



PRZEWODNIK

Jak stosować ustawę Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 22.06.2016 r.

Patronem publikacji jest



Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązująca od 28 lipca niesie ze sobą największy zakres zmian od lat. Modyfikacja dotyczy ponad połowy dotychczas obowiązujących przepisów. Czy to rewolucja w przetargach? Raczej nie, ale przed uczestnikami rynku zamówień publicznych ogromne wyzwanie organizacji procedur na zmienionych zasadach.

Dlaczego tyle zmian?

Zasadnicza część uchwalonej nowelizacji wynika z konieczności implementowania do polskiego porządku prawnego dwóch dyrektyw unijnych:

- dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej „dyrektywą klasyczną”, oraz
- dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.), zwanej „dyrektywą sektorową”.

Wskazane akty prawne wprowadzają do systemu zamówień publicznych szereg zmian, które mają być odpowiedzią na „bólączki” zamawiających i wykonawców oraz usprawniać procedury udzielania zamówień i realizacji kontraktów publicznych. Rolą państw członkowskich Unii Europejskiej było wdrożenie przepisów dyrektyw do krajowego ustawodawstwa. Termin implementacji minął 18 kwietnia 2016 r., co sprawiło, że w ostatnich tygodniach prace na nowelizacja przebiegały bardzo intensywnie.

Ostatecznie uchwalono ustawę, która nie tylko wprowadza do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektyw, ale z inicjatywy krajowego ustawodawcy dotyka elementów o których dyrektywy milczą. Co się zatem zmieni?

Szeroki zakres zmian

Jednym z podstawowych celów nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych było odformalizowanie i uelastycznienie procedur kontraktowania dostaw, usług i robót budowlanych przez sektor publiczny. Dotychczas każdy wykonawca zainteresowany skutecznym konkurencyjnym w przetargach musiał spełnić szereg wymogów formalnych. Jednym z nich była konieczność zgromadzenia i przedstawienia zamawiającemu szerokiego zakresu dokumentów potwierdzających zdolność do

realizacji zamówienia (wymagane doświadczenie, wiedza, potencjał kadrowy i techniczny, sytuacja finansowo-ekonomiczna) oraz brak podstaw do wykluczenia (m.in. niekaralność w określonym zakresie, wywiązywanie się z obowiązków podatnika, przestrzeganie przepisów o ubezpieczeniach społecznych). Po nowelizacji obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających ww. okoliczności spoczywać będzie wyłącznie na „zwycięzcy” przetargu. Przez zasadniczą część każdego postępowania jego strony bazować będą natomiast na stosownych oświadczeniach. W procedurach, gdzie wartość zamówienia przekroczy tzw. progi unijne wykonawcy zobowiązani będą do posługiwania się oświadczeniem o nazwie „jednolity europejski dokument zamówienia” według wzorca określonego unijnym rozporządzeniem. Dokument taki opisywać będzie sytuację podmiotową danego wykonawcy w kontekście ubiegania się o konkretne zamówienie. Jego dość szczegółowy charakter może jednak na początku przysporzyć przedsiębiorcom sporo trudności.

Nowe podstawy wykluczenia i „samooczyszczenie”

Omawiane zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych dotknęły także w zasadniczym stopniu podstaw wykluczenia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Zasadnicza część przesłanek wykluczenia ma dla zamawiających charakter obowiązkowy, niemniej gospodarz postępowania będzie mógł rozszerzyć taki katalog o przesłanki fakultatywne. W jakich sytuacjach można wykluczyć wykonawcę z przetargu? Przyczyn może być wiele, np. zaległości podatkowe lub względem ZUS, karalność wspólników lub członków organów, próby wprowadzenia zamawiającego w błąd, łamanie przepisów prawa pracy, próba tworzenia zmów przetargowych, poważne naruszenia obowiązków zawodowych w przeszłości czy rzutujące na uczciwą konkurencję powiązania osobowe między personelem zamawiającego a wykonawcy.

Czy powyższe oznacza, że tylko „krystalicznie czysti” wykonawcy będą mogli pozyskać kontrakt publiczny? Niekoniecznie.

Nowelizacja wprowadza bowiem instytucję tzw. **self-cleaningu**. Polega on na możliwości udowodnienia przez wykonawcę, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Chodzi tu np. o naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla

zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Ukłon w kierunku sektora MŚP

Ważnym celem zmian w przepisach Pzp było także ułatwienie ubiegania się o zamówienia publiczne mikro, małym i średnim przedsiębiorcom, którzy często rezygnują z uczestnictwa w przetargach z uwagi na zbyt rozległy przedmiot zamówienia lub nadmierne wymogi stawiane wykonawcom. Nowela promuje zatem podział większych zamówień na części tak, aby umożliwić mniejszym firmom ubieganie się wyłącznie o pewne składowe zamówienia. Do tego wprowadza ograniczenie w żądaniu od wykonawców wykazania się obrotem na poziomie przekraczającym dwukrotność wartości przedmiotu zamówienia. Odstąpić od tej zasady będzie można wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

Wsparcie osób defaworyzowanych, innowacje i ochrona środowiska

Omawiana nowelizacja to nie tylko usprawnienie procedur, ale także mechanizmy mające na celu realizację założeń polityki społecznej, ochrony środowiska czy innowacji. Przykładowo – zamawiający będą mogli zastrzec realizację zamówienia dla podmiotów, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, np. bezrobotnych, niepełnosprawnych, bezdomnych, osób z zaburzeniami psychicznymi. Szczególną uwagę przykuwa do tego klauzula mająca na celu ograniczenie liczby tzw. umów śmieciowych. Po nowelizacji zamawiający każdorazowo określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.

Obok aspektów społecznych nowelizacja wprowadza przepisy zachęcające do stosowania rozwiązań proekologicznych i przyjaznych środowisku – np. odpowiednich materiałów przy opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Kwestie środowiskowe mogą być także kluczowe przy odpowiedniej konstrukcji kryteriów oceny ofert. To wyraz znanego od lat promowania tzw. zielonych zamówień publicznych i jeden z instrumentów realizowania polityki Unii Europejskiej w tym zakresie.

Ustawodawca nie zapomniał także o innowacyjności i jej roli w rozwoju gospodarki. Obok dotychczas znanych procedur udzielania zamówień wprowadzono w ślad za dyrektywą unijną nowy tryb udzielenia zamówienia – partnerstwo innowacyjne. Jest to

wieloetapowe postępowanie przypominające funkcjonalnie połączenie negocjacji z ogłoszeniem i umowy ramowej. Służy nabywaniu przez sektor publicznych produktów innowacyjnych i umożliwia bliską współpracę stron umowy w celu wypracowania optymalnego rozwiązania.

Najkorzystniej, a nie najtaniej

Jednym w ważniejszych celów projektodawcy nowelizacji było uregulowanie problematyki kryteriów oceny ofert w sposób promujący wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, co nie oznacza, że nominalnie najtańszej. Stąd też wyraźne pojawienie się w katalogu kryteriów nie tylko ceny, ale także kosztu, który odnosić się może do wszelkich etapów procesu użytkowania danego przedmiotu zamówienia.

Niezwykle istotną i jednocześnie budzącą lawinę komentarzy zmianą jest ograniczenie możliwości stosowania kryterium cenowego przez zamawiających z administracji centralnej i samorządowej. Mogą oni zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu z postępowania w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia przedmiotu zamówienia. Zwiększenie roli kryteriów pozacenowych jest jak najbardziej wskazane, niemniej nowy przepis budzi liczne kontrowersje. Po pierwsze bowiem, zamawiający sygnalizują duże trudności praktyczne i wątpliwości w zakresie sposobu obliczania kosztów cyklu życia, jak również oceny szczegółowości opisu „standardów jakościowych”. Po drugie natomiast, trudno odmówić słuszności tezie, że kupowanie „mądrze, a nie najtaniej” to bardziej kwestia edukacji i podejścia zamawiających niż kwestia, którą należy narzucić przepisem ustawy.

Nowe przepisy dotyczą także oczywiście szeregu innych kwestii, jak np. elektroniczna zamówień publicznych (obowiązkowa od 18 października 2018 r.), czy też budząca najwięcej kontrowersji kwestia zamówień in-house. Poniżej przedstawiono szersze omówienie wybranych i zarazem kluczowych elementów nowelizacji.

Ocena i wykluczanie wykonawców na nowych zasadach

Nowelizacja ustawy Pzp wprowadziła zasadnicze zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu, zarówno tych pozytywnych, które wykonawca musi spełnić, a które będą wskazywane przez zamawiających w szczególności jako minimalne poziomy zdolności, jak i warunków negatywnych. W warunkach negatywnych po nowelizacji wyróżnić można warunki obligatoryjne, które zamawiający niezależnie od progu

postępowania i prowadzonej procedury musi zweryfikować i warunki fakultatywne, co do których instytucja zamawiająca podejmie decyzję, czy w danym postępowaniu chce z nich skorzystać i pod tym kątem zbadać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Warunki negatywne obligatoryjne zawarto w art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 Ustawy Pzp. Dotyczą one podstaw wykluczenia związanych z wyrokami skazującymi za przestępstwa

enumeratywnie wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13) ustawy, płatnością podatków lub składek na ubezpieczenia społeczne, podawaniem nieprawdziwych informacji w postępowaniu, przy czym można wyróżnić wersję kwalifikowaną z art. 24 ust. 1 pkt 16 polegającą na zamierzonym działaniu lub rażącym niedbalstwie, bądź wprowadzenie zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, jeżeli może mieć to istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Kolejną przesłanką wykluczenia jest bezprawna próba wpływu wykonawcy na czynności zamawiającego lub pozyskanie informacji poufnych, mogących dać wykonawcy przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Również wykonawca, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia będzie podlegał wykluczeniu, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Co istotne, przed wykluczeniem wykonawcy na tej podstawie, zamawiający zapewni wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Jako podstawę wykluczenia wskazuje się również zmowy przetargowe, czyli zawieranie porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Wykluczony z postępowania będzie też podmiot zbiorowy, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne oraz wykonawca wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne.

Nadal aktualne pozostają zapisy odnoszące się do grup kapitałowych i ubiegania się o to samo zamówienie wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej. Zmieniono jednak tryb wykazywania przynależności do grupy kapitałowej. W obecnym brzmieniu przepisów wykonawca w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego informacji z otwarcia ofert (po nowelizacji jest to

obowiązek zamawiającego – informację z otwarcia ofert niezwłocznie zamieszcza na stronie internetowej) przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Oświadczenie będzie więc dotyczyło wyłącznie wykonawców którzy w danym postępowaniu złożyli oferty, nie zaś wszystkich należących do grupy kapitałowej. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą, który złożył ofertę nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ustawie przewidziano również dodatkowe, fakultatywne przesłanki wykluczenia, na które może się powołać zamawiający, wymienione enumeratywnie w art. 24 ust. 5 ustawy.

Warunkiem ich zastosowania jest wcześniejsze przewidzenie przesłanek wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Należy do nich: możliwość wykluczenia wykonawcy w stosunku do którego otwarto likwidację lub ogłoszono upadłość; zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych wykonawcy, podważające jego uczciwość, w szczególności gdy niewykonanie zamówienia lub nienależyte wykonanie spowodowane było zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem ze strony wykonawcy. Zamawiający wykluczając wykonawcę będzie musiał wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych wykonawcy.

Zupełnie nową, krytykowaną w środowisku wykonawców przesłanką jest możliwość wykluczenia wykonawcy z uwagi na konflikt interesów z zamawiającym. To nieznaną do tej pory i jedyną w całej ustawie sytuacją, która sankcjami za brak bezstronności i obiektywizmu obarcza wykonawcę. Przepis stanowi, że jeśli wykonawca lub osoby upoważnione do jego reprezentacji pozostają w relacjach zawodowych, rodzinnych, służbowych czy też polegających na wykonywaniu umowy o pracę czy zlecenia (wszystkie relacje wskazane w art. 17 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy Pzp) z zamawiającym, osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego, członkami komisji przetargowej, innymi osobami które przeprowadzały bądź przygotowywały postępowanie to wykonawca podlegał będzie wykluczeniu. Zamawiający będzie mógł odstąpić od wykluczenia wykonawcy, jeżeli w inny sposób będzie mógł zapewnić bezstronność po swojej stronie.

Krytyka wprowadzonego przepisu opiera się na zbyt dużej dowolności zamawiającego i swobodzie w możliwości eliminacji wykonawców z postępowania. Z drugiej strony należy zwrócić uwagę, że przepis ma charakter wyjątkowy i obowiązkiem zamawiającego jest przede wszystkim dbałość o to, żeby konflikt interesów nie istniał po jego stronie, czyniąc zadość zasadzie bezstronności i obiektywizmu.

Kolejną fakultatywną przesłanką jest możliwość wykluczenia wykonawcy, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym sektora finansów publicznych, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zważyć należy, iż nie tylko rozwiązanie umowy będzie podstawą do wykluczenia wykonawcy. Odstąpienie od umowy, wypowiedzenie umowy i wszelkie inne formy wcześniejszego zakończenia stosunku prawnego będą się również kwalifikowały jako podstawa wykluczenia. Z kolei zasądzenie odszkodowania, o którym mowa w przepisie, należy wyraźnie odróżnić np. od naliczenia kary umownej przez

zamawiającego. Zasądzenie odszkodowania nastąpić może prawomocnym orzeczeniem sądu i tylko takie stanowić będzie podstawę wykluczenia.

Kolejne przesłanki z których może skorzystać zamawiający to wykluczenie z uwagi na popełnienie wykroczenia przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych. Podobną przesłanką jest wykluczenie wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych;

Dotychczasowa przesłanka wykluczenia, do czasu nowelizacji bezwzględnie wymagana w postępowaniach powyżej progu unijnego, czyli naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne stała się przesłanką fakultatywną i jako taka należy do decyzji zamawiającego.

Jak wspomniano wcześniej, jeżeli zamawiający zdecyduje się na weryfikację oferty wykonawcy pod kątem jakiegokolwiek przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 w którym znajduje się zamknięty katalog przesłanek fakultatywnych, będzie zobligowany do wskazania tych podstaw w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nierozłączna z instytucją wykluczenia z postępowania jest procedura self – cleaningu, czyli samooczyszczenia wykonawcy. Ustawodawca przewidział sytuacje, które pomimo wypełnienia podstaw wykluczenia umożliwią rehabilitację wykonawcy i jego dalszy udział w prowadzonym postępowaniu.

Wykonawca będzie mógł wykazywać samooczyszczenie w stosunku do wszystkich podstaw wykluczenia za wyjątkiem sytuacji, kiedy wobec wykonawcy wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Self cleaning nie może być również wykazany w sytuacji gdy wobec wykonawcy orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne jeżeli nie upłynął określony okres obowiązywania tego zakazu.

Rehabilitacja wykonawcy polega na tym, że przedstawia on dowody, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodni

naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczyni pieniężnie za doznaną krzywdę lub naprawi szkodę, wyczerpująco wyjaśni stan faktyczny oraz współpracę z organami ścigania oraz podejmie konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Zamawiający oceni przedstawione dowody i uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy bądź uzna je za wystarczające bądź ich nie uwzględni i wykluczy wykonawcę z postępowania

Procedura oceny ofert po nowelizacji

Nowelizacja ustawy Pzp, która weszła w życie 28 lipca zasadniczo zmieniła procedurę oceny i weryfikacji przez Zamawiającego spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Wykonawcy w postępowaniach wszczętych po 28 lipca 2016 r. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia będą składali odpowiednio: Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) w postępowaniach powyżej progu unijnego (publikacja ogłoszenia w DUUE) i oświadczenia w postępowaniach poniżej progu unijnego (publikacja w BZP).

Zamawiający może przeprowadzić weryfikację wykonawcy w dwojaki sposób. Pierwszy – bezwarunkowo wskazany w ustawie to badanie złożonych JEDZ lub oświadczeń i w razie konieczności wezwanie wykonawców odpowiednio do złożenia, poprawienia, wyjaśnienia lub uzupełnienia JEDZ/oświadczeń gdyby te były niejasne, zawierały błędy lub wymagały uzupełnienia. Dokumenty na potwierdzenie informacji w złożonych oświadczeniach zamawiający zażąda dopiero od wykonawcy którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Wykonawcy najwyżej ocenionemu zostanie wyznaczony termin co najmniej 10 dniowy w postępowaniach powyżej progu unijnego i co najmniej 5 dniowy w postępowaniach poniżej progu unijnego na przedłożenie aktualnych na dzień złożenia dokumentów. Zamawiający nie będzie miał obowiązku żądania dokumentów potwierdzających dane wskazane w oświadczeniu w postępowaniach poniżej progu unijnego, wobec czego badanie wykonawcy może zakończyć na badaniu oświadczenia. Natomiast w postępowaniach o równowartości przekraczającej próg unijny, jeżeli treść informacji przekazanych przez wykonawcę w JEDZ, odpowiada zakresowi informacji, których zamawiający wymaga poprzez żądanie dokumentów, zamawiający będzie mógł odstąpić od żądania tych dokumentów od wykonawcy. W takim przypadku zamawiający oceni spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw wykluczenia na podstawie informacji przekazanych przez wykonawcę w JEDZ.

Inny sposób oceny podmiotowej został wskazany w art. 24 aa ustawy Pzp. Dotyczy on wyłącznie postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego i może być zastosowany o ile zamawiający przewidział taką procedurę w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. W tym wariantcie wykonawcy również będą składali wraz z ofertą odpowiednio JEDZ lub oświadczenia (w zależności od progu postępowania), jednakże jakiegokolwiek oświadczenia czy dokumenty będą badane wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. W tej procedurze pierwszeństwo będzie miała ocena przedmiotowa ofert, bez wcześniejszej weryfikacji wykonawców. Badaniu na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia podlegał będzie wyłącznie wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

W zakresie żądanych dokumentów ustawodawca przewidział również szereg udogodnień dla wykonawców. Jeżeli dokumenty dostępne są w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnymi i bezpłatnymi baz danych, zamawiający ma obowiązek pobrać te dokumenty samodzielnie. W przypadku polskich wykonawców będą to dokumenty z KRS i CEIDG. W takiej sytuacji wykonawca wskaże jedynie adres strony internetowej na której dostępna jest bezpłatna baza danych o przedsiębiorcach. Podobnie będzie, gdy zamawiający posiada już

dokumenty wykonawcy z wcześniejszych postępowań w których wykonawca brał udział. Wtedy zamawiający skorzysta z posiadanych, aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Wykonawca w złożonej ofercie winien więc powołać się na numer referencyjny postępowania w którym poprzednio dokumenty złożył.

Powyższe zmiany mają na celu odformalizowanie postępowań i ujednoczenie procedur w taki sposób, żeby wszyscy wykonawcy z państw członkowskich UE mieli ułatwiony dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych.

Kiedy wolno zmienić kontrakt publiczny?

Problematyka zmian umów ws. to obszar, który nowelizacja zmienia w sposób niezwykłe istotny.

Do niedawna, zgodnie z brzmieniem art. 144 Pzp, zakazywało się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Takie ukształtowanie kwestii zmian kontraktów publicznych dawało stronom danej umowy stosunkowo ograniczone możliwości modyfikacji umów. Cytowany przepis pozwalał bowiem tylko na takie zmiany, które zostały przewidziane w na etapie tworzenia dokumentacji wszczynającej postępowanie. W przypadku przezornych i świadomych zamawiających

rozwiązanie to mogło się sprawdzić. Praktyka pokazywała jednak, że często rzeczywistość dalece wyprzedzała zapisy dokumentacji i strony spotykały się z nieprzewidzianymi sytuacjami, które powinny prowadzić do zmian kontraktu, jednakże nie mogło do nich dojść z uwagi na ograniczenia wynikające z przepisów Pzp. Ponadto, uregulowania Pzp w żaden sposób nie rozstrzygały które ze zmian są istotne i wymagają przewidzenia na etapie tworzenia dokumentacji, a które są zmianami nieistotnymi, które mogą być wprowadzane bez ograniczeń. Z pomocą przychodziło bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, niemniej kwestia ta wydaje się na tyle istotna, że powinna znaleźć odzwierciedlenie w przepisie prawa.

Ograniczona dopuszczalność zmian umów ws. zamówienia publicznego na gruncie art. 144 Pzp od lat nie korespondowała treściowo z przesłankami dopuszczalnych modyfikacji wskazywanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Pewnego rodzaju „prawotwórcza” rola TSUE sprawiła, że rozbudowane zasady dokonywania zmian w umowach znalazły swoje odzwierciedlenie w przepisach wskazanych wcześniej dyrektyw (konkretnie – art. 72 dyrektywy klasycznej). Nowe przesłanki to nic innego jak prawne ujęcie tez orzeczniczych TSUE wynikających m.in. z wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Zb. Orz 2008., który to przywoływany jest w kontekście omawianej problematyki najczęściej.

Tezy orzecznicze Trybunału w omawianym obszarze znane są od dawna, a krajowe organy orzekające musiały je od początku respektować. Niemniej, nadanie im mocy przepisu prawa to bardzo istotna zmiana.



Kiedy zatem można będzie modyfikować umowy ws. zamówienia publicznego? Oto przesłanki ich zmian po nowelizacji:

1. Zmiany przewidziane

Pierwsza z nowych przesłanek stanowi de facto odpowiednik dotychczas funkcjonujących uregulowań. Zakazuje się bowiem zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji

istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Warto zwrócić uwagę, że wymóg przewidzenia zmian wymaga określenia: kiedy może dojść do zmiany, jaki zakres umowy może podlegać modyfikacji i jak owa modyfikacja ma wyglądać. Tymczasem praktyka pokazuje, że wielu zamawiających określa przesłanki zmiany umowy w sposób bardzo ogólny. Jest to błąd, o którym często wspominał Urząd Zamówień publicznych i KIO.

2. Niezbędne rozszerzenie zakresu przedmiotowego zamówienia

Kolejna nowa przesłanka zmian umów ws. zamówienia publicznego dopuszcza modyfikacje kontraktów, jeżeli dotyczą one realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem

podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
- b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
- c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Analizując ww. zapisy należy zwrócić uwagę na dość osobliwe podejście ustawodawcy, które pozwala – przy zachowaniu odpowiednich wymogów – rozszerzyć aneksem do umowy zakres przedmiotu zamówienia. Dotychczas bowiem, wyjście poza pierwotnie ustalony zakres zamówienia wymagało z reguły zawarcia odrębnej umowy z tym samym wykonawcą. Uwagę przykuwa także dość daleko zakreślony margines dopuszczalności zmian jeśli chodzi o ich wartość oraz ryzyko dość elastycznej interpretacji pojęcia „istotnej niedogodności”.

3. Zmiany nieprzewidywalne

Po nowelizacji Pzp zmiany umowy ws. zamówienia publicznego będą mogły być dokonane również wówczas, gdy konieczność zmiany spowodowana będzie okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, a jednocześnie wartość zmiany nie przekroczy 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

Nie ulega wątpliwości, że wskazana przesłanka stanowi dla stron umowy pewien „wentyl bezpieczeństwa” z którego skorzystać można wówczas, gdy zaistnieje zdarzenie, którego w sposób oczywisty nie dało się przewidzieć, lecz istotnie wpływa na realizację kontraktu. Co oczywiste, w stosunku do zamawiającego ustawodawca sformułował wymóg należytej staranności, co wskazuje na wyjątkowy charakter dopuszczalności zmiany w oparciu o omawiany przepis. Innymi słowy, zwyczajny brak przezorności instytucji zamawiającej nie będzie mógł zostać potraktowany jako samodzielna podstawa do aneksowania zawartego kontraktu.

4. Zmiany podmiotowe

Nowe przepisy wprowadzają także bardzo ciekawą przesłankę dokonywania zmian podmiotowych, tj. zastępowania wykonawcy innym podmiotem. Według nowych przepisów będzie to możliwe:

- a) na podstawie postanowień umownych, przewidzianych w dokumentacji postępowania,
- b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,
- c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

Warto zauważyć, że zmiany podmiotowe nie są obecnie rozpatrywane na gruncie art. 144 Pzp, lecz art. 7 ust. 3 Pzp, który co do zasady zabrania zmiany wykonawcy dopuszczając jedynie potwierdzone w orzecznictwie sądowym przekształcenia podmiotowe, tj. np. sukcesją uniwersalną, sprzedaż przedsiębiorstwa, kumulatywne przystąpienie do długu. Po nowelizacji, problematyka ta znajdzie się w zupełnie innym przepisie. Pytanie, czy jest to dobre rozwiązanie. Wydaje się bowiem, że zmiany podmiotowe o stronie wykonawcy dokonywane powinny być w sposób inny niż aneksowanie umowy (co wynika z Kodeksu Cywilnego).

5. Zmiany nieistotne

Po nowelizacji Prawa zamówień publicznych wciąż dopuszczalne pozostanie dokonywanie w umowach zmian nieistotnych. Co ważne jednak, nowe przepisy nie zmuszają już do opierania się na orzecznictwie i definiują pojęcie zmiany istotnej. Każda zmiana kontraktu nie mająca takiego charakteru będzie zatem możliwa.

Jaka zatem zmiana jest istotna w rozumieniu przepisów? Taka która:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęłoby oferty innej treści,
- b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
- c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
- d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp.

6. Zmiany bagatelne z uwagi na wartość

Ciekawą przesłanką dopuszczającą zmiany w umowach ws. zamówienia publicznego jest możliwość ich modyfikacji wówczas, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jednocześnie mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Ustawodawca stanął zatem na stanowisku, że niewielka wartość dokonanych zmian może zostać zaakceptowana niezależnie od tego czy np. zmiana była nieprzewidziana czy też wystąpiły jakiegokolwiek inne warunki. Rozwiązanie takie daje zatem stronom kontraktu sporą elastyczność w dokonywaniu zmian o niewielkiej wartości.

Podsumowując nowelizacja ustawy Pzp wprowadza wiele zmian do funkcjonowania rynku zamówień publicznych. Generalnym założeniem zmian było uproszczenie procedur postępowań i większa przejrzystość przepisów. Na ocenę rezultatów nowelizacji przyjdzie jeszcze czas, natomiast w tej chwili obawy związane z prowadzeniem postępowań po nowelizacji są nieuniknione i całkowicie zrozumiałe. Ważne jest, aby nie traktować zmian jako konieczne zło, a raczej jako szanse na przyszłe rozwiązanie problemów z funkcjonowaniem niektórych obszarów. Prawdziwą rewolucję w zamówieniach publicznych może spowodować zmiana ustawy na całkowicie nową, która początkowo była przecież zakładana już teraz.

Nowe przepisy mogą przez jakiś czas stwarzać pewne problemy. Nie powinno to jednak zniechęcać zamawiających do ogłaszania nowych postępowań, a wykonawców do zgłaszania swoich ofert. Rynek zamówień publicznych, choć specyficzny, daje ogromną szansę zarówno dla dużych, jak i małych i średnich przedsiębiorstw. Nie obawiajmy się prowadzenia postępowań po nowelizacji, a jeśli potrzebujemy pomocy specjalistów, korzystajmy z niej.

AUTORZY PUBLIKACJI

Iwona Holka



Prawnik, trener APEXnet i doradca w zakresie zamówień publicznych. Ma ponad 6 lat doświadczenia w realizacji zamówień publicznych, zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Posiada praktyczne doświadczenie m.in. w: opracowywaniu dokumentacji przetargowych, sporządzaniu odwołań i reprezentacji przed KIO. Brała udział w wielu projektach, również współfinansowanych ze środków UE, koordynowała prace związane z zamówieniami publicznymi. Prowadzi konsultacje i doradztwo z dziedziny zamówień publicznych, a także szkolenia. Jest autorką i współautorką wielu publikacji z zakresu zamówień publicznych oraz funduszy unijnych.

Damian Michalak



Radca prawny. Posiada kilkuletnie doświadczenie w obsłudze prawnej podmiotów z sektora publicznego oraz inwestorów realizujących inwestycje publiczne. Od ponad czterech lat specjalizuje się w prawie zamówień publicznych i partnerstwie publiczno-privatnym doradzając w aspektach związanych ze wskazaniem optymalnego modelu realizacji projektu, przygotowaniem dokumentacji związanej z procedurą udzielenia zamówienia, wsparciem merytorycznym na etapie negocjacji z inwestorami i sporządzaniem projektów umów PPP. Trener APEXnet z zakresu partnerstwa publiczno-privatnego, prawa zamówień publicznych i prawnych aspektów realizacji inwestycji infrastrukturalnych.

**Zobacz najnowsze szkolenia
prowadzone przez trenerów oraz firmę
APEXnet**

KLIKNIJ TUTAJ

**Sprawdź aktualne przetargi
na biznes-polska.pl**

KLIKNIJ TUTAJ