

K

JACEK KOSIŃSKI

ADWOKAT I RADCOWIE PRAWNI

PROCEDURA NOTYFIKACYJNA ZE SPECUSTAWY COVID-19 A PROCEDURA ROSZCZENIOWA Z SUBKLAUZULI 20.1 WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH FIDIC W PRZYPADKU WYSTĄPIENIA SIŁY WYŻSZEJ

Specustawa COVID-19 wprowadziła szczególną procedurę notyfikacyjną celem zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego w związku z wpływem pandemii koronawirusa na należyte ich wykonanie. Procedura jest podobna do procedury zgłaszania roszczeń w trybie subklauzuli 20.1 FIDIC w przypadku wystąpienia siły wyższej, jednak występują istotne różnice. Problemem w praktyce może się okazać nadmierny stopień sformalizowania procedury notyfikacyjnej ze specustawy i nieznajdująca racjonalnego uzasadnienia konieczność jej stosowania obok procedury roszczeniowej z FIDIC.



ALEKSANDRA BŁASZCZYŃSKA

Radca prawny, Jacek Kosiński Adwokaci i Radcowie Prawni. W praktyce zawodowej oraz w pracy naukowej zajmuje się prawem inwestycji w kontekście ograniczeń prawa własności nieruchomości, ze szczególnych uwzględnieniem uwarunkowań środowiskowych i wolności zabudowy. Prowadziła doradztwo prawne w zakresie dużych inwestycji kubaturowych, przemysłowych oraz infrastrukturalnych, w tym zakresie centrów handlowych, dróg ekspresowych i morskich farm wiatrowych oraz lotnisk publicznych.

Specustawa COVID-19 jako potwierdzenie podstawy do zmiany umowy o zamówienie publiczne w trybie art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp

Szczególną procedurę notyfikacyjną zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego wprowadzono zapisami art. 15r 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 (dalej: specustawa COVID-19). Procedura ta przypomina nieco procedurę zgłaszania roszczeń w umowach o roboty budowlane w trybie Subklauzuli



20.1 [Roszczenia Wykonawcy] warunków kontraktu (WK) FIDIC w przypadku wystąpienia siły wyższej.

Przedmiotowa regulacja potwierdza, że wystąpienie pandemii COVID-19 może być podstawą uchylenia wyrażonego w art. 144 Prawa zamówień publicznych (dalej: Pzp) generalnego zakazu zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, a więc z powodu okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Regulacja ta w tym zakresie jest więc pewnym superfluum, bowiem ma na celu jedynie przecięcie wątpliwości, czy pandemia COVID-19 mogłaby być taką niedającą się przewidzieć okolicznością. Wydaje się jednak, że nawet i bez tego przepisu, należałoby zakwalifikować tę pandemię, jako przykład wystąpienia siły wyższej, do tej właśnie kategorii zdarzeń.

Procedura notyfikacyjna ze specustawy w przypadku pandemii COVID-19 vs Siła Wyższa wg FIDIC

Co jest jednak istotnym novum w tej regulacji, to wprowadzenie procedury notyfikacyjnej w zakresie wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Co więc istotne, obowiązek notyfikacji

istnieje nawet wtedy, gdy wpływ jest jedynie hipotetyczny i powinien być realizowany niezwłocznie po wystąpieniu okoliczności, nawet zanim wywoła ona skutki. Analogiczną funkcję pełni obowiązek powiadomienia drugiej o wystąpieniu Siły Wyższej w trybie Subklauzuli 19.2 [Powiadomienie o Sił Wyższej] WK FIDIC, jeżeli Siła Wyższa uniemożliwia – lub przewiduje się, że uniemożliwi – któreś ze Stron wykonanie któregośkolwiek z jej zobowiązań według Kontraktu. Powyższe oznacza, że powiadomienie w każdym z przypadków ma charakter wyprzedzający i nie musi się wiązać z wpływem na umowę (a w szczególności z roszczeniem).

Powiadomienie o wydarzeniu lub okolicznościach stanowiących Siłę Wyższą na gruncie FIDIC powinno zawierać wyszczególnienie zobowiązań, których wykonanie jest – lub przewiduje się, że będzie – uniemożliwione. Powiadomienie to ma być dane w ciągu 14 dni po tym, kiedy Strona ta dowiedziała się, lub powinna była dowiedzieć się, o odnośnym wydarzeniu lub okoliczności stanowiącej Siłę Wyższą. Co warto podkreślić, obowiązki notyfikacyjne w obydwu procedurach są kierowane zarówno do zamawiającego, jak i wykonawcy. Pandemia COVID-19 jest typową okolicznością, która może sparaliżować nie tylko wykonywanie umowy przez wykonawcę, ale i zamawiającego, w szczególności w zakresie współdziałania wierzyciela z dłużnikiem w wykonaniu zobowiązania i zapłaty wynagrodzenia.

Procedura notyfikacyjna ze specustawy a roszczenie wykonawcy wg FIDIC – termin prekluzyjny

W przypadku umów FIDIC niezależnie od powiadomienia o wystąpieniu Siły Wyższej w trybie Subklauzuli 19.2 [Powiadomienie o Sile Wyższej] WK, w związku z następstwami Siły Wyższej, Wykonawca zobowiązany jest do dania na podstawie Subklauzuli 19.4 [Następstwa Siły Wyższej] WK w związku z Subklauzulą 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WK powiadomienia o roszczeniu, jeżeli Siła Wyższa, o której dano powiadomienie według Subklauzuli 19.2 [Powiadomienie o Sile Wyższej], uniemożliwi Wykonawcy wywiązanie się z zobowiązań według Kontraktu i Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z powodu takiej Siły Wyższej. Powiadomienie to należy dać na zasadach ogólnych Subklauzuli 20.1. WK najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 28 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności pod rygorem utraty roszczenia.

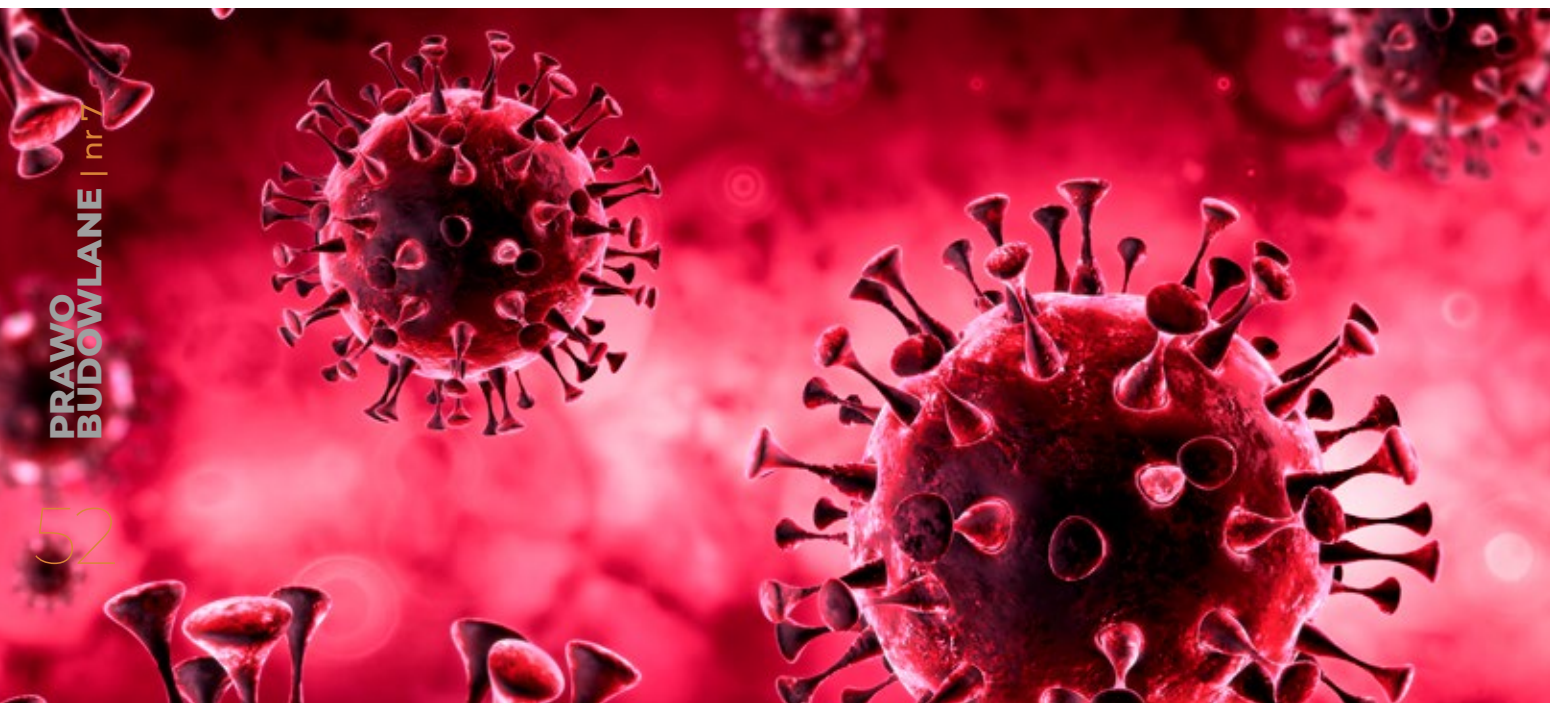
Po złożeniu powiadomienia o roszczeniu wykonawca jest zobowiązany w terminie 42 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności, złożyć pełne szczegółowe roszczenie, a w razie nieustania skutków okoliczności powodującej roszczenie (Siły Wyższej) składać co miesiąc kolejne aktualizacje roszczenia aż do złożenia roszczenia ostatecznego. Powiadomienie obejmuje zatem tylko pierwotną okoliczność w postaci Siły Wyższej – pandemii COVID-19, a ewentualne opóźnienie i/lub dodatkowy Koszt wykonawcy stanowią skutki tej okoliczności. W comiesięcznych aktualizacjach roszczenia wykonawca przedstawia szczegółowo oko-

liczności związane z COVID-19 jako pierwotną przyczyną roszczenia, które wpływają na powstanie opóźnienia i/ lub dodatkowego Kosztu.

Co niezwykle istotne i typowe dla warunków kontraktowych FIDIC, 28-dniowy termin notyfikacyjny jest terminem prekluzyjnym, po jego upływie wykonawca traci roszczenie (abstrahujemy w tym przypadku od sporu orzeczniczego, czy na gruncie prawa polskiego takie zastrzeżenie umowne jest sprzeczne z przepisami o przedawnieniu i jako takie, nieważne na podstawie art. 58 k.c.). W tym kontekście podkreślić należy, że procedura przewidziana w art. 15r specustawy COVID-19 nie przewiduje terminu prekluzyjnego dla notyfikacji, zatem zawsze można z niej skorzystać w razie spóźnienia się przez wykonawcę z powiadomieniem o roszczeniu na podstawie warunków kontraktowych.

Różnice między procedurą notyfikacyjną ze specustawy a procedurą roszczeniową FIDIC

Co w sposób bardzo istotny różni procedurę z subklauzuli 20.1. WK FIDIC od procedury ze specustawy, to fakt, że procedura notyfikacyjna ze specustawy zdaje się wymagać odrębnego, niezwłocznego powiadomienia dla każdej pojedynczej okoliczności związanej z pandemią COVID-19, podczas gdy w przypadku warunków kontraktowych FIDIC powiadamia się o samym fakcie wystąpienia Siły Wyższej w postaci pandemii COVID-19, a następnie o roszczeniu przez nią spowodowanym. W tym przypadku okoliczności powodujące roszczenie należy rozumieć szeroko i nie należy zgłaszać odrębnie powiadomienia dla każdej pojedynczej okoliczności



związanej z pandemią, a jedynie sumarycznie przedstawiać je w comiesięcznych aktualizacjach roszczenia. W roszczeniu ostatecznym zaś, składanym w terminie 28 dni od ustania okoliczności, należy przedstawić analizę podsumowującą wpływ pandemii (okoliczności powodującej roszczenie) na umowę, w szczególności w zakresie Kosztu oraz Czasu na Ukończenie (np. w formie analizy ścieżki krytycznej). Pod tym względem procedura FIDIC jest znacznie bardziej uporządkowana i mniej sformalizowana niż procedura wskazana w specustawie COVID-19. W przypadku procedury ze specustawy wydaje się, iż wykonawca (i zamawiający analogicznie) zobowiązany do zgłaszania każdej poszczególniej okoliczności z osobna, a druga strona ma obowiązek w ciągu 14 dni ocenić jej wpływ na umowę i rozważyć zmianę umowy o zamówienie publiczne. To oznaczałoby z kolei, że przy wielości tego typu zdarzeń, strony musiałyby co chwila zawierać aneksy do umowy. W warunkach realizacji zamówień publicznych, w tym dużych kontraktów budowlanych, jest to zupełnie nierealne.

Nakładanie się obowiązków notyfikacyjnych ze specustawy i procedury roszczeniowej FIDIC a praktyka

Powstaje zatem pytanie, czy ustawa umożliwi odstępnie od przewidzianej w niej procedury notyfikacyjnej w sytuacji, w której umowa o zamówienie publiczne zawiera już odpowiednią procedurę, tak jak to ma miejsce w przypadku warunków kontraktowych FIDIC? Otóż można mieć w tym przypadku wątpliwości, a to z uwagi na niepełne wyłączenie przepisów ustawowych w odesłaniu w art. 15r ust. 5 specustawy COVID-19.

Zgodnie z tym przepisem, „Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia korzystniej 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. 4 art. 15r specustawy odnosi się do możliwości zmiany umowy o zamówienie publiczne, czasowego zawieszenia jej wykonywania, zmiany sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych lub zmiany zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającej jej zmiany wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Rzecz jednak w tym, że jakkolwiek procedura notyfikacyjna uregulowana w specustawie ma na celu doprowadzić właśnie do takowych zmian, analogicznie jak procedura roszczeń w warunkach kontraktowych FIDIC, to jednak przepis ten nie zawiera wyłączenia w zakresie odesłania do przepisów regulujących procedurę notyfikacyjną, a więc ust. 1-3 art. 15r specustawy. Biorąc zaś imperatywne brzmienie ust. 1-3, stwierdzić należy, że zobowiązują one zarówno wykonawcę, jak i zamawiającego do stosowania ustawowej procedury notyfikacyjnej, nawet jeśli umowa (np. warunki kontraktowe FIDIC) zawiera korzystniejsze dla wykonawcy lub zamawiającego możliwości zmiany umowy, zgodnie z regulacją ust. 4 art. 15r.

Wydaje się, iż jest to błąd legislacyjny, bo jeśli miałyby być stosowane umowne zasady zmiany umowy, to nie ma potrzeby stosowania ustawowej procedury notyfikacyjnej. W praktyce zamawiający tak często postępują, przykładowo, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad stosuje wyłącznie procedurę roszczeniową FIDIC, nie uwzględniając powiadomień notyfikacyjnych ze specustawy.

