



Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), która obowiązuje od 19 października br., nie jest zbyt obszerna porównując do wcześniej wprowadzanych zmian do tej regulacji. Dotyka jednak kilku istotnych kwestii.

Zmiany w ustawie omawiali przedstawiciele Grupy Doradczej KZP podczas seminarium „Nowelizacja prawa zamówień publicznych w praktyce”, które zorganizowała Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa. Seminarium towarzyszyło XII Międzynarodowemu Targom Infrastruktura 2014 (23 października br.).

Nowe przepisy między innymi wprowadziły obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę (art. 29 ust. 4 pkt 4). Jest to fakultatywny warunek udziału w postępowaniu. Ponadto uregulowały zagadnienie kryterium ceny (art. 91 ust 2 i 2a). Problem ceny jako jedyne kryterium oceny oferty wykonawcy podnosili od kilku lat. Postulowali potrzebę zmian w tym zakresie. W noweli cena pozostała jedynym kryterium, ale ta możliwość została wyraźnie ograniczona. Również znowelizowana ustawa uregulowała problem powoływania się na zasoby podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b i 2e). Teraz będzie to trudniejsze, ale - jak zaznaczyli przedstawiciele Grupy Doradczej KZP - może będzie sprawiedliwiej w kontekście oceny wykonawców zamówień i ich ofert oraz pod względem warunków konkurencyjności o zamówienie.

## **Wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę**

Znowelizowane prawo zamówień publicznych wprowadziło możliwości określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, a dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Dodany do ustawy nowy punkt 4 do art. 29 ust. 4 stanowi, że zamawiający może

wprowadzić wymóg: „zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.”

W uzasadnieniu tego przepisu ustawodawca wskazał trzy przyświecające mu cele. Pierwszy to uzdrowienie patologii polegającej na obchodzeniu prawa. – Otóż, przepisy Kodeksu pracy wskazują, że w pewnych sytuacjach zaangażowanie osób do wykonywania pewnych obowiązków możliwe jest wyłącznie na podstawie umów o pracę – podkreślała Żaklina Ossowska z Grupy Doradczej KZP. Kodeks pracy w art. 22§1<sup>1</sup> zastrzega, że nie można zlecić wykonywania obowiązków na podstawie umowy cywilnoprawnej, jeśli zadania (prace) są wykonywane w miejscu i czasie wskazanym przez zamawiającego (pracodawcę) oraz zadania (prace) są wykonywane pod kierownictwem zlecającego (pracodawcy). Te więc wskazania są decydujące w zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę. Fakt, że do tej pory dodany nowelizacją przepis nie znalazł się w ustawie Prawo zamówień publicznych ustawodawca określił jako popieranie przez państwo patologii w postaci obchodzenia prawa. Wykonawca, aby zaoferować najniższą cenę, zamiast zatrudniać swoje zasoby osobowe na podstawie umowy o pracę, zlecał wykonywanie zadań na podstawie umów cywilnoprawnych. Jego koszty były zatem niższe. Państwo (ustawodawca) nie przeciwdziało temu, akceptując wybór nierzetelnego wykonawcy, oferującego najniższą cenę. Zatem, dodanie punktu 4 do art. 29 ust. 4 ustawy miało na celu wypełnienie obowiązku państwa do stania na straży prawa.

- Drugim celem wprowadzonego przepisu było wyrównanie pozycji wykonawców przez umożliwienie składania ofert konkurencyjnych cenowo – podkreślała Żaklina Ossowska. Część wykonawców opierała swoje realizacje na osobach wykonujących obowiązki w ramach umów o pracę. Wykonawcy ci, z uwagi na koszty umowy o pracę, byli na przegranej pozycji. Umów cywilnych nie dotyczy bowiem obowiązek np. płacy minimalnej ani obowiązek zabezpieczenia chorobowego czy wypadkowego. Dlatego oferty uwzględniające przy kalkulacji kosztów umowy cywilnoprawne są tańsze od ofert wykonawców zatrudniających swoje kadry na podstawie umów o pracę.

- Trzecim celem nowelizacji tego przepisu było wzmocnienie obrotu gospodarczego. Ustawodawca stwierdził, że nieformalne zatrudnienie osłabia pewność obrotu gospodarczego, ponadto koszty dotychczasowego obchodzenia prawa ponoszą uczciwi pracodawcy, system zabezpieczenia społecznego i system opieki zdrowotnej, czyli Skarb Państwa – wyjaśniała Żaklina Ossowska.

Warunek zatrudnienia w oparciu o umowy o pracę w sytuacjach opisanych w art. 22§1<sup>1</sup> Kodeksu pracy został w ustawie Prawo zamówień publicznych sformułowany jako fakultatywny. Zatem zamawiający może, ale nie musi wprowadzać takiego wymagania w procedurze przetargowej. Innymi słowy, nawet jeśli istnieje uzasadnienie dla zastosowania reżimu z art. 22§1<sup>1</sup> Kodeksu pracy, zamawiający nie ma obowiązku zapisania tego wymogu w ogłoszeniu czy specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Z powyższego wynika, że wykonawcom nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku nie wprowadzenia do SIWZ warunku zatrudnienia kadry na podstawie umów o pracę, pomimo zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 22§1<sup>1</sup> Kodeksu pracy. O zastosowaniu wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę decyduje wyłącznie zamawiający. – Zasadniczym przesłaniem zmian była eliminacja patologii, ale faktyczne wykonywanie tego zadania zostało przesunięte na zamawiających, bo to od ich decyzji każdorazowo będzie zależało, czy ta patologia zostanie utrzymana czy nie – podsumowała Żaklina Ossowska.

Należy zaznaczyć, że wprowadzenie wymogu zatrudnienia kadry na podstawie umowy o pracę do specyfikacji nie oznacza, że oferent musi mieć zatrudnionych pracowników na podstawie umów o pracę już w chwili składania ofert. Wystarczy, że zobowiąże się, że w sytuacji wygrania kontraktu, realizacją zamówienia zajmować się będą osoby zatrudnione na ich podstawie. W takim przypadku może wykorzystać umowy na czas określony czy na czas wykonania określonej pracy. Istotne jest również, że spełnienie wymogu zatrudnienia na umowy o pracę zamawiający może zweryfikować nie tylko w odniesieniu do wykonawcy zamówienia, ale też jego podwykonawców. To zamyka furtkę obchodzenia tego wymagania.

### **Świadome stosowanie ceny jako jedynego kryterium**

W nowelizacji prawa zamówień publicznych ustawodawca przyjął założenie, że cena nie może być jedynym kryterium oceny ofert. Stąd w ustawie Prawo zamówień publicznych wprowadzono zmiany w art. 91 ust 2 i 2a. Czy tak zmieniona ustawa osiągnęła postawiony cel? To pokaże dopiero praktyka. Marek Tomasiak, prezes spółki Grupa Doradcza KZP, ma jednak duże wątpliwości co do siły i wagi stosowanych przez zamawiających innych kryteriów niż cena.

Zapis art. 91 ust. 2 brzmi podobnie jak w poprzedniej wersji ustawy, ale wskazane tam kryteria uzupełniono o dodatkowe odnoszące się do aspektów środowiskowych, społecznych oraz do innowacji. Ustawodawca szczególny nacisk położył na ostatnią kwestię, to jest „innowacyjności proponowanych rozwiązań”. Jak wskazano w uzasadnieniu nowelizacji ustawy, propagowanie rozwiązań innowacyjnych ma fundamentalne znaczenie dla osiągnięcia trwałego wzrostu gospodarczego oraz dla budowy gospodarki opartej na wiedzy. - W zamyśle ustawodawcy chodziło o to, by zamawiający otworzył się na nowe kryteria, nie zaś sięgał tylko wyłącznie po te klasyczne, sztamkowe. Założenie to ma za cel spowodowanie rozwoju firm (wykonawców), jak też przyczynienie się do uzyskania przedmiotu zamówienia innego, nowoczesnego, bardziej innowacyjnego od dotąd zamawianego – tłumaczył Marek Tomasiak.

Dotychczasowa praktyka pokazuje, że zamawiający co do zasady korzystają z kryterium ceny. Jeżeli decydują się na dodatkowe kryteria, to są nimi kryteria klasyczne, typu: termin wykonania zamówienia, okres gwarancji. Marek Tomasiak na podstawie tych doświadczeń przewiduje, że z katalogu kryteriów pozacenowych zamawiający raczej nadal będą korzystali z tych dobrze im znanych i

praktykowanych. Podkreślał, iż są one prostsze i łatwiejsze w stosowaniu niż kryteria uwzględniające aspekty rozwiązań innowacyjnych, po których sięganie w końcu nie jest obligatoryjne.

Zmiana w art. 91, zawarta w ust. 2a, wprowadza tylko dwie możliwości dopuszczające 100-procentową wagę kryterium ceny, w tym najistotniejszą zmianą jest to, że przedmiot zamówienia musi być powszechnie dostępny i posiadać ustalony standard jakościowy.

- Jeżeli mówimy o używaniu pojęć „standardy jakościowe” i „powszechna dostępność” to nasuwa się skojarzenie z trybem zapytania o cenę. W zakresie tych pojęć sam ustawodawca, a też opinia UZP, nawiązują do tego trybu oraz wskazują na orzecznictwo i doktrynę odnoszące się do zapytania o cenę – mówił Marek Tomasik. Dostawy i usługi, a więc również obecnie i roboty budowlane, są powszechnie dostępne, jeżeli stanowią dobra popularne, zaspokajają potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, a rynek jest nimi nasycony. Dobra takie są więc łatwo dostępne. – A co nie jest powszechne i nie spełnia standardów jakości? Na pewno przedmioty specjalnego przeznaczenia, na przykład w sektorze obronności, medycyny czy badań naukowych. Do tego kwalifikują się też nietypowe usługi, których wykonawcy muszą posiadać szczególne kwalifikacje, uprawnienia czy certyfikaty. Przykładem mogą być usługi rzadkiego bądź wyjątkowego zastosowania: geologiczne, detektywistyczne czy ratownicze – tłumaczył Marek Tomasik.

Czy w tym kontekście w zamówieniach na roboty budowlane można stosować cenę jako jedyne kryterium? Ustawodawca tego nie zabronił, jeżeli tylko zamawiający wykaże, że przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. – Patrząc jednak na zakres przedmiotu zamówienia w odniesieniu do robót budowlanych, trudno tutaj mówić o ustalonych standardach. W przypadku robót budowlanych wykazanie też powszechnej dostępności takiego przedmiotu będzie niezwykle trudne. To są często roboty niezwykle skomplikowane, specjalistyczne, każdorazowo związane z wymogiem realizacji zamówienia przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia budowlane w różnych specjalnościach. Nie widzę więc możliwości, aby w odniesieniu do robót budowlanych stosować cenę jako jedyne kryterium – podkreślał Marek Tomasik.

Zmiany w art. 91 są niewątpliwie istotne. – Przy czym cena pozostaje obligatoryjnym kryterium oceny ofert, a zatem musi pojawić się jako kryterium w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ale o ile w dotychczasowym stanie prawnym cena mogła stanowić jedyne kryterium oceny ofert, o tyle po wejściu w życie nowelizacji zamawiający, co do zasady, będzie musiał zastosować oprócz ceny inne kryterium lub kryteria – skomentował Marek Tomasik. Ustawodawca nakazując stosowanie innych kryteriów nie wprowadził żadnych wymogów co do wag pozacenowych kryteriów oceny ofert. Podsumowując tę zmianę Marek Tomasik wyraził obawę, iż zamawiający pozacenowym kryteriom będą przypisywać minimalne, wręcz symboliczne, wagi. A to oznacza, że w rozstrzygnięciach przetargowych nadal decydującym kryterium będzie cena. To ma też swoje

umocowanie w opinii prawnej opublikowanej na stronie internetowej UZP. Tam podkreślono, że cena nadal powinna stanowić podstawowe i najważniejsze kryterium, bo odpowiada zasadzie efektywnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych.

### **Zmiany w zakresie powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich**

Od czasu wprowadzenia w 2010 roku art. 26 ust. 2b, jego zapis budzi liczne kontrowersje. Również arbitrzy orzekający w Krajowej Izby Odwoławczej wypracowali różnorakie linie orzecznicze w zakresie wykładni tego przepisu. Choć więc nowelizacja art. 26 ust. 2b była powszechnie wyczekiwana, to jednak zmiana która została wprowadzona ostatnią nowelizacją miała charakter wyłącznie kosmetyczny. Jedyną realną zmianą było wprowadzenie możliwości polegania na potencjale ekonomicznym podmiotów trzecich. Dotychczas ten przepis – w zakresie weryfikacji sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy – dopuszczał wyłącznie poleganie na cudzym potencjale finansowym. Można więc było „pożyczać” opinię bankową oraz sprawozdania finansowe, potwierdzające, iż dany podmiot dysponuje środkami finansowymi lub posiada wymaganą zdolność finansową oraz posiada stosowne obroty, przychód itd. Obecnie wykonawca może wykazywać się również polisą ubezpieczeniową podmiotu trzeciego.

- Brzmienie przepisu art. 26 ust 2b pozostało zatem nadal niezrozumiałe. Dalej nie wiemy na czym ma faktycznie polegać na przykład przekazywanie zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci wykonawcy. Tu istnieje wiele wątpliwości. Aby jednak choć częściowo uporządkować konsekwencje wprowadzenia art. 26 ust. 2b, ustawodawca dodał nowelizacją nowy przepis: art. 26 ust. 2e. Jest on próbą wymuszenia na podmiotach trzecich bardziej rozważnego użyczenia własnych zasobów. W szczególności bowiem użyczenie podmiotom niedającym gwarancji należytego wykonania zamówienia (tzw. firmom w teczce) zasobu wiedzy i doświadczenia nastęrcza zarówno zamawiającym, jak i pozostałym wykonawcom najwięcej problemów – mówiła Żaklina Ossowska.

Przepis art. 26 ust. 2e stanowi, że: „Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.” Przepis zatem mówi o solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podmiotu trzeciego. Jest on więc narzędziem umożliwiającym zamawiającemu żądanie odszkodowania od wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, albo od wykonawcy bądź od samego podmiotu trzeciego, w przypadku poniesienia przez zamawiającego szkody, z tytułu zaniechania przez podmiot trzeci udostępnienia danego zasobu na etapie realizacji zamówienia. W praktyce żądanie wypłaty odszkodowania zamawiający skieruje do tego podmiotu, który posiada stabilną sytuację finansową. Podmiot, który wypłacił odszkodowanie może rozliczyć się z drugim podmiotem przy użyciu roszczenia regresowego.

Przepis wymaga od wykonawcy, aby powołanie się na zasób podmiotu trzeciego był

realny. Na podmiotach trzecich wywiera natomiast pewną presję, zmuszając do zastanowienia się nad zobowiązaniem do udzielenia zasobów, czyli nad możliwością wsparcia wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Ponadto, nawet jeśli podmiot trzeci udzieli takiego wsparcia, a mimo to dojdzie do szkody po stronie zamawiającego, to wówczas zamawiający w dalszym ciągu może podjąć próbę dochodzenia od podmiotu trzeciego odszkodowania, choć z uwagi na brak przesłanki „nieudostępnienia zasobów” powództwo to będzie nieskuteczne. – Ten przepis zweryfikuje możliwości biznesowe wykonawców. Wcześniej podmioty trzecie w miarę chętnie przekazywały zobowiązania o udostępnieniu zasobów. Teraz natomiast dwa razy się zastanowią czy na pewno chcą się narażać na ewentualne – zasadne czy też bezzasadne – powództwo odszkodowawcze. Można więc zakładać, że z czasem (w szczególności po pierwszych orzeczeniach nakazujących podmiotom trzecim zapłatę na rzecz zamawiającego odszkodowania) podmioty trzecie znacznie mniej chętnie będą udzielały swoich zasobów – mówiła Żaklina Ossowska.

Wykładnia tego przepisu dokonana przez UZP idzie w ciekawym kierunku, znacznie rozszerzającym literalne brzmienie. UZP wskazuje, że zmieniony art. 26 ust. 2b i nowy ust. 2e pozwalają zamawiającemu na faktyczne zweryfikowanie realności dostępu wykonawcy do zasobów. Choć ze znowelizowanych przepisów nie wynikają dodatkowe uprawnienia dla zamawiającego, które mógłby egzekwować na etapie badania i oceny ofert, to w opinii UZP, zmiana ta wymusza na wykonawcy przedstawienie takiej treści zobowiązania, które wykaże realny sposób, jaki został przewidziany do korzystania z udostępnionego potencjału, co zagwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do tego potencjału.

Motywacją do wprowadzenia omawianych zmian była dyrektywa 2004/18/WE, która wymaga przeprowadzania weryfikacji predyspozycji wykonawcy zamówienia pod względem kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Ta weryfikacja musi być solidnym badaniem, opierającym się o kryteria ekonomiczne i finansowe oraz o kryteria opisujące posiadaną wiedzę, możliwości zawodowe i techniczne. Takie badanie ma dostarczyć informację o tym czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie należyście i terminowo. – Kierunek zmian przepisów jest zgodny z tym, jaki wyznacza dyrektywa. Natomiast sam przepis art. 26 ust. 2b, zarówno w dotychczasowym jak i aktualnym brzmieniu, nie oddaje intencji wyrażonej w dyrektywie klasycznej, wskazującej, że nie w każdym przypadku można się powołać na potencjał podmiotów trzecich, lecz tylko w uzasadnionych sytuacjach. W naszych przepisach nie ma mowy o „stosownych sytuacjach”, jest natomiast automatyzm, który dopuszcza, aby każdy wykonawca, w każdym przetargu mógł powoływać się na zasoby podmiotów trzecich – mówiła Żaklina Ossowska.

Omawiane przepisy przyczynią się do ukrócenia handlu referencjami. Można bowiem zakładać, że zasada solidarnej odpowiedzialności powstrzyma wiele firm przed udostępnianiem wiedzy i doświadczenia dotychczasowym kontrahentom, gdyż wiąże się to z ryzykiem ewentualnego powództwa od zamawiającego i ewentualną koniecznością wykazywania rzeczywistego udostępnienia zasobu na etapie realizacji zamówienia. To z kolei przełoży się na rzadsze otrzymywanie przez

## Prawo zamówień publicznych po zmianach cz. II

Utworzono: czwartek, 27, listopad 2014 10:32 Agnieszka Serbeńska

---

zamawiających ofert, w których wykonawca polegać będzie na obcych zasobach, oraz równocześnie wskazywać będzie na realność dostępu do wykazywanych zasobów przez tych wykonawców, którym udało się przekonać partnerów biznesowych do udostępnienia zasobów.

Agnieszka Serbeńska

*Na stronie internetowej Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa, pod informacją o seminarium, załączono materiał opracowany przez Grupę Doradczą KZP, zawierający szczegółowy opis wprowadzonych zmian w prawie zamówień publicznych.*

[http://www.oigd.com.pl/index.php?option=16&action=news\\_show&news\\_id=864](http://www.oigd.com.pl/index.php?option=16&action=news_show&news_id=864)