

Nowelizacja ustawy

Prawo zamówień publicznych w praktyce

Milena Kazanowska-Kędzierska

Od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, co miało miejsce 19 października 2014 r., zamawiający oraz wykonawcy związani są nowymi zasadami postępowania przetargowego. Artykuł przedstawia praktyczne aspekty kluczowych zmian oraz istotne rady dla organizatorów oraz uczestników przetargów.

Odpowiedzialność z tytułu udostępniania zasobów

Nowelizacja istotnie zmieniła reguły powołania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich. Zgodnie z ustawą dopuszcza się nadal sytuacje, w których wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, tj.:

- wiedzy i doświadczeniu,
- potencjale technicznym,
- osobach zdolnych do wykonywania zamówienia,
- zdolności finansowej lub ekonomicznej.

Zmiana przepisów dotknęła przede wszystkim udostępniającego zasoby, gdyż po nowelizacji będzie on odpowiedzialny z mocy ustawy, solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego wynikającą z nieudostępnienia zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosiłby winy.

Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w praktyce przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zmiana przepisów dotknęła przede wszystkim udostępniającego zasoby, gdyż po nowelizacji będzie on odpowiedzialny z mocy ustawy, solidarnie z wykonawcą, za szkodę zamawiającego wynikającą z nieudostępnienia zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosiłby winy. Nie odpowie on oczywiście za szkody wynikające z niewykonania umowy przez wykonawcę, niebędące skutkiem nieudostępnienia

potencjału. Przesłankami odpowiedzialności udostępniającego zasoby będą więc:

- nieudostępnienie zasobów,
- szkoda wynikająca wyłącznie z tego nieudostępnienia,
- wina udostępniającego zasoby w zaniechaniu udostępnienia oraz
- adekwatny związek przyczynowy między szkodą a nieudostępnieniem zasobów.

Powyższe oznacza, iż do odpowiedzialności wykonawcy użyczającego swojego doświadczenia dojdzie tylko wówczas, gdy spełnione zostaną łącznie wyliczone przesłanki.

Przedmiotowa regulacja według ustawodawcy ma na celu zwiększenie gwarancji ewentualne-

Po zmianach zamawiający może wciąż wykluczyć wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, pod warunkiem zamieszczenia przedmiotowej informacji:

- w ogłoszeniu o zamówieniu,
- w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub
- w zaproszeniu do negocjacji.

Brak takiej informacji oznacza brak podstaw do wykluczenia.

Zamawiający nie wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia również wykonawcy, który 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.

Zmiany dotyczące stosowania przesłanki wykluczenia powinny ograniczyć zjawisko polegające na wykluczaniu na trzy lata z całego rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy naprawili szkodę wykonując wyrok sądowy dobrowolnie, albo, gdy szkoda, jaką wyrządzili, była nieznaczna.

go udostępniania zasobów na potrzeby zamówienia przez zwiększenie odpowiedzialności podmiotów udostępniających zasoby. Wprowadzona zmiana z pewnością w sposób znaczny ograniczy praktykę wielu wykonawców, którzy notorycznie użyczali swojego potencjału.

Naruszenie obowiązków zawodowych a wykluczenie

Nowelizacja jest korzystna również dla przedsiębiorców, którzy w przeszłości naruszyli obowiązki zawodowe. Wprowadza dowolność po stronie zamawiającego co do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu zwinionych i poważnych naruszeń obowiązków zawodowych.

Obecnie wykluczenie wykonawcy z postępowania może się okazać dla zamawiającego trudne i kłopotliwe, a udowodnienie przez wykonawcę, że podjął kroki mające zapobiec w przyszłości podobnym zwinionym naruszeniom, wydaje się dość łatwe.

Omawiana zmiana przepisów PZP została wprowadzona w związku z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w którym stwierdzono, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania powinno być wynikiem poważnego wykroczenia, a zatem nie może mieć charakteru automatycznego i każdorazowo powinno być poprzedzone zindywidualizowaną oceną postawy danego wykonawcy.

Bezprawne zatrzymanie wadium

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Oznacza to, iż zwrot wadium powinien nastąpić, co do zasady, po ostatecznym wyborze oferty, ale z pewnym wyjątkiem... Dotychczas

Nowelizacja zwiększa jawność w zamówieniach publicznych – ogranicza powoływanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa do przypadku, w którym firma wykáže, że czyni to zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

wyjątek od reguły stanowił przepis pozwalający zamawiającemu zatrzymać wadium uczestnika z powodu niedopełnienia przez niego wymogów formalnych w określonym terminie.

W świetle nowelizacji zamawiający może zatrzymać wadium wraz z odsetkami jedynie wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie oraz z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył stosownych dokumentów lub oświadczeń, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najlepszej. Zmiana przepisów jest bardzo korzystna przede wszystkim ze względu na fakt, iż przedsiębiorcy, którzy i tak nie uzyskiliby zamówienia publicznego, nie są narażeni na zatrzymanie wadium.

! Ograniczenie możliwości zatrzymania wadium przez zamawiającego, wprowadzone nowelizacją, zmniejsza ryzyko finansowe firm biorących udział w przetargach publicznych. Uczestnicy nie muszą się obawiać ewentualnego ukarania surową sankcją ekonomiczną za niedopilnowanie obowiązków związanych z przetargiem, który i tak przegrały ze względu na gorszą ofertę.

Należy jednak zaznaczyć, że wykonawcy nie powinni lekceważyć wezwań, nawet gdy pod-

czas otwarcia ofert dowiedzieli się, iż ich oferta nie jest najlepsza. Może się bowiem okazać, że oferty korzystniejsze zostaną odrzucone albo, że wykonawcy, którzy je złożyli, zostaną wykluczeni. W takim wypadku nie tylko tracą wadium, ale także szansę na realizację umowy.

Rażąco niska cena

Jeżeli zamawiającemu wydaje się, iż cena zaofiarowana przez wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, istnieje duże prawdopodobieństwo, iż zwróci się on do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający może żądać wyjaśnień w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
- oryginalności projektu wykonawcy,
- kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Z uwagi na bardzo krótkie terminy w toku postępowania, zaleca się wykonawcom gromadzenie dokumentacji (np. w formie e-mail, faks) potwierdzającej możliwość realizacji zamówienia za daną cenę już na etapie konstruowania oferty.

Kryteria oceny ofert

Stosownie do przepisów Prawa zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert mogą być albo sama cena, albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (wymienione w ramce). Cena może być jedynym kryterium oceny ofert tylko wówczas, gdy przedmiot zamó-

wienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Dla wykonawców oznacza to tyle, że bacznie będą musieli zwracać uwagę na kryteria, albowiem cena, jako jedyne kryterium będzie wybierana już rzadko.

Dodatkowe kryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych

Po nowelizacji Prawa zamówień publicznych przy ocenie ofert przez zamawiającego oprócz ceny liczą się także takie kryteria, jak:

- jakość,
- funkcjonalność,
- parametry techniczne,
- aspekty środowiskowe lub społeczne,
- innowacyjność,
- serwis,
- termin wykonania zamówienia,
- koszty eksploatacji.

Jakość i jawność

Nowe przepisy mają umożliwić bardziej efektywne wydawanie publicznych pieniędzy – na dobre jakościowo zamówienia oraz wyeliminować praktyki szkodzące konkurencji. Dlatego też jedna z podstawowych zmian przewiduje, że cena przestała być wyłącznym kryterium rozstrzygnięcia przetargów, a ocenie będą też podlegać różnorodne czynniki, dobrane przez zamawiającego stosownie do warunków zamówienia, które zapewnią np. dogodną i bezproblemową eksploatację. Istotne jest również to, że nowelizacja zwiększa jawność w zamówieniach publicznych – ogranicza powoływanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa do przypadku, w którym podmiot wykáže, że czyni to zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. ■

Podstawa prawna:

Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (DzU 2014, poz. 1232)

O AUTORCE

Milena Kazanowska-Kędzierska, prawnik w zespole prawa energetycznego w kancelarii Wierzbowski Eversheds

