



W powszechnej opinii prawo zamówień publicznych należy do katalogu niestabilnych przepisów. Co najmniej raz, dwa razy w roku jest nowelizowane. Wprowadzane zmiany wynikają z doświadczeń wskazujących na wady stosowania tych przepisów w praktyce.

- Ponadto w ciągu minionych lat następowała ewolucja w podejściu do zasadniczego celu, jaki ma spełniać to prawo – zaznacza Dariusz Koba, prezes Centrum Zamówień Publicznych.

Poza poprawkami porządkowymi szereg wprowadzonych w ostatnich latach zmian ma charakter systemowych regulacji. W ten sposób odchodzono od wcześniejszego formalizmu nie dopuszczającego jakiegokolwiek uznaniowości w kierunku większej swobody umożliwiającej racjonalniejsze prowadzenie postępowań.

W ubiegłym roku prawo zamówień publicznych znowelizowano aż czterokrotnie – dwie wcześniejsze nowele były przygotowywane wiosną, natomiast jesienią Sejm uchwalił kolejne dwie. W przypadku ostatnich dwóch zmian jedna ma charakter antykryzysowy, a więc wprowadza przepisy sprzyjające ekonomicznej ochronie rynku, druga z kolei podyktowana została koniecznością dostosowania naszych przepisów do unijnych regulacji.

Antykryzysowa nowelizacja, popularnie zwana małą nowelizacją (ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych - Dz.U. Nr 206, poz. 1591) weszła w życie 22 grudnia ubiegłego roku.

- Była ona reakcją na światowy kryzys finansowy. Szereg przepisów jest pomyślanych tak, by rzeczywiście obniżyć koszty wykonawców w pozyskiwaniu zamówień publicznych i zapewnić im płynność finansową – podkreśla Dariusz Koba, prezes Centrum Zamówień Publicznych. Stąd ustawodawca m.in. zrezygnował z

obligatoryjnego wymogu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wprowadził też zwalnianie wadium już po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Ponadto dał możliwość udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówień.

Regulacje antykrzysowe

Mała nowelizacja wprowadziła zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub po unieważnieniu postępowania (art. 46). Wadia zwracane będą przed upływem terminów związania ofertą, również przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestów lub upływem terminów do ich wnoszenia. Wykonawcy nie będą musieli składać wniosku do zamawiającego o zwrot ich wadium. Obowiązek ten pozostał jedynie w odniesieniu do tych, którzy wycofali ofertę przed upływem terminu składania ofert.

Tą nowelizacją wykreślono z ustawy Prawo zamówień publicznych art.147 ust. 3 i ust. 4. Oznacza to zniesienie nakazu żądania przez zamawiającego wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadkach gdy:

1. wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub wyższa niż progi europejskie,
2. wartość zamówienia na dostawy lub usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro,
3. umowa ma zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata (z wyjątkami określonymi w ustawie).

Ta zmiana ma na celu ograniczenie obciążeń wykonawców związanych z realizacją zamówień publicznych. Równocześnie daje ona zamawiającym większą swobodę w formułowaniu warunków wykonywania zamówień w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Modyfikując zapis art. 151 ust. 2 i 3 ustawodawca wyłączył możliwość zaspokajania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy roszczeń w okresie gwarancji jakości. Wskazał, że zabezpieczenie jest narzędziem służącym pokryciu roszczeń jedynie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Kwota jaką zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi nadal nie może przekroczyć 30% wysokości zabezpieczenia. Jest ona zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

Małą nowelizacją wprowadzony został nowy przepis - art. 151a. Daje on możliwość udzielania zaliczek na poczet wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie zamówienia. - Piętnaście lat trwały starania, zarówno zamawiających jak i wykonawców, o zmianę interpretacji przez Ministra Finansów przepisów o finansach publicznych w zakresie prawa do udzielania zaliczek przy realizacji zamówień publicznych. W końcu nie nowelizacją ustawy o finansach publicznych, ale właśnie nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych wreszcie wprowadzono taką możliwość -

podkreśla Dariusz Koba.

Jednak zostało to obwarowane. Przede wszystkim możliwość udzielania zaliczek musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do negocjacji. Ponadto, w przypadku jednostek podsektora rządowego w rozumieniu przepisów o finansach publicznych przedmiotem zamówienia muszą być wyłącznie roboty budowlane. Przepis ten mówi o zamówieniach, które finansowane są z udziałem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub środków pochodzących ze źródeł zagranicznych nie podlegających zwrotowi. Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych nie będzie jednak mógł udzielić zaliczek, jeśli wykonawca zostanie wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki.

Artykuł ten również stanowi, że zamawiający (wyłącznie jednostka sektora finansów publicznych) będzie mógł udzielać kolejnych zaliczek, ale pod warunkiem, że wykonawca wykaże zrealizowanie zamówienia w zakresie poprzednio udzielonych zaliczek.

Ustawa nie ogranicza wysokości wypłacanych zaliczek ani w zakresie wartości jednej zaliczki ani w zakresie wartości ich sumy. Zamówienie może być więc zaliczkowane do 100% wysokości wynagrodzenia wykonawcy, jednak pod warunkiem wniesienia odpowiedniego zabezpieczenia zaliczki przez wykonawcę.

Przyspieszenie procedur

Poza sytuacją gospodarczą małą nowelizację podyktowały jeszcze inne legislacyjne przesłanki. Istotnym jej celem było usprawnienie postępowań o zamówienie publiczne zmierzające do szybszego i skutecznego ich kończenia. Temu m.in. służy ograniczenie terminów na zadawanie pytań dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym przypadku zasadnicze zmiany wprowadzono w treści art. 38. Dotyczą one określenia terminu, do upływu którego wykonawca jest uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający zobowiązany do udzielenia wykonawcom wyjaśnień. Ustawodawca nie negował istoty zadawania pytań oraz korzyści, jakie dzięki temu zyskują zarówno wykonawcy, jak i zamawiający poprzez wyjaśnianie wątpliwości i eliminowanie ewentualnych błędów. Wprowadzając zmianę dążył do wyeliminowania sytuacji przedłużania terminu składania ofert w związku z koniecznością udzielania odpowiedzi na zapytania wpływające na krótko przed jego upływem. Zgodnie z zamierzeniem ustawodawcy ta zmiana przede wszystkim posłuży przyspieszeniu postępowań w dużych zamówieniach infrastrukturalnych.

Również przyspieszeniu procesu postępowania służy podniesienie opłat sądowych od skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. To bowiem ma eliminować nieuzasadnione korzystanie z tego środka ochrony prawnej przez wykonawców. Małą nowelizacją dokonano zmian w ustawie z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398, z późno zm.) poprzez zwiększenie

opłaty od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Większa konkurencja

Część zmian w małej nowelizacji miała charakter porządkowy. Wprowadzono je na przykład w przepisach odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim nadano nowe brzmienie art. 22 ust. 1. Obecny przepis wprost wskazuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
2. posiadania wiedzy i doświadczenia;
3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W ten sposób poszerzono katalog wymaganych uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Rozdzielono ponadto warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia od dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym. - Po wielu próbach, wreszcie małą nowelizacją oddzielono warunki udziału w postępowaniu od przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania - podkreśla Dariusz Koba. - Art. 22 ust. 1 prawa zamówień publicznych był dotychczas interpretowany jako tzw. przepis blankietowy, czyli taki, który sam w sobie nie stawiał żadnych warunków udziału w postępowaniu, lecz wyznaczał zakres, w jakim zamawiający może wyznaczać warunki - zaznacza Dariusz Koba. Wprowadzona zmiana polega na tym, że warunki udziału w postępowaniu określa sama ustawa (art. 22 ust. 1), natomiast zadaniem zamawiającego jest opisanie w specyfikacjach sposobu dokonywania oceny spełniania warunków.

Mała nowelizacja równocześnie doprecyzowała przepisy dotyczące momentu, w którym wykonawca zobowiązany jest potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 1a). Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym musi wykazać spełnienie warunków odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Jednocześnie wykonawca (na mocy art. 26 ust. 2b) w zakresie spełniania warunków będzie mógł „polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Natomiast (zgodnie z art. 26 ust. 2c) „jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza

spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku”.

Regulacje zawarte w art. 26 służą zwiększeniu konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Umożliwiają one wykazanie spełnienia warunków większej liczbie wykonawców. Zapisy te są wdrożeniem przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna).

Dostosowanie przepisów do wymagań unijnych w ramach małej nowelizacji m.in. przyniosło rozszerzenie katalogu wykluczeń z postępowania o przestępstwa przeciwko środowisku (implementacja postanowienia art. 45 ust. 2 lit. c i d i tezy 43 preambuły dyrektywy 2004/18/WE). Dało też możliwość wprowadzenia zastrzeżenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Celem ustawodawcy było wyrównanie szans wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne, dających im w ten sposób szansę funkcjonowania na rynku pracy.

Duża nowelizacja

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, popularnie nazywana dużą nowelizacją, jest implementacją do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31 - zwana dyrektywą odwoławczą). Zmiany te Sejm uchwalił 2 grudnia 2009 r., a obowiązują one od 29 stycznia tego roku (Dz.U. 2009 nr 223 poz. 1778 - ustawa z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw).

Z postanowień dyrektywy odwoławczej wynikał obowiązek wdrożenia przez państwa członkowskie rozwiązań odnoszących się do:

1. obowiązkowego zawieszenia możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne w sytuacji, kiedy zostało wniesione odwołanie;
2. wprowadzenia minimalnego okresu pomiędzy poinformowaniem wykonawców o decyzji o udzieleniu zamówienia i podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego (tzw. klauzula lub okres zawieszenia typu standstill);
3. wymogów dotyczących minimalnego terminu na wnoszenie środków odwoławczych;
4. wymogu zapewnienia bezskuteczności umowy w sprawie zamówienia zawartej przed upływem terminu zawieszenia lub zawartej z naruszeniem prawa;
5. tzw. kar alternatywnych w przypadku odstąpienia od orzekania o bezskuteczności zawartej umowy;

6. nowych obowiązków informacyjnych w zakresie funkcjonowania mechanizmów odwoławczych.

Duża nowelizacja jest więc przeniesieniem do polskiego prawa uregulowań przewidzianych w dyrektywie odwoławczej dotyczących zapewnienia wykonawcom prawa do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej, skutecznego mechanizmu sankcjonowania przypadków naruszeń przez zamawiających przepisów o zamówieniach publicznych poprzez określenie zasad i warunków unieważniania umów albo nakładania kar alternatywnych.

Ustawodawca doceniając istotę znaczenie systemu środków odwoławczych dla prawidłowego stosowania procedur przewidzianych w ustawie, jednak równocześnie wprowadził rozwiązania przeciwdziałające konsekwencjom implementacji zapisów unijnej dyrektywy, polegającym na wydłużeniu procesu udzielania zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej wnoszone są co do zasady w postępowaniach „otwartych”, tj. postępowaniach, w których następuje publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Ustawodawca w uzasadnieniu do nowelizacji podkreślił, że nadmierne wydłużenie okresu prowadzenia postępowania w trybach „otwartych” na skutek korzystania ze środków ochrony prawnej „zniechęca” zamawiających do ich stosowania, co stanowi istotne zagrożenie dla prawidłowości stosowania procedur. Dlatego ustawodawca postanowił m.in. o:

1. rezygnacji z protestu jako jednego z dotychczas obowiązujących środków ochrony prawnej;
2. wprowadzeniu licznych wyjątków od okresu standstill oraz w konsekwencji skróceniu terminu zakazu zawarcia umowy;
3. zniesieniu regulacji, w której odwołanie złożone w placówce operatora publicznego uznawane jest za wniesione w terminie.

Efektem wprowadzenia tych rozwiązań ma być wdrożenie efektywnego systemu środków ochrony prawnej pozwalającego na rozstrzyganie sporów zamawiającego z wykonawcami w terminie do 25 dni w przypadku zamówień o wartości równej lub większej od wartości kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (10 dni na wniesienie odwołania oraz 15 dni na jego rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą – KIO). Po rozpatrzeniu odwołania przez KIO zamawiający będzie uprawniony do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Ustawodawca zaznacza, że w wyniku wdrożenia zmian zwiększą się możliwości co do rodzaju środków orzekanych w postępowaniu odwoławczym. Dopuszczalne będzie skrócenie okresu obowiązywania umowy oraz wymierzenie kar finansowych. Poza tym pozytywny wpływ na pewność obrotu prawnego będzie miało przyjęcie instytucji względnej nieważności umów w sprawach zamówień publicznych, bowiem w każdym przypadku umowa będzie mogła być wyeliminowana z obrotu gospodarczego dopiero po stosownym orzeczeniu KIO lub sądu.

Zmiany w prawie zamówień publicznych

Utworzono: wtorek, 02, luty 2010 08:26 Agnieszka Serbeńska

Przygotowane przez rząd zmiany w prawie zamówień publicznych oparte były w dużej mierze na logicznych i ekonomicznie uzasadnionych przesłankach. Niestety, wiele zapisów noweli budzi niepokój. – Jak w zwykłe w pośpiechu prac nad nowelą nie unikniono kolejnych błędów, jakie pewnie trzeba będzie poprawiać następnymi zmianami – ubolewa Dariusz Koba. W nowych regulacjach dostrzega on wiele wad niosących konsekwencje w praktyce stosowania nowych przepisów. Dopiero jednak praktyka pokaże na ile te obawy były uzasadnione. Zakres nowych przepisów został omówiony podczas seminarium szkoleniowego Polskiego Kongresu Drogowego „Prawne i ekonomiczne aspekty prawa zamówień publicznych w inwestycjach drogowych” (Warszawa, 15 grudnia 2009 r.).

Agnieszka Serbeńska