

# Pęknie worek z unijnymi przetargami. Dyrektywy wdrożone

## Nowe przesłanki wykluczenia

Przedsiębiorcy muszą przejrzeć wprowadzone katalogi przesłanek obligatoryjnych i fakultatywnych, wskazujących, kiedy zamawiający powinien, a kiedy ma prawo zdyskwalifikować wykonawcę. Nowością jest procedura sanacyjna pozwalająca zapobiec wykluczeniu

C22

## Podmioty trzecie: udział teraz konieczny

Takie firmy będą mogły udostępnić potencjał tylko wtedy, gdy wezmą udział w realizacji zamówienia. Wykonawca będzie musiał zagwarantować, że nie zachodzą w ich przypadku przesłanki wykluczenia

C24

## Podwykonawcy też bardziej przejrzysti

W każdym postępowaniu wykonawca będzie musiał wskazać, komu konkretnie i jaką część zamówienia powierzy. Jeżeli zamawiający sobie tego zażyczy – także podwykonawca będzie badany pod kątem przesłanek wykluczenia

C25



**Michał Wojciechowski**  
adwokat, Praktyka Infrastruktury i Energetyki, kancelaria Domański Zakrzewski Palinka

Przedsiębiorcy się cieszą. Prezydent 11 lipca podpisał bowiem ustawę z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która wdroży do polskiego prawa przepisy nowych dyrektyw zamówieniowych. Chodzi tu m.in. o dyrektywę klasyczną (tj. 2014/24/UE) oraz sektorową (tj. 2014/25/UE). Polska musiała implementować unijne przepisy do 18 kwietnia br. Ale choć miała dwa lata przez opieszałość poprzedniego rządu się spóźniła. Niewdrożenie dyrektyw spowodowało wielomiesięczny bałagan i zawieszenie ważnych publicznych przetargów, m.in. tych związanych z funduszami UE.

Teraz (jak to zazwyczaj bywa) przedsiębiorcy mają niewiele czasu na przygotowanie do zmian. Ustawa (poza wyjątkami) wchodzi w życie już w 14 dni po publikacji. A zakres zmian jest szeroki i mocno zmienia warunki gry dla przedsiębiorców zainteresowanych rynkiem zamówień publicznych.

Na szczęście zmiany często wiążą się ze sporymi ułatwieniami dla przedsiębiorców. Przykładem jest zmniejszenie obowiązków formalnych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Takim ułatwieniem – wbrew obawom – jest umożliwienie przedstawiania przez wykonawców oświadczenia o spełnianiu warunków w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). A także przyjęcie zasady, że obowiązek złożenia wszystkich dokumentów będzie odnosił się co do zasady do tego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Cieszy też, że dostrzeżono, iż trzeba stworzyć warunki dla udziału w przetargach małych i średnich firm. Skądinąd tych zatrudniających od 10 do 249 pracowników – jak wyliczył PI Research – mamy w Polsce najmniej w całej Unii Europejskiej, tylko 1,9 na 1000 mieszkańców, podczas np. w Niemczech 4,6, a średnia dla UE to 3,1. To z myślą o MSP m.in. ułatwiono sposób udzielania zamówień w częściach. Wprowadzono też limit maksymalnych wymogów, jakie urzędnik może narzucić w zakresie zdolności ekonomicznej (średni roczny obrót nie będzie mógł być wyższy niż maksymalnie dwukrotność szacunkowej wartości zamówienia).

Ucieszy przedsiębiorców że cena nie będzie już najważniejszym kryterium. Przy wyborze oferty trzeba będzie uwzględniać także kryteria jakościowe, społeczne, środowiskowe i innowacyjne, relację jakości do ceny itp.

Wprowadzony zostanie nowy tryb zamówień publicznych – partnerstwo innowacyjne. Umożliwi nabywanie produktów i usług, które są absolutną nowością na rynku.

Cieniem na tej radości kładzie się m.in. in house, czyli przyznanie samorządom możliwości bezprzetargowego udzielania zamówień własnym spółkom komunalnym. Wielu przedsiębiorców się obawia, że wkrótce to one – nawet jeśli są nieefektywne – zajmą ich miejsca.

Jednak nie tylko in house budzi obawy. Zdaniem ekspertów nasi urzędnicy, wykonując polecenie wdrożenia unijnych przepisów, chcieli być świętsi od papieża. Efektem są nazbyt wyśrubowane wymogi wobec wykonawców i podwykonawców, jak choćby niekaralność wszystkich prokurentów, nie tylko tych związanych z danym przetargiem.

Jak twierdzą nasi eksperci, nowe wymogi mogą też wprowadzić dodatkowe obowiązki, np. w związku ze zwiększeniem wymagań dotyczących udziału podwykonawców.

Przedsiębiorcy zainteresowani rynkiem powinni się zapoznać z nowymi regulacjami prawnymi, gdyż w wielu przypadkach są wręcz rewolucyjne. Ułatwiamy to, przedstawiając najważniejsze zmiany w praktycznej tabeli ściągawce. Eksperti DZP szerzej omawiają też te kwestie, które są istotne dla przedsiębiorców, a nie zostały poruszone w części Samorząd i Administracja TGP.

Oprac. JP

## Ściągowka dla przedsiębiorców: Co się zmieni w zamówieniach publicznych po nowelizacji

Zmiana	Konsekwencje	Znaczenie dla przedsiębiorców
<b>Potwierdzenie wprost w przepisach zasad przejrzystości (przewidywalności) oraz proporcjonalności (adekwatności) prowadzenia postępowań</b>	W praktyce oznacza to, że zamawiający będzie miał obowiązek zrozumiałego formułowania wszelkich wymogów, a także stosowania adekwatnych do przedmiotu zamówienia wymagań wobec wykonawców.	Dzięki temu przedsiębiorcy będą mogli jeszcze skuteczniej bronić się przed nieprzewidywalnymi czynnościami zamawiającego (np. nadmiernym subiektywizmem przy pozacenowych kryteriach oceny ofert), jak również takimi, które nie są adekwatne do osiągnięcia wyznaczonego celu (np. nieuzasadnione i przedwczesne żądanie od przedsiębiorców dodatkowych informacji lub dokumentów w postępowaniu).
<b>Ułatwienia w dostępie do przetargów dla mniejszych podmiotów</b>	Minimalny roczny obrót jako warunek udziału w postępowaniu nie będzie mógł co do zasady przekraczać dwukrotności wartości zamówienia.	Przedsiębiorcy (zwłaszcza mali i średni) zostaną jeszcze bardziej zabezpieczeni przed zbyt wygórowanymi wymogami ustanawianymi przez zamawiających w zakresie zdolności ekonomicznej. W założeniu zatem będzie im łatwiej spełnić tego typu warunki.
<b>Możliwość ustalania zróżnicowanych warunków udziału w postępowaniu</b>	Będzie można różnicować sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę samodzielnie ubiegającego się o zamówienia oraz konsorcjum.	Do tej pory konsorcjum dawało możliwość komplementarnego łączenia zasobów (np. każdy z pięciu wykonawców zapewniał środki finansowe w wysokości 100 zł). Traktowani byli jako całość (czyli w sumie 500 zł). Teraz w określonych przypadkach zamawiający będzie mógł inaczej w pewnym zakresie potraktować konsorcjum i wymagać np., że w sumie mają mieć środki finansowe w wysokości 500 zł, ale przynajmniej jeden z nich musi mieć 300 zł. W razie skorzystania z tej możliwości przez zamawiającego może się okazać, że forma konsorcjum straci na atrakcyjności. Co więcej, takie różnicowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i pojedynczego wykonawcy może potem się przełożyć na sposób realizacji zamówienia.
<b>Modyfikacja w zakresie przesłanek wykluczenia</b>	Wprowadzony zostaje podział na obligatoryjne i fakultatywne podstawy do wykluczenia.	Obligatoryjne przesłanki wykluczenia stosowane będą automatycznie w każdym postępowaniu. W wyborze przesłanek fakultatywnych zamawiający będzie miał swobodę. Tylko od jego wyboru będzie zależało, czy przedsiębiorca będzie miał łatwiej (mniej przesłanek), czy trudniej (więcej przesłanek).
	Poszerzenie grona osób, których niekaralność będzie mogła być przedmiotem badania na etapie postępowania.	W zakresie niekaralności będą badani już nie tylko członkowie zarządu, lecz także członkowie rad nadzorczych (jeżeli u wykonawcy taki organ będzie funkcjonował) oraz prokurenci (jeżeli będą ustanowieni). W praktyce zatem przedsiębiorcy zmuszeni będą uzyskiwać więcej zaświadczeń o niekaralności niż do tej pory.
	Rozszerzenie możliwości skorzystania przez przedsiębiorców z procedury self-cleaning.	Wykonawca będzie mógł wykazać przed zamawiającym, że mimo zaistnienia w stosunku do niego konkretnej podstawy wykluczenia (np. skazania przez sąd karny urzędującego członka zarządu) powinien on zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnieniem dla powyższego będzie przedstawienie zamawiającemu opisu podjętych działań (określanych mianem self-cleaning, ang. samooczyszczenie) gwarantujących, że dane nieprawidłowości nie będą miały miejsca w przyszłości.
<b>Zmiany w sposobie ustalania kryteriów oceny ofert</b>	Ograniczona zostanie możliwość korzystania z kryterium najniższej ceny. Co do zasady, cena będzie mogła stanowić kryterium o wadze nieprzekraczającej 60 proc. w ramach ustanowionych kryteriów oceny ofert.	Przy prawidłowym ustaleniu pozacenowych kryteriów oceny ofert przedsiębiorcy zmuszeni będą konkurować nie tylko ceną, lecz także na podstawie kryteriów pozacenowych (szczególnie jakości). W praktyce nie można jednak wykluczyć, że przynajmniej w początkowym okresie (nim nie powstaną dobre praktyki) kryteria pozacenowe będą ustanawiane wyłącznie w celu formalnego spełnienia nakazu ustawowego.
<b>Zmiany w zasadach udziału w realizacji zamówienia podmiotów trzecich oraz podwykonawców</b>	Podmiot trzeci udostępniający swoje doświadczenie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie będzie musiał wziąć bezpośredni udział w jego realizacji.	Nie będzie już możliwe fikcyjne angażowanie podmiotów trzecich jedynie na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu (np. doradztwo, konsultacje). Mówiąc najprościej, jeżeli podmiot trzeci udostępni swoje doświadczenie w realizacji danej roboty budowlanej, to powinien ją także zrealizować w ramach zamówienia.
	Podwykonawcy będą mogli zostać objęci określonymi przez zamawiającego wymogami co do przedkładania dokumentów czy zatrudnienia osób realizujących zamówienia na podstawie umowy o pracę.	W praktyce wykonawcy, rozmawiając ze swoimi kontrahentami (podmiotami trzecimi, podwykonawcami), będą zmuszeni prosić ich o więcej dokumentów na etapie postępowania lub wymagać od nich spełnienia określonych wymogów na etapie realizacji zamówienia. Trudno przewidzieć na obecnym etapie, czy wpłynie to na te podmioty zniechęcająco, z pewnością jednak będzie się to wiązało z większym zakresem obowiązków po ich stronie.

## FIRMA I PRAWO

<b>Nowe wymogi dotyczące przedkładanych dokumentów w toku postępowania</b>	Wprowadzenie obowiązku składania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ).	Zamiast przedkładania wielu zaświadczeń i innych dokumentów przedsiębiorca będzie wypełniał jedynie JEDZ. Niestety, z uwagi na rozbieżności pomiędzy pytaniami zawartymi w JEDZ a ustawą, wypełnienie tego dokumentu nie będzie proste. Pozostaje także pytanie, na kiedy i ile razy wykonawca będzie musiał skompletować wszystkie dokumenty, o których wspomni w JEDZ. Wątpliwości proceduralnych dotyczących JEDZ jest więcej, dlatego zaleca się przedsiębiorcom (przynajmniej w początkowym okresie obowiązywania nowych przepisów) daleko posuniętą ostrożność.
	Obowiązek korzystania przez zamawiających z internetowego repozytorium zaświadczeń w przypadku wykonawców zagranicznych (e-Certis).	Internetowa strona e-Certis będzie stanowiła (kolejną) wskazówkę dla przedsiębiorców co do prawidłowości dokumentów uzyskiwanych przez ich kontrahentów z Unii Europejskiej. Niestety strona internetowa e-Certis zawiera obecnie w wielu przypadkach nieaktualne informacje (np. informacje co do zaświadczeń o niekaralności dla osób fizycznych w Wielkiej Brytanii aktualizowane były ostatni raz w 2010 r.). Podobnie zatem jak w przypadku JEDZ wskazana jest daleko posunięta ostrożność w korzystaniu z niej.
<b>Zwiększenie możliwości zmiany umów zawartych w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych</b>	Znaczne uelastycznienie możliwości wprowadzania zmian w porównaniu do obecnie obowiązujących regulacji prawnych.	Do tej pory kwestia ta budziła wiele problemów praktycznych, co skutkowało niejednokrotnie brakiem przychylności zamawiających do jakichkolwiek modyfikacji zawartych umów. Dzięki zmianom jest w końcu szansa, aby zmienić to podejście. Przy dobrym nastawieniu ze strony zamawiających wykonawcom powinno być łatwiej zmieniać kontrakty publiczne.
<b>Poszerzenie katalogu czynności zamawiającego, na które można złożyć odwołanie do KIO w postępowaniach poniżej progów</b>	W postępowaniach o mniejszej wartości (poniżej progów unijnych) będzie można skarżyć także: określenie warunków udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia oraz wybór najkorzystniejszej oferty.	Rozszerzenie katalogu czynności z pewnością wpłynie na sprawność rozpoznawania odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą. Mogą w związku z tym ulec wydużeniu także same postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
<b>Wprowadzenie możliwości udzielania zamówień w trybie in house</b>	Do ustawy zostaje wprowadzona możliwość bezprzetargowego powierzenia realizacji zadań publicznym spółkom zależnym od instytucji publicznych. Będzie to się odbywało w trybie zamówienia z wolnej ręki.	Skutkiem tej zmiany może być ograniczenie konkurencji w poszczególnych sektorach gospodarki (przepisy, wbrew obiegowej opinii, dotyczą przedsiębiorców z wielu różnych sektorów, nie tylko odpadowego) i na poszczególnych rynkach lokalnych.

## Nowe przesłanki wykluczenia. Jak wykazać rzetelność

**Przedsiębiorcy muszą przejrzeć wprowadzone katalogi przesłanek obligatoryjnych i fakultatywnych, wskazujących, kiedy zamawiający powinien, a kiedy ma prawo zdyskwalifikować wykonawcę. Nowością jest procedura sanacyjna pozwalająca zapobiec wykluczeniu**

Nie każdy przedsiębiorca może się ubiegać o kontrakty publiczne. Do tego grona nie można zaliczyć podmiotów, które nie dają gwarancji prawidłowej i terminowej realizacji umowy dla instytucji publicznej. Gwarancji takiej nie mogą dawać ci przedsiębiorcy, którzy – przykładowo – weszli w konflikt z prawem lub nie płacą składek na ubezpieczenie społeczne swoich pracowników. Wystąpienie tego typu okoliczności nakazuje uznać, że zaistniała przesłanka wykluczenia, a w rezultacie – następuje dyskwalifikacja takiego wykonawcy z wyścigu o zamówienie publiczne.

### Teraz więcej w gestii zamawiającego

Do tej pory każdy przedsiębiorca, który zamierzał się ubiegać o zamówienie publiczne, wiedział z góry, w jakim zakresie będzie

podlegał badaniu co do przesłanek wykluczenia. Prawo zamówień publicznych wskazywało bowiem na konkretne przesłanki, które co do zasady znajdowały zastosowanie do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Każdy zatem wykonawca potencjalnie zainteresowany danym kontraktem publicznym wiedział, że np. nie może zalegać z uiszczaniem podatków, a jego członkowie zarządu nie mogą być karani za określone rodzaje przestępstw. Nowelizacja prawa zamówień publicznych przyjęta przez Sejm 22 czerwca 2016 r., idąc tropem dyrektywy unijnej, zrywa z takim modelem, wprowadzając podział przesłanek wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne.

### Obligatoryjne i fakultatywne

Powyższe oznacza w praktyce, że zamawiający prowadzący dane postępowanie:

- będzie musiał zdyskwalifikować wykonawców podlegających przesłankom obligatoryjnym, ale
- w przypadku przesłanek fakultatywnych będzie mógł to uczynić jedynie, jeżeli zastrzeże sobie takie uprawnienie w dokumentacji postępowania.

Zamawiający nie będzie miał oczywiście pełnej dowolności w ustaleniu przesłanek fakultatywnych. Będzie mógł korzystać jedynie z katalogu przesłanek fakultatywnych zaproponowanych mu w ustawie przez polskiego prawodawcę.

Sam pomysł podziału przesłanek wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne pozostaje zgodny z ideami prawodawcy unijnego, który chciał zapewnić instytucjom zamawiającym więcej swobody

Dzięki procedurze sanacyjnej (ang. self-cleaning defence) wykonawca będzie mógł zapobiec wykluczeniu go z postępowania, nawet gdy zaistniały ku temu przesłanki. Musi jednak udowodnić, że podjęte środki naprawcze są wystarczające do rzetelnej realizacji zamówienia.

w doborze i kształtowaniu przesłanek wykluczenia w danym postępowaniu. W związku z powyższym samą zmianę tej koncepcji należy ocenić pozytywnie. Katalog przesłanek obligatoryjnych zawarto w art. 24 ust. 1 ustawy (więcej na ten temat w części Samorząd i Administracja).

#### Nowość: procedura sanacyjna

Na plus nadchodzącej nowelizacji należy też zaliczyć wprowadzenie możliwości wykazania przez wykonawcę, że mimo formalnego podlegania jednej z przesłanek wykluczenia może on wziąć udział w postępowaniu. Będzie to możliwe, jeżeli wykaże on zastosowanie odpowiednich środków (np. technicz-

nych, organizacyjnych) zapobiegających powtórzeniu się zaistniałych nieprawidłowości w przyszłości. Możliwość, o której mowa, określana jest w europejskiej doktrynie prawa zamówień publicznych mianem self-cleaning. Procedurę sanacyjną reguluje art. 24 ust. 8-11 p.z.p.

#### Zagrożenia dla przedsiębiorców

Niestety, jeżeli chodzi już o szczegóły i końcowy efekt samej implementacji przepisów dyrektywy do polskiego prawa, to poszczególne przepisy dotyczące wykluczenia mogą budzić w wielu przypadkach pewne wątpliwości. W związku z powyższym warto o nich wspomnieć, zwłaszcza w kontekście ewentualnych zagrożeń dla przedsiębiorców zainteresowanych udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

**Kłopotliwy wymóg niekaralności prokurentów.** Po pierwsze, dziwne może objęcie obowiązkiem wykazania niekaralności także prokurentów. Osoba taka nie wchodzi przecież w skład organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego spółki (o czym mówi wprost dyrektywa 2014/24/UE), a ma jedynie uprawnienia do reprezentowania przedsiębiorcy. Tym samym wydaje się, że prokurent, będący jedynie szczególnego rodzaju pełnomocnikiem wykonawcy, nie powinien podlegać weryfikacji w zakresie niekaralności na potrzeby udziału tego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Problem nabierze znaczenia w sytuacji, kiedy spółka reprezentowana na co dzień przez dużą liczbę prokurentów będzie musiała na potrzeby ubiegania się o zamówienia publiczne uzyskiwać dla każdego z nich zaświadczenie o niekaralności z właściwego rejestru karnego. Nie mówiąc już o wykonawcach zagranicznych, którzy w swoich rodzimych porządkach prawnych mogą korzystać z instytucji „prawie” identycznych jak prokurent, przy czym określenie „prawie” w tym przypadku może robić olbrzymią różnicę.

**Błąd pełnomocnika kosztowny dla firmy.** Po drugie, warto zauważyć, że w nowych realiach prawnych nie tylko ewentualne problemy karnoprawne członków zarządu, rady nadzorczej czy prokurentów spółki (potwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym) będą mogły wykluczyć samą spółkę z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Przyjęta przez Sejm nowelizacja wprowadza bowiem zmiany nie tylko w samej ustawie – Prawo zamówień publicznych, lecz także w wielu innych aktach prawnych. W tym zakresie wprowadza się zmiany także w procedurze karnej, mające bezpośrednie przełożenie na udział wykonawcy w zamówieniach publicznych.

## Rynek zamówień publicznych Jest o co walczyć



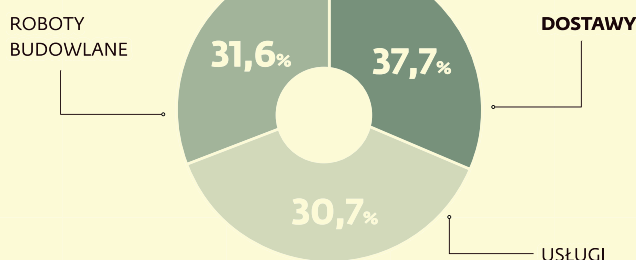
# 133 mld zł

WARTOŚĆ RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

#### PODZIAŁ ZE WZGLĘDU NA TRYB ZAMÓWIENIA

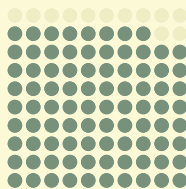
PRZETARG NIEOGRANICZONY	81,77
ZAMÓWIENIE Z WOLNEJ RĘKI	15,97
ZAPYTANIE O CENĘ	1,50
PRZETARG OGRANICZONY	0,32
LICYTACJA ELEKTRONICZNA	0,27
NEGOCJACJE BEZ OGŁOSZENIA	0,07
KONKURS	0,07
NEGOCJACJE Z OGŁOSZENIEM	0,02
DIALOG KONKURENCYJNY	0,01

#### PODZIAŁ WEDŁUG RODZAJU ZAMÓWIENIA



#### LICZBA OGŁOSZEŃ O ZAMÓWIENIU (tys.)

2012	174,3
2013	177,3
2014	145,1
2015	159,0



# 88 proc.

W TAKIM ODSETKU PRZETARGÓW CENA BYŁA  
JEDYNYM KRYTERIUM OCENY OFERT

Źródło: UZP, dane z 2015 r.

LR

Z chwilą wejścia w życie nowych przepisów sąd karny prowadzący postępowanie przeciwko osobie fizycznej (nawet nie będącej członkiem zarządu ani prokurentem, a jedynie działającą w imieniu spółki w charakterze pełnomocnika) o popełnienie określonego rodzaju przestępstw (a zatem jeszcze przed wydaniem wyroku w tej sprawie w stosunku do samego sprawcy), będzie uprawniony m.in. do zakazania reprezentowanej przez niego spółce ubiegania się o zamówienia publiczne. Wprowadzone rozwiązanie budzi wątpliwości także z tego powodu, że pomysł taki nie był przedmiotem konsultacji społecznych. W praktyce zatem wydaje się on wysoce dolegliwym i narażającym spółkę



## FIRMA I PRAWO

(której ewentualnie zawinienie nie zostało jeszcze nawet ustalone) na wymierne szkody finansowe.

**Wiele wątpliwości.** Po trzecie, istnieje grupa przepisów odnoszących się do kwestii wykluczenia, które mogą wywoływać istotne rozbieżności interpretacyjne, a zatem i praktyczne spory związane z ich stosowaniem.

Jedną z przesłanek fakultatywnych uprawniających zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania dopuszcza np. taką możliwość w razie nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedynymi dodatkowymi warunkami (ograniczeniami) dla zastosowania jej w praktyce jest wymóg, aby nienależyte wykonanie spowodowane było przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy, było ono istotne i doprowadziło do rozwiązania umowy. Biorąc pod uwagę realia rynkowe, nietrudno wyobrazić sobie, że opisana powyżej przesłanka będzie mogła być nadużywana, ze szkodą dla rzetelnego wykonawcy, nie mówiąc już o trudnościach związanych z określonych przypadkach z udowodnieniem zaistnienia przesłanek (lub ich braku) w niej opisanych.

Wzrośnie odpowiedzialność spółki za pełnomocników.

W przypadku gdy wobec takiej osoby toczyć będzie się postępowanie za popełnienie określonego rodzaju przestępstwa – sąd karny będzie uprawniony do zakazania spółce ubiegania się o zamówienia publiczne.

### Na co uważać

Nadchodzące zmiany dla przedsiębiorców będą się wiązały przede wszystkim z koniecznością każdorazowego ustalenia, jakie fakultatywne przesłanki wykluczenia znajdują zastosowanie do interesującego ich przetargu.

Dodatkowo konieczna będzie skrupulatna analiza przesłanek zastosowanych w danym postępowaniu w kontekście okoliczności faktycznych związanych z wykonawcą ubiegającym się o zamówienie publiczne.

Wobec zasygnalizowanych wątpliwości pozostaje jedynie wyrazić nadzieję, że podmioty stosujące znowelizowane prawo zamówień publicznych (zamawiający, KIO, sądy) w podejmowanych decyzjach będą kierowały się zasadą proporcjonalności (która przy okazji nowelizacji została wprowadzona do ustawy), a podejmowane przez nich decyzje nie będą skutkowały wykluczeniem z postępowań rzetelnych wykonawców.

## Podmioty trzecie: udział konieczny

**Takie firmy będą mogły udostępnić doświadczenie tylko wtedy, gdy wezmą udział w realizacji zamówienia. W każdym przypadku wykonawca będzie musiał zagwarantować, że nie zachodzą u nich przesłanki wykluczenia**

Oprócz aktorów pierwszoplanowych realizujących zamówienie publiczne (zwanych w ustawie wykonawcami) występuje jeszcze długi łańcuch innych podmiotów zaangażowanych czy to w proces samego ubiegania się o kontrakt publiczny, czy późniejszą jego realizację. Są nimi przede wszystkim podwykonawcy, którzy wykonują część umowy głównej. W grupie podmiotów wspierających wykonawcę występują jednak też podmioty trzecie (niekoniecznie będące podwykonawcami), które dają wsparcie wykonawcy,

### Zmiany w zasadach udziału podmiotów trzecich

Udostępnienie potencjału w zakresie doświadczenia, wykształcenia czy kwalifikacji zawodowych będzie wymagało bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Badanie pod względem spełniania przesłanek wykluczenia będzie obligatoryjne.

Odpowiedzialność solidarną poniosą jedynie podmioty udostępniające potencjał finansowy lub ekonomiczny.

przynajmniej na etapie samego postępowania prowadzącego do zawarcia umowy.

Dzięki podmiotom trzecim wykonawca może się uwiarygodnić w oczach zamawiającego – poprzez uwzględnienie ich potencjału (np. doświadczenia, potencjału technicznego, zasobów finansowych) na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Już do tej pory zarówno podwykonawstwo, jak i możliwość skorzystania z podmiotów trzecich na etapie procedury stanowiły istotne czynniki dla przedsiębiorców zainteresowanych kontraktem publicznym. Po wejściu w życie ustawy nowelizującej prawo zamówień publicznych zapewne się to nie zmieni, jednakże przedsiębiorcy zmuszeni będą uwzględnić wiele dodatkowych okoliczności. Przyjęta nowelizacja prawa zamówień publicznych wprowadza bowiem liczne nowe rozwiązania prawne, które mogą zasadniczo wpłynąć na strategię przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne.

### Udostępni tylko podwykonawca

Po pierwsze, nowelizacja ostatecznie przesądza kwestię sposobu udostępnienia doświadczenia (ale też wykształcenia i kwalifikacji zawodowych) przez podmioty trzecie. Do tej pory często pojawiały się w tym zakresie rozbieżne interpretacje. Spór dotyczył tego, czy podmiot trzeci (faktycznie niebędący wykonawcą zamówienia) udostępniający wykonawcy swoje doświadczenie (które ten potrzebował w związku z koniecznością spełnienia warunków udziału w procedurze) musiał wziąć udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Nowelizacja przecina wszelkie wątpliwości, jednoznacznie wymagając od takiego podmiotu trzeciego bezpośredniego udziału w realizacji tych robót i usług, dla których wykazał się doświadczeniem.

### Zamawiający zbada

Po drugie, przedsiębiorcy powinni pamiętać, że po wejściu w życie nowych przepisów ich kontrahenci pozostający podmiotami trzecimi udostępniającymi jakikolwiek potencjał (czy to doświadczenie, czy osoby, czy tylko np. środki finansowe) będą badani nie tylko w zakresie udostępnianego potencjału, lecz także w zakresie przesłanek wykluczenia. W praktyce oznacza to, że podmiot udostępniający potencjał będzie w tym zakresie podlegał takiemu samemu badaniu, jak wykonawca składający ofertę.

Do tej pory taka kontrola była możliwa jedynie w przypadku wyraźnego zapisu w SIWZ, a na dodatek mogła objąć jedynie te podmioty trzecie, które miały brać udział w realizacji zamówienia.

**WAŻNE** Jeżeli podmiot trzeci udostępni swoje doświadczenie na potrzeby przetargu, to konieczny będzie jego bezpośredni udział w realizacji tych robót i usług.

W praktyce zatem po zmianach podmiot trzeci udostępniający wykonawcy zaledwie jeden pojazd mechaniczny zobligowany będzie wypełnić jednolity europejski dokument zamówienia, a także (w razie potrzeby) przedłożyć komplet dokumentów potwierdzających, że nie będzie podlegał wykluczeniu.

Nie można zatem wykluczyć, że obciążenie podmiotów trzecich takimi dodatkowymi obowiązkami formalnymi może stanowić czynnik zniechęcający ich do angażowania się w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z innej zaś strony przedsiębiorca korzystający z takiego podmiotu trzeciego będzie musiał każdorazowo uzyskać pewność, że jego ewentualny kontrahent nie będzie podlegał wykluczeniu, bo w przeciwnym razie może to nawet skutkować utratą możliwości ubiegania się o zamówienie.

#### Zmiany zasad solidarnej odpowiedzialności

Nowelizacja zrywa w dużym zakresie z innym mogącym potencjalnie zniechęcać podmioty trzecie elementem, tj. z zasadą odpowiedzialności solidarnej tych podmiotów wraz z wykonawcą.

Po wejściu w życie nowych przepisów wyłącznie podmioty trzecie udostępniające swój potencjał finansowy (np. zdolność kredytową) lub ekonomiczny (np. roczny obrót wykonawcy) będą ponosiły tę odpowiedzialność wobec zamawiającego solidarnie razem z wykonawcą. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie z uwagi na specyficzny charakter tych zasobów i sposób ich udostępnienia.

## Podwykonawcy teraz bardziej przejrzystości

**W każdym postępowaniu wykonawca będzie musiał wskazać, komu konkretnie i jaką część zamówienia powierzy. Jeżeli zamawiający sobie tego zażyczy – także podwykonawca będzie badany pod kątem przesłanek wykluczenia**

Z tematem podmiotów trzecich wiąże się też nieodzownie zagadnienie podwykonawstwa. W tym zakresie także przewidziano duże zmiany.

#### Wykonawca zawsze określi, co powierzy podwykonawcom

Tak jak do tej pory, wskazanie części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, było jedną z opcji (w zależności od woli zamawiającego albo uwzględnianą w specyfikacjach albo nie), tak teraz podanie takiej informacji będzie obligatoryjne w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

#### Obowiązek przedstawiania podwykonawców

Obligatoryjne także stanie się podanie zamawiającemu firm podwykonawców, którzy będą realizować wskazaną do podwykonawstwa część zamówienia.

Co ciekawe, w odpowiednim miejscu formularza JEDZ prawodawca europejski wyraźnie wskazuje, że podanie tych firm jest zasadne, o ile jest to już wiadome (w domyśle: na dzień złożenia

! Odpowiedzialność solidarną z wykonawcą wobec zamawiającego będą ponosiły jedynie podmioty trzecie udostępniające swój potencjał finansowy (np. zdolność kredytową) lub ekonomiczny (np. roczny obrót wykonawcy).

JEDZ). Jednak nowa ustawa już takiego racjonalnego sformułowania nie zawiera. W konsekwencji każdy wykonawca będzie potencjalnie zobligowany do podania firm swoich podwykonawców w momencie, kiedy jeszcze nawet nie będzie pewien, czy w ogóle złoży ofertę w danym postępowaniu (np. w przypadku postępowań wieloetapowych). Przy braku odpowiedniej dozy racjonalności ze strony zamawiających wywiązanie się z tego obowiązku może powodować oczywiste problemy.

#### Prawo zamawiającego do weryfikacji

Ponadto zamawiający będzie mógł w postępowaniach dotyczących zamówień o wartości powyżej progów unijnych objąć weryfikacją w zakresie ewentualnych podstaw do wykluczenia także tych podwykonawców, którzy nie będą stanowili jednocześnie podmiotów trzecich.

Można zatem sobie łatwo wyobrazić sytuację, w której wykonawca wskazuje do wycinkowej części zamówienia swojego podwykonawcę, a następnie zmuszony jest przedłożyć dla niego wypełniony JEDZ. Tutaj jednak sytuacja jest o tyle inna, że taki wymóg znajdzie zastosowanie jedynie z wyraźnej woli zamawiającego. Mówiąc inaczej jeżeli rozsądny zamawiający nie będzie zainteresowany weryfikowaniem, jeszcze na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, każdego, nawet najmniejszego podwykonawcy – to po prostu nie wprowadzi stosownego mechanizmu do dokumentacji postępowania. Wszystko zatem w rękach zamawiających!

#### Wykonawca poinformuje o zmianach


Na etapie późniejszym (już po zakończeniu postępowania, wyborze oferty i rozpoczęciu prac) wykonawca także będzie objęty dodatkowymi obowiązkami o charakterze informacyjnym. Będzie musiał np. zawiadamiać zamawiającego o wszelkich zmianach danych swoich podwykonawców (np. danych kontaktowych, danych ich przedstawicieli).

#### Wpływ zamawiającego na obsadę podwykonawców

W przypadku natomiast powierzenia prac podwykonawcom już na etapie realizacji zamówienia – wykonawca (po raz kolejny) zmuszony będzie na żądanie zamawiającego wylegitymować się odpowiednimi dokumentami, które potwierdzą brak przesłanek do wykluczenia nowozatrudnionego podwykonawcy.

Jeżeli brak takich przesłanek nie zostanie wykazany i zamawiający stwierdzi, że wobec takiego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, to wykonawca może być nawet zmuszony do rezygnacji z tego podwykonawcy. To nie koniec. Omawiane zasady powierzenia prac podwykonawcom na etapie realizacji zamówienia mogą też (w przypadku jeżeli będzie tego żądał w dokumentacji postępowania zamawiający) znaleźć zastosowanie do dalszych podwykonawców.

#### Obawy i nadzieje

Praktyka pokaże, czy wprowadzone zmiany – pomimo oczywistego zwiększenia obowiązków formalnych dla podwykonawców i podmiotów trzecich – okażą się dla uczestników rynku zamówień korzystne. Nie można bowiem wykluczyć, że dzięki nim w końcu wyeliminowane zostaną występujące do tej pory negatywne zjawiska w zamówieniach publicznych, takie jak nierealne udostępnianie potencjału przez podmioty trzecie czy występujące powszechnie problemy z podwykonawcami dużych inwestycji budowlanych. 

! Wykonawca będzie musiał wskazać zamawiającemu, jakie części zamówienia powierzy podwykonawcom.