

Wyłączenie stosowania zapisów dotyczących zamówień w ramach projektów realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020 w związku z przeciwdziałaniem COVID-19

[AKTUALIZACJA Z DNIA 22.04.2020 r.]

W obliczu niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2, dalej „COVID-19”, oraz w związku z jego wpływem na dalszą realizację projektów w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020, dalej „RPO WP 2014-2020”, poniżej przedstawiono stanowisko Instytucji Zarządzającej RPO WP 2014-2020 w celu łagodzenia wpływu pandemii COVID-19 na realizację projektów, w ramach których udzielane są zamówienia niezbędne do przeciwdziałania skutkom COVID-19.

I. Wyłączenie stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.2019.1843), dalej „Pzp”.

W myśl normy wyrażonej w art. 6 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.2020.374, ze zm.), dalej „ustawa o COVID-19” - do zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, tj. wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków COVID-19 - **nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.**

Powyższy przepis upoważnia zatem zamawiającego do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp, jeżeli zostaną spełnione przesłanki w nim przewidziane, tj.:

1. zamówienie dotyczy dostaw lub usług;
2. zamawiane dostawy lub usługi są niezbędne do przeciwdziałania COVID-19;
3. zamówienie jest udzielane w sytuacji, w której:
 - 1) zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby,**lub**
 - 2) wymaga tego ochrona zdrowia publicznego:

- z zastrzeżeniem, że przesłanka wymieniona w punkcie 1 i 2 **musi być spełniona w każdym przypadku**. Ponadto do zastosowania omawianego wyłączenia **wymagane jest zaistnienie jednej z dwóch przesłanek wymienionych w punkcie 3**. W niektórych stanach faktycznych obie przesłanki będą występowały łącznie.

Jednocześnie, Instytucja Zarządzająca RPO WP 2014-2020 zwraca uwagę, że ustawa o COVID-19 nie zawiera wskazań, jak należy badać, czy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby, ani jak ocenić, czy zastosowania wyłączenia wymaga ochrona zdrowia publicznego. Decyzja o zastosowaniu wyłączenia, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19 powinna być **każdorazowo poprzedzona dokonaniem przez zamawiającego analizy konkretnego stanu faktycznego z uwzględnieniem informacji przekazywanych przez organy właściwe w zakresie ochrony zdrowia.**

Zgodnie z *Komunikatem Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID-19* (<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/Komunikat-w-sprawie-art.-6-tzw.-ustawy-o-COVID-19>) w pierwszej kolejności należy podjąć poniższe działania.

1. Należy ustalić, **czy dostawa lub usługa jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19**. W tym miejscu, odnosząc się do nomenklatury „niezbędności w celu przeciwdziałania COVID-19, na gruncie ustawy o COVID-19 należy **rozumieć wszelkie czynności niezbędne do realizacji celów:**
 - 1) zwalczania zakażenia;
 - 2) zapobiegania rozprzestrzenianiu się;
 - 3) profilaktyki;
 - 4) zwalczania skutków COVID-19.
2. Po stwierdzeniu, że analizowana dostawa lub usługa jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19 konieczne jest **zbadanie, czy w analizowanej sprawie zaistniała dalsza przesłanka do zastosowania wyłączenia, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19**, tj. czy „*zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby **lub** jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego*”.

Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych, w świetle powszechnie znanych okoliczności związanych z walką z chorobą wywołaną wirusem SARS-CoV-2, uznać należy, że wyłączenie, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19, będzie w szczególności możliwe w zakresie zamówień na **zakup sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej, czy preparatów do dezynfekcji**.

Mając na uwadze powyższe wymogi, Instytucja Zarządzająca RPO WP 2014-2020 rekomenduje ostrożność w korzystaniu z ww. wyłączenia oraz **zaleca powstrzymanie się od korzystania z ww. art. 6 ustawy o COVID-19 w przypadkach budzących jakiegokolwiek wątpliwości**, w szczególności, gdy zamówienie związane jest z przeciwdziałaniem COVID-19, ale w praktyce zostanie zrealizowane w dalekiej przyszłości.

II. Zmiany w umowach z wykonawcami, zawartych w wyniku rozstrzygnięcia postępowań prowadzonych w oparciu o Pzp.

Zgodnie z zapisami art. 15 r. ustawy o COVID-19, Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu Pzp, 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. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do 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 z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
 3. poleceń wydanych przez wojewodów lub decyzji wydanych przez Prezesa Rady Ministrów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o COVID-19;
 4. wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
 5. okoliczności, o których mowa w pkt 1-4, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy:
- z zastrzeżeniem, że każda ze Stron umowy może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy.

Należy także zwrócić uwagę, że Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa powyżej, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie **umowy może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp**, 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 wykonawcy:

- o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

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.

W przypadku dokonania zmiany umowy, 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.

Mając na względzie wyjątkowy charakter zaistniałych okoliczności, wynikający z aktualnej sytuacji epidemiologicznej należy również mieć na uwadze prawdopodobną konieczność - odmiennie od założonej - realizacji kontraktów z wykonawcami. Również w takim przypadku **każdorazowo niezbędne jest dokonanie przez zamawiającego analizy konkretnego stanu faktycznego oraz wykazanie związku pomiędzy wystąpieniem siły wyższej (COVID-19) a koniecznością odmienną realizacją umowy.**

Wymaga wskazania, że zgodnie z art. 15s. ustawy o COVID-19 nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.2019.1440, ze zm.):

1. nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy, o której mowa powyżej należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek ww. okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19;
2. zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Strona umowy zarówno w przypadku robót budowlanych, usług jak i dostaw, która będzie powoływać się na wystąpienie siły wyższej musi w szczególności:

1. uzasadnić fakt oraz przedstawić dowody na niemożność wykonania umowy (np. zablokowanie dostaw materiałów, objęcie personelu kwarantanną);
2. przedstawić związek czasowy, harmonogram w oparciu o który konieczne będzie np. przedłużenie realizacji umowy.

Zarówno wydłużenie czasu realizacji przedmiotu umowy jak i zmiana sposobu świadczenia usług będących przedmiotem umowy (np. świadczenie usług doradztwa w trybie *on-line* zamiast bezpośrednio) będzie możliwe wyłącznie w takim zakresie i przez taki okres, w jakim występowała przesłanka uniemożliwiająca prawidłową realizację zawartej umowy.

III. Wyłączenia stosowania zasady konkurencyjności.

Zgodnie z podrozdziałem 6.5 pkt 7 lit. d i e *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach EFRR, EFS oraz FS na lata 2014-2020*, dalej „Wytyczne”, **możliwe jest niestosowanie zasady konkurencyjności przy udzielaniu zamówień ze względu na:**

1. pilną potrzebę (konieczność) udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych w sekcji 6.5.2 pkt 10;
2. wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć (np. klęski żywiołowe, katastrofy, awarie), wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można zachować terminów określonych w sekcji 6.5.2 pkt 10.

Zgodnie ze stanowiskiem przekazanym przez Instytucję Koordynującą Umowę Partnerstwa, biorąc pod uwagę obecny stan epidemii COVID-19 jako zdarzenie spełniające przesłanki wystąpienia siły wyższej (tzn. wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć) - **wyłączenie zasady konkurencyjności w ramach zamówień niezbędnych do przeciwdziałania skutkom COVID-19 będzie możliwe ze względu na wymaganą natychmiastową realizację zamówienia lub wystąpienie natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia** (w związku z czym nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem terminów przewidzianych dla zasady konkurencyjności).

Beneficjenci i Wnioskodawcy - w ramach Regionalnego Programu **mogą odstąpić** od zastosowania zasady konkurencyjności **podczas udzielania zamówień niezbędnych do przeciwdziałania skutkom COVID-19**. Jednakże, zgodnie z pkt 9 ww. podrozdziału Wytycznych - spełnienie ww. przesłanek powinno zostać pisemnie uzasadnione. Określone przesłanki, w razie wątpliwości należy interpretować w oparciu o wykładnię i orzecznictwo wydane względem odpowiednich przepisów ustawy Pzp, tj. art. 62 i art. 67. Zastosowanie wszelkich rozwiązań stanowiących odstępstwo od przyjętych reguł wdrażania funduszy unijnych, tak jak w omawianej sytuacji odstępianie od zasady konkurencyjności, powinno znajdować uzasadnienie w wystąpieniu siły wyższej, jaką obecnie stanowi COVID-19. **Dlatego również w przypadku skorzystania z tego typu rozwiązań musi być poprzedzone wnikliwą analizą każdego przypadku.**

Powyższe obostrzenia będą też mieć zastosowanie do podmiotów określonych w art. 3 ustawy Pzp, które na mocy art. 6 ustawy o COVID-19 są zwolnione ze stosowania Pzp. Podmioty te mogą również odstąpić od udzielania zamówień zgodnie z procedurami określonymi w Wytycznych, **pod warunkiem spełnienia powyżej opisanych przesłanek**. Jednocześnie, w przypadku odstąpienia od przeprowadzenia procedur, o których mowa w Wytycznych, Instytucja Zarządzająca RPO WP 2014-2020 zaleca przeprowadzenie przyspieszonego rozeznania cen przedmiotu zamówienia obowiązujących na rynku.

Ponadto, na podstawie sekcji 6.5.2 pkt 20 lit. c Wytycznych, możliwe jest dokonanie istotnej zmiany postanowień zawartej umowy o zamówienie, **gdy zmiana ta nie prowadzi do zmiany ogólnego charakteru umowy** oraz:

1. konieczność tej zmiany spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, oraz;
2. wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Zgodnie ze stanowiskiem Instytucji Koordynującej Umowę Partnerstwa, wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy o zamówienie może oznaczać konieczność jej zmiany. O ile więc przykładowo zmiana terminu wykonania umowy lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy, czy też zmiana sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych - jako zmiany istotne - zaistniałe wskutek wystąpienia COVID-19 - nie prowadzą do zmiany ogólnego charakteru umowy, ich wprowadzenie będzie możliwe. Odnosząc się zaś do drugiego warunku istotne jest to, aby ewentualny wzrost wynagrodzenia towarzyszący zmianie nie przekroczył 50% wartości pierwotnej umowy. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych zmian w umowie limit ten należy odnieść do wartości każdej z nich, co oznacza, że wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy (każda kolejna zmiana umowy o zamówienie nie może mieć jednak na celu ominięcia zasady konkurencyjności).

Pozostałe sytuacje, w których możliwe jest dokonanie istotnych zmian w umowie o zamówienie, zostały wskazane w sekcji 6.5.2 pkt 20 lit. a-b i lit. d-e Wytycznych.

Niezależnie od powyższego, Instytucja Zarządzająca RPO WP 2014-2020 pragnie zwrócić uwagę, że **zastosowanie wszelkich rozwiązań stanowiących odstępstwo** od przyjętych reguł wdrażania funduszy unijnych **powinno znajdować uzasadnienie w wystąpieniu siły wyższej jaką obecnie jest COVID-19**. Dlatego skorzystanie z powyżej przedstawionych

rozwiązań musi zostać poprzedzone wnikliwą analizą każdego jednostkowego przypadku oraz odpowiednio udokumentowane z zachowaniem właściwej ścieżki audytu.

Ponadto, Instytucja Zarządzająca RPO WP 2014-2020 nie wyklucza możliwości przekazania kolejnego stanowiska związanego z realizacją projektów, uzależnionego od wydania aktów prawnych oraz ich zmian, w tym instrumentów prawnych odnoszących się do panującej sytuacji epidemiologicznej.