

Samorząd I ADMINISTRACJA

Zamówienia publiczne – kolejna rewolucja, ale czy dobre rozwiązania

Nie tylko cena, lecz także społeczeństwo i ekologia

Zgodnie z nową regulacją do oceny ofert stosuje się także kryteria pozaekonomiczne, odnoszące się do przedmiotu zamówienia. W wszystko zależy od pieniędzy

C14

Zmiany umowy

Kierując się wytycznymi unijnymi, ustawodawca wprowadził nową regulację dotyczącą dopuszczalnego zakresu modyfikacji umowy. Obejmuje ona dość szeroki katalog przesłanek

C15

In house to nie tylko prawo zamówień

Regulacje w ustawie dotyczą wyłącznie wyboru wykonawcy danej usługi. Nie tworzą zaś zamkniętego i kompletnego zestawu przepisów regulujących kwestię powierzania określonych zadań spółkom publicznym

C18



Wojciech Hartung

ekspert, praktyka infrastruktury i energetyki, kancelaria Domański Zakrzewski Palinka



Michał Bağlaj

adwokat, praktyka infrastruktury i energetyki, kancelaria Domański Zakrzewski Palinka

Dyskusję nad najnowszą, obszerną nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zdominowała kwestia in house. Dla wielu samorządów wprowadzenie tej regulacji jest bardzo istotne. Pozwala bowiem bezprzetargowo, ale uwaga – zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych – zlecać nie tylko odbieranie śmieci komunalnych od mieszkańców, lecz także wiele innych zadań. Tymczasem, jak w dzisiejszym tekście przypomina Wojciech Hartung, regulacje w ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) dotyczą wyłącznie wyboru wykonawcy danej usługi, nie tworzą zaś zamkniętego i kompletnego zestawu przepisów regulujących kwestię powierzania określonych zadań w formie in house. Obawiam się, że praktyka w tym zakresie może przynieść samorządom sporo kłopotów. Potrzebne mogą się więc okazać noweliza-

cje innych ustaw albo i przepisów o zamówieniach lub przynajmniej jednoznaczne wyjaśnienia. Aby się nie okazało, że ci, którzy skorzystali z udogodnień, będą za to karani.

Jednak nowelizacja zawiera wiele innych, wręcz przełomowych rozwiązań, na ogół wynikających z wdrożenia unijnych dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. Podstawową dobrą wiadomością dla samorządów jest ta, że dzięki wejściu nowych przepisów będzie można w znacznie szerszym niż dotychczas zakresie ruszyć z przetargami na działania, w ramach których są wykorzystywane unijne środki. Ponieważ dyrektywy dotychczas nie były wprowadzone krajowymi przepisami, postępowania w tym zakresie prawie zamarły.

Z kolei niektórych urzędników może zmartwić to, że nie da się już rozpiszć postępowania, biorąc pod uwagę tylko najniższą cenę. Dotychczas było szybko, łatwo i tanio. Tylko że w praktyce to, co powstało, okazywało się nietrwałe, wymagało wymiany, rozpisywania dodatkowych przetargów. Ponadto trzeba było reagować na skargi podwykonawców oszukiwanych przez przedsiębiorców podpisujących umowy na niekorzystnych lub wręcz niemożliwych do przyjęcia warunkach.

Zmiany oznaczają, że będzie drożej. Bo nie da się lepszej jakości i nowoczesnych rozwiązań uzyskać za zaniżoną cenę. Czyli dzisiaj trzeba wydać więcej, ale można liczyć na oszczędności za kilka lub kilkanaście lat. To zapewne może oznaczać weryfikację planów in-

westycyjnych – przecież nawet do unijnych dotacji trzeba dołożyć pokazywny wkład własny. Chyba że urzędnicy nadal tylko będą udawać, że stosują pozacenowe kryteria.

Kosztów nie obniży też stosowanie klauzul społecznych – zawieranie umów o pracę zamiast upokarzających pracowników śmieciówek czy zatrudnianie niepełnosprawnych i innych wykluczonych osób. W przyszłości jednak takie działania mogą procentować mniejszymi wydatkami na bezrobotnych czy opiekę społeczną.

Teraz urzędnicy przygotowujący przetargi pilnie się szkolą, by podołać kolejnej zamówieniowej rewolucji. Oby udało się te nauki zamienić na dobrą praktykę. Bo mogłoby to oznaczać w niedalekiej przyszłości miliardowe oszczędności. Publicznych, czyli naszych pieniędzy.

Większość przepisów nowelizacji, podpisanej już przez prezydenta, ma wejść w życie po dwóch tygodniach od publikacji w Dzienniku Ustaw.

Zofia Jóźwiak

Modyfikacje w trakcie

Odsetek postępowania, w których w 2015 r. przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty:

- roboty budowlane – 85,48 proc.,
- dostawy – 66,84 proc.,
- usługi – 72,42 proc.

Źródło: UZP

SAMORZĄD I ADMINISTRACJA

Co ważnego z perspektywy samorządów i administracji wprowadza nowelizacja

©

DLA SAMORZĄDÓW (A TAKŻE ADMINISTRACJI PAŃSTWOWEJ) SZCZEGÓLNIE WAŻNE BĘDĄ NASTĘPUJĄCE ZMIANY WPROWADZONE NAJNOWSZĄ, PODPISANĄ 11 LIPCA PRZEZ PREZYDENTA, NOWELIZACJĄ PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH:

- ustanowienie **zasad przejrzystości***, czyli obowiązku jasnego i zrozumiałego dla wykonawców formułowania wszelkich wymogów i czynności zamawiającego, oraz proporcjonalności*, czyli obowiązku stosowania przez zamawiających adekwatnych do przedmiotu zamówienia wymagań wobec wykonawców, jako dwóch nowych, naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – art. 7 ust. 1 p.z.p.;
- **wymóg przeciwdziałania konfliktom interesów** rozumianych jako wyrażany bezpośrednio lub pośrednio interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który może zagrażać bezstronności i niezależności zamawiających w związku z postępowaniem o zamówienie (np. praca przez osoby powiązane z wykonawcą nawet nieformalnie nad przygotowaniem dokumentacji postępowania) – m.in. art. 17 ust. 2a i art. 24 ust. 5 p.z.p.;
- **nowe zasady oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu**, w tym m.in. szczegółowe uregulowanie kwestii polegania na potencjale podmiotów trzecich* oraz wykorzystywania formuły konsorcjum i podwykonawstwa – art. 22a–d p.z.p.;
- nowe zasady kwalifikacji wykonawców – **możliwość stosowania zarówno obligatoryjnych, jak i fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania**, np. z powodu podania informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, lub karalności za naruszenie praw pracowniczych, lub przepisów dotyczących ochrony środowiska – art. 24 p.z.p.;
- **możliwość stosowania procedury self-cleaning***, czyli wykazania, że wykonawca wprowadził takie procedury wewnętrzne, które zapobiegą zaistnieniu przesłanek wykluczenia danego wykonawcy z postępowania w przyszłości, a skutki dotychczasowych naruszeń zostały usunięte – art. 24 ust. 8 p.z.p.;
- **możliwość postawienia wymogów dotyczących formy zatrudnienia osób realizujących zamówienie** (obligatoryjna umowa o pracę) – art. 29 ust. 3a p.z.p.;
- **zmiany w zakresie dokumentów przedkładanych przez wykonawców w toku postępowania** – dokument JEDZ stanowiący wstępne oświadczenie wykonawcy potwierdzające brak spełniania przesłanek wykluczenia z postępowania, stosowanie bazy e-Certis, czyli unijnego repozytorium informacji o dokumentacji niezbędnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wydawanych w poszczególnych krajach UE, elektroniczna dokumentacja i komunikacji między stronami postępowania – art. 25a p.z.p.;
- **obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert** oraz maksymalnego poziomu kryterium ceny (60 proc.), stosowanie formuły kosztów cyklu życia produktu – art. 91 ust. 2–3d p.z.p.;
- **nowe zasady oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny** – art. 90 ust. 1a–4 p.z.p.;
- **wprowadzenie klauzul społecznych** w zamówieniach publicznych – art. 22 ust. 2 p.z.p.;
- wprowadzenie nowych zasad zmian umów – **znaczne uelastycznienie możliwości wprowadzania zmian** w porównaniu z obecnie obowiązującymi regulacjami – art. 144 p.z.p.;
- **rozszerzenie katalogu czynności mogących stanowić podstawę do zaskarżenia czynności** zamawiających do Krajowej Izby Odwoławczej – art. 180 ust. 2 p.z.p.;
- wprowadzenie możliwości bezprzetargowego powierzenia realizacji zadań publicznych spółkom zależnym od zamawiających z sektora publicznego – tzw. **zamówienia in house** – art. 67 ust. 1 pkt 12–15 p.z.p.

* szerzej na ten temat piszemy w części Firma i Prawo.

LR

Emocje i obawy

Zmiany nie mają jednolitego charakteru. Część to zmiany kosmetyczne, jak np. wprowadzenie klauzul społecznych, natomiast część – wręcz rewolucyjne, jak np. wprowadzenie zamówień typu in house. Część z nich należy oceniać zdecydowanie pozytywnie, jak np. zmiany zasad aneksowania umów zawartych zgodnie z przepisami o zamówieniach, a część negatywnie – jak np. pozorne odbiurokratyzowanie postępowań poprzez wprowadzenie wymogu stosowania oświadczeń w formie JEDZ. Czas pokaże, jakie skutki przyniesie stosowanie nowelizacji w praktyce. Są jednak obawy, że nie do końca będzie ona służyć ideom, które stały u jej podstaw, tj. odbiurokratyzowaniu zamówień publicznych oraz większej elastyczności i innowacyjności procedur przetargowych. Ze względu na ograniczoną ilość miejsca dzisiaj zajmujemy się tylko niektórymi z wymienionych wyżej zagadnień.

SAMORZĄD I ADMINISTRACJA

Nie tylko cena, lecz także społeczeństwo i ekologia

Zgodnie z nową regulacją do oceny ofert stosuje się także kryteria pozaeconomiczne, odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Nie wszystko zależy od pieniędzy

W zasadzie wszyscy korzystający z systemu zamówień publicznych są zgodni (a przynajmniej to deklarują), że stosowanie w procesie oceny ofert w przeważającym zakresie kryterium ceny, choć z pozoru łatwiejsze, finalnie prowadzi do licznych problemów po stronie zamawiających. Powoduje bowiem m.in. wyraźne obniżenie jakości świadczonych usług, mniejszą innowacyjność oferowanych produktów i rozwiązań, a także znacznie wyższy poziom ryzyka po stronie podwykonawców zaangażowanych w realizację zamówienia. To z kolei prowadzi do trudności w osiągnięciu realnych celów inwestycji prowadzonych przez sektor publiczny, a w wielu przypadkach także do powstania zagrożeń dla funkcjonowania najsłabszych uczestników rynku, np. dla małych i średnich firm.

Nadmierne przywiązanie do kryterium ceny było dotychczas traktowane w publicystyce prawnej jako jedna z głównych przyczyn powstawania różnego rodzaju patologii w systemie zamówień publicznych.

Skomplikowane lekarstwo

Jednocześnie wskazywano, że lekarstwem na pojawiające się problemy może być odejście od stosowania wyłącznie kryterium ceny na rzecz szerszego stosowania kryteriów pozaeconomicznych. Znalazło to odzwierciedlenie w obecnej nowelizacji p.z.p. Zmiana ta może mieć fundamentalne znaczenie dla obu stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, warto więc dbać o świadomość prawidłowego stosowania nowych kryteriów oceny ofert.

Z innej strony nie ulega wątpliwości, że rzeczywiste stosowanie kryteriów innych niż cena będzie dużym wyzwaniem

WAŻNE Nie ulega wątpliwości, że rzeczywiste stosowanie kryteriów innych niż cena będzie dużym wyzwaniem dla znacznej części zamawiających, nie jest to bowiem zadanie proste.

dla znacznej części zamawiających, nie jest to bowiem zadanie proste.

Zgodnie z nową regulacją kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Źródłem powyższej zmiany jest oczywiście prawo unijne. Warto podkreślić, że w orzecznictwie europejskim od dawna wskazywano, iż nie wszystkie kryteria oceny ofert muszą mieć

ekonomiczną naturę, ponieważ nie można wykluczyć, że również inne niż cena aspekty mogą mieć wpływ na wartość oferty z punktu widzenia zamawiającego. Różne czynniki, które niekoniecznie muszą mieć ekonomiczne znaczenie, mogą bowiem wpływać na wykonanie zamówienia. Stąd konieczność stosowania także innych niż cena kryteriów oceny ofert.

Graniczne 60 proc.

Istotną konsekwencją wprowadzenia pozaeconomicznych kryteriów oceny ofert jest także wprowadzenie wymogu minimalnego udziału tych kryteriów w ocenie ofert. Zgodnie z nowelizacją zamawiający należący do sektora finansów publicznych oraz ich związki mogą stosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60 proc., jeżeli określą

Pozaeconomiczne kryteria oceny ofert

jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne

aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób w gorszej sytuacji, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników

aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia

aspekty innowacyjne

organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia

serwis po sprzedaży oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, jej sposób, czas dostawy lub okres realizacji

w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Jeżeli natomiast ww. koszty cyklu życia nie zostaną opisane w danym postępowaniu, to waga kryterium ceny nie może przekraczać 60 proc.

Cykl życia

Rachunek kosztów cyklu życia jest nową instytucją w polskim systemie zamówień publicznych. Warto więc wspomnieć, że powyższy katalog kosztów cyklu życia ma charakter otwarty, co oznacza, iż zamawiający mogą zastosować również inne kryteria, o ile tylko można będzie uznać je za obiektywne i niedyskryminujące.

W powyższym kontekście należy również zwrócić uwagę na to, że kryteria oceny ofert czy też cyklu życia powinny być bezpośrednio związane z propozycjami sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (kryteria przedmiotowe) w odróżnieniu od etapu kwalifikacji wykonawców, który dotyczy przede wszystkim ich kwalifikacji podmiotowych, w tym głównie dotychczasowych doświadczeń.

Ważny opis i punktacja

Szczególnie istotnym elementem związanym z zastosowaniem pozaeconomicznych kryteriów oceny ofert jest sposób ich opisanie w danym postępowaniu. Zgodnie z nowelizacją zamawiający powinien określić kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Wymóg ten zwiększa znowelizowany art. 7 ust. 1 p.z.p., który określa podstawowe zasady prowadzenia postępowania zamówieniowego. Zgodnie z nim zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, stosując przy tym zasady

SAMORZĄD I ADMINISTRACJA

Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:

- a) nabyciem,
- b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
- c) utrzymaniem,
- d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu;

przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych, dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować.

© AB

proporcjonalności i przejrzystości. Zasady te powinny przenikać każdą czynność zamawiającego, w tym także sposób ustalenia pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz ich wag.

Podkreślić należy, że także w ujęciu unijnym kryteria udzielenia zamówienia muszą być obiektywne i weryfikowalne, tak aby w warunkach konkurencji zamawiający mógł dokonać porównania realnej wartości poszczególnych ofert. Z tego względu wykluczone jest stosowanie kryteriów, które mogłyby powodować naruszenie zasady przejrzystości, niedyskryminacji czy równego traktowania wykonawców.

Oznacza to, że absolutnie kluczowe znaczenie z punktu widzenia wykonawców ma możliwość pełnego zrozumienia, jakie elementy będą brane pod uwagę przy ocenie danego kryterium

i jaka jest waga każdego z nich. Dodatkowo należy wskazać, że wykonawcy powinni także mieć możliwość otrzymania i zweryfikowania informacji dotyczącej punktacji uzyskanej w każdym z kryteriów oraz podstaw przyznania określonej punktacji. Przekazanie wykonawcom ww. informacji ma zasadnicze znaczenie dla zapewnienia efektywnej konkurencji między nimi oraz ma zapobiegać podejmowaniu przez instytucje zamawiające arbitralnych decyzji.

Niestety, mimo że zasada przejrzystości działań zamawiającego

ma kluczowe znaczenie na gruncie przepisów i orzecznictwa unijnego, możliwość jej pełnego stosowania w omawianej kwestii nie została w pełni zagwarantowana na gruncie omawianej nowelizacji.

Zgodnie bowiem ze znowelizowanym art. 92 p.z.p. zamawiający informuje wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Wykonawcy powinni mieć możliwość otrzymania i zweryfikowania informacji dotyczącej punktacji uzyskanej w każdym z kryteriów oceny oferty oraz podstaw przyznania określonej punktacji.

Niestety wbrew licznym głosom pojawiającym się w doktrynie ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie przepisu zobowiązującego zamawiających do podawania podstaw i szczegółowego uzasadnienia przyznania danej ofercie określonej liczby punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Wydaje się, że z punktu widzenia zasady przejrzystości takie ukształtowanie wymagań ustawowych odnośnie do obligatoryjnego zakresu informacji o podstawach decyzji zamawiającego jest jednak wadliwe. Byłoby zatem wskazane, żeby zamawiający interpretowali wyżej cytowany przepis zgodnie z zasadą przejrzystości i biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy unijne.

Zmiany umowy o zamówienie

Kierując się wytycznymi unijnymi, ustawodawca wprowadził nową regulację dotyczącą dopuszczalnego zakresu modyfikacji umowy. Obejmuje ona dość szeroki katalog przesłanek

Dotychczas regulacja ustawowa tego zagadnienia była dość ograniczona, a dodatkowo posługiwała się dalece ocennymi pojęciami istotności i nieistotności zmiany w kontekście jej dopuszczalności.

Co prawda, w toku stosowania przepisów p.z.p. wypracowano pewne mechanizmy umożliwiające ocenę charakteru danej zmiany, a w konsekwencji jej dopuszczalności, jednak w wielu przypadkach były one dalece niewystarczające. Sytuacja ta wielokrotnie prowadziła do wystąpienia poważnych problemów po stronie uczestników rynku, a w szczególności zamawiających realizujących inwestycje z wykorzystaniem środków unijnych, w tym samorządów. Niezgodna z przepisami zmiana umowy o zamówienie publiczne może być bowiem powodem nałożenia na zamawiającego korekt finansowych związanych z nieprawidłowościami w wydatkowaniu środków unijnych, które sięgają 25 proc. wartości kontraktu i 100 proc. wartości nieprawidłowo dokonanej zmiany, co dla budżetu mniejszych jednostek mogło mieć bardzo negatywne konsekwencje.

Regulacja ograniczająca dokonywanie całkowicie dowolnych zmian umowy o zamówienie publiczne jest wymogiem wynikającym z prawa unijnego. Ustawodawca unijny wymaga bowiem funkcjonowania przepisów, które ograniczają w szczególności dowolne rozszerzanie zakresu pierwotnie udzielonego zamówienia oraz swobodne zmiany podmiotowe po stronie wykonawców. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, takie działania naruszałyby podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasadę proporcjonalności. Kierując się zatem wytycznymi wynikającymi wprost z dyrektywy 2014/24/UE oraz orzecznictwa TSUE, polski ustawodawca wprowadził nową regulację dotyczącą dopuszczalnego zakresu zmiany umowy o zamówienie publiczne obejmującą dość szeroki katalog przesłanek w tym zakresie.

Bo tak wynika ze specyfikacji

Pierwsza z wprowadzonych możliwości dokonania zmiany umowy jest bardzo zbliżona do dotychczas-

WAŻNE Niezgodna z przepisami zmiana umowy o zamówienie mogła być do tej pory powodem nałożenia na zamawiającego korekt finansowych związanych z nieprawidłowościami w wydatkowaniu środków unijnych, które sięgają 25 proc. wartości kontraktu i 100 proc. wartości nieprawidłowo dokonanej zmiany.

SAMORZĄD I ADMINISTRACJA

Zamawiający, konstruując projekt umowy, będą musieli brać pod uwagę możliwość dokonania jej zmiany i przewidzieć potencjalne kierunki tych zmian, oczywiście z uwzględnieniem wymogu jasności, precyzyjności i jednoznaczności klauzul przewidujących modyfikację, będącego konsekwencją zasady przejrzystości.

ny będzie zawsze dopuszczalne, w sytuacji gdy zmiana taka ma charakter nieistotny.

Dodatkowo z aneksem

Kolejna przesłanka zmiany umowy dotyczy sytuacji, w której dotychczas zamawiający mogli udzielać zamówienia w trybie z wolnej ręki na zamówienia dodatkowe. Przesłanka ta dotyczy okoliczności, w których zmiana wykonawcy (czyli de facto udzielenie nowego zamówienia) byłaby niekorzystna dla zamawiającego ze względów technicznych lub byłaby szczególnie niedogodna. Nowa regulacja pozwala na znaczące uproszczenie procedury, polegające na zawarciu aneksu do umowy w przypadku wystąpienia przesłanek zamówienia dodatkowego, zamiast, jak miało to miejsce dotychczas, prowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w tym zakresie. Z punktu widzenia zamawiającego wiąże się to zatem z mniejszym niż dotychczas ryzykiem zaskarżenia omawianych czynności przez wykonawców konkurujących z wyłonionym przez zamawiającego podmiotem. Podkreślić jednak należy, że wykazanie spełnienia przesłanek warunkujących możliwość dokonania zmiany umowy spoczywa na instytucji zamawiającej. Nie wystarczy zatem np. jedynie wskazanie korzyści wynikających z interoperacyjności danego sprzętu. Instytucja zamawiająca będzie musiała wskazać, w jaki sposób zmiana dostawy zmusiłaby ją do nabycia sprzętu wyprodukowanego przy użyciu odmiennej technologii, w wyniku czego mogłyby powstać niezgodności techniczne lub nieproporcjonalne utrudnienia techniczne w użyciu lub utrzymaniu tego sprzętu.

Okoliczności niemożliwe do przewidzenia

Trzecia przesłanka zmiany umowy w nowym stanie prawnym dotyczy sytuacji, w której zmiana wymuszona jest okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia. Podkreślić należy, że ze względu na bardzo ogólny i ocenny charakter tej przesłanki szczegółowe udowodnienie realnego wypełnienia się jej znamion w praktyce będzie zadaniem zamawiającego. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do sytuacji, których nie można było przewidzieć, mimo odpowiednio sta-

rannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością. Nadużywanie tej podstawy zmiany umowy może oczywiście prowadzić do jej kwestionowania, a w konsekwencji unieważnienia zawartego w tym trybie aneksu do umowy.

W razie upadłości

Zmiana umowy może być także dokonana w sytuacji zmian podmiotowych po stronie wykonawcy – związanych z różnego rodzaju modyfikacjami tego podmiotu o charakterze korporacyjnym czy też w związku z upadłością lub likwidacją.

Wprowadzenie tego uregulowania generalnie należy oceniać pozytywnie, gdyż kwestie te w dotychczasowej praktyce były różnie interpretowane, szczególnie w sytuacji upadłości wykonawcy. Co istotne, nowy wykonawca powinien spełniać pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej. Chodzi tu o wymóg, aby zamawiający nie został postawiony w gorszej niż dotychczasowa sytuacja w relacji z wykonawcą. A zatem jeśli dotychczasowy wykonawca spełniał pierwotne warunki kwalifikacji, posilując się potencjałem podmiotów trzecich, nowy wykonawca również może to uczynić. Istotne jest to, aby sytuacja podmiotowa nowego wykonawcy była porównywalna, a najlepiej analogiczna do tej, jaką miał stary wykonawca.

Wątpliwości budzi natomiast konieczność dokonywania zmiany umowy, w sytuacji gdy w stosunku do wykonawcy zajdą zmiany mające charakter sukcesji generalnej, tj. przejścia na nowy podmiot wszelkich praw i obowiązków, w tym także wynikających z zawartych umów o zamówienie publiczne. W większości przypadków w dotychczasowej praktyce taka sytuacja była traktowana jako niewymagająca zmiany umowy, gdyż jej skutki były uregulowane przepisami powszechnie obowiązującymi. Obecne brzmienie ustawy sugeruje, że także w takiej sytuacji byłby wymagany aneks do umowy, co może rodzić poważne trudności w sytuacji odmowy zamawiającego wyrażenia zgody na aneksowanie umowy.

Przejęcie zobowiązań

Nowym ciekawym narzędziem jest także możliwość zmiany umowy na skutek przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców. Chodzi o przypadek, gdy umowa z dotychczasowym wykonawcą zostaje rozwiązana, ale jej zakres przedmiotowy jest wykonywany przez podwykonawców. W takiej sytuacji zamawiający będzie mógł przejąć relacje kontraktowe z podwykonawcami od dotychczasowego wykonawcy i dokonywać na ich rzecz bezpośrednich płatności.

Niewielka wartość

Ostatnią podstawą dokonania zmiany umowy wprowadzoną nowelizacją są przepisy uzależniające dopuszczalność danej zmiany od jej wartości. Zgodnie z nowymi regulacjami zmiana będzie zawsze dopuszczalna, jeżeli jej wartość nie przekracza wartości progów unijnych i jednocześnie 10 proc. wartości zamówienia

Nadużywanie przesłanki o okolicznościach niemożliwych do przewidzenia może prowadzić do kwestionowania aneksowania umowy, a w konsekwencji unieważnienia zawartego w tym trybie aneksu do umowy.

WAŻNE Nowa regulacja pozwala na zawarcie aneksu do umowy w przypadku wystąpienia przesłanek zamówienia dodatkowego zamiast, jak dotychczas, prowadzenia nowego postępowania w tym zakresie.

SAMORZĄD I ADMINISTRACJA

podstawowego na usługi i dostawy lub 15 proc. wartości zamówienia podstawowego na roboty budowlane.

Warto podkreślić, że dokonanie zmiany umowy na tej podstawie nie wymaga spełnienia jakichkolwiek poza wartością zmiany przesłanek. Zmiany te mogą zatem dotyczyć praktycznie każdego aspektu umowy, pod warunkiem jednak, że nie zmieniają jej charakteru. Dla oceny charakteru umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy. W tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Jest to zatem bardzo dobre narzędzie aneksowania umów zawartych w reżimie zamówieniowym, niewymagające poza dbałością o wartość zmiany jakichkolwiek innych zabiegów formalnych. Podkreślić jednak należy, że wymienione progi wartościowe dotyczą łącznie wszystkich dokonywanych w ramach danego zamówienia zmian do umowy, a nie każdej zmiany odrębnie.

Sposoby rozróżnienia

Co bardzo ważne, ustawa nowelizująca p.z.p., w ślad za dyrektywą 2014/24/UE wprowadza także jasne uregulowania dotyczące sposobu rozróżnienia zmian o charakterze istotnym od tych nieistotnych. Regulacja ta znacząco poprawia sytuację zamawiających, przede wszystkim w kontekście ewentualnych kontroli realizacji inwestycji współfinansowanych ze środków unijnych. Jak wskazuje orzecznictwo TSUE, pojęcie zmian, w tym ich istotność lub nieistotność, jest i powinno być oceniane zawsze w kontekście wprowadzania takich modyfikacji udzielonego zamówienia, które prowadziłyby w sposób jednoznaczny (lub co najmniej stwarzałyby podstawy do stawiania takiej tezy) do udzielenia nowego zamówienia lub udziału w postępowaniu innych wykonawców. Inaczej mówiąc, wprowadzane zmiany, aby mogły zostać uznane za istotne, powinny mieć realny i poważny wpływ na zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Kierując się tymi wytycznymi, ustawodawca wprowadził regulację pozwalającą na dokładniejszą ocenę, z jakiego rodzaju zmianą mamy do czynienia w danym wypadku.

Wydaje się, że modyfikacja zasad dokonywania zmian umów o zamówienie publiczne wprowadzona nowelizacją jest zabiegiem udanym i pożądanym. Regulacja ta zmniejsza bowiem ryzyko prawne podmiotów dysponujących środkami publicznymi, gdy konieczne jest dokonanie modyfikacji zawartego kontraktu. Dodatkowo nowe przepisy stanowią dla instytucji kontrolnych rodzaj drogowskazu wyznaczającego kierunek dopuszczalnych

zmian umowy w kontekście ewentualnych korekt finansowych. Uprawnione są zatem nadzieje wyrażane w toku prac legislacyjnych, że omawiane przepisy przyczynią się do poprawy stabilności otoczenia prawnego uczestników rynku zamówień publicznych i wpłyną pozytywnie na bezpieczeństwo prawne zamawiających.

Mimo wielu zalet nowa regulacja, jeśli chodzi o zmiany umowy o zamówienie publiczne, nie jest jednak pozbawiona uchybień legislacyjnych. Otóż przepisy przejściowe do nowelizacji, w tym w szczególności art. 19 ust. 3, wydają się sformułowany wadliwie. Przepis ten w swoim literalnym brzmie-

 Zgodnie z nowymi regulacjami zmiana będzie zawsze dopuszczalna, jeżeli jej wartość nie przekracza wartości progów unijnych i jednocześnie 10 proc. wartości zamówienia podstawowego na usługi i dostawy lub 15 proc. wartości zamówienia podstawowego na roboty budowlane.

Przesłanki zmian

Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

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;

zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- 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,
- zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
- wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- wartość zmiany nie przekracza 50 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:

- na podstawie postanowień umownych,
- 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,
- w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne;

łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. i jest mniejsza od 10 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15 proc. wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;

nie zmienia ona 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 postępowaniu wzięłyby lub mogłyby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by 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) zmiana polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w 4. boksie schematu „Przesłanki zmian”.

AB


niu nie dopuszcza dokonywania nieistotnych zmian w umowie, tj. takich, które nie były wyraźnie przewidziane w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu w stosunku do zmian umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie nowelizacji. Wydaje się, że jest to oczywiste przeoczenie ustawodawcy, które nie znajduje uzasadnienia w przepisach unijnych czy orzecznictwie.