



POLSKO-AMERYKAŃSKA
FUNDACJA WOLNOŚCI

Fundacja
Wspomagania Wsi

Autorzy: Tomasz Filipowicz i Jerzy Filipowicz

Wybrane zagadnienia małej i dużej nowelizacji ustawy – prawo zamówień publicznych

W końcu 2009 r. oraz w styczniu 2010 r. Sejm przyjął dwie istotne nowelizacje prawa zamówień publicznych. Pierwsza z nich nazywana „**małą nowelizacją**” – weszła w życie 22 grudnia 2009 r., zaś druga tzw. „**duża nowelizacja**” – weszła w życie 29 stycznia 2010 r.

Mała nowelizacja

Mała nowelizacja PZP została wprowadzona ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.¹ Celem tej nowelizacji było uwzględnienie sytuacji przedsiębiorców w związku z trudną sytuacją gospodarczą, stąd dla wprowadzonych zmian PZP stosuje się również nazwę „nowelizacja antykryzysowa”. Najważniejsze zmiany przepisów mają na celu uproszczenie, przyspieszenie (skrócenie) postępowań przetargowych z korzyścią zarówno dla zamawiających jak i wykonawców. Poniżej zostaną przedstawione zmiany mające największe znaczenie zarówno dla organizatorów przetargów, jak też wykonawców.

1. Potencjał podmiotów trzecich

Nowelizacja ustawy otworzyła przed wykonawcami nowe możliwości jeśli chodzi o spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu. Dotychczas wykonawcy musieli wykazywać się posiadaniem doświadczeniem, wiedzą, osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, potencjałem technicznym czy finansowym wyłącznie we własnym zakresie.

¹ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

Obecnie wykonawcy dla spełnienia powyższych warunków mogą polegać również na **potencjale podmiotów trzecich**.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2b ustawy w brzmieniu nadanym nowelą, „*Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.* (...)”.

Jednocześnie to na wykonawcy spoczywa obecnie **obowiązek wykazania**, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca może udowodnić spełnianie warunków np. *przedstawiając w tym celu **pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*** (art. 26 ust 2b noweli pzp).

Z uwagi na to, że zmieniony art. 26 pzp może w praktyce powodować pewne trudności, dlatego zasadne wydaje się rekomendowanie zamawiającym, aby w trakcie postępowania uważnie podejmowali działania w zakresie badania, czy dany wykonawca spełniania bądź nie spełnia warunków powołując się np.: na potencjał techniczny innego podmiotu, czy też powołujący się na zasoby ludzkie (ekspertów) zatrudnionych w innej firmie.

Sposób wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem zależy od specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego. W praktyce powinno wystarczyć, jeśli wykonawca powoła się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu), czy też osób zdolnych do realizacji zamówienia przedstawiając **pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy**. Należy zwrócić uwagę, że konieczność udowodnienia dysponowania tymi zasobami niekoniecznie musi wiązać się z faktycznym udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się jedynie do **zobowiązania** udzielenia wykonawcy np. **pożyczki, wdzierżawienia określonego sprzętu czy też udostępnienia pracownika**. Wydaje się, że takie zobowiązanie może okazać się wystarczające dla spełnienia odpowiednich warunków udziału i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia².

² http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;404;dotyczące_nowelizacji.html

W praktyce może to oznaczać, że w przypadku zamówień z obszaru IT, mogą pojawić się podmioty, które dysponując odpowiednią wiedzą i doświadczeniem – myślą techniczną i organizacyjną (tzw. know-how) czy też odpowiednim potencjałem technicznym będą oferować specjalistyczne usługi głównym wykonawcom, którzy, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będą chcieli wzmocnić swoją pozycję przetargową korzystając z potencjału know-how podmiotów trzecich.

2. Pytania i wyjaśnienia treści SIWZ

Mała nowela zmieniła zasady składania przez wykonawców pytań do treści SIWZ oraz terminy udzielania przez Zamawiających odpowiedzi na te pytania (art. 38 pzp). Poprzednio, z uwagi na częste zadawanie pytań przez wykonawców tuż przed terminem składania ofert, następowało przedłużanie się procedur przetargowych – zamawiający podejmowali często decyzje o przesunięciu terminu składania i otwarcia ofert. Nadmierne składanie przez wykonawców pytań do SIWZ miało charakter „taktyczny”. Obecnie skrócono terminy do składania przez wykonawców pytań do SIWZ. W nowym stanie prawnym zamawiający **ma obowiązek** odpowiedzieć na pytania wykonawcy wówczas, **gdy zostały one złożone przed upływem połowy terminu do składania ofert**. Na pytania zgłoszone po tym terminie zamawiający **może, lecz nie musi udzielić odpowiedzi** – wówczas pozostawia wniosek z pytaniami wykonawcy bez rozpoznania. Zmiana prawa w tym zakresie ewidentnie miała na celu zdyscyplinowanie wykonawców oraz skrócenie czasu trwania postępowań.

3. Zasady zwrotu wadium

Dokonano zmiany zasad zwrotu wadium – art. 46 pzp. Dotychczas zamawiający przetrzymywali wniesione przez wykonawców w postępowaniach przetargowych wadia do chwili zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Obecnie zamawiający ma **obowiązek zwrotu wadium** natychmiast po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zmiana powyższa ma na

celu szybsze uwolnienie środków finansowych wykonawców, którzy startując w kilku postępowaniach składając wadium w istocie „zamrażali” te środki na zbyt długi okres.

4. Zmiana zawartej umowy

Nie zmieniono zasadę, zgodnie z którą zmiany umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy są zakazane. Jednakże nowelizacja uzupełniła przepis art. 144 pzp o pojęcie „**istotne zmiany**”. Oznacza to, że dopuszczalne są zmiany o charakterze nieistotnym, natomiast „istotne zmiany” umowy są dopuszczalne tylko wówczas, gdy „**zamawiający przewidział możliwość takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany**”. Powyższe oznacza, że w praktyce mogą pojawić się problemy co do określenia charakteru konkretnej zmiany umowy tj. czy jest ona istotna czy też nieistotna w stosunku do treści wybranej oferty. Dlatego praktyczną rekomendacją dla zamawiających w tym zakresie jest, aby każdorazowo w przypadku uruchamiania postępowania w sprawie zamówienia publicznego zamawiający starał się przewidzieć sytuacje, w jakich konieczne stanie się dokonanie zmiany zawartej umowy oraz warunki takiej zmiany. Antycypując przyszłe okoliczności zmiany umowy zamawiający musi jednocześnie dla zapewnienia legalności takich zmian wskazać je w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ.

5. Inne zmiany

Mała nowelizacja uporządkowała przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W celu wzmocnienia ochrony prawidłowości przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych **oddzielono warunki z art. 22 ust. 1 oraz warunki z art. 24 ust. 1 ustawy**.

W rezultacie, wykonawcy na podstawie znowelizowanych przepisów co do zasady mogą być zobowiązani do składania dwojakiego rodzaju oświadczeń: **oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 – warunki pozytywne** (oświadczenie o posiadaniu stosownych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i finansowego) oraz **oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy – warunki negatywne** (np.: dotyczy sytuacji, w których wykonawca wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia,

jest w stanie likwidacji, został skazany za przestępstwo w zw. z realizacją zamówienia etc.). Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, przyjęte w małej nowelizacji rozwiązanie służyć ma zapewnieniu jasności treści składanych przez wykonawców oświadczeń i pozwala skutecznie zastosować sankcje przewidziane w odrębnych przepisach (Art. 297 i 305 Kodeksu karnego) w okolicznościach, w których składane oświadczenie okazałoby się nieprawdziwe³. Porównując dotychczasowy oraz nowy stan prawny w powyższym zakresie, należy wnosić, że przy ocenie, czy wykonawca podlega wykluczeniu, zamawiający będzie obecnie w większym stopniu merytorycznie badał spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a nie tylko formalnie sprawdzał, czy zostały złożone stosowne dokumenty. Tym samym, zamawiający potencjalnie będą mieli większą możliwość ingerowania w grono wykonawców, którzy ostatecznie będą mogli uzyskać zamówienie publiczne.

Ponadto, nowela dopuściła możliwości udzielania przez zamawiającego **zaliczek** na poczet wykonania zamówienia, co powinno - zdaniem ustawodawcy - przyczynić się do obniżenia kosztów wykonania zamówień i może mieć znaczenie dla przedsiębiorców przechodzących trudności spowodowane kryzysem (art. 151a pzp). Nowe przepisy odstępują od obowiązkowego żądania od wykonawców wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie gwarancji, na rzecz swobodnej decyzji zamawiającego w tym zakresie (**zabezpieczenie jest obecnie fakultatywne** - art. 147 ust. 3 i 4 pzp).

Duża nowelizacja

Duża nowelizacja wprowadzona ustawą z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw miała za zadanie przede wszystkim dostosować przepisy krajowe do wymogów dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. (tzw. dyrektywy odwoławczej). Oprócz kwestii środków ochrony prawnej, przepisy noweli zmieniły także zasady udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe oraz zasady informowania o zamiarze udzielenia zamówienia w trybach niekonkurencyjnych. Zmianie uległy również terminy

³ http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:404;dotyczące_nowelizacji.html

składania ofert i zawierania umów oraz przepisy dotyczące unieważniania postępowań. Warto zwrócić uwagę na następujące zagadnienia:

1. Środki ochrony prawnej i nieważność umowy

Zmianą, która w bardzo znaczący sposób modyfikuje system zamówień publicznych, jest **rezygnacja z instytucji protestu** jako dostępnego środka ochrony prawnej. Wykonawcy, których prawa będą naruszone poprzez działania zamawiającego, będą mogli w pierwszej instancji dochodzić swych racji przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) a nie, jak było wcześniej, bezpośrednio przed zamawiającym. Od orzeczenia arbitrów KIO będzie przysługiwała skarga do sądu okręgowego. Jednakże ustawodawca umożliwił wykonawcom wniesienie do zamawiającego quasi protestu. Polega to na poinformowaniu przez wykonawcę zamawiającego o niezgodnej z przepisami prawa czynności (zaniechaniu) w odniesieniu do sytuacji, w których odwołanie nie przysługuje. Skutkiem wniesienia takiej informacji przez wykonawcę, zamawiający będzie mógł zmienić decyzję, której informacja dotyczy. Można powiedzieć, że w ten sposób zamawiający stosuje coś w rodzaju autokontroli swoich czynności lub zaniechania. W związku z wprowadzaniem powyższych zmian znowelizowana ustawa zmierza do skrócenia czasu trwania procedury odwoławczej.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że odwołanie przede wszystkim stało się pierwszym i praktycznie ostatnim – z uwagi na drastyczne podniesienie wysokości wpisu od skargi na orzeczenie KIO – środkiem w sporze wykonawcy z zamawiającym. Co ważne, uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym jest każdy, kto: *„ma lub miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia i kto jest lub może zostać pokrzywdzony domniemanym naruszeniem”*. Nowelizacja rozszerzyła w ten sposób krąg podmiotów uprawnionych do występowania ze środkami ochrony prawnej (wcześniej należało wykazać się posiadaniem interesu prawnego, a więc opartego jedynie na roszczeniach mających swoje podstawy w przepisach prawa).

Kolejną zmianą jest wprowadzenie pojęcia **nieważności względnej umowy** zawartej na skutek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana ta stanowi reakcję na stosunkowo częstą sytuację na rynku zamówień publicznych polegającą na tym, że umowy,

które w świetle dotychczasowych przepisów pzp są nieważne (np. na skutek błędów popełnionych przy postępowaniu o udzielenie zamówienia, mających wpływ na jego wynik), są w dalszym ciągu realizowane. Przykładowo, zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 146 ust. 1 pzp w razie zaistnienia jednego z przypadków określonych w tym przepisie, **umowa była nieważna**. Przepis ten przesądzał zatem, iż w przypadkach w nim wymienionych mieliśmy do czynienia z sankcją **nieważności bezwzględnej umowy**, tj. nieważności z mocy samego prawa. Wyrok sądu powszechnego stwierdzającego nieważność takiej umowy (art. 189 k.p.c.) miał charakter deklaratoryjny, tj. jedynie potwierdzający, że umowa jest nieważna z mocy prawa. Duża nowelizacja wprowadziła w tym zakresie istotną zmianę stanu prawnego. Zrezygnowano z konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz **nieważności względnej, ustalonej w drodze wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu** (w drodze konstytucyjnego rozstrzygnięcia dochodzi do unieważnienia umowy). Krótko mówiąc, umowa obciążona kwalifikowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP) jest **ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia**⁴.

Jak wynika z uzasadnienia nowelizacji, wprowadzone zmiany mają na celu zwiększenie pewności obrotu prawnego oraz stworzenie możliwości zastosowania instytucji odstąpienia od unieważnienia umowy i umożliwienia dalszego wykonywania zamówienia.

2. Inne zmiany

Wprowadzono zmianę dotyczącą zamówień udzielanych w **trybie z wolnej ręki**. Zgodnie z nowelą, zamawiający ma prawo do zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w powyższym trybie, czego wcześniej przepisy nie przewidywały. Ogłoszenie znacznie ograniczy ryzyko zamawiającego dotyczące ewentualnego unieważnienia tak zawartej umowy.

Nowela wprowadza też możliwość dla zamawiającego podwyższenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty.

⁴ http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:404;dotyczące_nowelizacji.html



Postanowienie to wynika z tego, że w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza wysokość wspomnianych środków, zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania. Wprowadzona zmiana w istocie sankcjonuje dotychczasową praktykę w tym względzie.

Interesująca zmiana dotyczy art. 24a i umożliwia ona sprawne i skuteczne tworzenie przez Prezesa UZP tzw. **czarnej listy** zawierającej dane wykonawców, którzy wyrządzili zamawiającym szkody nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu.

Artykuł powstał na licencji Creative Commons CC-BY-SA 3.0.

Zezwala się na kopiowanie, dystrybucję, wyświetlanie i użytkowanie artykułu i wszelkich jego pochodnych, pod warunkiem umieszczenia na nich informacji o pochodzeniu, autorstwie i finansowaniu oryginalnej jego wersji.

Zezwala się na kopiowanie, dystrybucję, wyświetlanie i użytkowanie pochodnych dzieł, pod warunkiem że będą one opublikowane na takiej samej licencji.