

NOWELIZACJA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

28 lipca 2016 r., kilka miesięcy po terminie, weszła w życie długo oczekiwana nowelizacja Prawa zamówień publicznych. Jakkolwiek jest jeszcze za wcześnie na analizę pierwszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej zapadłych na gruncie nowych przepisów i zdecydowanie za wcześnie na wysnucie wniosków o utrwalonych praktykach i ich skutkach dla systemu zamówień publicznych, to warto wskazać przepisy wprowadzone lub zmienione nowelizacją, o których w najbliższym czasie z pewnością usłyszymy.

Poniżej znajdziecie Państwo subiektywną listę wybranych regulacji, które na skutek wprowadzonych zmian mogą być źródłem potencjalnych problemów.

1. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia – prościej, ale czy na pewno?

Jednym ze sztandarowych rozwiązań wprowadzonych nowelizacją jest Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ). Na jego temat powiedziano już niemal wszystko. W skrócie – ma to być rozwiązanie rewolucyjne zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających. Ci pierwsi nie muszą kompletować i składać w każdym postępowaniu licznych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (w zamian za to posłużą się właśnie JEDZem). Te bowiem złożą jedynie zwycięski wykonawca. Zamawiający z kolei nie będą tracić czasu na jałową ocenę wszystkich ofert. Idealnie wygląda to jednak tylko w teorii.

Kontrowersje:

- Zamawiający może („jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania”) na każdym etapie postępowania wezwać wykonawcę do złożenia wszystkich lub części dokumentów. Jeśli więc przepis ten będzie

nadużywany wykonawcy będą musieli liczyć się z tym, że w dowolnym momencie mogą zostać wezwani do złożenia dokumentów, których skompletowanie jest nieraz czasochłonne i wymaga sporo wysiłku. Nowelizacja nie wprowadziła minimalnego terminu, w którym zmieścić powinni się wykonawcy. Co więcej, nie wiadomo również, na jaki moment dokumenty te powinny być aktualne – jeśli okaże się, że na dzień składania ofert, to w praktyce będzie to oznaczało, że, niezależnie od składania JEDZ, i tak wykonawcy zostaną zmuszeni do zebrania wszystkich dokumentów.

- Problematyczna jest również realizacja tych rozwiązań w przypadku postępowań dwuetapowych. Istnieje bowiem ryzyko, że wezwany do złożenia kompletu dokumentów zostanie zwycięski wykonawca, który w ogóle nie powinien zostać zaproszony do złożenia oferty (tym samym niesłusznie zajął miejsce w tym gronie innego wykonawcy). Jedyne rozwiązanie, które pozwoli uniknąć tego typu sytuacji, to każdorazowa weryfikacja dokumentów na etapie następującym po sklasyfikowaniu wykonawców na „*short – liście*”, a przed zaproszeniem do złożenia ofert.
- Klasyczny przypadek, w którym jedynie zwycięski wykonawca składa komplet dokumentów skutkować może ogromnym chaosem w zakresie przebiegu procedury odwoławczej. W takiej sytuacji jedynie oferta tego wykonawcy będzie mogła zostać skutecznie zakwestionowana przez konkurencję. Co mają jednak zrobić wykonawcy, których oferta została sklasyfikowana nie na drugim lecz na dalszych miejscach? Nie dysponując bowiem kompletem dokumentów wszystkich wykonawców, zostaną zmuszeni do formułowania zarzutów „w ciemno” (w przeciwnym razie narażą się na oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu). Pozostaje nadzieja, że KIO zmieni swoje zapatrywania na pojęcie „*interesu*”. Jedno jest pewne – postępowania odwoławcze znacznie się wydłużą (po doprowadzeniu do odrzucenia oferty zwycięskiego wykonawcy, odwołujący będą zmuszeni składać kolejne odwołania tym razem kwestionując oferty pozostałych wykonawców sklasyfikowanych przed nimi).

2. Trudniej w konsorcjum

Zgodnie z nowymi przepisami zamawiający uprawnieni są do określania szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia przez konsorcja warunków udziału w postępowaniu. Także warunki realizacji zamówienia określone dla konsorcjum mogą różnić się od tych, którym podołać musiałby pojedynczy wykonawca. W obu przypadkach musi być to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Rozwiązanie to stanowi wyłom w obowiązującej dotychczas regule traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie na takich samych zasadach jak wykonawców samodzielnych.

Kontrowersje:

- Intencja przyświecająca ustawodawcy wydaje się słuszna. Wielokrotnie bowiem przez możliwość niemal nieograniczonego łączenia potencjałów zamawiający zmuszani byli do dokonania wyboru oferty złożonej przez konsorcjum

niegwarantujące sprostania zadaniu. Wydaje się jednak, że problem ten rozwiązać można przez poprawne praktyki, zwłaszcza w zakresie formułowania warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem nowe rozwiązania przyznają zamawiającym tak daleko idące możliwości, że ich niewłaściwa interpretacja skutkować może zjawiskiem odwrotnym, tj. uniemożliwieniem wspólnego ubiegania się o zamówienie tam, gdzie jest to uzasadnione. Istnieje również ryzyko negatywnego zapatrywania się na tego typu praktyki przez unijnych audytorów, co może skutkować licznymi korektami finansowymi nakładanymi na beneficjentów środków unijnych.

3. Niebezpieczne rozszerzenie znaczenia konfliktu interesów

Nowelizacja rozszerza krąg osób, które powinny złożyć oświadczenie o braku powiązań z wykonawcami, ubiegającymi się o udzielenie zamówienia (i które, w razie istnienia powiązań, powinny wyłączyć się z udziału w postępowaniu). Dotychczas przedkładały je jedynie osoby wykonujące czynności w postępowaniu. Po nowelizacji zamawiający może nałożyć taki obowiązek również na inne osoby, które mają bezpośredni lub choćby pośredni wpływ na wynik postępowania. Z kolei do przesłanek uzasadniających wykluczenie z udziału w postępowaniu dopisano okoliczność istnienia pomiędzy wykonawcą a pracownikiem zamawiającego relacji uzasadniającej wyłączenie się takiego pracownika z czynności w postępowaniu.

Kontrowersje:

- Rozszerzenie obowiązku złożenia oświadczenia przez osoby wywierające jakikolwiek wpływ na wynik postępowania (nawet jeśli nie wykonują one oficjalnie żadnych czynności) należy uznać za rozwiązanie słuszne. Połączenie jednak tego z nową przesłanką w zakresie wykluczenia z udziału w postępowaniu budzi pewne wątpliwości. Pojęcie „bezpośredniego lub pośredniego wpływu na wynik postępowania” jest bowiem nieostre i mocno ocenne. Tymczasem zaistnienie pomiędzy wykonawcą a osobą zatrudnioną przez zamawiającego i mającą tego typu wpływ może skutkować wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu. Rodzi to ryzyko przerzucania odpowiedzialności z tytułu takich powiązań na wykonawców (dotychczas obciążała ona jedynie zamawiającego). Tym bardziej, że wykonawca może zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na każdym jego etapie.

4. Bałagan w przepisach dotyczących zmian w umowach o zamówienie publiczne

Nowelizacja wprowadziła generalną zasadę, zgodnie z którą do umów zawartych przed jej wejściem w życie oraz zawartych po tej dacie jednak na skutek postępowań wszczętych wcześniej zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowe. Wyjątkiem od tej zasady są zmiany do umów. Odrębny przepis przejściowy wskazuje bowiem okoliczności, których spełnienie umożliwi zmianę również tych umów, które zawarte zostały w „starym” reżimie.

Kontrowersje:

- Problem z powyższym rozwiązaniem polega na tym, że ten przepis przejściowy nie wspomina w ogóle o możliwości wprowadzania zmian nieistotnych (wskazuje zmiany przewidziane przez zamawiającego oraz enumeratywny katalog przypadków zbliżonych do dotychczasowych zamówień z wolnej ręki). Jeśli więc to właśnie ten przepis miałby wyznaczać zakres dopuszczanych zmian w przypadku umów zawartych w okresie przejściowym, to oznaczałoby, że przez przeoczenie ustawodawcy, niemożliwe jest aneksowanie umów o zamówienie publiczne w najdrobniejszym choćby zakresie (o ile nie zostało to przewidziane w siwz lub nie jest to jeden z przypadków przewidzianych przez ustawę). Trudno przypuszczać by było to świadome działanie ustawodawcy – stosowanie w tym samym czasie dwóch norm prawnych (dotychczasowy art. 144 PZP oraz nowy przepis przejściowy) regulujących ten sam obszar stawia pod znakiem zapytania jego racjonalność. W tej sytuacji paraliżu można uniknąć chyba jedynie wykładając polskie przepisy przez pryzmat dorobku orzecznictwa unijnego, z którego wynika, że nieistotne zmiany - co do zasady - są dopuszczalne.

5. Przynależność do grupy kapitałowej po nowemu

Według nowych przepisów wykonawcy zobligowani są do złożenia oświadczenia w zakresie przynależności do grupy kapitałowej na etapie następującym po otwarciu ofert (względnie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Mają to uczynić w terminie trzech dni, bez dodatkowego wezwania ze strony zamawiającego. W ten sposób, znając skład wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, możliwe jest skuteczne wykazanie, że pomimo powiązania z innym wykonawcą, nie dochodzi do zakłócenia konkurencji.

Kontrowersje:

- Niewątpliwie szczególnie w pierwszych postępowaniach prowadzonych według nowych zasad zdarzać się będą przypadki, w których wykonawcy zapominać będą o tym nowym obowiązku. Teoretycznie nie budzi wątpliwości, że w takim przypadku zastosowanie znajdzie przepis nakazujący zamawiającemu wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia. Jeśli nie zostanie do uczynione, wykonawca zostanie wykluczony z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie podstaw do wykluczenia. Czy jednak w każdym przypadku jest to rozwiązanie słuszne? Można sobie bowiem wyobrazić przypadki, w których np. złożono jedną ofertę, albo dwie (w tym jedna została złożona przez osobę fizyczną) lecz w których pomimo niezłożenia stosowanego oświadczenia oczywisty jest brak zagrożeń związanych z uczestnictwem w grupie kapitałowej. Niestety literalna interpretacja przepisów prowadzi do wniosku, że wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni.



Wojciech Merkwa

Radca prawny, Senior Associate

wojciech.merkwa@jara-law.pl



Prof. dr hab. Przemysław Drapała

Radca prawny, Partner Zarządzający

przemyslaw.drapala@jara-law.pl

Wszelkie informacje zawarte w niniejszym newsletterze są dostępne nieodpłatnie. Publikacja nie ma charakteru reklamowego i służy wyłącznie celom informacyjnym. Żadnej z informacji zawartych w niniejszym materiale nie należy traktować jako porady prawnej ani oferty handlowej, w tym w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego.

JARA DRAPAŁA & PARTNERS Sp.k. niniejszym wyłącza swoją odpowiedzialność tytułem jakichkolwiek roszczeń, strat, żądań lub szkód wynikających lub związanych z korzystaniem z informacji, treści lub materiałów zawartych w newsletterze.