



Pan Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Postępu 17a
02-676 Warszawa

WNIOSEK O WYDANIE OPINII

Na podstawie art. 154c ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), dalej „Pzp”, w zw. z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1528 ze zm.), dalej „UKRBU”, wnosimy o wydanie opinii w przedmiocie potwierdzenia zastosowania przepisów art. 15r ust. 1-9 oraz art. 15s ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 374 ze zm.), dalej „Ustawy COVID-19”, do:

- 1) umów o partnerstwie publiczno-privatnym zawartych z zastosowaniem przepisów Pzp – stosownie do art. 4 ust. 1 (przed 19.09.2018 r. – art. 4 ust. 2) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-privatnym (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 711 ze zm.), dalej „UPPP”,
- 2) umów o partnerstwie publiczno-privatnym zawartych z zastosowaniem przepisów UKRBU – stosownie do art. 4 ust. 2 (przed 19.09.2018 r. – art. 4 ust. 1) UPPP,
- 3) umów o partnerstwie publiczno-privatnym zawartych z zastosowanie przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2015 r., poz. 113), dalej „Ustawa o koncesji” – stosownie do art. 4 ust. 1 UPPP w brzmieniu obowiązującym do 14.12.2016 r.,
- 4) umów koncesji na roboty budowlane lub usługi zawartych zgodnie z UKRBU,
- 5) umów koncesji na roboty budowlane lub usługi zawartych zgodnie z Ustawą o koncesji.

Potrzeba wydania opinii uzasadniona jest brakiem pewności prawnej po stronie licznych zamawiających – podmiotów publicznych, będących stroną umów o partnerstwie publiczno-privatnym oraz umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, co do możliwości i obowiązku stosowania przepisów art. 15r ust. 1-9 oraz art. 15s Ustawy o COVID-19 do ww. umów. Niepewność prawna w tym zakresie może w istotny sposób wpływać na realizację wskazanych powyżej umów, a w skrajnych przypadkach prowadzić do niezgodnych z prawem zmian umów o partnerstwie publiczno-privatnym lub umów koncesji lub odmowy dokonania zmian umów, pomimo uzasadnionych przesłanek.

Uzasadnienie

Przepis art. 15r ust. 1-9 Ustawy o COVID-19 uregulował m.in. zasady zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, jak i postępowania odnośnie kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, z powodu okoliczności związanych ze stanem pandemii COVID-19. Wskazane przepisy Ustawy o COVID-19 stanowią w istocie uszczegółowienie normy wynikającej z art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, określającej wyjątek spod zakazu zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.

Zwrócić należy uwagę, że wiele przedsięwzięć w Polsce realizowanych jest przez jednostki sektora finansów publicznych przy współdziałaniu sektora prywatnego nie tylko w oparciu o Pzp, ale również w oparciu o UKRBU oraz UPPP. Są to przedsięwzięcia wieloletnie, o wielomilionowych budżetach, o skomplikowanym, ale kluczowym z punktu widzenia realizujących je podmiotów publicznych przedmiocie, obejmujące: budowę infrastruktury, dróg, obiektów użyteczności publicznej, rewaloryzację zabytków, itp.

Ustawa o COVID-19 nie przewiduje wprost analogicznych regulacji dotyczących umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym lub umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Cytowane przepisy odwołują się do pojęcia „umowy w sprawie zamówienia publicznego”, o której mowa w Pzp. Podkreślić należy, że przepisy Pzp nie definiują „umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Dlatego należy przyjąć, że ustawodawca w art. 15r Ustawy o COVID-19 posłużył się pojęciem „umów w sprawie zamówień publicznych” w znaczeniu potocznym, albowiem umowa zawarta w trybie Pzp nie jest odrębnym typem umowy (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z 18.02.2016 r. (II CSK 197/15)). Pozwala to na wniosek, że przepis art. 15r Ustawy o COVID-19 znajdzie zastosowanie do wszelkich umów odpłatnych zawartych z zastosowaniem przepisów Pzp, w tym do umów o partnerstwie publiczno-prywatnym zawartych w tym trybie.

Ponadto, w art. 15r ust. 11 Ustawy o COVID-19 ustawodawca wskazał, że przepisy ust. 1-9 stosuje się odpowiednio do „umów w sprawie zamówień publicznych” wyłączonych ze stosowania Pzp. Powyższe wyłącznie obejmuje te umowy, które mają charakter „zamówienia publicznego”, ale zawarte zostały w innym trybie niż Pzp. W szczególności objęte tym wyłączeniem będą umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, które należą do szeroko rozumianej kategorii „umów w sprawie zamówienia publicznego”. Zgodnie z art. 4 pkt 12 Pzp, przepisów tej ustawy nie stosuje się do umów koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi w rozumieniu UKRBU, chyba że ustawa stanowi inaczej. W literaturze podkreśla się, że w art. 4 Pzp „zawarte zostały przepisy zwalniające niektóre zamówienia publiczne z obowiązku stosowania ustawy przy ich udzielaniu. Przepisy te są wyjątkiem od zasady powszechności zamówień publicznych (...). Zwolnienia zawarte w art. 4 są zwolnieniami przedmiotowymi, określającymi rodzaje zamówień wyłączonych z ustawy. (...) Zamówienia, o których mowa w art. 4, są w dalszym ciągu uznawane za zamówienia publiczne. Do ich udzielania nie stosuje się jednak Prawa zamówień publicznych, lecz inne przepisy (np. KC, regulaminy wewnętrzne) lub specjalne procedury (np. organizacji międzynarodowych)” (zob. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, Warszawa 2017, wersja elektroniczna, Legalis). Umowa koncesji na roboty budowlane stanowi zatem rodzaj zamówienia publicznego wyłączonego spod przepisów Pzp i uregulowanego odrębną ustawą. Stosownie zatem do art. 15r ust. 11 Ustawy o COVID-19, postanowienia ust. 1-9 tego przepisu znajdują zastosowanie także do umów zawartych w trybie UKRBU.

UKRBU zastąpiła Ustawę o koncesji (art. 71 UKRBU). Wejście w życie UKRBU wiązało się z odpowiednimi zmianami w UPPP. Zgodnie z art. 68 ust. 2 UKRBU, do umów koncesji zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o zawarcie umowy koncesji wszczętych przed dniem wejścia w życie UKRBU stosuje się przepisy Ustawy o koncesji. Przepisy Ustawy o koncesji zatem dalej obowiązują w stosunku do zarówno umów koncesji, jak i umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, które zostały zawarte w oparciu o Ustawę o koncesji. Umowy te pozostają „umowami w sprawie zamówień publicznych” wyłączonymi spod przepisów Pzp.

Z tego względu stoimy na stanowisku, że przepisy art. 15r ust. 1-9 Ustawy o COVID-19, na mocy art. 15r ust. 11 tej ustawy, znajdują zastosowanie m.in. do:

- 1) umów o partnerstwie publiczno-prywatnym zawartych z zastosowaniem przepisów Pzp – stosownie do art. 4 ust. 1 (przed 19.09.2018 r. – art. 4 ust. 2) UPPP;
- 2) umów o partnerstwie publiczno-prywatnym zawartych z zastosowaniem przepisów UKRBU – stosownie do art. 4 ust. 2 (przed 19.09.2018 r. – art. 4 ust. 1) UPPP,
- 3) umów o partnerstwie publiczno-prywatnym zawartych z zastosowaniem przepisów Ustawy o koncesji – stosownie do art. 4 ust. 1 UPPP w brzmieniu obowiązującym do 14.12.2016 r.,
- 4) umów koncesji na roboty budowlane lub usługi zawartych zgodnie z UKRBU,
- 5) umów koncesji na roboty budowlane lub usługi zawartych zgodnie z Ustawą o koncesji.

Z wyrazami szacunku,



Hubert Drabik

Hubert Drabik
Prezes Zarządu Instytutu PPP



Bartosz Mysiorski
Prezes Zarządu Fundacji
Centrum PPP



Jan Styliński
Prezes Zarządu PZPB