

## Niejasne wymagania zamówień publicznych

25 lipca 2013 | Prawo | Michał Wojciechowski Michał Bagłaj

Nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów, jakie przystępujący do przetargu przedkłada zamawiającemu, zamiast wyeliminować problemy, wprowadza jeszcze większy zamęt - piszą prawnicy.

Lutowa nowelizacja prawa zamówień publicznych wymusiła dostosowanie do niej odpowiednich aktów wykonawczych. W tym m.in. regulujących kwestię dokumentów przedkładanych przez wykonawców w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

20 lutego 2013 r. weszło w życie rozporządzenie prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Akt ten zastąpił poprzednio obowiązujące rozporządzenie o tym samym tytule z 2009 r.

Wprowadzenie całkiem nowego rozporządzenia stworzyło wyjątkową okazję do wyeliminowania istniejących problemów praktycznych związanych z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia. Niestety, okazja ta nie została w pełni wykorzystana. W tym konkretnym przypadku potwierdza się stara zasada piłkarska mówiąca o tym, że niewykorzystane okazje się mszczą.

Po staremu...

W stanie prawnym obowiązującym przed 20 lutego 2013 r. wykonawcy w załączeniu do wykazów ilustrujących posiadane doświadczenie przedstawiali dowody potwierdzające należyte wykonanie (w przypadku dostaw lub usług) albo wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie (w przypadku robót budowlanych). Najczęściej dowodami tymi były tzw. referencje, ale zdarzały się także przypadki przedstawiania innych dokumentów, np. protokołów odbioru (przy robotach budowlanych), opinii, zaświadczeń, kopii faktur wraz z dokumentami potwierdzającymi ich zapłacenie.

O ile kwestia tego, jaki dokument stanowić będzie dowód należytego wykonania mogła wydawać się mało istotna z punktu widzenia całego procesu udzielania zamówienia, o tyle w praktyce często towarzyszyły temu liczne wątpliwości. Na przykład zagraniczni wykonawcy robót budowlanych przedstawiają dokumenty, które nie zawierają określeń pochodzących wprost z tekstu polskiego rozporządzenia. Brakuje w nich sformułowania „roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej”.

W efekcie „zagraniczna” referencja naraża na ryzyko wykluczenia, po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia „niewłaściwego” dokumentu z postępowania. Choć Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając podobne przypadki przyznawała ostatecznie rację wykonawcom, przychyłając się do celowościowej oraz całościowej interpretacji treści przedkładanych dokumentów, to całe postępowanie generowało po obu stronach dodatkowe koszty. Wykonawca musiał bowiem wnieść odwołanie.

Po nowemu...

Nowe rozporządzenie nie podjęło próby wyeliminowania tych problemów. Co więcej, na mocy obecnie obowiązujących przepisów dowodami potwierdzającymi te same okoliczności będą „poświadczenia”. Pojęcie to zostało zawarte w treści nowego rozporządzenia. W żaden sposób jednak nie doprecyzowano jego zakresu znaczeniowego.

Jedynym miejscem, gdzie można znaleźć jego definicję, jest Słownik języka polskiego PWN. Zgodnie z nim poświadczeniem jest „dokument poświadczający coś”. O ile wątpliwa wydaje się zasadność poszukiwania definicji pojęć zawartych w aktach prawnych w źródłach pozaprawnych, o tyle z braku jakichkolwiek wskazówek w tym zakresie jest to chyba jedyna możliwa droga. Tym bardziej że zgodnie z § 10 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” - do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.

Biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy uznać należy, choć chyba błędnie, że poświadczenia są czymś innym, niż dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówienia funkcjonujące na gruncie poprzedniego rozporządzenia. Jednocześnie trudno nie zgodzić się z twierdzeniem, iż poświadczenia będą de facto pełniły dokładnie taką samą funkcję, co referencje pod rządami poprzednio obowiązującego rozporządzenia. Po co w takim razie zdecydowano się na wprowadzenie nowego określenia? To pytanie, jak na razie przynajmniej, pozostanie chyba bez odpowiedzi.

A jeśli nie ma poświadczenia

Dopiero w sytuacji kiedy wykonawca nie jest w stanie „z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze” posłużyć się poświadczeniem, uprawniony jest do przedstawienia albo innego dokumentu (w przypadku robót budowlanych), albo oświadczenia własnego (w przypadku usług i dostaw). Ze względu na swój otwarty charakter, wskazana powyżej klauzula generalna powodować może pewne problemy interpretacyjne.

Należy zauważyć, że ustawodawca nie zastrzegł żadnych sankcji w przypadku, kiedy wykonawca bez jej wykazania przedstawi od razu np. protokół odbioru robót budowlanych (czyli tzw. inny dokument). W takiej sytuacji zamawiający może wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy (możliwość zagwarantowana przepisami ustawy) albo zwróci się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów (możliwość zagwarantowana przepisami rozporządzenia). Z tym że, podmiot, do którego zamawiający wystąpi, nie będzie w żaden sposób zobligowany do udzielenia informacji w określonym terminie.

Mając na uwadze nadrzędność ustawy w stosunku do rozporządzenia, należy raczej zakładać, że zamawiający zakończy proces badania przedłożonego dokumentu na analizie wyjaśnień wykonawcy.

W praktyce oznacza to, że dokumenty przedstawiane do tej pory (protokoły, faktury itp.) zachowają aktualność także pod rządami nowego rozporządzenia.

W tym kontekście pewne wątpliwości może budzić wprowadzenie przepisu przejściowego do rozporządzenia, zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych do 20 lutego 2014 r. w miejsce poświadczeń wykonawcy mogą przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw lub usług oraz wykonanie robót

budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie określone w poprzednio obowiązującym rozporządzeniu.

Jedynym rozsądnym rozwiązaniem w tej sytuacji wydaje się przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym do 20 lutego 2014 r. wykonawcy mogą przedkładać inne niż poświadczenia dokumenty bez konieczności wykazywania uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze (świadczy o tym zwrot „w miejsce poświadczeń”). Po tej dacie konieczne będzie ewentualne wykazanie spełnienia tej przesłanki. Stąd w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości wskazane wydaje się podjęcie starań ze strony wykonawców uzyskania stosownych poświadczeń przed 20 lutego 2014 r.

Nowy mechanizm potwierdzania doświadczenia daje też pewne pole do popisu dla nierzetelnych wykonawców. Będą mogli sami poświadczać sobie należyte wykonanie zamówień oświadczeniami własnymi. Ewentualna weryfikacja takich dokumentów sprowadzać się może do przedstawienia zamawiającemu dodatkowych wyjaśnień ze strony wykonawcy.

Wątpliwościodo rozstrzygnięcia

Trudno nie odnieść wrażenia, że nowe regulacje w przedmiocie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, zamiast porządkować pewne kwestie wprowadzają jeszcze więcej zamętu i wątpliwości. Pozostaje tylko mieć nadzieję, że zgodnie z funkcjonującą na gruncie prawa zamówień publicznych zasadą niedające się usunąć wątpliwości będą rozstrzygane przez zamawiających na korzyść (rzetelnych) wykonawców.

CV

Michał Bałtaj i Michał Wojciechowski - prawnicy w Praktyce Infrastruktury i Energetyki, kancelarii DZP

Rzeczpospolita  
© Wszystkie prawa zastrzeżone