

Co nowelizacja zmienia w przetargach

gazetaprawna.pl

spis treści

Usługi niepriorytetowe prawie poza ustawą

str. D2

Tajemnica przedsiębiorstwa a jawność postępowań

str. D3

Możliwość wykluczenia wykonawcy za zawinione i poważne naruszenia obowiązków zawodowych

str. D4

Zasoby podmiotów trzecich – zaostrenie zasad

str. D5

Przymusowa umowa o pracę

str. D6

Wadium do zwrotu

str. D6

Cena jako wyjątek, a nie reguła

str. D7

Przesłanki zmiany umowy

str. D8

Nowe przepisy, stare nawyki. Przełomu nie będzie



Katarzyna Kuźma

partner,
Praktyka Infrastruktury i Energetyki
w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka
sp. k.



Wojciech Hartung

counsel,
Praktyka Infrastruktury i Energetyki
w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka
sp. k.

Sejm 29 sierpnia 2014 r. przyjął kolejną nowelizację ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907, dalej p.z.p.). Ustawa została opublikowana 18 września 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), a jej przepisy wejdą w życie 19 października 2014 r. Choć w ograniczonym zakresie, to nowelizacja będzie miała również wpływ zarówno na postępowania w toku, jak i zawarte już umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Trudno uznać obecną nowelizację za przełomową. W istocie wprowadza ona jedynie niewielkie – choć bardzo medialne – modyfikacje istniejących rozwiązań. Co więcej, rozwiązań, które przy dobrej woli i chęciach zamawiający mogli z powodzeniem stosować już dzisiaj. Omawiana nowelizacja może natomiast spowodować więcej wątpliwości interpretacyjnych niż realnych korzyści. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, jak również stale postulowaną, acz w perspektywie zamówieniowej nieistniejącą, stabilność prawa, prawdopodobnie nie należało jej w tym momencie wprowadzać, przeprowadzony rachunek zysków i strat wypadła bowiem niekorzystnie.

Na wyczekiwana, prawdziwą reformę trzeba poczekać do prac nad przyjęciem regulacji uwzględniających przepisy nowych dyrektyw.

Mamy na to czas do 18 kwietnia 2016 r. Choć jeśli mają się one sprowadzać wyłącznie do przepisania i przez to dostosowania istniejących przepisów do treści nowej dyrektywy, to niestety nie będzie to zmiana istotna.

Nowe przepisy – jak wynika z rządowego uzasadnienia – powinny zapewnić wysoką jakość regulacji w kilku ważnych obszarach, które wymagały pilnej zmiany. Co ciekawe, przyjęta regulacja jest wynikiem inicjatyw podjętych zarówno przez rząd, jak i samych posłów, ponieważ stanowi kompilację trzech różnych projektów.

Główne zmiany wprowadzane nowelizacją dotyczą:

- odformalizowania postępowania na usługi niepriorytetowe o wartości poniżej progów unijnych;
 - zobowiązania wykonawców do udowodnienia zasadności zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa;
 - wprowadzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy dotyczącej zawinionych i poważnych naruszeń obowiązków zawodowych;
 - zaostrenia konsekwencji powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich;
 - wprowadzenia możliwości określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę;
 - zmiany w zakresie zatrzymania wadium;
 - ograniczenia stosowania wyłącznie kryterium cenowego;
 - modyfikacji zasad ustalania rażąco niskiej ceny;
 - określenia przesłanek zmiany umowy w sprawie zamówienia.
- Ustawa nie ma jednak na celu transpozy-

październik

19

niedziela

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

cji nowo przyjętych dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych, tj. dyrektywy 2014/24/UE dotyczącej tzw. zamówień klasycznych oraz dyrektywy 2014/25/UE dotyczącej zamówień sektorowych, których regulacje powinny zostać uwzględnione w prawie polskim najpóźniej do 18 kwietnia 2016 r. Od razu zatem wiadomo, że nie jest to ostatnia nowelizacja p.z.p., która czeka nas w najbliższym czasie. Co więcej, zaryzykujemy twierdzenie, że po raz kolejny mamy do czynienia z rozwiązaniami przejściowymi, eksperymentami, które w takim kształcie nie utrzymają się przez dłuższy czas.

USŁUGI NIEPRIORYTETOWE PRAWIE POZA USTAWĄ

W zakresie udzielania zamówień publicznych na tzw. usługi niepriorytetowe (np. prawnicze, hotelarskie i restauracyjne, edukacyjne i szkoleniowe, społeczne lub w zakresie ochrony osób i mienia) mamy do czynienia z dwiema zmianami:

- z jednej strony, w stosunku do zamówień o wartości poniżej progów unijnych (obecnie równowartość kwoty 134 tys. euro dla zamawiających szczebla centralnego oraz 207 tys. euro dla pozostałych) procedura ich udzielania ulega daleko idącej liberalizacji;
- z drugiej zaś ustawodawca rezygnuje z możliwości udzielania zamówień na te usługi o wartości przekraczającej wspomniane progi w trybach niekonkurencyjnych (wolna ręka i negocjacje bez ogłoszenia) w innych sytuacjach niż przewidziane standardowo w ustawie, tj. z rozwiązaniami, które weszło w życie w 2010 r.

Procedura wyboru wykonawcy zamówienia na usługi niepriorytetowe poniżej progów unijnych zostaje wyłączona spod ogólnych regulacji p.z.p. Otóż zgodnie z art. 5a ust. 1 p.z.p. postępowanie takie będzie podlegało jedynie kilku szczegółowym wymaganiom, tj. obowiązkowi publikacji ogłoszenia o zamówieniu (na stronie Biuletynu Informacji Publicznej lub – jeśli zamawiający takiej nie posiada – na swojej stronie internetowej), wskazania w nim terminu składania ofert uwzględniającego czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia, opisu przedmiotu oraz określenia wielkości lub zakresu zamówienia wraz z podaniem kryteriów oceny ofert.

Po udzieleniu zamówienia (lub w przypadku braku jego udzielenia) zamawiający zobowiązany będzie do zamieszczenia stosownej informacji w analogiczny sposób.

Wydaje się, że intencją projektodawcy nowelizacji – wyrażoną w stanowisku Rady Ministrów z 4 lutego 2014 r. – było, aby postępowanie o zamówienie publiczne toczyło się w tych przypadkach według reguł określonych indywidualnie przez zamawiającego, bez narzucania mu szczegółowych rozwiązań w tym zakresie. Jak się wskazuje w stanowisku Rady Ministrów, „mechanizm przewidziany w tym przepisie został przewidziany jako odrębna formuła udzielenia zamówienia niepowiązana z obowiązującymi procedurami uregulowanymi w dziale II rozdziale 3 ustawy. Tym samym do udzielania zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe poniżej progów unijnych będą miały zastosowanie wyłącznie regulacje przewidziane w projektowanym przepisie oraz nie znajdują do nich zastosowania inne przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych”.

Już same zapisy uzasadnienia rodzą wątpliwości, czy chodzi generalnie o wyłączenie stosowania wszystkich przepi-

sów p.z.p., tylko niektórych (a jeśli tak, to których), czy też wyłącznie przepisów dotyczących trybów udzielania zamówienia (dział II rozdział 3 ustawy).

Jeżeli – jak ma to wynikać z uzasadnienia – uchwalona właśnie regulacja ma stanowić zupełnie nową formułę (czytaj: nowe wskazówki co do procedury wyboru wykonawcy), to niewątpliwie należało to zapisać jasno i wyraźnie przez jednoznaczne wyłączenie stosowania przepisów zawartych w dziale II rozdziału 3 p.z.p. Tak się jednak nie stało i będzie to rodziło problemy interpretacyjne.

Można również założyć, że ustawodawcy chodziło o wyłączenie stosowania wszystkich przepisów Działu II, tj. dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (od art. 14 do art. 98 włącznie), ale trudno racjonalnie zakładać, że miałyby to również obejmować np. wyłączenie stosowania przepisów kodeksu cywilnego.

Tak naprawdę trudno jednoznacznie powiedzieć, które przepisy ustawy znajdują zastosowanie do udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe poniżej progów, a które mogą zostać pominięte lub zmodyfikowane.

O ile należy zakładać, że zastosowanie w dalszym ciągu będą miały regulacje dotyczące środków ochrony prawnej oraz uprawnień kontrolnych prezesa wraz z karami administracyjnymi (pozostaje to bowiem poza samym postępowaniem o udzielenie zamówienia), to nie są jasne relacje tego artykułu z pozostałymi przepisami p.z.p., w szczególności dotyczącymi zasad udzielania zamówień publicznych, postępowania z ofertami, unieważnienia postępowania oraz odnoszącymi się do umów.

Z pewnością do udzielania tych zamówień nie znajdują zastosowania przepisy wskazane w art. 5 ust. 1 p.z.p. wyłączone dla wszystkich zamówień na usługi niepriorytetowe niezależnie od ich wartości.

W art. 5a ust. 1 p.z.p. mowa jest o tym, że zamawiający może udzielić zamówienia po przeprowadzeniu postępowania określonego w ust. 2-4.

Decyzje co do szczegółowego przebiegu procesu wyboru wykonawców będą teraz zależały w dużej mierze od wewnętrznych regulaminów samych zamawiających

Zgodnie z art. 7a p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia to proces wszczynany – co do zasady – w drodze publicznego ogłoszenia w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie czynności zamawiającego w ramach tego procesu, tj. od publikacji do wyboru najkorzystniejszej oferty, mieszczą się zatem w ramach nowej regulacji.

Tym samym to zamawiający indywidualnie, najczęściej w ramach własnych regulaminów respektujących wymagania przewidziane w art. 5a ust. 2-4 p.z.p., będzie kształtował cały przebieg postępowania. W tym też zakresie nie znajdują zastosowania przepisy p.z.p. Jednak już to, co wykracza poza samą procedurę, a tym samym wszelkie kwestie dotyczące umów, także ich okres obowiązywania, zabezpieczenie prawidłowego wykonania, jak również zmiany podlegają regulacjom ustawy.

Co ciekawe, z takiego brzmienia art. 5a p.z.p. wynika również (niestety), że zamawiający w przypadku usług nieprio-

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

rytetowych poniżej progów unijnych pozbawieni zostają możliwości korzystania z trybów niewymagających ogłoszenia, nawet jeśli spełnione zostałyby przesłanki wskazane w art. 62 p.z.p. dla negocjacji bez ogłoszenia lub art. 67 p.z.p. dla wolnej ręki.

Niewątpliwie zasadne jest każde odformalizowanie i uproszczenie zasad oraz procesu udzielania zamówień publicznych. Decyzje co do szczegółowego przebiegu procesu wyboru wykonawców będą teraz zależały w dużej mierze od wewnętrznych regulaminów samych zamawiających. Jeśli zatem nowa regulacja art. 5a ma stanowić swoiste *lex specialis* w stosunku do p.z.p. oraz ma w dalej idący sposób liberalizować udzielanie tych zamówień w stosunku do art. 5 ust. 1 p.z.p., to wydaje się, że regulaminy mogą w zakresie całego procesu udzielania zamówienia odbiegać od dotychczasowych regulacji ustawowych (od publikacji ogłoszenia, przez proces selekcji wykonawców, ocenę i wybór oferty, unieważnienie postępowania, jak i same zasady dotyczące np. dostępu do wniosków lub ofert innych wykonawców). Tym samym to zamawiający sam będzie ustalał warunki udziału w postępowaniu, w tym również warunki wykluczenia wykonawcy, zasady unieważniania postępowania oraz oceny ofert obejmujące zasady ich uzupełniania, wyjaśnienia i poprawiania.

Kwestią otwartą jest to, w jakim zakresie dokonywana będzie ocena zgodności zachowań zamawiających z art. 5a przez Krajową Izbę Odwoławczą lub sądy. W szczególności, gdy uszczegółowieniem zasad tam wyrażonych będą wewnętrzne regulaminy udzielania tych zamówień. To w nich, a nie w ustawie, będą opisywane np. zasady wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty.

W konsekwencji sposób sformułowania treści art. 5a p.z.p. – pomimo zasadnej intencji liberalizacji – może prowadzić do znacznych wątpliwości co do praktycznego zakresu stosowania nowej regulacji. Wynika to również stąd, że p.z.p. jest tak złożonym, skomplikowanym i obejmującym swym zakresem coraz więcej obszarów aktem prawnym, że próba odformalizowania jednego odcinka (w tym przypadku usług niepriorytetowych poniżej progów) bez szczegółowej analizy wpływu takiego zabiegu na całość, jest w praktyce niemożliwa (choć w teorii jak najbardziej możliwa).

Poza wyżej omówioną liberalizacją ustawodawca zrezygnował jednocześnie z możliwości udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe powyżej progów unijnych w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub wolnej ręki w innych sytuacjach niż przewidziane standardowo w ustawie. Rozumiejąc, że dotychczasowe zapisy nasręczały trudności w ich interpretacji, wydaje się, że należało wprowadzić inne przesłanki. Przede wszystkim właściwe byłoby jednoznaczne zapisanie możliwości korzystania z trybów niekonkurencyjnych w przypadku konieczności zapewnienia ciągłości świadczonej usługi, chociażby do momentu wyboru nowego wykonawcy.

Podobne rozwiązania przewidziane są w prawie unijnym w dziedzinie transportu publicznego oraz w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Prawo unijne – ani dyrektywa 2004/18/WE, ani dyrektywa 2014/24/UE – nie stoi na przeszkodzie wprowadzeniu takiego rozwiązania dla usług niepriorytetowych.

Niezależnie od wszystkiego nowa dyrektywa dotycząca zamówień publicznych, tj. 2014/24/UE, zmienia system udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe, dlatego omówione wyżej regulacje z całą pewnością są jedynie tymczasowe i już dzisiaj przygotowywane są kolejne nowelizacje również w tym zakresie.

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA A JAWNOŚĆ POSTĘPOWAŃ

Znowelizowany art. 8 ust. 3 p.z.p. przewiduje, że aby informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa (w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) i zastrzeżona jako taka przez wykonawcę nie została ujawniona przez zamawiającego, wykonawca jest zobowiązany wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Intencje ustawodawcy mają oczywiście na celu zwiększenie przejrzystości prowadzonych postępowań oraz wyeliminowanie – być może – nadużywanej przez wykonawców możliwości utajniania dokumentów. Wprowadzony przepis ma jednak daleko idące skutki, przede wszystkim dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, a także ich partnerów biznesowych, którzy z postępowaniem mogą nie mieć nic wspólnego.

Już sama treść przepisu jest wadliwa. Wynika z niej, że informacje, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostaną jako takie zastrzeżone nie będą korzystały z ochrony, jeśli wykonawca nie przedstawi wystarczających dowodów potwierdzających poprawność zastrzeżenia. Tym samym kluczowe nie będzie to, czy mamy do czynienia z tajemnicą, ale to, czy przedstawimy odpowiednie wyjaśnienia.

Nowelizacja wprowadza kolejne obciążenie w i tak już bardzo mocno sformalizowanej procedurze zamówieniowej przez dodatkowy obowiązek wyczerpującego przedstawiania wszelkich dowodów wykazujących rzeczywistą poufność informacji. Tym samym, to już na etapie składania wniosku o udział w postępowaniu lub oferty wykonawca, który zastrzeżę określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, będzie zobowiązany przedstawić wyczerpujące dowody na to, że:

- informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacje takie mogą być związane nie tylko z uczestnictwem w danym postępowaniu przetargowym, ale mogą również stanowić wynik długoletniej współpracy z innymi przedsiębiorcami na rynku prywatnym. Oczywiście jest, że relacje przedsiębiorców prywatnych podlegają innym zasadom, jeśli chodzi o ich upublicznianie niż te dotyczące współpracy z podmiotami publicznymi. Umowy z podmiotami prywatnymi nie mają bowiem przymiotu jawności i żaden przepis nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Wydaje się, że teraz wykonawcy w celu zadośćuczynienia obowiązkowi wykazanemu zamawiającemu charakteru zastrzeżonych informacji mogą zostać przymuszeni do przedstawiania wszelkich dokumentów uzasadniających zastrzeżenie.

Nowelizacja wprowadza dodatkowy obowiązek wyczerpującego przedstawiania wszelkich dowodów wykazujących rzeczywistą poufność informacji

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Co bardziej niepokojące, ustawodawca nie wskazał, że zamawiający może (powinien) zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w tym zakresie, np. gdy przekazane dowody są w jego ocenie niewystarczające lub gdy – w skrajnych przypadkach – nie ma ich w ogóle. Przyjęcie założenia, że w takim przypadku zamawiający nie ma możliwości kontaktu z wykonawcą, jest zbyt daleko idące i podważa samą instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa. W takim razie podstawy ewentualnych wniosków o wyjaśnienia należałoby poszukiwać w ustawie. Dotychczas był to przede wszystkim art. 87 ust. 1 p.z.p. w stosunku do oferty i – ewentualnie – art. 26 ust. 3 p.z.p. dla wniosku o udział w postępowaniu. Po nowelizacji powinno być analogicznie. Jednak powstaje pytanie, czy same wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa jako takie można będzie uznać za „informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wymagań określonych przez zamawiającego i dotyczących oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych” (art. 26 ust. 3 p.z.p.) lub też za „treść oferty” (art. 87 ust. 1 p.z.p.). Nie wynika to niestety wprost z przepisów, ale wydaje się założeniem jedynie słusznym. Oczywiście można twierdzić, że „wykonawca jako profesjonalista...”, jednak pamiętać trzeba, że ten profesjonalizm powinien być wymagany przede wszystkim na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, podczas gdy u nas przerzuca się go głównie na etap procedury ubiegania się o zamówienie. Wykonawca ma być zatem profesjonalistą w zakresie procedury przetargowej, a dopiero w drugiej kolejności, ewentualnie, profesjonalnym wykonawcą usług, dostaw czy robót budowlanych, których dotyczy zamówienie.

Przed nowelizacją, w przypadku gdy przedsiębiorca zastrzegł w sposób nieuprawniony informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający miał obowiązek zweryfikować charakter tych informacji, a tym samym skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia. W przypadku zaś, gdy okazywało się (na skutek podjęcia przez zamawiającego odpowiednich działań weryfikacyjnych), że informacje te nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, na zamawiającym ciążył obowiązek ich ujawnienia (wyrok Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Po nowelizacji zamawiający będzie ujawniał informacje objęte tajemnicą przedsiębiorcy nie tylko dlatego, że nie stanowią one w rzeczywistości tajemnicy, ale również wtedy, gdy przedsiębiorca na etapie przedstawienia wniosku lub oferty nie udowodni, że nimi są.

Przed decyzją o ujawnieniu stosownych informacji (co nie jest równoznaczne z ich faktycznym ujawnieniem) zamawiający powinien zatem w pierwszej kolejności poprosić wykonawcę o wyjaśnienia, a następnie, jeśli okażą się one nadal niewystarczające, powiadomić zainteresowanego wykonawcę o zamiarze oddajnienia zastrzeżonych dokumentów lub ich fragmentów, umożliwiając mu tym samym wniesienie środków ochrony prawnej. Decyzja ta bowiem jest niewątpliwie podejmowana w procesie udzielania zamówień, a jej skutkiem może być poniesienie (często nieodwracalnej) szkody przez danego wykonawcę. Szkody nie tyle w braku uzyskania zamówienia, ale z powodu ujawnienia chronionych informacji. Jak słusznie wskazano w przywołanym już wyżej stanowisku Rady Ministrów „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi przeszkody dla oceny wniosku lub oferty przez zamawiającego, organy kontroli, Krajową Izbę Odwoławczą lub sądy orzekające w sprawach zamówień publicznych. Wymienione podmioty mają bowiem

wgląd w przedłożone przez wykonawcę dokumenty, także w zakresie objętym klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym arbitralna ocena zamawiającego nie powinna stanowić podstawy do czynności faktycznej polegającej na udostępnieniu innym podmiotom informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na marginesie należy jeszcze zauważyć, że nie jest prawdziwa teza zdająca się dominować w naszym kraju, jakoby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu przetargowym stanowiło odstępstwo od zasady jawności. Otóż obie te wartości są równorzędne, a chodzi o to, aby żadna z nich w sposób nieuprawniony i niezasadny nie zdominowała drugiej. Co ciekawe, dyrektywy (zarówno 2004/18/WE, jak i nowa 2014/24/UE) podkreślają właśnie wagę poszanowania tajemnicy przedsiębiorstwa jako jednego z elementów zachowania zasad uczciwej konkurencji.

MOŻLIWOŚĆ WYKLUCZENIA WYKONAWCY ZA ZAWINIONE I POWAŻNE NARUSZENIA OBOWIĄZKÓW ZAWODOWYCH

Nowelizacja przewiduje istotne zmiany w zakresie wykluczania wykonawców z powodu niewłaściwego wykonywania zamówień.

Niejako w zamian dotychczasowych przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a p.z.p. ustawodawca wprowadza art. 24 ust. 2a. Zgodnie z nim zamawiający – o ile przewidzi to w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji – wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Czyni to w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

Po stronie zamawiającego będzie spoczywał ciężar dowodu takich okoliczności, przy czym ustawodawca nie wskazuje – jak poprzednio – że mają to być wyroki sądowe. Posługuje się przy tym terminem „dowolnych środków dowodowych” co oczywiście obejmuje również dokumenty oficjalne (wyroki), ale nie ogranicza się do nich.

Ponadto zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia takiego wykonawcy, jeśli ten udowodni, że:

- podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zwinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz
- naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Zmiana przepisów w tym zakresie spowodowana jest m.in. zakwestionowaniem dotychczasowych rozwiązań przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej trybunał) i równocześnie wykorzystaniem możliwości, które daje dyrektywa 2004/18/WE. To w jej art. 45 ust. 2 lit. d znajduje się podstawa wprowadzanego rozwiązania. Interpretując ten artykuł, trybunał wskazał jednoznacznie, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

sądowym. Pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga, co do zasady, przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy (orzeczenie Trybunału z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11).

Bez znaczenia będzie przy tym, czy takie zachowanie wykonawcy miało miejsce w stosunku do zamawiającego prowadzącego dane postępowanie. Ważne, aby był on w stanie wykazać, że naruszenie obowiązków wykonawcy miało miejsce, i to niekoniecznie poprzez przedstawienie wyroku sądowego.

Co istotne, 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. W tym kontekście kluczowe znaczenie będzie miał moment podjęcia przez wykonawcę takich działań naprawczych. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie żadnych wymogów, a zatem wydaje się, że mogą być one podejmowane aż do momentu złożenia odpowiednio wniosku do udziału w postępowaniu lub oferty, zgodnie z zasadą określoną w art. 26 ust. 3 p.z.p.

Jak bowiem wskazał trybunał prawo zamówień publicznych, jak również interes publiczny lub interes zamawiających nie powinny prowadzić do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nawet, jeśli nie wykonywał on w przeszłości swoich obowiązków w sposób należyty. Każda sytuacja prowadząca do takiego skutku powinna być analizowana indywidualnie.

W naszym przekonaniu prawidłowa interpretacja i zastosowanie nowych przepisów mogą się okazać w praktyce, ze względu na ich ocenny charakter, bardzo trudne dla zamawiających. Zwłaszcza w pierwszym okresie obowiązywania regulacji.

Skutkiem regulacji, która dotychczas przewidywała automatyczne wykluczenie wykonawcy na podstawie prawomocnego orzeczenia potwierdzającego wyrządzenie szkody lub naliczenie kar umownych, jest rezygnacja z tzw. czarnej listy wykonawców prowadzonej przez prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. To instytucja, która nie spełniła pokładanych w niej nadziei, a ponadto wywołuje sporo wątpliwości w praktycznym zastosowaniu.

Co ciekawe, ustawodawca – w imię dostosowania do wymogów prawa unijnego – zrezygnował z dotychczasowych przepisów, podczas gdy – po drobnych korektach – wydają się one zgodne z dyrektywą 2014/24/UE. Otóż, zgodnie z jej art. 57 ust. 4 lit. g zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. To nowa przesłanka wprowadzona obok dotychczasowej mówiącej o „poważnym wykroczeniu zawodowym”.

Możemy liczyć się więc z tym, że niebawem powrócimy do właśnie wykreślonych przepisów.

ZASOBY PODMIOTÓW TRZECICH – ZAOSTRZENIE ZASAD

Nowelizacja wprowadza w końcu wprost możliwość polegnięcia przez wykonawcę na zasobach ekonomicznych podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Do tej pory bowiem nie wynikało to z przepisów ustawy, było jednak dopuszczalne na podstawie regulacji dyrektywy 2004/18/WE. Poza tym zmienia się nieco sama treść art. 26 ust. 2b p.z.p. Podkreśla on obowiązek zapewnienia sobie przez wykonawcę realnego dysponowania tymi konkretnymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

Równocześnie wprowadza się ustawową odpowiedzialność podmiotu trzeciego (solidarnie z wykonawcą) za szkody powstałe u zamawiającego i wynikające z braku udostępnienia wykonawcy obiecanych zasobów. Przesłanką wyłączającą odpowiedzialność jest brak winy po stronie podmiotu trzeciego za nieudostępnienie tych zasobów. Jak wskazuje się w stanowisku Rady Ministrów „wprowadzenie takiego rozwiązania będzie prowadziło do zwiększenia pewności prawnej co do możliwości stosowania niniejszego rozwiązania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Dalej w stanowisku Rady Ministrów podnosi się, że „...zasada solidarnej odpowiedzialności w istotny sposób będzie służyła wyeliminowaniu sytuacji pozornego powoływania się na zasoby podmiotów trzecich...”. Wydaje się, że to nie odpowiedzialność podmiotu trzeciego, ale jego rzeczywisty udział w realizacji zamówienia jest prawdziwym problemem polskiego systemu zamówień. Nowy przepis zakłada w pierwszej kolejności, że wykonawca w ogóle zwraca się do podmiotu trzeciego o obiecany zasób, a przecież nie jest to wcale oczywiste na etapie realizacji umowy.

W praktyce największym problemem jest nadal czyisto teoretyczny udział takich podmiotów w realizacji zamówienia. Jaka bowiem będzie realna odpowiedzialność podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy wykonawca skorzysta z potencjału podmiotu trzeciego na etapie ubiegania się o zamówienie, ale nie zwróci się o jego udostępnienie po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne? A jaka, jeśli wykonawca nieprawidłowo zrealizuje zamówienie pomimo uprzedniego przeszkolenia lub konsultacji z podmiotem trzecim, zgodnie z treścią zobowiązania do udostępnienia zasobów?

A przecież mamy gotowe rozwiązania przewidziane w prawie unijnym, z których nie wiedzieć czemu nie korzystamy. Po pierwsze, możliwość powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego ma być wyjątkiem od reguły („w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia”). Po drugie i istotniejsze, zgodnie z art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE „[w] odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych (...) lub doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”. Tym samym, nie wystarczy samo użyczenie potencjału w formie szkoleń, konsultacji lub innego przekazania doświadczenia. Dyrektywa wymaga bowiem rzeczywistej realizacji danego zamówienia przez podmiot trzeci w zakresie, w którym wykonawca korzysta z niego dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stanowi to odejście od dotychczasowego poglądu – prezentowanego również przez Komisję Europejską (sprawa C-575/10, która została wykreślona z rejestru 20 stycznia 2012 r., ponieważ Węgry uznały

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

zasadność stanowiska KE) – zgodnie z którym podmiot trzeci udostępniający potencjał nie musiał rzeczywiście wykonywać przedmiotu zamówienia.

Konieczne jest zatem:

- po pierwsze uczynienie z takiego udostępniania potencjału wyjątku, a nie reguły – prawo unijne nie stoi temu na przeszkodzie;
- po drugie, wprowadzenie w zakresie przewidzianym w dyrektywie obowiązku realizacji danej części zamówienia.

Poza tym, w celu wyeliminowania czysto hipotetycznego udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia, należy zastanowić się nad konsekwencjami takiego stanu rzeczy dla zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (orzeczenie z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08), może to stanowić tzw. istotną zmianę warunków realizacji umowy, a tym samym powodować obowiązek jej rozwiązania. Podobne rozwiązanie jest zresztą przewidziane w art. 72 dyrektywy 2014/24/UE. Tego ustawa nie reguluje, a zatem w najbliższym czasie również w tym zakresie należy się spodziewać kolejnych zmian.

Wprowadzenie ustawowej odpowiedzialności podmiotu trzeciego w sytuacji opisanej powyżej może w praktyce spowodować, iż podmioty te nie będą skłonne do udostępniania wykonawcom swoich zasobów, nawet jeśli z ekonomicznego i organizacyjnego punktu widzenia byłoby to zasadne. Dotyczy to zwłaszcza podmiotów zagranicznych, o rozbudowanych strukturach korporacyjnych, w których ryzyko ponoszenia odpowiedzialności solidarnej, z wykonawcą w związku z udostępnieniem określonych zasobów może być uznane za nieakceptowane. Nowelizacja w tym zakresie może zatem przynieść skutek odwrotny od zamierzonego, a potencjalny zysk z wprowadzonej zmiany jest, w naszym przekonaniu, raczej iluzoryczny, zwłaszcza biorąc pod uwagę przewidywane praktyczne trudności z dochodzeniem swoich roszczeń przez zamawiającego wobec podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby.

Przy okazji regulacji dotyczącej udostępniania zasobów podmiotu trzeciego w zakresie potencjału ekonomicznego należało od razu wprowadzić zapisy wypełniające postanowienia dyrektywy 2014/24/UE w tym zakresie. Zgodnie z jej art. 58 ust. 3 zamawiający może wymagać, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Zamawiający nie powinien przy tym żądać, aby minimalny roczny obrót nie powinien przekraczać maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw.

PRZYMUSOWA UMOWA O PRACĘ

Zgodnie z dodanym art. 29 ust. 4 pkt 4 p.z.p. zamawiający będzie miał możliwość wymagania od wykonawców lub podwykonawców zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Chodzi o osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Co istotne, zapisano jednoznacznie, że powinno to zostać wskazane w opisie przedmiotu zamówienia oraz być związane z realizacją zamówienia.

Po raz kolejny ustawodawca zdaje się – na szczęście pozostawiając w tym zakresie wybór zamawiającym – wymuszać formę zatrudnienia na wykonawcach, a nawet podwykonawcach wybranych robót budowlanych czy usług. Stwarza to uzasadnione wątpliwości co do zakresu dopuszczalnej ingerencji w ich sferę swobody działalności gospodarczej. Takie też konkluzje wynikają zarówno ze stanowiska Rady Ministrów, jak i ekspertyz prawnych sporządzonych w trakcie prac legislacyjnych. Tych jednak ustawodawca nie wziął pod uwagę.

Ponadto takie rozwiązanie budzi wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym, które co prawda podnosi obowiązek przestrzegania regulacji dotyczących ochrony pracowników, ale w ograniczonym zakresie. Zgodnie z art. 70 dyrektywy 2014/24/UE zamawiający mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia. Za powiązane z przedmiotem zamówienia uznaje się zaś, zgodnie z art. 67 ust. 3 tej dyrektywy, takie elementy, które obejmują czyniki związane z:

- określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek; albo
- określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Nie wydaje się, aby w tych ramach mieściło się świadczenie usług wyłącznie na podstawie jednego określonego stosunku, w tym przypadku umowy o pracę. Równie dobrze może bowiem chodzić o inne formy zatrudnienia przy równoczesnym kontrolowaniu przestrzegania obowiązujących przepisów prawa pracy i rzetelnym podchodzeniu do kwestii rażąco niskiej ceny. Tworzenie nowych barier dla przedsiębiorców nie wydaje się konieczne i zasadne, szczególnie tam, gdzie sami zatrudnieni mogą nie być zainteresowani takim rozwiązaniem.

Pozostaje jeszcze kwestia egzekwowania przez zamawiającego nałożonego obowiązku. Wydaje się, że w tym zakresie zamawiający powinien przewidywać odpowiednie sankcje za nieprzestrzeganie wymogów postawionych na etapie postępowania. Sankcje te mogą obejmować kary umowne oraz w skrajnych przypadkach – obowiązek (możliwość?) wypowiedzenia umowy w związku z istotną zmianą warunków realizacji umowy.

Rozumiejąc intencje ustawodawcy dotyczące ochrony osób zatrudnionych, wydaje się, że takie rozwiązanie w sposób nadmierny promuje pozaekonomiczne aspekty zamówień publicznych.

WADIUM DO ZWROTU

Niewątpliwie zasadna jest zmiana dotycząca warunków zatrzymywania wadium. Obecnie sankcji tej podlega każdy wykonawca, niezależnie od tego, czy złożona przez niego oferta ma jakiegokolwiek szanse na wybór. Może być zatem i tak, że wykonawca składa najmniej korzystną ofertę, nie ma zamiaru kontynuowania swego udziału w postępowaniu, a w dalszym ciągu grozi mu utrata wadium, często o znacznej wartości. Co prawda w orzecznictwie mówi się o tym, że zatrzymanie wadium może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń było zawinione przez wykonawcę, przy czym konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niezastosowaniu się do wezwania zamawiającego (wyrok

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Sądu Najwyższego z 13 marca 2013 r., sygn. akt I CSK 444/12), to jednak wszystkie te elementy są ocenne. Ponownie można mówić o „profesjonalizmie” wykonawcy, ale należy co najmniej w równej mierze odwołać się do zdrowego rozsądku. Wadium nie powinno stanowić źródła przychodu zamawiającego, a obecnie obowiązujący przepis jest często nadużywany „na wszelki wypadek”, tj. w celu uniknięcia zarzutu niedochodzenia „należności”, a tym samym naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Obecnie wykonawcy ubiegający się o zamówienie, poza ponoszeniem niemałych kosztów przygotowania ofert, muszą w imię ochrony wadium zachowywać daleko idącą czujność. Również w sytuacji, gdy ich oferty okazują się niekonkurencyjne. Zamiast zapomnieć i skupić się na codziennej działalności, ustawa przymusza ich do dalszego uzupełniania i wyjaśniania i tak przegranej oferty.

CENA JAKO WYJĄTEK, A NIE REGUŁA

Za przyczynę niewłaściwego stanu realizacji zawartych umów w sprawie zamówienia uznaje się medialnie kwestię dokonywania oceny ofert wyłącznie na podstawie ceny. W połączeniu z akceptacją przez zamawiających ofert rażąco niskich tworzy to rzeczywiście dobry grunt dla wprowadzanych zmian.

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

Takie rozwiązanie będzie zgodne z dyrektywą 2014/24/UE, która w art. 67 ust. 2 dopuszcza, by ustawodawca krajowy postanowił, że zamawiający nie może w ogóle stosować wyłącznie ceny jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia, lub ograniczyć jej zastosowanie do określonych kategorii zamawiających lub określonych rodzajów zamówień.

Warto jednak przypomnieć, iż podobny mechanizm polegający na wymuszaniu stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert wprowadzono w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. nr 19, poz. 100). Wymaga ona stosowania innych niż cena kryteriów, podając ich ustawowy katalog, w tym podziału zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Prowadzi to do sytuacji, w której większość zamawiających na siłę, sztucznie i bez głębszej refleksji stara się je uwzględnić w dokumentacji postępowania.

To nie stosowanie kryterium ceny, a przygotowanie postępowania, w tym zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i warunków umowy, stanowi podstawową bolączkę naszego tzw. systemu zamówień. Poza tym należałoby również ustawowo przekonać organy kontroli do tego, że najbardziej efektywne wydatkowanie środków publicznych nie musi oznaczać wyboru najtańszego rozwiązania, co w kontekście powtarzanego hasła o „tanim państwie” może nie być takie proste. To bowiem w dużej mierze obawa zamawiających przed organami kontroli oraz postępowaniami odwoław-

czymi odwodzi ich skutecznie od bardziej odważnego i racjonalnego kształtowania warunków przetargowych – i to nie tylko w zakresie kryteriów oceny ofert.

O tym, że jednym z najbardziej negatywnych zjawisk na polskim rynku zamówień publicznych jest kwestia akceptacji przez zamawiających ofert rażąco niskich, nie trzeba nikogo przekonywać. Zagadnienie to zdominowało wszystkie dyskusje dotyczące bolączek naszego tzw. systemu zamówień. Ustawodawca zdecydował więc o konieczności zmian w tym zakresie. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 90 ust. 1 p.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30 proc. od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień.

Jako że jednoznaczne wprowadzenie progu dla uznania, że oferta jest rażąco niska przy jej automatycznym odrzuceniu, nie jest dopuszczalne przez przepisy prawa unijnego, ustawodawca zdecydował o wyznaczeniu przesłanki wskazującej na możliwość wystąpienia takiej niskiej oferty. Wprowadzony próg – choć sam w sobie nie jest decydujący – ma ułatwić zamawiającemu podejmowanie decyzji w zakresie wzywania wykonawców do wyjaśnienia.

Należy wskazać, że obecne przepisy nie stanowią przeszkody, aby zamawiający sami wyznaczali takie progi, indywidualnie na potrzeby konkretnych postępowań. Tego jednak z niewiadomych powodów w zdecydowanej większości nie czynią. Po wejściu w życie nowej regulacji należy liczyć się z tym, że w każdym przypadku spełnienia jednej z przesłanek, zamawiający zawsze będzie żądał stosownych informacji, mimo że, przykładowo, w danej branży lub na danym rynku lokalnym przekroczenie wskazanego w ustawie progu 30 proc. nie musi świadczyć automatycznie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Innymi słowy, jest to kolejna regulacja, która nic nie wnosi. A z całą pewnością będzie prowadzić do dodatkowych obciążeń proceduralnych zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie wykonawcy. Także prowadzić będzie do zwiększenia liczby sporów przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ustawodawca wprowadza jednoznacznie zasadę, że ciężar dowodu dotyczącego realności ceny spoczywa na wykonawcy

Zapis o tym, że dla wyliczenia średniej arytmetycznej uwzględnia się „wszystkie złożone oferty”, może prowadzić do ich składania zarówno w celu sztucznego podwyższenia, jak i zniżenia średniej. Właściwsze byłoby zatem uwzględnianie tylko tych, które nie podlegają odrzuceniu (wymagałoby to jednak ich uprzedniego badania pod tym kątem, co byłoby trudne proceduralnie) albo nieuwzględniania dla wyliczenia średniej ofert skrajnych. Oczywiście wszystko w zależności od stanu faktycznego w konkretnym przypadku. Takiego zapisu niestety zabrakło w ustawie. Wydaje się jednak, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający sami uszczegółowiali zasady ustalania podejrzania wystąpienia rażąco niskiej ceny. To oni bowiem najlepiej wiedzą (lub powinni wiedzieć), co i w jakim zakresie budzi

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

ich wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisanymi wymaganiami.

Wyjaśnienia wykonawcy, w tym dowody w postaci dokumentów (np. umów z podwykonawcami lub ofert uzyskanych od współpracujących przedsiębiorców), mogą dotyczyć w szczególności:

- ekonomiczności procesu produkcyjnego, świadczonych usług lub danej metody budowy;
 - wybranych rozwiązań technicznych lub dostępnych dla wykonawcy wyjątkowo korzystnych warunków dostawy produktów lub usług bądź realizacji obiektu budowlanego;
 - oryginalności obiektu budowlanego, dostaw lub usług, proponowanych przez wykonawcę;
 - przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa pracy i ubezpieczeń społecznych – tak polskich, jak i międzynarodowych lub unijnych;
 - możliwości uzyskania przez wykonawcę pomocy państwa.
- Ustawodawca wprowadza również jednoznacznie zasadę, że ciężar dowodu dotyczącego realności ceny spoczywa na wykonawcy. Wydaje się jednak, że już obecnie obowiązujące przepisy, przy ich dokładnym i odpowiednim zastosowaniu, pozwalają zamawiającemu przerzucić ciężar dowodu na wykonawcę.

Nowe przepisy nie mogą być przy tym odczytywane jako wprowadzenie możliwości negocjowania z wykonawcą określonych uprzednio przez zamawiającego warunków, na jakich realizowane ma być zamówienie, jak i prowadzić do zmian treści oferty, a w szczególności jej ceny.

PRZESŁANKI ZMIANY UMOWY

Jedną z kolejnych bolączek jest zbyt rygorystyczne podejście samych zamawiających i organów kontrolnych do możliwości zmian do zawartej umowy. Z jednej strony przyczynia się do tego idealizowanie zasady konkurencyjności w zamówieniach, z drugiej sama treść przepisu art. 144 ust. 1 p.z.p.

Wychodząc naprzeciw potrzebom bardziej liberalnego podejścia, ustawodawca nakazuje zamawiającemu w art. 142 ust. 5 p.z.p. przewidzenie możliwości zmian umowy w przypadku zmian podatku VAT, minimalnego wynagrodzenia lub danin publicznych związanych z systemem ubezpieczenia społecznego. Niewątpliwie to poprawa sytuacji, ale zawsze istnieje obawa, że zamawiający błędnie rozumiejący zasadę legalizmu będą ograniczali przypadki zmiany umowy wyłącznie do tych wskazanych w p.z.p.

Tymczasem ustawodawca dopuścił wprowadzanie przez strony zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego, wyznaczając równocześnie ich granice, tj. o ile nie będą one istotne. Wynika to wprost z zmiany art. 144 p.z.p. obowiązującego przed nowelizacją z 2009 r.

Treść art. 144 ust. 1 p.z.p. nie definiuje ani nawet nie określa tego, jakie zmiany umowy należy traktować jako zmiany istotne. Również przepisy dyrektywy 2004/18/WE nie odnoszą się do kwestii dotyczącej umów w sprawie zamówień publicznych, w szczególności nie regulują kwestii dotyczącej zmian umowy. To dopiero dorobek orzecznictwa trybunału i sprawy rozstrzygane w konkretnych stanach faktycznych wprowadzają w tym zakresie pewne wytyczne. Trybunał wskazał w nich, że aby można było mówić o istotnej zmianie umowy w sprawie zamówienia, nowe postanowienia powinny w sposób istotny odbiegać od postanowień pierwotnego zamówienia. I to w taki sposób, by racjonalnie można było mówić o zamiarze

ponownego negocjowania przez strony podstawowych warunków tego zamówienia, a tym samym o udzielaniu nowego zamówienia (orzeczenie TSUE z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06; orzeczenie TSUE z 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98). Podobnie kwestia istoty zmian jest regulowana w art. 72 dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE za istotne uznaje się zmiany w jednym z poniższych przypadków:

- zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;
- zmiana zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
- zmiana znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia;
- zmiana dotyczy zastąpienia dotychczasowego wykonawcy przez inny podmiot.

To wskazuje jednoznacznie, że pojęcie zmian istotnych jest i powinno być oceniane zawsze w kontekście wprowadzenia takich modyfikacji udzielonego zamówienia, które prowadziłyby w sposób oczywisty (lub co najmniej stwarzałyby podstawy do stawiania racjonalnie takiej tezy) do udzielenia nowego zamówienia lub udziału w postępowaniu innych wykonawców. Inaczej mówiąc, wprowadzane zmiany, aby zostać uznane za istotne i tym samym niedopuszczalne, powinny mieć realny i poważny wpływ na zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Ponadto za zmiany nieistotne, a zatem takie, które mogą być wprowadzane, dyrektywa uznaje sytuacje, w których spełnione są wszystkie następujące warunki:

- konieczność zmiany jest spowodowana okolicznościami, których zamawiający, działający z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- zmiana nie zmienia ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia;
- ewentualny wzrost ceny nie jest wyższy niż 50 proc. wartości pierwotnej umowy w sprawie zamówienia.

Zamiast zatem określania w nowelizacji specyficznych przypadków, w których zmiana jest możliwa, należało raczej skorzystać z wyjaśnień, które wprowadzono w zakresie zmian do umowy w sprawie zamówienia w dyrektywie 2014/24/UE. Oczywiście byłoby wówczas, że wymienione w art. 142 ust. 5 p.z.p. przesłanki uznaje się za zmiany nieistotne, które są możliwe zawsze do wprowadzenia. Tak czy inaczej zmiany te zostaną wprowadzone, niestety tym razem znowu później niż można było to uczynić. Trzeba mieć jednak nadzieję, że już dzisiaj wykładnia pojęcia zmian istotnych i nieistotnych będzie dokonywana z uwzględnieniem nowych przepisów unijnych.

Poza tym niezrozumiała i ograniczająca w sposób nieuzasadniony prawo zmiany umowy jest regulacja przepisu przejściowego zwarta w art. 4 nowelizacji, zgodnie z którą dla umów zawartych przed dniem jej wejścia w życie każda ze stron umowy, w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmian, może zwrócić się do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia.

Jeśli ustawodawca miał na myśli to, że po upływie tych 30 dni takie negocjacje są niedopuszczalne, to trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie takiego ograniczenia.