

Sylwia Dąbrowska

WPLYW TARCZY ANTYKRYZYSOWEJ NA OGRANICZENIE UPRAWNIENÍ GMINY JAKO ZAMAWIAJĄCEGO

Wprowadzenie

W marcu 2020 r. Polską wstrząsnęła informacja o pojawieniu się w kraju wirusa SARS-CoV-2. Upřednio media donosiły o niebezpiecznym wirusie, jednakże uwaga świata skupiała się na chińskiej prowincji Wuhan jako miejscu, gdzie wystąpił nieznanym dotąd wirus. Początkowo zagrożenie poczytywane było jako odległe, jednakże sytuacja zmieniła się w szczególności po konferencji dyrektora generalnego Światowej Organizacji Zdrowia (World Health Organization; WHO) w dniu 11 marca 2020 r., podczas której wskazano, że w ocenie WHO wirus SARS-CoV-2 można scharakteryzować jako pandemię. Poza oddziaływaniem wirusa na życie i zdrowie ludzi, bezsporne jest jego pośrednie oddziaływanie na prawodawstwo, bowiem z uwagi na pojawienie się tej nadzwyczajnej sytuacji ustawodawca zdecydował się podjąć szereg działań legislacyjnych, których celem miało być uregulowanie nowej pandemicznej rzeczywistości. W niniejszej publikacji poruszona zostanie problematyka ograniczenia uprawnień gminy jako zamawiającego, w związku z epidemią wirusa SARS-CoV-2, wynikająca z ustawy 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*¹, w zakresie, w jakim regulacja ustawowa uniemożliwia dokonywania potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wyko-

Mgr SYLWIA DĄBROWSKA, doktorant, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II; adres do korespondencji: Al. Raclawickie 14, 20-950 Lublin, Polska; e-mail: sylwia.anna.dabrowska@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0003-2888-527X>

¹ Dz. U. z 2020 r., poz. 1086 [dalej: tarcza 4.0.].

nania umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz dążenia do zaspokojenia roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

1. Inwestycje gminne jako zadanie własne

Gmina samorządowa, jak wynika z art. 164 ust. 1 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.² jest podstawową jednostką samorządu terytorialnego, która w oparciu o przepis art. 2 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. *o samorządzie gminnym*³ odpowiada za realizację istotnej części zadań publicznych o znaczeniu lokalnym, których realizacja związana jest z zaspokajaniem bieżących, codziennych potrzeb członków lokalnej wspólnoty samorządowej.

Konstytucja RP w art. 163 stanowi, że samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne niezastrzeżone przez Konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych, zaś zgodnie z art. 164 ust. 3 ustawy zasadniczej, gmina wykonuje wszystkie zadania samorządu terytorialnego niezastrzeżone dla innych jednostek samorządu terytorialnego. Powołane wyżej regulacje konstytucyjne niewątpliwie statuują gminę nie tylko jako podstawową jednostkę samorządu terytorialnego, ale jako podstawową jednostkę administracji publicznej. Podstawowy charakter gminy jako jednostki samorządu terytorialnego powinien wynikać z wielości sprawowanych zadań, spośród których zadania samorządowe powinny stanowić najistotniejszą oraz przeważającą część [Moll 2018a, 171]. Zgodnie z regułą konstytucyjną (art. 166) zadania publiczne mające za cel zaspokajanie potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne. Doprecyzowanie powyższej zasady zawiera ustawa samorządowa, która w art. 7 ust. 1 u.s.g. wskazuje, że zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy [Tenże 2018b, 180].

² Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

³ Dz. U. z 2020 r., poz. 713 z późn. zm. [dalej: u.s.g.].

Artykuł 166 ust. 1 Konstytucji RP określa więc zakres przedmiotowy działania samorządu terytorialnego, polegający na wykonywaniu takich zadań publicznych, które mają charakter terenowy, z kolei „zaspokajanie potrzeb wspólnoty” należy rozumieć jako działalność administracyjno-zarządzającą. Zadania własne dotyczą zaspokajania wszystkich potrzeb wspólnoty. Bardzo trudne jest wyczerpujące wymienienie tych zadań. Konkretyzacja zadań wynika z potrzeb mieszkańców, ich organizacji oraz z woli organów przedstawicielskich. Normy konstytucyjne nie nakładają obowiązku precyzowania zadań własnych na poziomie ustawowym. Jednakże skutkiem wprowadzenia w drodze ustawy określonego katalogu zadań własnych gminy jest obowiązkiem spoczywającym na określonej wspólnotcie realizacji tych zadań [Pośpiech-Kłak 2018]. Katalog zadań własnych gminy uregulowany w art. 7 u.s.g. jest katalogiem otwartym. Wyliczenie zadań własnych gminy w nim zawarte ma przykładowy charakter. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”. Regulacja art. 7 u.s.g. wskazuje, jakimi sprawami gmina może się zajmować, ale nie wskazuje wyraźnie, o czym może zdecydować [Moll 2018b, 185]. Powyższe potwierdza również stanowisko judykatury wskazujące, że użyty w art. 7 ust. 1 u.s.g. zwrot „w szczególności” oznacza, że wyliczenie zadań własnych gmin w nim występujące nie jest wyczerpujące, lecz stanowi jedynie egzemplifikację, a zawarty w nim katalog wyznacza kierunek interpretacyjny⁴.

Niejednokrotnie gmina w celu realizacji zadań własnych obowiązana jest prowadzić działalność inwestycyjną, polegającą w szczególności na budowie dróg, obiektów użyteczności publicznej czy infrastruktury wodno-kanalizacyjnej. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 lipca 2020 r., orzekł, że „niewątpliwie inwestycje w postaci budowy i adaptacji sal sportowych mają charakter zadania własnego w rozumieniu art. 7 u.s.g. Do zadań własnych gminy należą bowiem między innymi zadania obejmujące kulturę fizyczną. Realizacja zadań własnych gminy może się jednak odbywać także w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej”⁵. Podobnie Naczelny Sąd Administracyjny wypowiedział się w przedmiocie budowania

⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 25 lipca 2019 r., sygn. akt III SA/Po 436/19, Legalis nr 2195447.

⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 lipca 2020 r., sygn. akt I FSK 2238/15, Legalis nr 2485480.

przez gminę infrastruktury kanalizacyjnej, wyrokując, że tego rodzaju inwestycja stanowi przejaw realizacji zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 3 u.s.g., a gmina działa wówczas w charakterze podatnika podatku od towarów i usług w rozumieniu art. 15 ust. 1 i ust. 6 ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z czym – na podstawie art. 86 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług – przysługuje jej prawo do odliczenia podatku naliczonego zawartego w kwocie wydatków poniesionych⁶. Zaś Wojewódzki Sąd Administracyjny z siedzibą w Poznaniu w wyroku z dnia 7 sierpnia 2019 r., wskazał, że „zadaniem własnym gminy jest sprawne zorganizowanie komunikacji na terenie podległym jej kompetencji, przy czym osiągnięcie tego celu powinno nastąpić także przez odpowiednie kształtowanie ładu przestrzennego, tj. zaplanowanie adekwatnej siatki terenów komunikacyjnych służących wszystkim członkom wspólnoty. Uwzględniając art. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2068) kluczowe znaczenie z tej perspektywy należy przypisać drogom publicznym, które stanowią podstawową infrastrukturę dostępną dla ogółu mieszkańców gminy. Drogi wewnętrzne odgrywają natomiast jedynie rolę uzupełniającą i porządkującą”.

W świetle powyższego zarówno w nauce prawa, jak i orzecznictwie sędziowsko-administracyjnym utrwalony jest pogląd przesadzający, iż działalność inwestycyjna gminy mająca za cel zaspokojenie potrzeb lokalnej społeczności stanowi wykonywanie zadań własnych przez gminę. W związku z prowadzoną działalnością, w tym również działalnością inwestycyjną, gmina jako jednostka samorządu terytorialnego ma obowiązek, po spełnieniu określonych warunków, stosować ustawę z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych*⁷. Zgodnie z art. 4 pkt 1 p.z.p., przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. *o finansach publicznych*⁸.

Wymóg stosowania p.z.p. przez gminę jako zamawiającego niesie za sobą konieczność stosowania przewidzianej ustawą procedury, w szczegól-

⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt I FSK 386/15, Legalis nr 2393490.

⁷ Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 [dalej: p.z.p.].

⁸ Dz. U. z 2021 r., poz. 305.

ności zasad dotyczących konstruowania umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 431 p.z.p. wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca i zamawiający mają obowiązek współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. W reżimie p.z.p. obowiązuje wymóg formy pisemnej umowy, pod rygorem nieważności. Warto podkreślić, że ustalone nową ustawą z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* zasady dotyczące umów, mające zastosowanie od dnia 1 stycznia 2021 r. wskazują, iż zamawiający jako autor umowy precyzującej zasady, a także warunki realizacji zamówienia publicznego, każdorazowo jest zobligowany do przestrzegania ustawowych warunków dotyczących kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne. Nowa ustawa p.z.p. ogranicza bowiem dotychczasową swobodę kształtowania, a także projektowania warunków realizacji zamówień po stronie zamawiającego, wskazując zarówno katalog postanowień niedopuszczalnych (klauzule abuzywne art. 433 p.z.p.), jak również katalog okoliczności, które zamawiający zobligowany jest uwzględnić w projektowanych postanowieniach umownych. Zmiany wprowadzone w nowym p.z.p., w zakresie dotyczącym kształtowania postanowień projektów umów o zamówienie publiczne, sprzyjają polepszeniu sytuacji wykonawcy jako podmiotu mającego ograniczone możliwości oddziaływania na warunki umów, do których decyduje się przystąpić, składając ofertę na wykonanie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 433 p.z.p. postanowienia umowy o zamówienie publiczne nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, a także naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, jak również odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający oraz możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W świetle powyższego, zgodnie z p.z.p., zamawiający kształtując postanowienia umowne, w szczególności w zakresie dotyczącym kar umownych, musi kierować się określoną przez ustawodawcę zasadą, iż zakazane są takie postanowienia umowne, poprzez które naliczane byłyby kary umowne za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawi-

dłowym wykonaniem. Przedmiotowa regulacja ma zapobiec sankcjom nakładanym dotychczas na wykonawcę niezwiązanym z zamówieniem czy jego wykonywaniem. Wykonawca będzie odpowiadał wyłącznie za zachowania związane z przedmiotem zamówienia i jego prawidłowym wykonaniem [Granecki 2021]. Powyższe nie zmienia jednak faktu, iż dbałość zamawiającego o dysponowanie finansami publicznymi wskazuje na obowiązek zabezpieczenia interesów zamawiającego poprzez odpowiednie ukształtowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne, zwłaszcza tych dotyczących sankcji wobec wykonawcy zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

2. Stan epidemii w związku z wirusem SARS-CoV-2

Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. *w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego*⁹, zdecydowano, że w okresie od dnia 14 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej ogłasza się stan zagrożenia epidemicznego w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. Kolejno rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. stan zagrożenia epidemicznego na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej odwołano¹⁰, po to by rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. *w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii*¹¹ zarządzić, w okresie od dnia 20 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. Stan epidemii na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej trwa nadal.

„Nie ulega wątpliwości, że pojawienie się wirusa COVID-19 w Polsce zmieniło sposób funkcjonowania całego kraju. W związku z powyższym pojawia się szereg bardzo istotnych pytań, w szczególności, w jaki sposób strony zawartych umów mają dalej te umowy realizować, czy dysponują narzędziami prawnymi, żeby żądać zmiany ich treści, jak mają zachować się jednostki publiczne, w sytuacji kiedy przedsiębiorcy przestają realizować swoje zobowiązania i wreszcie, co dla przedsiębiorców i jednostek publicznych oz-

⁹ Dz. U. poz. 433.

¹⁰ Dz. U. poz. 490.

¹¹ Dz. U. poz. 491.

nacza pojawienie się wirusa COVID-19. Od momentu, kiedy wirus COVID-19 stał się realnym problemem, takich pytań rodzi się coraz więcej” [Sendrowski 2020]. Odpowiedzi na tak postawione pytania stara się udzielić ustawodawca, który w związku z epidemią wirusa SARS-CoV-2 podjął szereg działań legislacyjnych mających na celu prawne uregulowanie sytuacji pandemicznej w kraju, w szczególności przyjmując pakiet ustaw zwanych tarczami antykryzysowymi. Jak można przeczytać na stronach rządowych „Tarcza to pakiet rozwiązań przygotowanych przez rząd, który ma ochronić polskie państwo i obywateli przed kryzysem wywołanym pandemią koronawirusa. Pakiet opiera się na pięciu filarach, takich jak ochrona miejsc pracy i bezpieczeństwo pracowników, finansowanie przedsiębiorców, ochrona zdrowia, wzmocnienie systemu finansowego oraz inwestycje publiczne”¹².

W niniejszej publikacji pragnę odnieść się do problematyki dotyczącej regulacji ustawowej zawartej w traczy 4.0, która w art. 77 pkt 21 w części zmienia wyżej powołaną tarczę antykryzysową. Zmiana polega na dodaniu do tarczy antykryzysowej art. 15r¹, który wprowadza swoiste ograniczenie uprawnień zamawiającego w związku z SARS-CoV-2 i stanowi, że nie może on, dokonywać potrąceń kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności oraz dążyć do zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii¹³. Ustawa zmieniająca weszła w życie z dniem 24 czerwca 2020 r.

W szczególności należy więc postawić pytanie, czy zastosowanie art. 15r¹ tarczy antykryzysowej do umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga wyczerpania trybu – obowiązku informacyjnego – uregulowanego w art. 15r tarczy antykryzysowej, a także czy wyżej wymienione regulacje mają zastosowanie do umów o zamówienie publiczne zawartych pod rzą-

¹² Zob. <https://www.gov.pl/web/tarczaantykryzysowa> [dostęp: 10.05.2021].

¹³ W art. 77 Tarczy 4.0. dokonano zmian w ustawie z 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. poz. 374, dodając art. 15r¹.

dami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*¹⁴.

3. Ograniczenie uprawnień zamawiającego w związku z SARS-CoV-2

Punktem wyjścia niniejszych rozważań musi stać się w pierwszej kolejności regulacja art. 15r tarczy antykryzysowej, który ustanawia zasady postępowania stron umowy o zamówienie publiczne (w rozumieniu p.z.p.) i statuuje wymóg wzajemnego oraz niezwłocznego informowania się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Ustawodawca przewiduje jednocześnie pewien katalog otwarty zdarzeń, które mogą wypełnić dyspozycję artykułu. W ustawie wskazano (art. 15r ust. 1), że strony umowy potwierdzają wpływ COVID-19 na należyte wykonanie umowy dołączając do informacji, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności: nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia, a także decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych, w następnej kolejności poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1-3 ustawy, a także wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych, jak również innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy oraz okoliczności, o których mowa w pkt 1-5, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy¹⁵.

Zgodnie z powyższą regulacją obowiązek wzajemnego informowania się, o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte

¹⁴ Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.

¹⁵ Dz. U. z 2020 r., poz. 1842.

wykonanie umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić, dotyczy zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego. Obowiązek informacyjny określony w art. 15r tarczy antykryzysowej ma charakter obligatoryjny, potwierdza to użycie przez ustawodawcę zwrotu „informują się”, a nie przykładowo mogą się informować. Jeśli okoliczności wywołane COVID-19 nie wpłyną na wykonanie umowy, obowiązek informacyjny odpada. W nauce prawa wskazuje się, że obowiązek informacyjny jest niezależny od ewentualnego wniosku o zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie podkreślenia wymaga fakt, że nawet wówczas, gdy strona informująca nie ma na celu dążyć do zmiany umowy, to ma obowiązek poinformowania drugą stroną umowy o zaistniałych okolicznościach. Dla wykazania wpływu wskazywanych przez jedną ze stron okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne, każda ze stron umowy może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów. Prawo do żądania dodatkowych oświadczeń lub dokumentów nie niweczy prawa ich uzupełnienia z inicjatywy własnej przez stronę składającą oświadczenie [Falkowska 2020a].

W świetle powyższych rozważań pojawia się wątpliwość, czy zamiarem ustawodawcy było, aby dla zastosowania ograniczeń uprawnień zamawiającego, wynikających z art. 15r¹ tarczy antykryzysowej konieczne było wy-czerpanie obowiązku informacyjnego z art. 15r tej ustawy. Z uzasadnienia rządowego projektu ustawy¹⁶, zmieniającej tarczę antykryzysową (uzasadnienie Tarczy 4.0.) wynika, że „zapropozowane rozwiązania mają na celu wspomoczenie uczestników rynku zamówień publicznych, w tym również poprzez przeciwdziałanie utracie płynności finansowej wykonawców. Wskazano, iż z jednej strony ograniczono możliwość, w szczególności potrącania kar umownych z wynagrodzeń wykonawców realizujących zamówienia publiczne w okresie stanu epidemii COVID-19 i przez 3 miesiące po jego odwołaniu, a z drugiej strony wprowadza się regulacje dotyczące częściowych płatności, zaliczek oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Projekt zawiera propozycje dostosowania w okresie stanu epidemii i zagrożenia epidemicznego materii zamówień publicznych, w szczególności poprzez odejście od fakultatywności dokonywania zmiany umowy na rzecz jej obligatoryjności, w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi, że okoliczności

¹⁶ Druk sejmowy Nr 382, s. 61, Sejm IX kadencji, 2020, el.

związane z epidemią COVID-19 wskazane przez wykonawcę mają wpływ na należyte wykonanie umowy, wyłączenie możliwości dokonywania przez zamawiających potrąceń kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zniesienie obowiązku żądania wniesienia wadium w postępowaniach o szacunkowej wartości powyżej progów unijnych, wprowadzenie obligacyjnych częściowych płatności lub zaliczek na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na dłuższy okres (z wyjątkiem umów w zakresie obronności i bezpieczeństwa), obniżenie dopuszczalnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Proponowane rozwiązanie ma przyczynić się do ograniczenia obciążeń finansowych wykonawców w okresie walki ze skutkami epidemii COVID-19, a w konsekwencji do zwiększenia ich zasobów finansowych¹⁷.

W konsekwencji przyjęcia przez ustawodawcę ustawy zmieniającej, regulacja art. 15r tarczy anty kryzysowej została również w części znowelizowana na mocy tarczy 4.0, a w tym zakresie w ustępie 6 uregulowano obligatoryjny charakter zmiany umowy o zamówienie publiczne. W obecnym brzmieniu przepis stanowi, że jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności, strona umowy o zamówienie publiczne, w stanowisku odnośnie do wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie, przedstawia wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie oraz wpływ tych okoliczności, na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań, albo ich wysokość. Zmiana ma na celu zagwarantowanie, w szczególności wykonawcom, że postanowienia umów o udzielenie zamówienia publicznego będą uwzględniały zmianę warunków społeczno-gospodarczych wywołaną epidemią COVID-19, która ma negatywny wpływ na możliwość wykonania obowiązków umownych¹⁸.

¹⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Druk sejmowy Nr 382, s. 61, Sejm IX kadencji, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=382> [dostęp: 10.05.2021].

¹⁸ Tamże.

Przepis art. 15 r¹ tarczy antykryzysowej, dodany na mocy tarczy 4.0. można potraktować jako uzupełnienie omawianego wyżej art. 15r ust. 6. Regulację tarczy antykryzysowej uzupełniono o przepis ograniczający możliwość potrącania kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych należności oraz dochodzenia zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis nie obejmuje tylko zakazu potrącania kar, których naliczenie wywołane jest okolicznościami związanymi z wystąpieniem COVID-19, ale obejmuje wszystkie kary umowne [Falkowska 2020b]. Powyższe stanowisko budzi wątpliwość, z uwagi na fakt, że regulacja art. 15r¹ jest pochodną art. 15r tarczy antykryzysowej, który ściśle odnosi się do wpływu COVID-19 na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nakłada na strony umowy obowiązki informacyjne, o których była mowa powyżej. Art. 15r¹ tarczy antykryzysowej zgodnie z zamiarem prawodawcy, miał przyczynić się do ograniczenia ciężarów finansowych wykonawców w okresie epidemii COVID-19, a w konsekwencji zwiększyć ich zasoby finansowe. Przepis ten uniemożliwia, w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia jego odwołania, możliwość potrącania kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także dochodzenia zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy. Przepis wskazuje również, że warunkiem koniecznym jest, aby zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Kierując się wykładnią celowościową należy wskazać, że dla skutecznego zastosowania powyższego przepisu, wydaje się jednak, że konieczne jest także dochowanie obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 15r ust. 1 tarczy antykryzysowej. Przepis ten obliguje strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego do wzajemnego informowania się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. W sytuacji, gdy strony umowy o zamówienie publiczne zaniechają informowania się o wpływie okoliczności związanych z COVID-19 na wykonywanie umowy, nie jest możliwe zastosowanie regulacji art. 15r¹ tarczy antykryzysowej i odmówienie zamawiającemu prawa do dokonywania potrąceń czy dążenia do zas-

pokojenia się z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, bowiem wykonawca, wnosząc zabezpieczenie należytego wykonania umowy, gwarantuje możliwość rekompensaty strat wynikających z nienależytego wykonania umowy lub jej niewykonania. Jest ono więc rodzajem kaucji przekazywanej przez wykonawcę (dłużnika) zamawiającemu (wierzycielowi) w celu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń, które mogą powstać w związku z zawartą umową. W obecnym stanie prawnym zabezpieczenie nie służy już pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości, w sytuacji gdy wykonawca jest jednocześnie gwarantem. Od wykonawców można żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy bez względu na przedmiot zamówienia, jego wartość oraz tryb, w jakim prowadzone jest postępowanie. Najczęściej występuje ono przy realizacji zamówień na roboty budowlane i usługi. Jest to związane z ich specyfiką, która polega na tym, że żądane rezultaty są osiągnięte w trwającym procesie realizacji i dopiero po upływie określonego czasu.

W sytuacji jednak wykonania obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 15r ust. 1 tarczy antykryzysowej, zastosowanie regulacji art. 15r¹ staje się nieuniknione i zamawiający obowiązany jest zaniechać dokonywania potrąceń kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Należy zaznaczyć, że w przedmiocie obligatoryjności wyczerpania obowiązku informacyjnego z art. 15r tarczy kryzysowej w kontekście możliwości zastosowania regulacji art. 15r¹ tej ustawy do umowy o zamówienie publiczne stanowisko doktryny nie jest jednolite, a z uwagi na nowość regulacji brak jest orzecznictwa sądowego w tym przedmiocie. Zapewne wypracowanie ugruntowanego stanowiska judykatury zajmie trochę czasu, natomiast w mojej ocenie należy opowiedzieć się za zasadnością stosowania omawianych instrumentów prawnych, do umów o zamówienie publiczne, na których realizację miała faktyczny wpływ pandemia wirusa COVID-19, a strony umowy wzajemnie informowały się o zaistnieniu okoliczności związanych z COVID-19 i były ich świadome w toku realizacji zamówienia, a to z uwagi na fakt, że w przeciwnym względzie możemy mieć do czynienia z nadużyciem przedmiotowej instytucji przez nierzetelnych wykonawców.

Odnosząc się do możliwości zastosowania szczególnych rozwiązań prawnych przewidzianych w ustawie o COVID-19 także w odniesieniu do umów zawartych pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*, należy podkreślić, że w tej materii stanowisko zajął Urząd Zamówień Publicznych wskazując, iż „przyjąć należy, że ustawodawca objął następstwa prawne stosunków prawnych w postaci umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych na mocy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* bezpośrednim działaniem mechanizmów przewidzianych w art. 15r ust. 1 oraz art. 15r¹ ust. 1 ustawy o COVID-19 (tarczy antykryzysowej), czyli zastosował zasadę bezpośredniego działania prawa, zgodnie z którą od chwili wejścia w życie «nowego prawa» wyznacza ono sytuacje prawne także z elementem dawnym. Możliwość zastosowania szczególnych rozwiązań prawnych przewidzianych w ustawie o COVID-19 także w odniesieniu do umów zawartych pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* wynika również z wykładni celowościowej przepisów art. 15r ust. 4 oraz art. 15r¹ ust. 1 ustawy o COVID-19. Wprowadzenie możliwości dokonania szczególnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zakazu potrącania przez zamawiającego kar umownych, a także zakazu dochodzenia przez zamawiającego zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy miało na celu zminimalizowanie negatywnych skutków gospodarczych wynikających z obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Regulacje zawarte w ustawie o COVID-19 stanowiły wyraz interwencji legislacyjnej mającej na celu złagodzenie skutków ekonomicznych wystąpienia COVID-19, dotyczących zwłaszcza przedsiębiorców, przez uelastycznienie mechanizmów kontraktowych w sferze zamówień publicznych”¹⁹.

Zakończenie

Zgodnie z zasadą racjonalności należy wskazać, że wszystkie wprowadzone przez ustawodawcę rozwiązania legislacyjne w tarczach antykryzyso-

¹⁹ Urząd Zamówień Publicznych, Dopuszczalność zastosowania art. 15r oraz art. 15r¹ ustawy o COVID-19 (w aktualnym brzmieniu) do umów o zamówienie publiczne zawieranych przed wejściem w życie nowej ustawy *Prawo zamówień publicznych*, LEX/el. 2021.

wych, mają w szczególności za cel ochronę wykonawców przed skutkami epidemii wirusa COVID-19. Potrzeba ich wprowadzenia została wywołana wpływem wirusa na wiele branż, znacznie pogarszając sytuację finansową przedsiębiorców. Intencją ustawodawcy było, jak sam wskazuje, wprowadzenie szczególnych rozwiązań, które umożliwiają podejmowanie działań minimalizujących skutki utraty płynności finansowej przedsiębiorców dotkniętych trudną sytuacją wywołaną pandemią choroby zakaźnej COVID-19, wywołaną przez wirusa SARS-CoV-2. Wobec tego ustawodawca każdorazowo wiąże stosowanie określonych rozwiązań prawnych z sytuacją przedsiębiorców dotkniętych skutkami pandemii choroby zakaźnej COVID-19, wywołanej przez wirusa SARS-CoV-2.

Wydaje się, że nie zasługuje na uwzględnienie taka interpretacja regulacji przepisów tarczy antykryzysowej, która „odrywałaby” je od wpływu okoliczności związanych z epidemią wirusa COVID-19 na sytuację danego przedsiębiorcy. Mogłoby to bowiem prowadzić do nadużywania instytucji w branżach zupełnie przez pandemię nieposzkodowanych, na których działalność epidemia wirusa nie wywarła żadnych negatywnych skutków. Należy też postulować doprecyzowanie przez ustawodawcę regulacji art. 15r¹ tarczy antykryzysowej celem uniknięcia wszelkich wątpliwości w omawianym zakresie. Niezasadne jest bowiem, nawet czasowe, rezygnowanie przez zamawiającego z roszczeń jakie wynikają z nieprawidłowego wykonania zamówienia publicznego wobec wykonawcy, na działalność którego nie ma żadnego wpływu obowiązujący stan epidemii na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej.

PIŚMIENNICTWO

- Falkowska, Magdalena. 2020a. „Komentarz do 15r.” W *Ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Komentarz*, red. Kamil Szmid, wyd. 1. Warszawa: C.H. Beck. Legalis.
- Falkowska, Magdalena. 2020b. „Komentarz do 15r¹.” W *Ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Komentarz*, red. Kamil Szmid, wyd. 1. Warszawa: C.H. Beck. Legalis.
- Granecki, Paweł. 2021. „Komentarz do art. 433.” W *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, red. Paweł Granecki, i Iga Granecka, wyd. 1. Warszawa: C.H. Beck. Legalis.

- Moll, Tomasz. 2018a. „Komentarz do art. 6.” W *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. Bogdan Dolnicki, wyd. 2, 170-79. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Moll, Tomasz. 2018b. „Komentarz do art. 7.” W *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. Bogdan Dolnicki, wyd. 2, 179-211. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pośpiech-Kłak, Anna. 2020. „Komentarz do art. 7.” W *Ustawa o Samorządzie Gminnym. Komentarz*, red. Sebastian Gajewski, i Aleksander Jakubowski, wyd. 1. Warszawa: C.H. Beck. Legalis.
- Sendrowski, Paweł. 2020. *Siła wyższa w stosunkach gospodarczych (w tym w ramach zamówień publicznych). Komentarz praktyczny*. LEX/el.

Wpływ tarczy antykryzysowej na ograniczenie uprawnień gminy jako zamawiającego

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę regulacji art. 15r¹ tarczy antykryzysowej uchwalonego ustawą 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, który wprowadza do umów o zamówienie publiczne, ograniczenie uprawnień zamawiającego w związku z SARS-CoV-2 i stanowi, 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, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Ustawa zmieniająca weszła w życie z dniem 24 czerwca 2020 r.

Słowa kluczowe: samorząd terytorialny, gmina, prawo zamówień publicznych, tarcza antykryzysowa

The Impact of the Anti-crisis Shield on Limiting the Powers of a Municipality as a Contracting Authority

Abstract

The article discusses the regulation of Article 15r¹ of the anti-crisis shield established by the Act on interest rate subsidies for bank loans granted to businesses affected by Covid-19 and on simplified proceedings for approval of the arrangement in connection with the occurrence of Covid-19, which introduces into public procurement contracts, a limitation of the contracting authority's rights in connection with

SARS-CoV-2 and provides that during the period in which the state of epidemic emergency or state of epidemic declared in connection with COVID-19 is in force, and for 90 days from the date of revocation of the state that was last in force, the contracting authority may not withhold the contractual penalty reserved in the event of non-performance or improper performance of the public procurement contract from the contractor's remuneration or from his other receivables, and may not seek satisfaction from the security for due performance of that contract, provided that the event in connection with which the penalty was reserved occurred during the period in which the state of epidemic emergency or state of epidemic was in force. The amendment Act entered into force on 24 June 2020.

Keywords: local government, commune, public procurement law, the anti-crisis shield

Information about Author: SYLWIA DĄBROWSKA, M.A., Ph.D. student, Faculty of Law, Canon Law and Administration, the John Paul II Catholic University of Lublin; correspondence address: Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin, Poland; e-mail: sylwia.anna.dabrowska@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0003-2888-527X>