

Kosmetyka w zamówieniach

08 sierpnia 2014 | Prawo | Wojciech Hartung

Najnowsza nowelizacja prawa zamówień publicznych nie wprowadza oczekiwanych reform - pisze ekspert.

Sejm przyjął 25 lipca kolejną nowelizację prawa zamówień publicznych (PZP). Ustawa porządkuje niektóre aspekty udzielania zamówień. Nie jest to jednak oczekiwana reforma systemu, lecz jedynie kilka kosmetycznych poprawek do uchwalonych wcześniej przepisów.

Nowelizacja przewiduje istotne zmiany w zakresie wykluczania wykonawców z powodu niewłaściwego wykonywania zamówień. Otóż przede wszystkim wykluczeniu z postępowania będzie podlegał wykonawca w sytuacji zawinionego i, dodatkowo, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Bez znaczenia będzie przy tym, czy takie zachowanie miało miejsce w stosunku do zamawiającego prowadzącego dane postępowanie. Ważne, aby był on w stanie wykazać, że naruszenie obowiązków miało miejsce, i to niekoniecznie przez przedstawienie wyroku sądowego.

Wykluczenie wykonawcy w takich przypadkach ma być obowiązkowe, choć tylko jeśli zamawiający przewidzi taką możliwość w dokumentacji postępowania. Dodatkowo wykonawca będzie mógł się bronić przed wykluczeniem wykazując, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia spowodowanych przez siebie szkód oraz podjął środki zaradcze, aby uniknąć podobnych naruszeń w przyszłości.

Nowe przepisy rezygnują przy tym z tzw. czarnej listy wykonawców prowadzonej przez prezesa UZP. Nie jest jasne, czy wykluczenia będą skuteczne w przypadku wykonawców dopuszczających się takich poważnych naruszeń zawodowych w stosunku do zamawiających z innych krajów, w tym spoza Unii Europejskiej.

Z odpowiedzialnością

Nowelizacja wprowadza ustawową odpowiedzialność podmiotu trzeciego za szkody powstałe u zamawiającego i wynikające z nieudostępnienia wykonawcy obiecanych zasobów. Przestanką wyłączającą odpowiedzialność jest brak winy po stronie podmiotu trzeciego za nieudostępnienie tych zasobów.

Taka konstrukcja przepisu zakłada, że wykonawca w ogóle zwraca się do podmiotu trzeciego o obiecany zasób. Tymczasem w praktyce największym problemem jest nadal czysto teoretyczny udział takich podmiotów w realizacji zamówienia. Konieczne jest zatem uczynienie z takiego udostępniania potencjału wyjątku, a nie reguły - prawo unijne nie stoi temu na przeszkodzie. Poza tym brak stosownego potencjału - zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - może stanowić istotną zmianę warunków realizacji umowy, powodując obowiązek jej rozwiązania. Tego ustawa nie reguluje.

Jednocześnie wprowadzenie ustawowej odpowiedzialności podmiotu trzeciego w sytuacji opisanej powyżej może w praktyce spowodować, iż podmioty nie będą skłonne do udostępniania wykonawcom swoich zasobów, nawet jeśli z ekonomicznego i organizacyjnego punktu widzenia

byłoby to zasadne. Nowelizacja może tu przynieść skutek odwrotny do zamierzonego.

Umowa, cena i wadium

Nowe przepisy mają umożliwić zamawiającemu postawienie wymagania, aby część zamówienia na roboty budowlane lub usługi była wykonywana przez osoby zatrudnione na umowę o pracę. W niektórych branżach jednak to sami pracownicy nie zawsze oczekują takiej ochrony. Ustawowe wymuszanie formy zatrudnienia na wykonawcach, a nawet podwykonawcach wybranych robót budowlanych czy usług wydaje się zbyt daleko idącą i nieuzasadnioną ingerencją w swobodę działalności gospodarczej. Wystarczy kontrolować przestrzeganie obowiązujących przepisów prawa pracy i rzetelnie podchodzić do kwestii rażąco niskiej ceny, a nie tworzyć nowe bariery, które mogą negatywnie wpłynąć na konkurencyjność.

Ustawodawca zamierza odgórnie zmusić zamawiających do odstąpienia od stosowania ceny jako jedyne kryterium wyboru ofert. Nowelizacja przewiduje zatem, że na podstawie tylko ceny będą mogły być udzielane zamówienia na roboty, usługi lub dostawy powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych. Co więcej, w takich przypadkach zamawiający szczebla centralnego i samorządy będą wykazywać sposób uwzględnienia kosztów ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Szkoda, że ustawodawca nie sprawdził, jak podobny mechanizm działa w ustawie o PPP. Wymaga ona stosowania innych niż cena kryteriów, podając ich katalog. Prowadzi to do sytuacji, w której większość zamawiających na siłę, sztucznie i bez głębszej refleksji stara się je uwzględnić w dokumentacji postępowania.

Nie stosowanie kryterium ceny, lecz przygotowanie postępowania, w tym zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i warunków umowy, jest podstawową bolączką naszego systemu.

Kolejna kwestia dotyczy określenia przesłanek rażąco niskiej ceny. Ustawa przewiduje, że cena niższa o 30 proc od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jest rażąco niska i wymaga wyjaśnień. Ponownie to ustawodawca reguluje tę sprawę odgórnie, zamiast tworzyć zachęty dla zamawiających, np. do wprowadzania własnych wzorów matematycznych. Poza tym należałoby brać pod uwagę złożone oferty niepodlegające odrzuceniu, a nie wszystkie, jak leci.

W końcu zniknie groźba utraty wadium przez wykonawców, którzy nie uzupełniają dokumentów, ale nie mają szans na uzyskanie zamówienia. Nowela przewiduje możliwość jego zatrzymania jedynie w stosunku do wykonawcy, któremu miałyby zostać udzielone zamówienie. Choć i tu należałoby nadać przepisowi bardziej jednoznaczne brzmienie.

Ustawodawca nakazuje też zamawiającemu przewidzenie możliwości zmian umowy w przypadku zmian podatku VAT, minimalnego wynagrodzenia lub danin publicznych związanych z ubezpieczeniami społecznymi. Niewątpliwie to poprawa sytuacji, ale istnieje obawa, że zamawiający błędnie rozumiejący zasadę legalizmu będą ograniczali przypadki zmiany umowy wyłącznie do tych wskazanych w PZP.

Po raz kolejny ogranicza się samodzielność zamawiających, nie zważając, że są wśród nich podmioty, które potrafią radzić sobie z przetargami. Ustawodawca zapomina też, że PZP ma wpływ na inne regulacje, w tym ustawę o PPP.