

# Modyfikacja umowy o zamówienie publiczne w obliczu epidemii COVID-19

I. Epidemia choroby COVID-19, wywołanej przez koronawirusa SARS-CoV-2, ma poważny wpływ na życie społeczne w wielu krajach. Oczywiście dotyczy to także Polski. Za problemami zdrowotnymi, osobistymi i społecznymi podążają problemy gospodarcze i prawne, związane z koniecznością reakcji na niespotykane do tej pory zjawiska kryzysowe, w różny sposób powiązane z epidemią. Sytuacja wymusza szereg niestandardowych działań, których podstawą stały się nowe rozwiązania ustawowe. Rozwiązania te wynikają z wprowadzanego w 2020 r. pod wpływem bieżących potrzeb ustawodawstwa, w tym zwłaszcza ustawy z 2.3.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych<sup>1</sup>. Obok tych nowych rozwiązań pojawia się także konieczność rozważenia dotychczas istniejących regulacji prawnych, możliwych do zastosowania w warunkach epidemii i w okresie, który bezpośrednio po niej nastąpi.

Sytuacja wymusza konieczność dokonywania analizy szeregu aspektów zjawiska, w różnych obszarach aktywności ustawodawcy. Jednym z tych obszarów jest sfera wykonywania zobowiązań umownych. Jak wiadomo, prawo cywilne przewiduje pewne mechanizmy związane z wystąpieniem nadzwyczajnych, nieprzewidzianych okoliczności. Jednym z takich mechanizmów jest klauzula *rebus sic stantibus* z art. 357<sup>1</sup> KC. Konstrukcja ta znajduje zastosowanie w stosunku do ogółu umów cywilnoprawnych, niezależnie od rodzaju obrotu. Dotyczy to także umów w sprawach zamówień publicznych, co potwierdzają zarówno wypowiedzi doktryny, jak i ustalone orzecznictwo<sup>2</sup>.

Niezależnie od konstrukcji klauzuli *rebus sic stantibus* nadzwyczajna sytuacja związana z epidemią skłania także do zastanowienia się nad możliwościami modyfikacji zo-

<sup>1</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 1842. W dalszej części niniejszego opracowania ustawa ta jest powoływana jako „ustawa covidowa”.

<sup>2</sup> Zob. przykładowo R. Szostak, Zasady prawa zamówień publicznych, PZP Nr 3/2014, s. 23; W. Dubis, Stosowanie wybranych instrumentów cywilnoprawnych do umów w sprawie zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, (red.) H. Nowicki i P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 291; R. Szostak, Zmiana umowy o zamówienie publiczne w okolicznościach zagrożenia epidemicznego. Część druga, Zam.Publ.Dor. Nr 6/2020, s. 5 (w wersji elektronicznej).

bowiązania na podstawie zgodnej woli stron, w granicach wyznaczonych przez art. 144 PZP, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania. Jak wiadomo, art. 144 PZP zastąpiony będzie od 1.1.2021 r. nowymi rozwiązaniami, zawartymi w art. 454–455 nPZP. Ze względu jednak na art. 91 ustawy z 11.9.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, do umów zawieranych w warunkach epidemii, nad którymi się obecnie zastanawiamy, zastosowanie znajdą nadal przepisy aktualnie obowiązującej ustawy<sup>3</sup>.

II. Na temat wpływu nadzwyczajnych zmian okoliczności na zobowiązania umowne napisano w ostatnich latach bardzo wiele. Wydarzenia 2020 r. sprawiły, że problematyka ta stała się na nowo przedmiotem zainteresowania zarówno prawników, jak i uczestników życia gospodarczego. Godne uwagi jest zatem rozważenie kwestii, w jakim zakresie wcześniejsze rozważania są adekwatne do wyzwań związanych z wykonywaniem zobowiązań umownych w ostatnich miesiącach. Należy przy tym zauważyć, że w związku z epidemią pojawiło się szereg nowych rozwiązań prawnych, wprowadzonych dla złagodzenia ekonomicznych i społecznych skutków epidemii. Poniższe rozważania mają za zadanie dokonanie analizy ogółu rozwiązań dotyczących reakcji na bieżące wydarzenia w kontekście zarówno tradycyjnie przyjmowanych rozwiązań, jak i nowych regulacji.

Nie jest celem dalszych rozważań przeprowadzenie szczegółowej wykładni przesłanek klauzuli *rebus sic stantibus*. Zagadnienie to jest już dobrze opracowane w literaturze i nie wydaje się konieczne powtarzanie większości dokonanych ustaleń. Zauważmy natomiast, że teraz, z oczywistych względów, zaczynają się pojawiać opracowania naświetlające problematykę wpływu nadzwyczajnych zmian okoliczności na zobowiązania w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2<sup>4</sup>. Poniższe uwagi mają stanowić głos w dyskusji na temat zastosowania różnorodnych instrumentów prawnych dla zminimalizowania niekorzystnego wpływu sytuacji epidemicznej na zobowiązania umowne.

Jak zatem wspomniano, nie będziemy się zajmować szczegółową analizą przesłanek z art. 357<sup>1</sup> KC. Skoro jednak, gdy rozważamy kwestie związane z epidemią i jej wpływem na zobowiązania umowne, klauzula *rebus sic stantibus* z oczywistych względów pojawia się w polu zainteresowania, to należy w zasadniczym skrócie przypomnieć, w jaki sposób te przesłanki są interpretowane przy stosowaniu powołanego przepisu. Zauważmy, że już zaczynają się pojawiać rozstrzygnięcia sądowe mające za podstawę art. 357<sup>1</sup> KC w kontekście epidemii<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Art. 91 tej ustawy ma następujące brzmienie: „1. Do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, zawartych: 1) przed dniem 1.1.2021 r., 2) po dniu 31.12.2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1.1.2021 r. – stosuje się przepisy dotychczasowe”.

<sup>4</sup> Z ostatnich publikacji z tego zakresu zob. przykładowo: B. Nowak-Górski, D. Mróz, K. Olszak, Stosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w dobie epidemii wirusa SARS-CoV-2, MoP Nr 10/2020; R. Strugała, Wpływ pandemii COVID-19 na wykonywanie umów w świetle art. 357<sup>1</sup> KC, MoP Nr 11/2020; K. Kurosz, W.P. Matysiak, Klauzula *rebus sic stantibus* w czasie pandemii, PPH Nr 6/2020.

<sup>5</sup> Por. postanowienie SO w Warszawie z 28.8.2020 r. (XVI GCo 195/20), <https://orzeczenia.ms.gov.pl>.

III. Aby można było mówić o zastosowaniu art. 357<sup>1</sup> KC, musi wystąpić nadzwyczajna zmiana stosunków. Jest ona rozumiana jako nadzwyczajne zdarzenie, na ogół o powszechnym charakterze, które może mieć postać katastrofy żywiołowej, gwałtownych zaburzeń życia społecznego (wojna, strajki, blokady), a także istotnych przeobrażeń ustrojowo-gospodarczych, a nawet poważnych zmian stanu prawnego. W takim znaczeniu nadzwyczajna zmiana stosunków odróżnia się od zdarzeń o charakterze jednostkowym, które – choć mogą mieć wpływ na konkretne zobowiązanie – nie wpływają na ogół stosunków obligacyjnych (stanowiąc mogą natomiast o niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 475 § 1 KC). Kolejną przesłanką klauzuli *rebus sic stantibus* jest naruszenie równowagi kontraktowej, wyrażające się w stwierdzeniu nadmiernych trudności w spełnieniu świadczenia lub groźby rażącej straty dla jednej ze stron. Panuje zgoda co do tego, że na nadmierne trudności i groźbę rażącej straty należy spoglądać z perspektywy tzw. zwykłego ryzyka kontraktowego. Dopiero po przekroczeniu tego progu pojawiające się trudności lub groźbę straty można uznać za uzasadniające zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*. Powyższe przesłanki spięte być muszą klamrą związku przyczynowego. Tylko bowiem wtedy, gdy nadmierne trudności lub groźba rażącej straty są skutkiem nadzwyczajnej zmiany stosunków, jest sens zastanawiania się nad ewentualną modyfikacją zobowiązania. Ostatnią przesłanką jest nieprzewidywalność wpływu zmiany stosunków na zobowiązanie. Nie chodzi tu o nieprzewidywalność zmiany stosunków w ogóle, ale o nieprzewidywalność wpływu tej zmiany na konkretny stosunek obligacyjny. Ocena nieprzewidywalności musi być dokonywana z uwzględnieniem stopnia możliwości przewidywania przez strony, co ma szczególnie istotne znaczenie w odniesieniu do profesjonalnych uczestników obrotu, w przypadku których oczekiwania w zakresie możliwości przewidzenia określonych zdarzeń są oczywiście większe.

Spełnienie powyższych przesłanek stanowi punkt wyjścia dla sądu do dokonania próby modyfikacji zobowiązania umownego w celu przystosowania go do zmienionych warunków. Chodzi o takie jego nowe ukształtowanie, aby uwzględniało ono pierwotny konsens osiągnięty przez strony przy zawieraniu umowy. W ten sposób możliwe jest przywrócenie naruszonej równowagi kontraktowej. Sąd musi się przy tym kierować względami na interesy stron (zaznaczmy: obu stron) i zasadami współżycia społecznego. To nieużywane już dziś w nowych aktach prawnych pojęcie zostaje obecnie zastępowane innymi klauzulami generalnymi, jak uczciwość kupiecka, dobre obyczaje w obrocie itp. W wyniku analizy dokonanej przez sąd – dokonywanej jednak nie z urzędu, ale na żądanie strony zawarte w pozwie<sup>6</sup> – sąd może oznaczyć na nowo (zmienić) wysokość zobowiązania lub sposób jego spełnienia. Dopiero ostatecznym rozwiązaniem, przewidzianym na wypadek, gdyby przywrócenie naruszonej równowagi kontraktowej poprzez zmianę

<sup>6</sup> Jako prawdopodobnie większościowy, choć moim zdaniem nie do końca przekonujący, należy wskazać pogląd, zgodnie z którym żądanie oparte na klauzuli *rebus sic stantibus* nie może być zgłoszone w charakterze zarzutu, a jedynie w pozwie (ewentualnie w pozwie wzajemnym). Co do rozbieżności stanowisk w tym zakresie por. R. Morek [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, tom II, Zobowiązania, K. Osajda (red.), Warszawa 2013, s. 101.

wysokości świadczenia lub sposobu jego spełnienia było niemożliwe, sąd może rozwiązać umowę (kodeks używa stwierdzenia „(...) a nawet orzec o rozwiązaniu umowy”). Rozwiązanie umowy otwiera jednocześnie sądowi pole do ewentualnego orzeczenia o rozliczeniach stron, o czym stanowi drugie zdanie omawianego artykułu. Należy jednak podkreślić, że rozwiązanie umowy potraktować trzeba jako rozstrzygnięcie wyjątkowe, możliwe do zastosowania wówczas, gdy niemożliwe okaże się przywrócenie naruszonej równowagi kontraktowej<sup>7</sup>. Uwaga ta pozostaje szczególnie aktualna w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych, na których tle w sposób szczególny zyskuje na znaczeniu zasada realnego wykonania zamówienia<sup>8</sup>.

IV. Zgodnie z przyjętym założeniem, poprzestaniemy w tym miejscu na tym krótkim opisie przesłanek klauzuli *rebus sic stantibus* z „ogólnego” punktu widzenia. Zainteresować się natomiast należy, w jakim stopniu przesłanki te są spełnione w sytuacji gospodarczej związanej ze światową pandemią COVID-19. Na pierwszy rzut oka pytanie wydaje się retoryczne, gdyż zjawiska przyrodnicze mające postać klęsk żywiołowych tradycyjnie były wpisywane w krąg desygnatów pojęcia „nadzwyczajna zmiana stosunków”. Warto przypomnieć, że epidemia (wówczas określana jako „zaraza”) wprost wskazana była w treści art. 269 Kodeksu zobowiązań<sup>9</sup> jako jeden z przykładów „nadzwyczajnych wypadków”. Nie ulega wątpliwości, że także obecnie epidemię uznać możemy za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> KC. Warto zresztą od razu sprecyzować, że pojęcie to rozumieć należy w specyficzny sposób, być może odbiegający od ustaleń epidemiologii. Chodzi o to, że z punktu widzenia analizy prawnej mamy w istocie do czynienia z całym kompleksem zdarzeń składających się na zjawisko epidemii. Chodzi tu nie tylko o fakty natury biologicznej (rozprzestrzenianie się wirusa SARS-CoV-2) i medycznej (rozwój choroby COVID-19), ale też jednocześnie o zjawiska społeczne i gospodarcze, które generowane są w istotnym zakresie przez wprowadzanie rozwiązań prawnych służących „walce z wirusem”. W literaturze trafnie zauważono, że sedno zagadnienia tkwi właśnie we wspomnianych rozwiązaniach prawnych<sup>10</sup>. Jest to z pewnością nadzwyczajne zjawisko („nadzwyczajność” relatywizujemy tu do „zwykłych” warunków), w znaczeniu „bardzo rzadkie, wyjątkowe, niespotykane”. Oczywiście powszechność, pandemiczność zjawiska nie ujmuje mu cech nadzwyczajności. Przeciwnie, po latach względnej

<sup>7</sup> Zob. W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998, s. 151–152.

<sup>8</sup> W kwestii znaczenia zasady realnego wykonania zamówienia zob. obszerne rozważania R. Szostaka, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 149 i n.

<sup>9</sup> Art. 269 Kodeksu zobowiązań miał następujące brzmienie: „Gdyby z powodu nadzwyczajnych wypadków, jako to: wojny, zarazy, zupełnego nieurodzaju i innych klęsk żywiołowych, świadczenie było połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziło jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy, sąd może, jeżeli uzna to za konieczne według zasad dobrej wiary, po rozważeniu interesów obu stron, oznaczyć sposób wykonania, wysokość świadczenia lub nawet rozwiązać umowę”.

<sup>10</sup> W tym kierunku podążają w swojej analizie K. Kurosz, W.P. Matysiak, *Klauzula rebus sic stantibus...*, *op. cit.*, s. 30 i n. Na konieczność oceny całokształtu zjawiska wskazują także B. Nowak-Górski, D. Mróz, K. Olszak, *Stosowanie klauzuli rebus sic stantibus...*, *op. cit.*, s. 5 (w wersji elektronicznej).

stabilizacji stanu chorób zakaźnych w świecie wystąpienie zjawisk epidemicznych na wszystkich kontynentach w tym samym praktycznie czasie uznać należy za coś nadzwyczajnego, co w pełni uzasadnia zainteresowanie klauzulą *rebus sic stantibus* jako przewidzianym przez porządek prawny środkiem zaradczym w takich właśnie przypadkach. Omawiane zjawisko jest nadzwyczajne z punktu widzenia każdego aspektu obrotu, rzecz jasna dotyczy to także sfery wykonywania umów w sprawach zamówień publicznych.

V. Nie ulega wątpliwości, że zmienione realia społeczne i gospodarcze związane z epidemią doprowadziły do naruszenia równowagi kontraktowej poprzez wywołanie nadmiernych trudności w spełnianiu świadczeń wynikających z wielkiej liczby umów. Groźba rażącej straty też jest w ogromnej liczbie przypadków oczywista. Związek przyczynowy między tymi zjawiskami, tj. rozprzestrzenianiem się koronawirusa i związanej z nim choroby COVID-19 oraz naruszeniem równowagi kontraktu, także jest łatwo wykazać<sup>11</sup>. Należy przy tym zaznaczyć, co było już wyżej sygnalizowane, że na zjawisko epidemii (pandemii) nie spoglądamy tylko w sposób jednostronny, jako na pewien fakt biologiczny związany z określoną jednostką chorobową. Epidemia spowodowała szereg konsekwencji, w tym przede wszystkim konieczność podejmowania przez organy władzy i administracji szeregu działań, zarówno prewencyjnych, jak i niwelujących skutki zakażeń. Można nawet powiedzieć, że z punktu widzenia stron umowy w większości przypadków zastanawiamy się raczej nie nad samym zjawiskiem choroby COVID-19, która zaatakowała ludzkość w 2020 r., ale nad wprowadzonymi w związku z nią rozwiązaniami prawnymi. Oczywiście fakty biologiczne mają swoje znaczenie, którego nie można lekceważyć. Nikt nie zakwestionuje chociażby znaczenia masowych zachorowań w całych sektorach gospodarki. Jest to na pewno nadzwyczajne znaczenie w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> KC. Nie mniej istotne jest jednak także ograniczenie, czy wręcz wyłączenie możliwości prowadzenia określonych rodzajów działalności gospodarczej, na mocy wprowadzanych regulacji prawnych. Jak już wspomniano, zasadnicze zmiany stanu prawnego mogą być także interpretowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu klauzuli *rebus sic stantibus*. W tym przypadku trudno o bardziej dobitny przykład tego, jak bardzo zmiany stanu prawnego mogą wpłynąć na wykonywanie zawartych umów.

Więcej problemów w orzecznictwie pojawić się może, gdy mowa o przewidywalności wpływu nadzwyczajnej zmiany stosunków na zobowiązanie. Chodzi o to, że tylko w przypadku umów zawieranych przed mniej więcej początkiem lutego 2020 r. można mówić o pełnej nieprzewidywalności. Można bowiem przyjąć, że pojawiające się wcześniej sygnały o niepokojącym rozprzestrzenianiu się wirusa w krajach azjatyckich nie były do tego stopnia skonkretyzowane, aby – w powszechnym odbiorze – nasuwać przypuszczenia o możliwym wpływie tego zjawiska na umowy zawierane w Europie. Do tego zatem czasu

---

<sup>11</sup> W większości przypadków będzie to związek adekwatny w rozumieniu art. 361 § 1 KC, choć dla zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* wystarczający jest już związek przyczynowy w ujęciu teorii ekwiwalencji.

strony nie miały powinności uwzględniania faktu epidemii w swoich planach kontraktowych. Inaczej natomiast trzeba podejść do kwestii przewidywalności wpływu zmiany okoliczności na zobowiązanie w przypadku, gdy umowa została zawarta w czasie, gdy koronawirus SARS-CoV-2 pojawił się już w szerszej skali w Europie. Z pewnością poczynając od wskazanego wyżej umownie terminu, którym był początek lutego 2020 r., można było oczekiwać, że strony wkalkulują epidemię w ryzyko związane z realizacją umowy. Nie należy jednak przy tym zapominać tego, co zostało już wyżej zaznaczone, że przesłanką wynikającą z art. 357<sup>1</sup> KC nie jest nieprzewidywalność samej zmiany stosunków, ale nieprzewidywalność wpływu tej zmiany na stosunek umowny. Wziąwszy to pod uwagę, należałoby w konkretnym przypadku zbadać nie tyle nieprzewidzenie rozprzestrzeniania się koronawirusa, co możliwość lub niemożliwość przewidzenia wpływu, jaki zjawiska związane z epidemią wywołają w stosunku do realizowanej umowy. Nie wystarczy bowiem ustalić, że np. dostępna była wiedza o rozprzestrzenianiu się epidemii, trzeba się jeszcze zastanowić, czy strony umowy mogły przewidzieć, że rozwój epidemii będzie miał wpływ na wykonanie umowy. Oceniając sprawę racjonalnie, można założyć, że w większości przypadków nieprzewidywalność samej epidemii będzie się pokrywać z nieprzewidywalnością jej wpływu na zobowiązanie, ale – patrząc od strony konieczności prawidłowego określenia przesłanek klauzuli *rebus sic stantibus* – elementy te należy jednak rozdzielić.

Zastanawiając się nad zastosowaniem art. 357<sup>1</sup> KC do umów dotkniętych skutkami zmian okoliczności wskutek epidemii, należy wziąć pod uwagę skierowaną do sądu dyrektywę nakazującą przy zastosowaniu klauzuli *rebus sic stantibus* uwzględnienie interesów obu stron stosunku umownego. Zastosowanie tego nadzwyczajnego instrumentu nie może prowadzić do obarczenia jednej strony negatywnymi konsekwencjami nadzwyczajnej zmiany stosunków. W praktyce oznaczałoby to dokonanie modyfikacji zobowiązania zgodnie z żądaniem strony powodowej. Tymczasem reguły sprawiedliwości kontraktowej wymagają, aby te negatywne konsekwencje zostały rozdzielone między strony, stosownie do równowagi osiągniętej przez nie przy zawieraniu umowy. Służyć ma temu także konieczność rozważenia przez sąd ocenianej sytuacji przez pryzmat zasad współżycia społecznego. Również w literaturze zwraca się uwagę, że przecież „skutki pandemii – chociaż w różnym stopniu – dotknęły wszystkich uczestników życia gospodarczego”<sup>12</sup>. Zgadzam się przy tym z R. Strugałą, że konieczność rozważenia interesów obu stron i uwzględnienia zasad współżycia społecznego służy właściwemu ukształtowaniu przez sąd obowiązków kontraktowych, a nie ocenie, czy w ogóle zasadne jest zastosowanie art. 357<sup>1</sup> KC. Sama dopuszczalność zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* uzależniona jest bowiem wyłącznie od spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie<sup>13</sup>. Pragnę jednak zaznaczyć odmienny niż powołanego autora pogląd w kwestii znaczenia szczegól-

<sup>12</sup> K. Kurosz, W.P. Matysiak, Klauzula *rebus sic stantibus*..., *op. cit.*, s. 34.

<sup>13</sup> R. Strugała, Wpływ pandemii COVID-19 na wykonywanie umów..., *op. cit.*, s. 7 (w wersji el.).

nych „covidowych” rozwiązań dla możliwości zastosowania art. 357<sup>1</sup> KC w interesujących nas przypadkach. Zdaniem R. Strugały rozwiązania ustawy covidowej „są więc alternatywą wobec art. 357<sup>1</sup> KC i należy uznać, że w zakresie, w jakim rozstrzygają o wpływie wybuchu pandemii COVID-19 na prawa i obowiązki stron umowy, wyłączają jego zastosowanie”<sup>14</sup>. Nie negując znaczenia rozwiązań prawnych ukierunkowanych na łagodzenie skutków epidemii, wypada jednak zauważyć, że zaleta generalnej klauzuli *rebus sic stantibus* tkwi właśnie w tym, iż nawet w przypadku, gdy istnieją szczególne rozwiązania prawne dotyczące danej grupy stosunków prawnych (dotyczy to przecież nie tylko czasów epidemii), nie wyłączają one ogólnej zasady – a przecież art. 357<sup>1</sup> KC umieszczony jest wśród zasad wykonywania zobowiązań.

Na marginesie rozważań dotyczących „klasycznej” klauzuli *rebus sic stantibus* dodajmy, że do zastosowania pozostaje także „szczególna” klauzula przewidziana w art. 632 § 2 KC dla zmiany wysokości wynagrodzenia ryczałtowego wynikającego z umowy o dzieło<sup>15</sup>. W tym przypadku ustawa nie wymaga, aby zmiana stosunków wykazywała cechę nadzwyczajności, wystarczy, aby była to nieprzewidziana zmiana stosunków, powodująca, że wykonanie dzieła na warunkach wynikających z ryczałtu groziłoby przyjmującemu zamówienie (w przypadku zamówienia publicznego – wykonawcy) rażącą stratą. Nie ma przeszkód do zastosowania także tej konstrukcji w warunkach epidemii.

Nie ulega wątpliwości, że przedstawione wyżej uwagi można odnieść do ogółu umów w obrocie gospodarczym, w tym także do umów w sprawach zamówień publicznych. Jak już bowiem wyżej zaznaczono, art. 357<sup>1</sup> KC znajduje zastosowanie także w odniesieniu do tego segmentu obrotu. Zwrócić przy tym należy uwagę, że obecnie przepis ten nie zawiera ograniczeń natury podmiotowej<sup>16</sup>, zatem zarówno wykonawca, jak i zamawiający mogą wystąpić do sądu z żądaniem modyfikacji zobowiązania.

VI. W tym miejscu warto zasygnalizować także przewidzianą w art. 145 PZP możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. W takim przypadku zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach, zaś wykonawca może wówczas żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Przepis ten ma następujące brzmienie: „§ 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę”.

<sup>16</sup> W krótkim okresie, do grudnia 1996 r., obowiązywało w § 2 rozwiązanie, zgodnie z którym z żądaniem oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania lub wysokości świadczenia albo rozwiązania umowy nie mogła wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostawało w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa.

wykonania części umowy. Zaznaczmy, że analogiczne rozwiązanie przewidziane jest w art. 456 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 nPZP. Różnica z klauzulą *rebus sic stantibus* polega przede wszystkim na tym, że w tym przypadku realizacja uprawnienia nie polega na wystąpieniu do sądu z żądaniem dotyczącym treści umowy. Zamawiający może bowiem odstąpić od umowy na podstawie własnego oświadczenia woli. Jest to jednak rozwiązanie „zerojedynkowe” – jego zastosowanie prowadzi do unicestwienia łączącego strony stosunku umownego, nie daje zaś możliwości modyfikacji tego stosunku i dostosowania go do zmienionych warunków. Nie ulega wątpliwości, że formalnie konstrukcja ta może znaleźć zastosowanie także w warunkach związanych z epidemią. Należy jednak zauważyć, że na ogół jej wykorzystanie trudno byłoby pogodzić z formułowanymi w czasie epidemii postulatami wzmocnienia ochrony przedsiębiorców w obliczu trudnej sytuacji ekonomicznej spowodowanej rozprzestrzenianiem się koronawirusa. Nie rozwijam w tym miejscu tego zagadnienia, rozważenie kwestii odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego wymagałoby odrębnego opracowania<sup>17</sup>.

VII. Bez odwoływania się do orzeczenia sądu modyfikacja stosunku umownego jest możliwa na podstawie osiągniętego przez strony porozumienia, określającego warunki tej modyfikacji. W obrocie powszechnym i gospodarczym możliwość modyfikacji w drodze renegocjacji umowy jest co do zasady akceptowana przez porządek prawny, zgodnie z zasadą swobody umów, wyrażoną wprost w art. 353<sup>1</sup> KC<sup>18</sup>. W odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych możliwości w zakresie zmian przedmiotowych umowy są ograniczone. Aktualnie kwestie te uregulowane są w art. 144 PZP, stanowiącym wyraz implementacji art. 72 tzw. dyrektywy klasycznej z 2014 r.<sup>19</sup>. Kierunkowo podobne rozwiązania, choć różniące się w kwestiach szczegółowych, będą obowiązywać także w odniesieniu do zamówień udzielonych według nowego Prawa zamówień publicznych<sup>20</sup>.

Nie byłoby w tym miejscu celowe poświęcanie miejsca ogólnym rozważaniom na temat ograniczenia wynikającego z art. 144 PZP. W literaturze poświęcono tej kwestii wiele uwagi<sup>21</sup>. Przyjrzyjmy się natomiast tym punktom, w których konkretne rozwiązania mogą być szczególnie przydatne ze względu na epidemię koronawirusa. Zastrzeżmy jed-

<sup>17</sup> Obszerniej na temat odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego zob. R. Szostak, Umowy o zamówienia publiczne..., *op. cit.*, s. 219 i n.

<sup>18</sup> Przepis ten ma następujące brzmienie: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”.

<sup>19</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 65 ze zm.).

<sup>20</sup> Por. art. 454–455 nPZP.

<sup>21</sup> Z bardzo obszernej literatury na ten temat zob. przykładowo: G. Klich, Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, Warszawa 2016; J.E. Nowicki, Zmiany umowy w praktyce, M.Zam.Pub. Nr 10/2016; W. Robaczyński, Umowna modyfikacja zamówienia publicznego, Kontrola Państwowa Nr 6/2016; P. Bogdanowicz, Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej, Warszawa 2019; M. Taraszkiewicz, Zmiana umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego, Finanse Komunalne Nr 10/2019.



nocześnie, że zagadnień tych nie można rozpatrywać w oderwaniu od tzw. ustawy covidowej i przewidzianych w niej rozwiązań szczegółowych, związanych ze stanem epidemii.

Niewątpliwie z punktu widzenia bieżącej sytuacji epidemicznej najistotniejsze znaczenie mogą mieć rozwiązania przyjęte w art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, dotyczącym możliwości modyfikacji zobowiązania w obliczu nieprzewidzianych okoliczności. W świetle tego przepisu odstąpiono od zakazu zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, m.in. w przypadku, gdy zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, oraz b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej<sup>22</sup>. Do art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP odwołuje się wprost ustawa covidowa, ale nawet i bez tego odwołania przepis ten z pewnością najlepiej odpowiada potrzebie reakcji na warunki wykonywania umowy zmienione wskutek epidemii i związanych z nią rozwiązań prawnych.

W świetle powyższego wskazać należy, że pozostałe punkty w ust. 1 wskazują inne warunki modyfikacji zobowiązań. Należy opowiedzieć się za poglądem, że w związku z epidemią istnieje możliwość zmiany przez strony treści umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie tych pozostałych warunków, jednak nie mają one charakteru „szczególnego” w tym sensie, że nie dotyczą takich okoliczności, których charakter powoduje, że miałyby być one szczególnie „użyteczne” dla modyfikacji umowy ze względu akurat na okoliczności epidemiczne<sup>23</sup>.

**VIII.** Problem modyfikacji umów z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z art. 144 PZP występuje z oczywistych względów tylko wówczas, gdy umowa ta podlega przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych. W przypadku wyłączenia jej stosowania nie obowiązują również zasady wyrażone w art. 144 PZP<sup>24</sup>. Należy w tym miejscu zauważyć, że przepisy ustawy covidowej przewidują wyłączenia, których nie znajdujemy w ogólnych zasadach wynikających z ustawy – Prawo zamówień publicznych. I tak nie stosuje się tej ustawy do zamówień udzielanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego, Polski Fundusz Rozwoju lub regionalne fundusze rozwoju, związanych z realizacją zadań dotyczących obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych na podstawie przepisów odrębnych oraz związanych z realizacją programów rządowych lub

---

<sup>22</sup> Zaznaczyć należy, że ograniczenia modyfikacji umów przewidziane w art. 144 ust. 1 PZP dotyczą wyłącznie zmian istotnych w rozumieniu art. 144 ust. 1e PZP.

<sup>23</sup> Zgadzam się z J. Jerzykowskim, który uważa, że „wyekspozowanie w tej ustawie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP jako podstawy zmiany umowy nie wyłącza możliwości dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o inne podstawy zmiany uregulowane w art. 144 ust. 1 PZP”. J. Jerzykowski, *Zmiana umowy dokonywana na podstawie przepisów Tarczy Antykryzysowej*, Zam.Publ.Dor. Nr 5/2020, s. 7 (w wersji el.).

<sup>24</sup> O wątpliwościach, które powstają w związku z tym ze względu na treść art. 15r ust. 11 ustawy covidowej zob. dalej pkt XIII.

innych programów realizowanych ze środków publicznych, lub zadań związanych z wykorzystaniem środków pochodzących z takich funduszy – które dotyczą instrumentów wsparcia niezbędnych do przeciwdziałania negatywnym skutkom gospodarczym wystąpienia COVID-19 (art. 6 ust. 2 ustawy covidowej). Ustawy – Prawo zamówień publicznych nie stosuje się także do zamówień udzielanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do zamówień na usługi lub dostawy: w związku z realizacją zadań związanych z ustalaniem prawa lub wypłatą świadczenia postojowego (art. 15z za ustawy covidowej), w związku z realizacją zadań związanych ze zwolnieniem z tytułu nieopłaconych składek osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą, podmiotów zatrudniających nie więcej niż 49 ubezpieczonych, duchownych oraz spółdzielni socjalnych (art. 31z w ustawy covidowej) oraz w związku z realizacją zadań związanych z odstąpieniem od pobierania odsetek za zwłokę (art. 31 z<sup>10</sup> ust. 9 ustawy covidowej). Dodać należy jeszcze, że zgodnie z art. 7 ust. 2a ustawy z 4.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych<sup>25</sup>, który wejdzie w życie 1.1.2021 r., do umów o zarządzanie PPK oraz umów o prowadzenie PPK nie będzie się stosować przepisów nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Jak wyżej podkreślono, w przypadku wyłączenia danego typu umów spod reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych art. 144 PZP nie znajduje zastosowania. Powiedzieć wówczas trzeba, że z punktu widzenia prawa cywilnego umowa podlega ogólnym regułom kodeksowym. Warto tu jednak zaznaczyć, że ustawa covidowa rozszerza zakres stosowania jej przepisów także na umowy niepodlegające Prawu zamówień publicznych, o czym będzie niżej mowa.

**IX.** Przepis art. 15r ustawy covidowej przewiduje złożony tryb postępowania prowadzącego do dokonania modyfikacji stosunku umownego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy epidemia COVID-19 wywarła niekorzystny wpływ na sytuację stron tej umowy (przede wszystkim wykonawcy). Zgodnie z art. 15r ust. 1 ustawy covidowej strony umowy w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Ustawa przewiduje, że strony umowy potwierdzają ten wpływ, dołączając do powyższej informacji oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności: 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia; 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku

---

<sup>25</sup> Dz.U. z 2018 r., poz. 2019 ze zm. Art. 7 ust. 2a dodany ustawą z 19.6.2020 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 1086).

z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych; 3) 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; 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych; 5) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy; 6) okoliczności, o których mowa w pkt 1–5, w zakresie, w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. W przypadku wykonawców mających siedzibę lub wykonujących działalność związaną z realizacją umowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa się dokumenty wydane przez odpowiednie instytucje w tych krajach lub oświadczenia tych wykonawców (ust. 1a). W świetle ust. 2 każda strona może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy. Następnie, w terminie 14 dni od dnia otrzymania oświadczeń lub dokumentów, strona przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte wykonanie umowy. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania (ust. 3).

Przedstawione wyżej rozwiązania statuują obowiązki informacyjne dla obu stron umowy, które zamierzają dokonać modyfikacji zobowiązania. Zgodzić się należy z poglądem R. Szostaka, że „powinności informacyjne mają charakter sygnalizacyjno-ostrzegawczy oraz potwierdzający skalę rzeczywistego wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na obowiązek należytej realizacji zamówienia publicznego, zwłaszcza co do nieobecności personelu wykonawcy, decyzji właściwych organów władzy publicznej bądź wstrzymania dostaw produktów lub materiałów”<sup>26</sup>. W tym kontekście realizacja tych powinności nie stanowi warunku ważności dokonywanej przez strony zmiany. Nie oznacza to, że rozwiązania te nie wykazują cech doniosłości. Chodzi o wymuszenie rzeczywistej refleksji stron co do podstaw i warunków modyfikacji łączącej je więzi obligacyjnej<sup>27</sup>. Z tego względu powołany wyżej autor wskazuje, że „z praktyczno-gospodarczego punktu widzenia mają one na celu uzgodnienie stanowisk stron, czy nawet nawiązanie niezbędnych porozumień realizacyjnych, wymusić działania prewencyjne, usprawnić proces świadczenia zamówionych dostaw, usług lub robót budowlanych w okolicznościach nad-

---

<sup>26</sup> R. Szostak, *Zmiana umowy o zamówienie publiczne w okolicznościach zagrożenia epidemicznego*, cz. 1, Zam. Publ.Dor. Nr 5/2020.

<sup>27</sup> Nie zmienia to faktu, że z czysto normatywnego punktu widzenia należy przyznać rację A. Soltysińskiej, której zdaniem: „Podsumowując regulacje dotyczące zmiany umowy, można stwierdzić, że wydają się one mieć raczej charakter instrukcji czy wytycznych dla zamawiających i wykonawców, a nie nowych, istotnych rozwiązań prawnych, dla których obecnie obowiązujące Prawo zamówień publicznych i przepisy Kodeksu cywilnego nie dostarczałyby podstaw”. A. Soltysińska, *Zamówienia publiczne w czasie epidemii COVID-19*, Europejski Przegląd Sądowy Nr 6/2020, s. 51.

zwyczajnych, a w ostateczności skłonić strony do analizy zasadności zmiany umowy o zamówienie publiczne<sup>28</sup>. Analiza przedstawionych rozwiązań wskazuje także na zasadność poglądu *M. Falkowskiej*, że skoro ustawodawca wprowadza obowiązek wzajemnego informowania się przez strony, oznacza to, że także w przypadku, gdy zamawiającemu znane są okoliczności, o których mowa w tych przepisach, ma on obowiązek poinformować o nich wykonawcę, wraz z określeniem wpływu tych okoliczności na należyte wykonanie umowy<sup>29</sup>. Zgodzić się też trzeba z tezą, że „obowiązek wzajemnego informowania nie jest wprost powiązany ze zmianą umowy, czyli niezależnie od tego, czy którakolwiek ze stron wystąpi z inicjatywą zmiany umowy, ma obowiązek informowania drugiej strony o ww. okolicznościach. Z punktu widzenia wykonawcy jest to szczególnie istotne w kontekście jego odpowiedzialności odszkodowawczej”<sup>30</sup>.

Właściwa realizacja obowiązków informacyjnych ma pozwolić na prawidłową ocenę całokształtu sytuacji faktycznej, ekonomicznej i prawnej, w jakiej umowa jest wykonywana. *J. Jerzykowski* wyraża przy tym pogląd, że „zaletą Specustawy jest wszakże przesądzenie już na poziomie regulacji ustawowej, iż przesłanka konieczności dokonania zmiany umowy dotyczy nie tylko modyfikacji umowy w związku ze stwierdzonym już wpływem okoliczności związanych z COVID-19 na realizację umowy, ale również w związku w wpływem, który dopiero może wystąpić”<sup>31</sup>.

X. Zgodnie dalej z art. 15r ust. 4 ustawy covidowej zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, wpływają na należyte wykonanie umowy, **w uzgodnieniu z wykonawcą** [podkreśl. autora] dokonuje zmiany umowy. Zmiana umowy może nastąpić w szczególności przez: 1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części, 2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych, 3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy – o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy. W ujęciu ustawy covidowej zasadnicza decyzja o zmianie umowy należy zatem do zamawiającego, jednak jeśli weźmiemy pod uwagę, że jest to zmiana dokonywana na podstawie uzgodnienia z wykonawcą, oznacza to, że wola obu stron w tym zakresie jest jednakowo istotna. Pod adresem praktyki stosowania art. 15r ustawy covidowej w literaturze sformułowano dyrektywę interpretacyjną, zgodnie z którą „zamawiający zgodnie z przepisem art. 15r ust. 4 (...), jeśli stwierdzi, iż okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy. Jeżeli jednak stwierdzi, że okoliczności wpływają na należyte wykonanie umowy,

---

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *M. Falkowska*, Wpływ „tarczy antykryzysowej” na zamówienia publiczne, LEX/el. 2020.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *J. Jerzykowski*, Zmiana umowy dokonywana na podstawie przepisów..., *op. cit.*, s. 4 (w wersji el.).

musi dokonać zmiany umowy<sup>32</sup>. Pogląd ten należy opatrzyć pewnym komentarzem. Ponieważ zaprezentowane rozwiązanie realizować ma co do zasady interesy wykonawcy, zmianę ujęto w kategoriach czynności, co do których ustawa wyznacza powinności zamawiającego. W tym znaczeniu w razie zaistnienia okoliczności wskazanych w przepisie zamawiający „musi” dokonać zmiany umowy. Na istnienie takiego obowiązku zwraca uwagę także *M. Falkowska*, powołując się na uzasadnienie do projektu nowelizacji ustawy covidowej<sup>33</sup>. Autorka ta trafnie też zauważa, że „art. 15r ust. 4 (...) wprost odnosi się do zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP. Oznacza to, że przepis sam w sobie nie kreuje samodzielnej podstawy prawnej zmiany umowy, lecz wprowadza pewne obowiązki w przypadku zmiany umowy z uwagi na wystąpienie COVID-19<sup>34</sup>”.

Nie negując woli ustawodawcy w kierunku stworzenia obowiązku po stronie zamawiającego, to jednak – ponieważ cały czas mówimy o zmianie dokonywanej w wyniku uzgodnień między stronami – powinności zamawiającego w sensie prawnym sprowadzić należy do obowiązku uwzględnienia w dobrej wierze oczekiwań zamawiającego i takiego też prowadzenia negocjacji umowy, jeśli pojawi się konieczność dokonania dodatkowych uzgodnień. Nie oznacza to natomiast, że w efekcie w każdym przypadku dojdzie do zmiany umowy, chociażby dlatego, że oczekiwania wykonawcy mogą być dalej idące, niż jest to w stanie zaakceptować zamawiający. Z art. 15r ustawy covidowej nie wynika też uprawnienie dla wykonawcy rozumiane w ten sposób, że uzyskiwałby on jakieś roszczenie do zamawiającego o zmianę umowy<sup>35</sup>. Otwartym problemem, wymagającym, jak sądzę, pozytywnej odpowiedzi, byłaby sprawa istnienia po stronie wykonawcy roszczenia odszkodowawczego wobec zamawiającego w razie niezasadnej odmowy zmiany umowy, a także odmowy przystąpienia przez zamawiającego do negocjacji umowy lub prowadzenia negocjacji w złej wierze, w szczególności bez rzeczywistego zamiaru osiągnięcia porozumienia. W świetle poszczególnych postanowień art. 15r ustawy covidowej obowiązek podejmowania działań zmierzających do próby ustalenia na nowo treści więzi obligacyjnej stał się obowiązkiem kontraktowym, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie ocenić można w kategoriach odpowiedzialności z art. 471 KC. Oczywiście dla odpowiedzialności zamawiającego niezbędne byłoby wówczas wykazanie spełnienia przesłanek odpowiedzialności kontraktowej, w tym przede wszystkim szkody po stronie

---

<sup>32</sup> *E. Wiktorowska*, Zmiana umowy z powodu okoliczności związanych z epidemią COVID-19. Procedura, LEX/el. 2020.

<sup>33</sup> *M. Falkowska*, Wpływ „tarczy antykryzysowej”..., *op. cit.* Autorka powołuje się na następujący fragment uzasadnienia projektu: „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 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”. Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 382.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Tak trafnie *A. Sołtysińska*, Zamówienia publiczne w czasie epidemii..., *op. cit.*, s. 50.

wykonawcy oraz związku przyczynowego między niewłaściwym zachowaniem zamawiającego a powstałą szkodą.

**XI.** Na marginesie rozważań na temat rozwiązań przewidzianych w art. 15r ustawy covidowej zaznaczmy – już tylko sygnalizacyjnie – jeszcze trzy kwestie, których bliższe omówienie wykracza poza zakres niniejszego artykułu.

Po pierwsze, w toku nowelizacji ustawy covidowej z czerwca 2020 r.<sup>36</sup> dodano ust. 4a, według którego także w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, zamawiający, w uzgodnieniu z wykonawcą, może dokonać zmiany umowy zgodnie z ust. 4.

Po drugie, w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia korzystniejszej kształtujące sytuację wykonawcy, niż wynikałoby to z ust. 4, do zmiany umowy stosuje się te postanowienia, z zastrzeżeniem, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy (ust. 5).

Po trzecie, ustawa przewiduje także zmiany umów zawierających postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności. W takim przypadku, zgodnie z ust. 6 omawianego artykułu, w stanowisku, o którym mowa w ust. 3, strona przedstawia wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy oraz wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań lub ich wysokość. Wówczas wykonawca i podwykonawca, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie łączącej ich umowy, która jest związana z wykonaniem zamówienia publicznego lub jego części, uzgadniają odpowiednią zmianę tej umowy, w szczególności mogą zmienić termin wykonania umowy lub jej części, czasowo zawiesić wykonywanie umowy lub jej części, zmienić sposób wykonywania umowy lub zmienić zakres wzajemnych świadczeń (ust. 7). Jeżeli zmiana ta obejmuje część zamówienia powierzoną do wykonania podwykonawcy, wykonawca i podwykonawca uzgadniają odpowiednią zmianę łączącej ich umowy, w sposób zapewniający, że warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie będą mniej korzystne niż warunki wykonania umowy zmienionej zgodnie z ust. 4 (ust. 8). Reguły te stosuje się do umowy zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą (ust. 9).

**XII.** Zwróćmy uwagę, że przepisy ustawy covidowej zwalniają od odpowiedzialności osoby, które postępują zgodnie z ustalonymi przez ustawodawcę wytycznymi w zakresie

---

<sup>36</sup> Zmiana dokonana ustawą z 19.6.2020 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 (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086).

zmian umowy. Zgodnie z art. 15s pkt 2 ustawy covidowej zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4 nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ponadto, w świetle art. 15t ustawy covidowej, kto dokonuje takiej zmiany, nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 296 § 1–4 KK. Co więcej, za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, o której mowa w art. 293 § 1 albo art. 483 § 1 KSH, nie odpowiada wobec spółki członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidator, który zmienia umowę w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4 (art. 15u ustawy covidowej).

Przepisy powyższe, zwalniające od odpowiedzialności, mają pewien walor instrukcyjny, jednak ich wartość normatywna nie wydaje się bardzo wysoka. Na brak potrzeby wprowadzania tych rozwiązań zwrócono już uwagę w literaturze<sup>37</sup>. Skoro bowiem ustawodawca wprost zezwala na dokonanie określonych czynności i stwarza ramy prawne do ich dokonania – w tym przypadku w zakresie zmiany umowy – oznacza to, że uznaje takie działania za zgodne z prawem. Skoro tak, to na gruncie każdego z wyżej opisanych przypadków odpowiedzialności nie mamy do czynienia z bezprawnością działania. A zatem nawet bez tych przepisów ukaranie lub dochodzenie odszkodowania nie mogłyby mieć miejsca, gdyż zabrakłoby podstawowej przesłanki zarówno dla odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, odpowiedzialności karnej, jak i odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki, czyli przesłanki bezprawności zachowania. Umieszczenie wspomnianych regulacji w ustawie covidowej można zatem ewentualnie wy tłumaczyć tym, że ustawodawca zapewne chciał w ten sposób dobitniej zaakcentować, iż odpowiedzialność w tych przypadkach nie powstaje.

**XIII.** Należy zaznaczyć – co było już wyżej sygnalizowane – że w świetle art. 15r ust. 11 ustawy covidowej przepisy art. 15r ust. 1–9 tej ustawy stosuje się odpowiednio do umów w sprawie zamówień publicznych wyłączonych ze stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przepis ten może rodzić trudności interpretacyjne. Zdaniem *R. Szostaka*: „rozwiązania szczególne z art. 15 ust. 1–3 ustawy z 2.3.2020 r. (...) stosuje się odpowiednio także do zamówień wyłączonych z reżimu ustawowego PZP (...). Oznacza to istotne rozciągnięcie zakresu ich zastosowania na wszelkie kategorie zamówień, bez względu na ich status prawny, choćby podlegały tylko ogólnym przepisom kodeksowym (...). Brak podstaw do ich wyłączenia także względem drobnych zamówień publicznych (bagatelnych), o wartości do 30 tys. euro”<sup>38</sup>. Na tym tle pojawia się jednak pytanie o zakres zastosowania wspomnianych przepisów. W szczególności odnieść się należy do kwestii relacji między rozwiązaniami szczególnymi z ustawy covidowej a ogólnymi kon-

---

<sup>37</sup> Por. *A. Soltysińska*, *Zamówienia publiczne w czasie epidemii...*, *op. cit.*, s. 51.

<sup>38</sup> *R. Szostak*, *Zmiana umowy o zamówienie publiczne...*, *op. cit.*, cz. 1.

strukcjami prawa cywilnego. Zgodnie z art. 15v ustawy covidowej 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 (dotyczącego odstąpienia od umowy). Na tym tle sformułowano w literaturze pogląd, zgodnie z którym „przepisy art. 15r-u ustawy z 2.3.2020 r. (...) nie naruszają praw stron umowy, wynikających z przepisów prawa cywilnego, co oznacza, że strony będą mogły zdecydować, czy podstawą uwolnienia się od odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy lub zmiany tejże umowy będą przepisy KC (siła wyższa), czy też tzw. tarczy antykryzysowej, czy w końcu postanowienia zawartej umowy”<sup>39</sup>. Pogląd ten uznać należy za trafny, z tym jednak zastrzeżeniem, że pozostają aktualne te ograniczenia zastosowania rozwiązań kodeksowych, które wynikają z innych ustaw, wprowadzonych jeszcze w „przedepidemicznym” okresie. Wyznaczają one bowiem zakres dopuszczalności stosowania rozwiązań kodeksowych. Chodzi tu przede wszystkim o wspomniany art. 144 PZP. Należy zwrócić uwagę, że w świetle zacytowanego art. 15v ustawy covidowej art. 15r nie narusza praw stron umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, wynikających z przepisów prawa cywilnego. Przepis ten, odwołując się ogólnie do „przepisów prawa cywilnego”, nie zaś tylko „przepisów kodeksu cywilnego”, pozostawia więc bez zmian rozwiązania przyjęte w prawie cywilnym w odniesieniu m.in. do wykonywania umów w sprawach zamówień publicznych. W grę wejdzie zatem zasada swobody umów z Kodeksu cywilnego, ograniczona jednak rozwiązaniami przyjętymi w art. 144 PZP, będącymi, wraz z przepisami kodeksowymi, właśnie tymi przepisami prawa cywilnego, o których mowa w art. 15v ustawy covidowej. Należy przy tym jednak pamiętać, że rozwiązania zawarte w art. 144 PZP (a od 1.1.2021 r. w art. 454–455 nPZP) mają zastosowanie wyłącznie do umów podlegających reżimowi zamówień publicznych, nie dotyczą one zatem umów wyłączonych spod stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności tzw. zamówień podprogowych<sup>40</sup>. Powołany art. 15r ust. 11 ustawy covidowej nie może być zatem interpretowany w tym kierunku, że art. 144 PZP – do którego odwołuje się art. 15r ust. 4 ustawy covidowej – miałby znaleźć zastosowanie do tych kategorii umów. Przeciwna wykładnia nie byłaby do pogodzenia z założeniami ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W powyższym kontekście podzielić należy krytyczne uwagi względem rozwiązania zawartego w art. 15r ust. 11 ustawy covidowej, które formułuje *M. Falkowska*. Autorka ma rację, gdy stwierdza, że „w sytuacji, gdy strony umowy nie są związane ustawowymi podstawami zmiany umowy, w tym art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP, zobowiązanie ich do stosowania zasad stanowiących *de facto* dopełnienie tego przepisu trudno uzasadnić” oraz że w tej sytuacji „można jedynie przyjąć, że regulacja ta miała na celu uwypuklenie koniecz-

---

<sup>39</sup> *M. Kalmus*, Dochodzenie kar umownych, *Mon.Zam.Publ.* Nr 5–6/2020, s. 37–39.

<sup>40</sup> Por. *W. Robaczyński*, Wybrane aspekty umów dotyczących tzw. zamówień podprogowych, *Finanse komunalne* Nr 9/2016, s. 37–38.



ności szczegółowego analizowania okoliczności przed dokonaniem zmian każdej umowy w sprawie zamówienia, nie tylko tej, do której stosuje się przepisy ustawy PZP<sup>41</sup>.

XIV. Przedstawione wyżej zagadnienia wpływu zmiany okoliczności wywołanych epidemią choroby COVID-19 na zobowiązania wynikające z umów w sprawach zamówień publicznych stanowią trzon problematyki modyfikacji tego rodzaju zobowiązań z punktu widzenia nie tylko konstrukcji teoretycznych, ale i zastosowania praktycznego. „Klasyczna” klauzula *rebus sic stantibus* jest w tym zakresie modelowym rozwiązaniem, umożliwiającym zwrócenie się do sądu o modyfikację łączącego strony stosunku umownego. Zachowuje ona swój walor niezależnie od tego, z jakiego rodzaju źródłem nadzwyczajnych zmian okoliczności mamy do czynienia w konkretnej sytuacji, jest zatem bez wątpienia użyteczna także w czasie epidemii jako reakcja zarówno na okoliczności natury biologicznej (medycznej, sanitarnej), jak i towarzyszące im zjawiska o charakterze społecznym i gospodarczym, a wreszcie – niezbędne w takich przypadkach – zmiany stanu prawnego. To, czy środek ten okaże się efektywny, zależy od konkretnego układu stosunków faktycznych. W tym świetle jako zbyt pesymistyczna wydaje się zgłoszona w literaturze co do klauzuli *rebus sic stantibus* obawa, że „jest ona narzędziem mało efektywnym, niezdolnym do pełnienia zamierzonej funkcji”<sup>42</sup>.

Niezależnie od możliwości zwrócenia się do sądu istnieje zawsze droga poszukiwania polubownego rozwiązania trudnej sytuacji poprzez renegotjowanie umowy i dostosowanie jej do zmienionych realiów na skutek porozumienia między zamawiającym a wykonawcą. Trzeba jednak uwzględnić wówczas to, że ustawa – Prawo zamówień publicznych (zarówno dotychczas obowiązująca, jak i nowa) przewiduje reglamentację możliwości dokonywania zmian umowy. Katalog dopuszczalnych zmian jest wprowadzić określony, w ślad za rozwiązaniami unijnymi z 2014 r., w sposób dość szeroki, jednak nie zmienia to faktu, że dochodzi w ten sposób do ograniczenia kodeksowej zasady swobody umów. Dodatkowo, obok tych rozwiązań, które przez cały czas obowiązują w porządku prawnym, ustawodawca wprowadził w związku z epidemią COVID-19 nowe regulacje, mające na celu reakcję na bieżące potrzeby. Ustawodawca uznał bowiem, że rozwiązania zawarte w ustawie – Prawo zamówień publicznych nie są wystarczające dla optymalnej reakcji w tego rodzaju przypadkach. Nasuwa się w związku z tym refleksja, że choć nie życzylibyśmy sobie w przyszłości nawrotu tej czy innej epidemii, to – biorąc pod uwagę choćby potencjalnie grożące niebezpieczeństwa związane z kolejnymi odmianami wirusów – należałoby się zastanowić nad rozwiązaniami, które z góry i w sposób przewidywalny określałyby zakres ingerencji w treść umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym dopuszczalnych przez prawo modyfikacji takich umów przez strony. W tym sensie epizodyczne ustawodawstwo z 2020 r. stać się może inspiracją do wprowadzenia na stałe

---

<sup>41</sup> M. Falkowska, Wpływ „tarczy antykryzysowej”..., *op. cit.*

<sup>42</sup> B. Nowak-Górski, D. Mróz, K. Olszak, Stosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*..., *op. cit.*, s. 9 (w wersji el.).

odpowiednich rozwiązań zabezpieczających uczestników obrotu przed skutkami ewentualnych nawrotów zagrożenia epidemicznego w przyszłości. Wprowadzenie takich trwałych rozwiązań poprzedzone powinno być jednak analizą, czy do zadowalających rezultatów nie można dojść poprzez wykładnię już obowiązujących oraz wchodzących w życie od 1.1.2021 r. przepisów o zamówieniach publicznych w powiązaniu z rozwiązaniami zawartymi w Kodeksie cywilnym.

## Summary

### Modification of public procurement contracts in the face of the Covid-19 epidemic

The Covid-19 epidemic has had a serious effect on societies and the economy all over the world, including Poland. This situation has required a host of non-standard actions, including those set out in the Act on Specific Arrangements for the Prevention, Counteracting and Combating COVID-19, Other Contagious Diseases and the Crises they Cause of 2 March 2020. In addition to these solutions, it is also necessary to consider the existing legal regulations that can be applied in a state of epidemic and in the aftermath. This topic also applies to problems with the execution of contractual obligations, including those resulting from public procurement. The Polish civil law provides for mechanisms related to the occurrence of extraordinary, unforeseen circumstances, for instance through the *rebus sic stantibus* clause under Article 3571 of the Civil Code. This article lists the conditions that must be met for this provision to be useful under the conditions of Covid-19. Apart from this regulation, the extraordinary situation related to the epidemic also calls for considering the possibility of modifying an obligation following an amicable agreement between the parties, within the limits set out in Article 144 of the PPL (reflecting Article 72 of the EU Directive on Public Procurement), which will continue to apply to contracts governed by the “old” Public Procurement Law. The Polish legislator makes reference to Article 144 of the PPL in the Covid law of 2 March 2020, referred to above, providing for complex proceedings resulting in modifying contractual relationships in situations where the Covid-19 epidemic had a negative impact on the parties to a contract. The article includes an analysis of these legal solutions in the context of the epidemic, from the point of view of not only adjudicating practice, but also the existing civil law case law within contractual relationships.

**Keywords:** contract performance, public procurement and Covid-19, *rebus sic stantibus* clause, contract modification