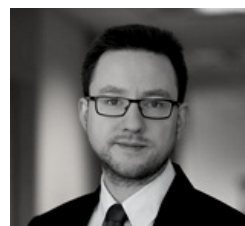
TSUE stanął na stanowisku, że współpraca, której przedmiotem jest działalność wspierająca usługi publiczne, pozostaje objęta dyrektywą zamówieniową, o ile działalność pomocnicza stanowi niezbędny element usługi publicznej.

[1] Dostępna pod adresem <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=program%2Bkomputerowy&docid=222842&pageIndex=0&doclang=pl&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=12422712#Footnote22> (dostęp: 3.12.2020).

ZESPÓŁ PZP



Agnieszka Wachowska
Radca prawny, Partner
agnieszka.wachowska@traple.pl



Tomasz Krzyżanowski
Radca prawny, Senior Associate
tomasz.krzyżanowski@traple.pl



Piotr Nepelski
Radca prawny, Senior Associate
piotr.nepelski@traple.pl



Joanna Dworak
Radca prawny, Senior Associate
joanna.dworak@traple.pl



Karolina Grochecka-Goljan
Adwokat, Senior Associate
karolina.grochecka@traple.pl



Małgorzata Kotwica
Associate
malgorzata.kotwica@traple.pl

Artykuły zamieszczone w niniejszym materiale nie stanowią porady prawnej. Osoby zainteresowane uzyskaniem bardziej szczegółowych informacji dotyczących omawianych kwestii proszone są o bezpośredni kontakt z prawnikami kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy.

Pytania prosimy kierować na adres:
pzp@traple.pl

Redaktor newslettera:
r.pr. Joanna Jastrzęb