

Prawo

Przetargi: zmiana prawa, duży kłopot

20.02.2013,

Nowe przepisy mogą znacząco utrudnić prowadzenie postępowań o zamówienia publiczne – wskazuje ekspert.

Tomasz Michalczyk

Wraz z nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, która wchodzi w życie 20 lutego 2013 r. powinno zacząć obowiązywać nowe rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, a także form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Projekt rozporządzenia* przewiduje szereg nowych rozwiązań, zarówno uprawnień zamawiających, jak i istotnych obowiązków dla wykonawców, które mogą znacząco utrudnić prowadzenie postępowań o zamówienia publiczne.

Wykazy za pięć lat

I tak m.in., zgodnie z nowym rozporządzeniem, zamawiający będą mogli żądać od wykonawców przedstawienia pełnych wykazów robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat oraz wykazów głównych dostaw lub usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a nie jak dotychczas wyłącznie tych, które miały służyć wykazaniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Miejmy nadzieję, że zamawiający będą z rozsądkiem stosować nowe rozporządzenie

Co więcej, zamawiający będzie mógł żądać wykazania nie tylko zamówień wykonanych prawidłowo, ale również tych wykonanych nienależycie. W ocenie ustawodawcy powyższe ma umożliwić zamawiającemu uzyskanie niejako pełnego obrazu działalności wykonawcy i pozwolić na dokonanie na tej podstawie oceny jego rzetelności i efektywności, w praktyce jednak może stanowić wyłącznie zbędne obciążenie dla wykonawców oraz powodować liczne wątpliwości interpretacyjne.

O ile bowiem kwalifikacje i doświadczenie wykonawcy można ocenić na podstawie dających się jasno zdefiniować kryteriów takich jak np. rodzaj, ilość czy wartość zrealizowanych zamówień to wątpliwości budzi fakt, w jaki obiektywny i niedyskryminacyjny sposób zamawiający ma weryfikować zamówienia niewykonane lub wykonane nienależycie, a ty samym kwantyfikować i porównywać stopień rzetelności i efektywności wykonawców. Okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia rzadko bywają jednoznaczne w ocenie, w szczególności w zakresie możliwości przypisania wyłącznej winy konkretnej stronie umowy. Tym samym obiektywna ocena nieostrego pojęcia „rzetelności wykonawcy” na podstawie całokształtu zrealizowanych przez niego zadań będzie trudna do przeprowadzenia, a brak obiektywnych kryteriów może sprawić, iż ten sam wykonawca, przedstawiając to samo portfolio doświadczeń zostanie odmiennie oceniony przez różnych zamawiających. Możliwość żądania pełnych wykazów jest na szczęście wyłącznie uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Nadal bowiem ma on pełne prawo żądać od wykonawcy wykazania wyłącznie wybranych robót budowlanych, dostaw czy usług, wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, które są istotne z punktu widzenia oceny możliwości realizacji danego zamówienia.

Drugą istotną zmianą są zasady dokumentowania należytego wykonania robót, dostaw i usług. Rozporządzenie wprowadza trzy kategorie dokumentów, które mogą służyć jako dowody należytego wykonania zamówienia: zaświadczenia, wydawane przez kontrahentów, którzy posiadają status zamawiającego w rozumieniu ustawy; poświadczenia – wydawane przez kontrahentów – firmy prywatne oraz oświadczenia własne wykonawcy, w przypadku gdy wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W tym zakresie niepokojące są przepisy przejściowe rozporządzenia, zgodnie z którymi w postępowaniach wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia, wykonawca, w miejsce zaświadczeń i poświadczeń będzie mógł przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót, dostaw lub usług określone w rozporządzeniu z 2009 r. Literalna wykładnia przepisu prowadzi do absurdu wniosku, że za rok wykonawca nie będzie mógł przedłożyć jako dowodów należytego wykonania np. listów referencyjnych czy protokołów odbioru, które dotychczas taką funkcję pełniły. Będzie za to musiał zwracać się do swoich kontrahentów, zarówno publicznych jak i prywatnych, o wystawienie nowych dokumentów, w formie zaświadczeń lub poświadczeń, potwierdzających dotychczas wykonane zamówienia.

Chybiona solidarność

Krytycznie należy odnieść się do zapisów rozporządzenia, które przewidują solidarną

odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu udzielającego zdolność finansową. Po pierwsze wątpliwości budzi umiejscowienie regulacji w akcie normatywnym o randze rozporządzenia a nie ustawy, a po drugie ustawodawca zapomniał, iż powyższe przepisy mają zastosowanie również do projektów realizowanych w modelu PPP, gdzie zasadą jest udzielenie potencjału i zasobów przez spółki celowe biorące udział w postępowaniach. Powyższe rozwiązanie będzie miało poważne negatywne konsekwencje dla rozwoju tej formy realizacji zadań. Negatywnie należy również ocenić możliwość żądania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających wykształcenie i kwalifikacje zawodowe osób zarządzających przedsiębiorstwem wykonawcy. Powyższe oznacza bowiem, że zamawiający mogą uzależniać możliwość wzięcia udziału w postępowaniu nie tylko od rzeczywistego potencjału i doświadczenia danej firmy, ale również od wykształcenia czy kompetencji kadry kierowniczej. W czasach gdy rynek pracy wymaga od pracowników dużej elastyczności, a pierwotne wykształcenie nie ma często nic wspólnego z wykonywanym zawodem, stosowanie powyższego rozwiązania może prowadzić do ograniczenia konkurencji. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której firma doskonale radzi sobie na danym rynku, pomimo że personel zarządzający nie posiada wykształcenia kierunkowego zgodnego z branżą w której działa. Z punktu widzenia zamawiających istotne powinno być wyłącznie kompetencje osób bezpośrednio realizujących zamówienia, nie zaś wykształcenie osób zarządzających przedsiębiorstwem.

Pozostaje mieć nadzieję, że zamawiający będą z rozsądkiem stosować przepisy nowego rozporządzenia, np. w zakresie żądania pełnych wykazów realizowanych zamówień, mogą one bowiem przynieść więcej problemów niż pożytku.

Tomasz Michalczyk, Associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki kancelarii Domański Zakrzewski Palinka Sp.k.

**Publikacja została przygotowana na podstawie projektu rozporządzenia w wersji z 5 lutego 2013 r. zamieszczonego na stronie www.uzp.gov.pl*

