

Zmiany w prawie zamówień publicznych

Warszawa, kwiecień 2016

Spis treści

Polskie zamówienia publiczne – niedokończona rewolucja	3
Nowy katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.....	6
Warunki udostępniania zasobów muszą uwzględniać przedmiot i cele danego zamówienia.....	10
Elektronizacja zamówień publicznych	14
Jednolity europejski dokument zamówienia	15
Innowacyjność w zamówieniach publicznych.....	18
Zamówienia typu in-house	21
Modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego – wbrew pozorom bez zmian.....	24
Autorzy	28
Praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP.....	30
O kancelarii	31

Polskie zamówienia publiczne – niedokończona rewolucja

Polska nie zdążyła implementować w terminie nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Zamawiający mają jednak obowiązek prowadzenia postępowań w pełnej zgodności z prawem wspólnotowym.

Redakcja: W kwietniu minął termin implementacji do polskiego porządku prawnego nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, a w Polsce nadal obowiązuje stara ustawa.

Mirella Lechna: Nie ukończono procesu legislacyjnego odnośnie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 366), zmierzającego do implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE.

Obie dyrektywy zostały przyjęte 26 lutego 2014 r. i opublikowane 28 marca tego samego roku. Weszły one w życie dwudziestego dnia po ich publikacji w Dzienniku Urzędowym UE, ale termin ich implementacji do porządków prawnych państw członkowskich upłynął dopiero 18 kwietnia 2016 r. Z tą datą nastąpił także skutek nowych dyrektyw w postaci uchylecia dyrektyw dotychczas obowiązujących.

Oznacza to, że od 19 kwietnia br. przestały obowiązywać dyrektywy z 2004 r., a polska

ustawa, która formalnie pozostaje nadal w mocy, nie może być stosowana w zakresie, w jakim jest niespójna z przepisami dyrektyw z roku 2014.

Co to oznacza dla uczestników rynku zamówień publicznych?

ML: Taka sytuacja powoduje, że stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych, a tym samym udzielanie zamówień, niepotrzebnie się komplikuje. Zamawiający mają bowiem obowiązek prowadzenia postępowań w pełnej zgodności z prawem wspólnotowym, a wykonawcy, ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego, mają prawo korzystać z dobrodziejstw przepisów nowych dyrektyw.

Polska rzeczywistość stosowania prawa zamówień publicznych jest jednak znana z nadmiernego formalizmu. Dlatego sytuacja, w której jakieś regulacje miałyby być stosowane bez wyraźnej podstawy prawnej wynikającej z obowiązującej ustawy, z tego tylko względu, że zostały wyrażone w akcie prawnym o charakterze ponadnarodowym i sformułowanym w sposób uniwersalny, jest trudna do wyobrażenia.

Taki obowiązek wynika jednak z kluczowych zasad funkcjonowania prawa wspólnotowego w porządku prawnym państwa członkowskiego. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie TSUE) dawno stwierdził, między

innymi w 1978 r. w sprawie *Simmenthal*, że jeśli zaistnieje rzeczywista niezgodność pomiędzy normą prawa wspólnotowego a normą prawa krajowego, należy bezpośrednio stosować prawo wspólnotowe, bez konieczności oczekiwania na jego implementację. W innych sprawach, np. *Fratelli Costanzo* z 1989 r. i *Erich Ciola* z 1999 r., Trybunał potwierdził, że do zaniechania stosowania przepisów krajowych sprzecznych z przepisami wspólnotowymi obowiązane są nie tylko sądy, ale również organy administracji, co jednoznacznie nakłada obowiązek w tym zakresie na zamawiających. Zatem przepisy dyrektyw z 2014 r., mimo że nie zostały jeszcze transponowane do polskiego porządku prawnego, jeśli są sformułowane w sposób bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, będą musiały być stosowane.

Czyli nie można już udzielać zamówień wyłącznie na podstawie dotychczasowej ustawy Prawo zamówień publicznych?

ML: Nie ma takiej możliwości prawnej. Takie postępowanie byłoby obciążone wadą. Niezastosowanie się do zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego będzie szczególnie dotkliwie w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków UE, gdzie naruszenia prawa zamówień publicznych skutkują sankcjami finansowymi. Zresztą omawiana kwestia nie ulega wątpliwości. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych opublikował nawet wytyczne do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w okresie do czasu uchwalenia i wejścia w życie nowelizacji. W wytycznych tych potwierdził, że w przypadku zamówień, których wartość jest równa wartości progów unijnych lub przekracza te progi, należy uwzględnić zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw. Problemem dla uczestników rynku zamówień publicznych

będzie jednak zastosowanie i skorzystanie z tego rodzaju rozwiązania w praktyce.

Co nowego wprowadzają dyrektywy?

ML: Ich uchwalenie zostało poprzedzone szczegółowymi badaniami nad funkcjonowaniem europejskiego systemu zamówień publicznych. Dlatego nowe dyrektywy przewidują w szczególności uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych. Wprowadzają tzw. light regime w odniesieniu do wybranych rodzajów zamówień, np. do usług obecnie klasyfikowanych jako niepriorytetowe. Nowa regulacja likwiduje zresztą podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe.

Szersze zastosowanie znajduje procedura negocjacyjna, która została dodatkowo uelastyczniona. Dyrektywy wprowadzają też rozwiązania ułatwiające dostęp do rynku zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw. Chodzi np. o dokumenty, które wykonawcy zobowiązani są składać w postępowaniu, a także o uwzględnienie potencjału wykonawczego MŚP i wprowadzenie wymogu podziału zamówienia zgodnie z zasadą „dziel lub uzasadnij”.

Dyrektywy szczegółowo regulują też możliwość modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, dopuszczając, w określonych okolicznościach, możliwość zastąpienia wykonawcy przez inny podmiot. Wprowadzają także regulację w zakresie mechanizmu płatności bezpośrednich dla podwykonawców. Pojawiła się też inna typologia oceny ofert – na pierwszy plan wysunęło się kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W dyrektywach zapisano również postanowienia dotyczące strategicznego wykorzystania zamówień publicznych. Dzięki temu, przy okazji realizacji zamówienia publicznego, możliwa będzie realizacja innych polityk państwa.

Jeśli chodzi o kwalifikacje wykonawców, dyrektywa 2014/24 koncentruje się na przesłance zdolności do wykonania zamówienia. Odchodzi m.in. od dotychczasowego podejścia, które pozwalało zamawiającym na stosowanie bardziej restrykcyjnych kryteriów wykluczenia. Jest to zmiana zasadnicza, zwłaszcza w odniesieniu do ustawodawstwa polskiego, które znane jest z bardzo restrykcyjnego stanowiska w tym zakresie (co ilustruje np. sprawa *Forposta*). Zrewidowano podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, w wyniku czego pojawiły się nowe zasady, dotychczas nieznanie prawu polskiemu.

Warto zwrócić uwagę, że dyrektywa wprowadza wyraźnie mechanizm zwany *self-cleaning defence*. Dzięki niemu wykonawca może wykazać, że podjęte przez niego środki, mimo istnienia podstaw do wykluczenia, gwarantują zdolność do wykonania przez niego zamówienia. W ten sposób wykonawca może nie dopuścić do wykluczenia go z postępowania.

Już tylko te elementy wskazują, że procedury zamówieniowe mają zyskać nową jakość, a podejście do kwalifikacji i selekcji w toku udzielenia zamówienia ma być praktyczne i w znacznym stopniu uelastycznione. Co jest dość nietypowe dla polskiego systemu zamówień publicznych.

Kiedy polskie Prawo zamówień publicznych będzie w pełni zgodne z prawem europejskim?

ML: To jest oczywiście bardzo trudne pytanie. Urząd Zamówień Publicznych przewidywał, że uchwalenie ustawy nowelizującej, mimo opóźnienia, nastąpi jeszcze w kwietniu, co raczej nie jest już realne. Natomiast dwa lata temu można było sądzić, po aktywności Komitetu Rady Ministrów, Ministerstwa Gospo-

darki i UZP, że wdrożenie nowych regulacji nastąpi sprawnie i będzie nie tylko działaniem legislacyjnym, lecz spowoduje wprowadzenie nowej jakości prawa zamówień publicznych w duchu reform na poziomie europejskim.

Proces nowelizowania ustawy Prawo zamówień publicznych przebiegał jednak nad wyraz chaotycznie. Funkcjonowało wiele konkurencyjnych projektów, z których jeden zawierał mechanicznie przekopowane przepisy dyrektywy, co oczywiście było zabiegiem niewłaściwym. Zapisy wyrażone w specyficznym języku dyrektyw nie mogłyby skutecznie i harmonijnie funkcjonować w polskim porządku prawnym.

Czas przewidywany na transpozycję dyrektywy został więc zmarnowany. W efekcie, zamiast całkowicie nowej i nowoczesnej ustawy o zamówieniach publicznych, mamy tzw. małą nowelizację, polegającą na naniesieniu poprawek do ustawy z 2004 r.

Działanie takie wynika ostatecznie wyłącznie z braku czasu na przeprowadzenie zamierzonego gruntownego procesu nowelizacji Prawa zamówień publicznych. Można przyjąć zatem, że z założenia mamy obecnie do czynienia nie z rozwiązaniem docelowym, ale z projektem z góry skazanym na dalsze poprawki.

Należy także wskazać, że obowiązkiem implementacji objęta jest także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji. Jednak prace nad tym aktem prawnym znajdują się dopiero na etapie początkowym.



Nowy katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Hanna Drynkorn

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych rozszerza katalog, wprowadzając nieznaną wcześniej prawu polskiemu przesłanki wykluczania wykonawców. Jednocześnie jednak wyraźnie odchodzi od dotychczasowego restrykcyjnego podejścia do wykluczania wykonawców. Nowymi rozwiązaniami są procedura sanacyjna oraz nadanie niektórym przesłankom charakteru fakultatywnego.

Nowelizacja uchyla wszystkie dotychczasowe przesłanki wykluczenia z postępowania, po czym wprowadza ich nowy katalog, uregulowany czytelniej niż poprzednio.

Poza zmianą katalogu przesłanek przewiduje się także dwie zasadnicze modyfikacje korzystne dla wykonawców.

Pierwszą z nich jest wskazanie niektórych dotychczasowych przesłanek wykluczenia i dodatkowo kilku nowych jako fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Drugą jest możliwość uwolnienia się przez wykonawców od negatywnych skutków wystąpienia danego zdarzenia, stanowiącego zasadniczo podstawę wykluczenia. W tym celu wykonawca powinien przedstawić tzw. środki naprawcze, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

Przesłanki fakultatywne i obligatoryjne

Projekt nowelizacji w ślad za uregulowaniami dyrektywy zakłada podział przesłanek wykluczenia wykonawców na obligatoryjne i fakultatywne. W poprzednim stanie prawnym wszystkie przesłanki wymienione w ustawie, poza zawinionym rażącym naruszeniem obowiązków zawodowych, były obligatoryjne –

jeśli zaistniały w jakimkolwiek postępowaniu, zamawiający musiał obowiązkowo wykluczyć wykonawcę.

Obecnie obligatoryjne jest wykluczenie tych wykonawców, którzy dopuścili się określonych kategorii przestępstw, uznanych przez projektodawcę za szczególnie szkodliwe dla interesu publicznego, lub naruszyli obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Jak wskazano w uzasadnieniu ustawy, „okoliczności te zawsze negatywnie oddziałują na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Prowadzą one bowiem do wypaczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i w sposób niezgodny z prawem mogą wpływać na jego wynik. Ich konsekwencją jest najczęściej szkoda zamawiającego, związana z koniecznością wyboru oferty mniej korzystnej niż w przypadku, gdyby postępowanie odbywało się w warunkach rzeczywistej konkurencji oraz opierało się na zgodnych z prawdą dokumentach i oświadczeniach wykonawców. Ponadto wpływają one negatywnie na efektywność ekonomiczną, przejrzystość i wizerunek zamówień publicznych,

a także wiążą się z nasileniem złej woli wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne”.

Z kolei w innych sytuacjach – wskazanych jako fakultatywne przesłanki wykluczenia – zgodnie z projektem nowelizacji zamawiający będzie mógł zdecydować, czy dane zdarzenie stanowi przesłankę do odrzucenia oferty (lub wniosku) czy też nie. Fakultatywne przesłanki wykluczenia zostały opisane w art. 24 ust. 5 p.z.p. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, musi wskazać te konkretne podstawy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Przesłanki wykluczenia z jednej strony mają na celu wyłonienie w postępowaniu tylko rzetelnych wykonawców, z drugiej zaś ograniczają krąg potencjalnych wykonawców. Obecnie to do zamawiającego będzie należała decyzja, czy pewne zdarzenia w historii wykonawcy czy też cechy go charakteryzujące, np. ogłoszenie upadłości, w danym przypadku są zagrożeniem dla realizacji zamówienia. Zamawiający sam więc zadecyduje, czy ująć je w katalogu przesłanek wykluczenia.

Reasumując, wykonawca będzie musiał w każdym przypadku uważnie zapoznać się z przesłankami wykluczenia – nie będą one bowiem jednolite w każdym postępowaniu tak jak dotychczas. Praktyka pokaże, czy zamawiający będą zainteresowani ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców poprzez wykorzystanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Na czym polega procedura sanacyjna?

Ustawodawca w art. 24 ust. 8-11 p.z.p. uregulował procedurę sanacyjną (tzw. *self-cleaning defence*), dzięki której wykonawca może zapo-

biec wykluczeniu go z postępowania, mimo zaistnienia podstaw do tego. W tym celu wykonawca musi przedstawić odpowiednie środki celem wykazania, że gwarantuje on wykonanie zamówienia. Rezygnuje się z formalizmu polegającego na bezwzględnym obowiązku wykluczenia wykonawcy, co do którego wystąpiła wskazana w ustawie przesłanka.

Wykonawca może skorzystać z takiej szansy w przypadku prawie wszystkich przesłanek wykluczenia. Wyjątek stanowią: niespełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak zaproszenia do dalszego udziału w postępowaniu oraz orzeczenie wobec wykonawcy tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. W pozostałych przypadkach – choć z pewnymi odmiennosciami – ustawodawca umożliwia wykonawcy uniknięcie stygmatyzacji związanej z wystąpieniem w przeszłości któregoś z wymienionych w katalogu zdarzeń.

W tym celu wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie za doznana krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania, a także podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co do którego nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania.

Jeżeli zamawiający uzna, że dowody przedstawione przez wykonawcę są niewystarczające – wyklucza wykonawcę. Pojawia się więc pytanie, jakie dowody należało będzie uznać za „wystarczające”. Kwestia ta jest oczywiście w pewnym stopniu ocenna i praktyka będzie musiała rozstrzygnąć, jakie rodzaje dokumentów będą mogły temu służyć.

Skorzystanie z procedury sanacyjnej pozostaje w gestii wykonawcy, zamawiający nie będzie podejmował jej z urzędu. Jeśli więc wykonawca nie przedstawi odpowiednich dowodów, zamawiający wykluczy go na zasadach ogólnych.

- **Przynależność do grupy kapitałowej**

Podobnie jest w przypadku podmiotów z tej samej grupy kapitałowej. W tym zakresie możliwość uniknięcia wykluczenia przewidywał także stary stan prawny. Przypomnijmy, że zasadniczo dwa podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej podlegają wykluczeniu, jeżeli oba złożą oferty (lub wnioski) w postępowaniu. Ustawodawca przewidział jednak, że w takiej sytuacji, wraz ze złożeniem oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej co inny oferent, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- **Udział w przygotowaniu postępowania**

Wskazane powyżej środki naprawcze mogą być zastosowane z inicjatywy samego wykonawcy. Inaczej jest w odniesieniu do przesłanki polegającej na udziale wykonawcy lub jego pracownika w przygotowaniu danego postępowania.

Wówczas zgodnie z art. 24 ust. 10 p.z.p. zamawiający, przed wykluczeniem wykonawcy

[obligatoryjnie – przyp. aut.] zapewnia mu możliwość udowodnienia, że jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Powyższe stanowi element procedury sanacyjnej. Warto jednak zauważyć, że przesłanka wykluczenia już sama w sobie nie jest kategoryczna, jako że przewidziano, że zamawiający może jej nie zastosować, jeśli spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zauważalna jest więc tendencja, żeby tak poważny skutek jak wykluczenie z postępowania dopuszczać tylko w sytuacjach, w których jest on absolutnie niezbędny.

Nowe przesłanki wykluczenia

- **Zmieniony katalog przestępstw i wykroczeń**

Zmieniony został katalog przestępstw, których popełnienie zawsze będzie powodowało wykluczenie z postępowania. Są to przestępstwa wylistowane w art. 24 ust. 12 lit. a) takie jak: finansowanie terroryzmu, handel ludźmi, łapownictwo, przekupstwo czynne i bierne, płatna protekcja, korupcja wyborcza, przestępczość zorganizowana, przestępstwo fraudacyjne, przestępstwo korupcyjne związane ze sportem, przestępstwo płatnej protekcji w sporcie.

Podstawą do wykluczenia będą także całe grupy przestępstw zdefiniowane w Kodeksie karnym jako przestępstwa o charakterze terrorystycznym, przeciwko wiarygodności dokumentów, przeciwko mieniu, przeciwko obrotowi gospodarczemu, przeciwko środowisku oraz przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, a także zdefiniowane przez Kodeks karny skarbowy jako przestępstwa skarbowe lub przestępstwo prania pieniędzy.

Dodatkowo jako fakultatywną przesłankę wykluczenia wprowadzono prawomocne skazanie wykonawcy lub jego organu za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub przeciwko środowisku. Podstawę wykluczenia może także stanowić – jeśli taka będzie wola zamawiającego – wydanie ostatecznej decyzji administracyjnej.

Zauważalne jest zatem promowanie celów związanych z polityką społeczną państwa wyrażającą się w ochronie praw pracowników, jak również dbałość o ochronę środowiska, poprzez utrudnianie dostępu do zamówień publicznych wykonawców, którzy dopuścili się wcześniej naruszenia wskazanych dóbr.

- **Popęlnienie przestępstwa przez członków organów**

Na nowo sformułowano przesłanki związane z udziałem w zamówieniu wykonawców, w których organach zasiadają osoby, które popełniły jedno z przestępstw uniemożliwiających ubieganie się o zamówienie. Obecnie kwestii tej dotyczy tylko jeden przepis – art. 24 ust. 1 pkt 14, który zbiorczo odnosi się do działającego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej, partnerskiej, komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazanego na jedno z przestępstw wymienionych w poprzednim punkcie. Uregulowanie jest bardziej klarowne niż w poprzednim stanie prawnym, które rozbiło na wiele podpunktów stanowiło redakcyjnie większość katalogu przesłanek wykluczenia.

- **Przesłanki mające na celu ochronę konkurencji**

Nowelizacja w ramach obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wskazuje zachowania wykonawców, które mogą prowadzić do za-

chwiania konkurencyjności w postępowaniu, a mianowicie:

- udział wykonawcy lub osoby z nim związanej w przygotowaniu postępowania,
- bezprawne wpływanie lub próba wpłynięcia na czynności zamawiającego lub pozyskania informacji poufnych, mogących dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- zawarcie z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami – jeśli zamawiający jest w stanie to wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

- **Podatki**

Wśród przesłanek obligatoryjnych znalazła się okoliczność wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Fakultatywnie natomiast – w razie wskazania takiej przesłanki w dokumentacji przetargowej – powodem wykluczenia może być naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Przepis przewiduje jednak, że zamawiający będzie mógł wykluczyć wykonawcę w takim przypadku, gdy jest w stanie to wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Trzeba jednak podkreślić, że zaleganie z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne nie będzie już tak jak dotychczas bezwzględnie przesłanką wykluczenia.



Warunki udostępniania zasobów muszą uwzględniać przedmiot i cele danego zamówienia

Hanna Drynkorn

Planowana nowelizacja Prawa zamówień publicznych, mimo że wprowadza pewne zmiany w zakresie zasad uczestnictwa podmiotów trzecich w wykonaniu zamówienia, nie rozstrzyga wszystkich wątpliwości dotychczasowej praktyki. W odniesieniu do niektórych z nich przydatne więc będą wskazówki z niedawnego wyroku TSUE.

Zmiany wprowadzone nowelizacją

W znowelizowanym Prawie zamówień publicznych kwestia polegania na zasobach podmiotów trzecich znajdzie szersze uregulowanie niż dotychczas. Zmiana prawa nie wpłynie jednak znacząco na praktykę.

Udostępnianiu zasobów został w nowelizacji poświęcony cały przepis art. 22a p.z.p., podczas gdy art. 26 ust. 2b uchylono. Ustawodawca zmienił zatem lokalizację regulacji, umieszczając ją w sekcji odnoszącej się do spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie – jak wcześniej – w sekcji dotyczącej zasad przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Doprecyzowano, że zamawiający będzie oceniał spełnienie przez takie podmioty warunków udziału w postępowaniu w zakresie udostępnianych zdolności lub sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz fakt niepodlegania wykluczeniu.

Dążąc do wylaniania podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia – realnie, a nie tylko na papierze – ustawodawca wprowadził zapis, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub

doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, gdy podmioty te realizują roboty budowlane lub usługi, do których realizacji zdolności te są wymagane.

Powyższa regulacja ma na celu uniknięcie sytuacji, w której zdolności podmiotu trzeciego posłużą wykonawcy do spełnienia warunków w postępowaniu, a następnie dana część zamówienia wymagająca odpowiedniego wykształcenia, kwalifikacji czy doświadczenia zostanie wykonana przez inny podmiot. Ma więc ona zapobiegać zjawisku „handlu referencjami”.

Nowelizacją wprowadza się także odpowiedzialność wykonawcy polegającego na sytuacji ekonomicznej i finansowej innych podmiotów ponoszoną solidarnie z tymi podmiotami za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów. Chyba że wykonawca za nieudostępnienie tych zasobów nie ponosi winy.

Wskazówki Trybunału

W nowym stanie prawnym w zakresie niektórych zagadnień aktualne pozostaną rozważania TSUE przedstawione w niedawnym wyroku z 7 kwietnia 2016 r.

Został on wydany niedługo przed końcem obowiązywania dyrektywy 2004/18/WE, która obecnie nie znajduje już zastosowania. Nie wszystkie jednak wątpliwości zostały rozstrzygnięte nową dyrektywą 2014/24/UE, a w konsekwencji także znowelizowanym Prawem zamówień publicznych.

Wskazany orzeczeniem Trybunał odpowiadał na pytania prejudycjalne zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO). Powzięła ona wątpliwości w sprawie pomiędzy firmą Partner (Apelski Dariusz) a Zarządem Oczyszczania Miasta w Warszawie (C-324/14). Przedmiotem zamówienia było kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni warszawskich ulic w sezonie zimowym i letnim w latach 2014-2017. Wątpliwości KIO dotyczyły m.in. zasad polegania na zasobach podmiotów trzecich, możliwości sumowania potencjałów podmiotów trzecich oraz możliwości udostępniania zasobów w postaci doradztwa.

Wskazówki Trybunału w większości nie są kategoryczne, ale wynika z nich jasno, że warunki skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego w każdym przypadku będą zależały od przedmiotu, celu i specyfiki zamówienia. Trybunał odwołuje się bardziej do rozsądku niż do sztywnych zasad. Jednak tam, gdzie brak jednoznacznych zasad, pole do sporów jest większe.

Poleganie na zasobach podmiotów trzecich – zasada, a nie wyjątek

Trybunał stwierdził przede wszystkim, że możliwość skorzystania przez wykonawcę z zasobów innych podmiotów należy traktować jako zasadę, a nie wyjątek. Uprawnienie to nie może być zatem nadmiernie ograniczane przez zamawiających. Jak stwierdził Trybunał, zapisana w dyrektywie (a także w polskiej ustawie Prawo zamówień publicznych) możliwość polegania na zdolnościach innych

podmiotów „w stosownych sytuacjach” nie może być interpretowana w ten sposób, że można się na nie powoływać wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

Nowelizacja utrzymuje możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich „w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia” (będzie ona uregulowana w art. 22a p.z.p.) – tak jak dyrektywa. Wykładnia TSUE wskazująca na szerokie uprawnienie do polegania na zdolnościach podmiotów trzecich pozostanie zatem aktualna – z zastrzeżeniem jednej istotnej zmiany, którą ma wprowadzić nowelizacja.

Prawo zamówień publicznych przewiduje, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę poszczególnych części zamówienia¹. Projekt nowelizacji, w ślad za dyrektywą, zakłada, że takie zastrzeżenie będzie również wykluczało skorzystanie ze wsparcia podmiotu udostępniającego zasoby – uchylony zostanie przepis art. 36a ust 3 p.z.p.

To ważna zmiana. Dotychczas podmiot udostępniający zasoby był w tym zakresie traktowany na równi z samym wykonawcą. To, co mógł wykonać wykonawca, mógł wykonać także podmiot trzeci. Jedynie podwykonawcom nie można powierzyć określonych części zamówienia – tych, które zostały w myśl art. 36a p.z.p. uznane przez zamawiającego za kluczowe (roboty budowlane lub usługi) lub zastrzeżone przez zamawiającego prace związane z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

¹ Zgodnie z art. 36a ust. 2 Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) Kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
- 2) Prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zasady powoływania się na zasoby innych podmiotów

Projekt nowelizacji nie wprowadza zmian co do wymaganego sposobu powoływania się na zasoby podmiotów trzecich. Utrzymany został ogólny obowiązek wykonawcy do udowodnienia, że faktycznie będzie dysponował określonymi zasobami. Dowodem takim może być przedstawienie oświadczenia zawierającego zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów.

W tym zakresie aktualna pozostaje odpowiedź TSUE na pytanie KIO dotyczące tego, czy zamawiający może wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady określające współpracę wykonawcy z podmiotami udostępniającymi zasoby.

W tym kontekście Trybunał w wyroku z 7 kwietnia 2016 r. wskazał, że zamawiający nie może ograniczać uprawnień do powoływania się na zdolności innych podmiotów. W szczególności nie może on z góry wskazywać określonych zasad, na jakich wykonawca może powołać się na zdolności tych podmiotów. Zasadniczo zatem oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań z podmiotami, na których zdolnościach polega².

Jednocześnie jednak Trybunał wskazał wyjątek od powyższej zasady. Otóż zamawiający, aby zagwarantować prawidłowe wykonanie danego zamówienia, może w szczególnych okolicznościach wskazać szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów. Musi to oczywiście zostać uregulowane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ.

² Podobnie wyrok z 2 grudnia 1999 r. *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo.

Jak podkreślił Trybunał, określone przez zamawiającego zasady muszą być związane z przedmiotem i celami konkretnego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich. Ponownie zatem możliwość ograniczenia prawa wykonawcy do skorzystania z zasobów podmiotów trzecich została uzależniona od racjonalnego jej uzasadnienia w konkretnym przypadku.

Sumowanie potencjałów podmiotów trzecich

Trybunał, odpowiadając na kolejne pytanie KIO, wyjaśnił, że zasadniczo wykonawca może sumować zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą.

Wskazał jednak, że w wyjątkowych przypadkach ustanowienie przez zamawiającego ograniczenia co do możliwości sumowania potencjałów podmiotów trzecich jest dopuszczalne – szczególnie gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane wymagające pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji zamawiający może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny³. Jak widać, ocena zawsze będzie wymagała uwzględnienia okoliczności każdej konkretnej sprawy.

³ Wyrok z 10 października 2013 r. *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35.

Udostępnienie zasobów w postaci doradztwa

W praktyce kontrowersje budzi wykorzystanie zasobów podmiotu trzeciego w postaci jego doradztwa. Doradztwo rozumiane jako udzielanie fachowych porad jest wsparciem często trudnym do uchwycenia, co może budzić wątpliwości co do jego realności. Będzie tak szczególnie wtedy, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonywanie czynności faktycznych, polegające np. na odśnieżaniu i oczyszczaniu ulic – tak jak w sprawie, na której tle wypowiedział się Trybunał. W sprawie tej dodatkowe wątpliwości budził fakt, że doradztwo świadczyła firma z Grudziądza – oddalona o ok. 230 km od miejsca wykonania zamówienia. Usługi doradcze miały polegać na przeszkoleniu pracowników oraz udzielaniu pomocy w rozwiązywaniu problemów mogących się pojawić na etapie realizacji zamówienia, przy całkowitym braku bezpośredniego udziału w wykonywaniu zamówienia.

TSUE uznał ponownie, że w tej sytuacji do KIO należy ustalenie – z uwzględnieniem wszystkich szczególnych elementów zamówienia – czy takie udostępnienie może zostać dokonane w sposób odpowiadający wymogom ugruntowanego już w tym zakresie orzecznictwa, zatem w sposób realny. Wskazał jednocześnie, że nie można wykluczyć, że w przedmiotowej sprawie sposób ten może być uznany za niewystarczający do zapewnienia, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby.

Trybunał podkreślił, że warunkiem uznania, że wykonawca skutecznie powołał się na za-

soby innego podmiotu, jest udowodnienie, że w konkretnej sprawie wykonawca rzeczywiście może dysponować zasobami innych podmiotów. Zdecydowanie nie może ono służyć wykonawcy jedynie na potrzeby uczestnictwa w przetargu.

Podsumowanie

Konkluzje TSUE w zasadzie w odniesieniu do każdego z zadanych pytań wymagają od zamawiających (oraz ewentualnie Krajowej Izby Odwoławczej) oceny sytuacji w każdym konkretnym przypadku z uwzględnieniem specyficznych okoliczności danej sprawy.

Warto zawrócić uwagę, że Trybunał w ramach dokonywanej przez siebie interpretacji przepisów dyrektywy nie formułuje jednoznacznych zakazów czy nakazów, do których powinny zastosować się państwa członkowskie. Przeciwnie, TSUE – wyraźnie wskazując na konieczność zachowania zasad adekwatności oraz proporcjonalności – co do zasady przerzuca na instytucje stosujące prawo zamówień w krajach członkowskich ciężar oceny granic dopuszczalności oraz zasad powoływania się na zasoby podmiotów trzecich. Nie jest to oczywiście jednoznaczne z przyznaniem im pełnej swobody w tym zakresie. Urealnieniu udostępniania zasobów ma służyć także nowa regulacja, choć, jak wskazano, nie jest ona wyczerpująca w kontekście dążenia do osiągnięcia tego celu. Interpretacja przepisów będzie więc wymagała ustalenia takiego znaczenia, aby ich stosowanie pozostawało w zgodzie z wyrokiem TSUE.



Elektronizacja zamówień publicznych

Serom Kim

Rozwój technologii informatycznej przyczynił się do zmiany systemu zamówień publicznych. Nareszcie zostanie uchwalona nowelizacja, która wprowadzi obowiązek komunikacji elektronicznej pomiędzy zamawiającym a potencjalnymi wykonawcami.

Obowiązkowa komunikacja elektroniczna jest tylko jedną z wielu instytucji zmierzających do elektronizacji zamówień publicznych. Innymi elementami elektronizacji zamówień publicznych są funkcjonujący już dynamiczny system zakupów czy aukcja elektroniczna, a także nowa instytucja – katalog elektroniczny.

Celem zmian jest ułatwienie procesu udzielania zamówień oraz poprawa efektywności prowadzonych postępowań.

Komunikacja elektroniczna

Zgodnie z definicją legalną „środkami komunikacji elektronicznej” są poczta elektroniczna i faks. Projekt nowelizacji przewiduje między innymi obowiązek publikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego i udostępnienia dokumentacji postępowania za pomocą środków komunikacji elektronicznej. W formie elektronicznej mają być też składane wnioski lub oferty, przy czym pod rygorem nieważności muszą być one podpisane elektronicznym podpisem bezpiecznym⁴. Komunikacja elektroniczna ma być prowadzona za pośrednictwem platformy „profilu nabywcy”⁵, która pozwoli na sporządzanie

dokumentów elektronicznych, udostępnienie, przekazanie i przechowywanie dokumentów elektronicznych. W ten sposób dokumenty papierowe mają zostać wyeliminowane na rzecz plików elektronicznych.

Obowiązek stosowania innowacyjnych metod komunikacji nie jest bezwzględny i ustawa przewiduje katalog wyjątków. Rezygnacja z tej formy komunikacji jest uzasadniona przede wszystkim ze względów technicznych, kiedy użycie środków komunikacji elektronicznej wiąże się z korzystaniem ze specjalistycznych urządzeń, aplikacji/programów lub formatów, albo technicznie nie ma możliwości przesłania dokumentu w formie elektronicznej. Ponadto zamawiający może zdecydować się na tradycyjne metody komunikacji w przypadku przekazywania informacji wrażliwych, gdy środki komunikacji elektronicznej nie zapewniają dostatecznej ochrony.

Realizacja założeń ustawowych

Projekt ustawy wskazuje, że w zakresie powyższych zmian nowe przepisy zaczną obowiązywać centralnych zamawiających od 18 kwietnia 2017 r., natomiast pozostałych zamawiających od 18 października 2018 r. Mimo uchwalenia nowelizacji wykonawcy będą musieli zatem jeszcze długo czekać na faktyczny kontakt elektroniczny z zamawiającym.

⁴ Bezpieczny podpis elektroniczny nie jest powszechnym narzędziem, jednak wymóg jego stosowania nie ogranicza dostępu do zamówień publicznych, ponieważ każdy może uzyskać e-podpis bezpłatnie.

⁵ Profil nabywcy miał stanowić element platformy e-Zamówienia, na której oprócz profilu nabywcy miały się znaleźć Biuletyn Zamówień Publicznych oraz aukcja elektroniczna. Ze względu na brak środków na sfinansowanie tej inwestycji elektronizacja zamówień

będzie na poziomie minimalnym spełniającym wymogi unijne.

Długi okres przejściowy ma przede wszystkim umożliwić zamawiającym przygotowanie się pod względem technicznym, ponieważ wprowadzenie obowiązku komunikacji elektronicznej wymaga dodatkowych czynności zarówno od zamawiającego, jak i wykonawcy.

Elektronizacja systemu zamówień publicznych osiągnie zakładany cel, tj. przyspieszy i ułatwi procedury udzielenia zamówienia publicznego, tylko jeśli zostanie przygotowane odpowiednie zaplecze techniczne. Warto podkreślić, że to na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia platformy umożliwiającej komunikację z wykonawcami w sposób niedyskryminujący, która nie będzie ograniczać dostępu wykonawców do postępowania. Dyrektywa unijna w tym zakresie kładzie nacisk na unifikację urządzeń i żądanych formatów w skali całego rynku.

Komunikacja elektroniczna nie powinna też prowadzić do naruszenia innych zasad postępowania przetargowego. Stosowany przez zamawiających środek przede wszystkim powinien zapewniać nieujawnienie treści wniosków i ofert do ustalonego czasu otwarcia ofert, a także gwarantować, że pewne informacje będą dostępne wyłącznie dla osób

upoważnionych. Jednocześnie zamawiający musi zagwarantować bezpieczeństwo danych i ograniczyć osobom nieuprawnionym dostęp do platformy.

Strona techniczna to nie wszystko, by faktycznie wzrosła efektywność systemu zamówień publicznych. Konieczna jest także akceptacja nowych rozwiązań. Okres przejściowy pozwoli zamawiającym i wykonawcom przyzwyczaić się do nowego systemu. Większość zamawiających jest konserwatywna w swoich działaniach i woli stosować od dawna sprawdzone praktyki. Wprowadzenie całkowicie nowych rozwiązań, takich jak komunikacja elektroniczna, zmusza do zmian i będzie wymagać od zamawiających opracowania nowej metodyki działań. Również wykonawcy będą musieli nabrać zaufania do wirtualnych środków. Zwłaszcza że e-komunikacja to nie koniec, tylko element pewnej tendencji. Ministerstwo Rozwoju pracuje nad dalszą elektronizacją, mianowicie w sprawie e-faktur. Ustawa w tym przedmiocie ma wejść w życie już w styczniu 2018 r.

Jednolity europejski dokument zamówienia

Natalia Rutkowska, Maria Hejda

Jedną z ważniejszych zmian w ramach nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych jest wprowadzenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, który ma znacząco ułatwić wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Z perspektywy prawa unijnego

Dyrektywa 2014/24/UE w swojej preambule (pkt 84) wskazuje, że jedną z głównych przeszkód uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikają-

ce z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących przesłanek wykluczenia i kryteriów kwalifikacji (warunków udziału w postępowaniu). Ograniczenie takich wymogów

mogłoby odformalizować procedurę i zachęcić szersze grono przedsiębiorców do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym dyrektywa wprowadza jednolity europejski dokument zamówienia (ang. ESPD – *European Single Procurement Document*; stosowany jest również polski skrót – JEDZ). To rozwiązanie ma na celu przede wszystkim odformalizowanie procedur oraz ich znaczne uproszczenie w systemie zamówień publicznych. Taki instrument to nic innego jak rozbudowane oświadczenie własne przedsiębiorcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania. W konsekwencji tylko od wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najlepszą, będzie można wymagać przedstawienia wszystkich niezbędnych zaświadczeń i dokumentów. Rozwiązanie zaproponowane przez komisarz ds. rynku wewnętrznego, przedsiębiorczości oraz małych i średnich przedsiębiorstw Elżbietę Bieńkowską miało zlikwidować obciążenia administracyjne nakładane na małych i średnich przedsiębiorców oraz wykonawców stających do postępowania transgranicznych.

W dniu 6 stycznia br. w Dzienniku Urzędowym UE zostało opublikowane rozporządzenie wykonawcze Komisji Europejskiej 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Około dwudziestostronicowy dokument ma być docelowo wypełniany jedynie elektronicznie. W chwili obecnej w krajach, w których już funkcjonuje ESPD, każdy z wykonawców wypełnia oświadczenie ręcznie, a dla przyspieszenia procedury może przekazać dokument w formie skanu. Każde państwo członkowskie zobowiązane jest do stworzenia systemu informatycznego pozwalającego na wypełnianie, pozyskiwanie i wymianę formularzy pomiędzy stronami postę-

powania. Takie rozwiązanie powinno zostać zrealizowane najpóźniej do końca 2018 r. (także w Polsce).

Formularz powinien być ułatwieniem dla wykonawców biorących udział w transgranicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ występować będzie on we wszystkich językach UE, zastępując w założeniu dokumenty krajowe, często odmienne od siebie pod względem formy. Dodatkowo art. 59 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje stworzenie bezpłatnej krajowej bazy danych, dzięki której zamawiający będą mieli dostęp do wszelkich niezbędnych dokumentów i zaświadczeń.

Niestety unijne dokumenty nie przedstawiają rozwiązania w sposób kompleksowy. Nie znajdziemy w nich informacji na temat ponoszenia kosztów obsługi bazy czy – jak w przypadku postępowań transgranicznych – kosztów związanych z tłumaczeniem dokumentów. Dowiadujemy się natomiast, że jeżeli zamawiający może skorzystać z takiej bazy danych, to wykonawca nie jest zobowiązany do przedłożenia dokumentacji w oryginale.

Dodatkowo należy pamiętać, że każde państwo członkowskie jest zobowiązane wdrożyć system e-Certis. Platforma e-Certis spełniać będzie funkcję repozytorium zaświadczeń, z których przede wszystkim powinni korzystać zamawiający. Na podstawie art. 61. dyrektywy Komisja Europejska udostępnia system i nim zarządza, natomiast odpowiednie zespoły krajowe czuwają nad aktualizacją zawartych w systemie informacji.

Z perspektywy prawa polskiego

Rozwiązania dotyczące ESPD znalazły odzwierciedlenie w ustawie nowelizującej. Zgodnie z nowym art. 25a p.z.p. wraz ze składaniem wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert w postępowaniach, w któ-

rych wartość zamówienia jest równa kwotom lub przekracza kwoty, od których uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, zamawiający będą przyjmować jednolity europejski dokument zamówienia, który będzie dowodem wstępnym zastępującym zaświadczenia i inne dokumenty wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie (art. 25a ust. 1 p.z.p.). Informacje zawarte w jednolitym dokumencie mają stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Polskie prawo umożliwia wykonawcy wykorzystanie informacji zawartych w ESPD w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że wykonawca dodatkowo potwierdzi aktualność tych informacji (art. 25a ust. 6 p.z.p.).

Ponadto nowelizacja wskazuje zasady składania ESPD przez wykonawców startujących w przetargu w konsorcjum lub korzystających w przetargu z potencjału podmiotów trzecich (art. 25a ust. 3 i 4). Jeśli wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów, ma on obowiązek złożyć ESPD tych podmiotów w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby. Z kolei jeśli wykonawcy wspólnie ubiegają się o zamówienie, jednolity dokument składa każdy z tych wykonawców. Złożone ESPD powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji.

Zgodnie z podstawowym celem wprowadzenia ESPD zamawiający będzie wymagał dokumentów potwierdzających warunki udziału dopiero przed udzieleniem zamówienia publicznego od tego wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie zamawiający będzie mógł zwrócić

się do wykonawców na każdym etapie postępowania o przedłożenie wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału lub kryteriów selekcji, jeżeli będzie to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Jeśli informacje lub dokumenty złożone przez wykonawców potwierdzające spełnianie warunków udziału lub kryteriów selekcji lub brak przesłanek wykluczenia są niekompletne, błędne lub budzą wątpliwości, zamawiający będzie mógł zażądać złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia stosownych informacji lub dokumentów we wskazanym przez siebie terminie (art. 26 ust. 3 p.z.p.).

Możliwe wątpliwości

Przepisy unijne w zakresie ESPD wymagają mądrych i kompleksowych rozwiązań implementacyjnych krajowego ustawodawcy. Sama idea ESPD jest jak najbardziej słuszna, jednak pamiętać należy, że rozwiązania z pozoru prostsze nie zawsze są lepsze. I tak, choć nowelizacja dokonuje implementacji dyrektywy, nie rozwija interpretacyjnych wątpliwości związanych ze stosowaniem ESPD. Chodzi tutaj między innymi o następujące kwestie:

- zachowanie zamawiającego w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie przedstawi stosownych dokumentów – wydaje się, że brakuje odpowiedzi na pytanie, czy w takiej sytuacji zamawiający powinien wybrać następnego w kolejności wykonawcę, dokonać ponownej oceny ofert czy też unieważnić postępowanie;
- daty zaświadczeń – skoro celem ESPD jest uproszczenie procedury ubiegania się o zamówienie, a zaświadczenia ma przedstawiać wyłącznie wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, logiczne wydaje się, że takie zaświadczenia

powinny być pozyskiwane po dokonaniu oceny ofert przez zamawiającego. Tymczasem nie zmieniono zasady, że stosowne dokumenty powinny wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co w praktyce może zniweczyć główny cel ESPD;

- brak kompletnej regulacji dotyczących funkcjonowania baz danych – chociażby w zakresie kosztów ich funkcjonowania (np. kto będzie ponosić koszty uzyskiwania zaświadczeń z zagranicznych baz danych w przypadku wykonawców z innych krajów niż Polska, ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Biorąc pod uwagę, jak istotny wpływ na polską gospodarkę ma strefa zamówień publicznych, powinno się poświęcić wiele uwagi rozwiązaniom typu ESPD, które z założenia mają harmonizować prawo państw członkowskich, jednak z uwzględnieniem ich odrębnej specyfiki oraz realiów, w jakich będą wykonywane. Rzecz jasna dużo będzie zależeć od praktyki stosowania art. 25b p.z.p., jednak już w tym momencie można się zastanawiać, czy nie będzie konieczne uszczegółowienie przepisów dotyczących jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w ramach kolejnej nowelizacji Prawa zamówień publicznych.

Innowacyjność w zamówieniach publicznych

Serom Kim

Projekt nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje – w ślad za dyrektywą 2014/24/UE – zmiany zmierzające do promocji innowacyjności także w zamówieniach publicznych.

Nie ma wątpliwości, że jedną z bardziej znaczących zmian wprowadzonych nowelizacją Prawa zamówień publicznych jest ustanowienie nowej procedury – partnerstwa innowacyjnego. Warto jednak zwrócić uwagę również na zmiany w negocjacyjnych trybach udzielenia zamówienia – dialogu konkurencyjnym oraz negocjacjach z ogłoszeniem. Nowelizacja ustawy pozwoli na wprowadzenie innowacyjnych rozwiązań w miejsce dotychczasowych sztywnych ram zamówienia. Projektowane zmiany mają skłonić zamawiających, by zaufali wiedzy i doświadczeniu

wykonawców, którzy oferują rozwiązania nowe, nietypowe – zatem innowacyjne.

Tryby negocjacyjne – negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny

Projekt ustawy ujedynolicił i zmienił przesłanki zastosowania negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego. Zmiana ta oczywiście prowadzi do rozszerzenia możliwości stosowania trybów negocjacyjnych np. w celu poszukiwania innowacyjnych rozwiązań przez zamawiających. Po wejściu w życie nowelizacji zamawiający będzie mógł wybrać tryb ne-

gocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, jeżeli zaistniała co najmniej jedna z niżej wymienionych okoliczności:

1. w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie oferty zostały odrzucone ze względu na niezgodność ich treści z ustawą lub SIWZ, ze względu na rażąco niską cenę lub kosztów albo z tego względu, że zostały one złożone przez wykonawców wykluczonych z postępowania, lub zamawiający unieważnił postępowanie z tego względu, że ceny wszystkich ofert przekraczały kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
2. wartość zamówienia jest mniejsza niż tzw. progi unijne;
3. rozwiązania dostępne na rynku, bez ich dostosowania, nie mogą zaspokoić potrzeb zamawiającego;
4. roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne;
5. zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub warunkowań prawnych lub finansowych lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami;
6. zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej lub referencji technicznej.

Z jednej strony nowe przepisy rozszerzają krąg potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony dają zamawiającemu narzędzia pozwa-

lające na ograniczenie tego kręgu w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty w sposób dogodny, a zarazem realizujący zasady prawa zamówień publicznych.

Selekcja i redukcja

Jeżeli liczba ofert wstępnych lub wniosków jest większa niż liczba wykonawców zaproszonych do złożenia ofert, zamawiający dokonuje wyboru wykonawców na podstawie obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów – tzw. kryteriów selekcji uprzednio ustalonych i wskazanych w ogłoszeniu.

Niemniej jednak należy wskazać, że obecne przepisy również nakazują wybierać wykonawców zaproszonych do złożenia ofert w sposób niedyskryminacyjny i obiektywny, a w praktyce zamawiający w ogłoszeniu wskazują kryterium, na podstawie którego dokonają selekcji wykonawców. Zmiana w tym zakresie jest więc formalnym ugruntowaniem istniejącej praktyki.

Ponadto projekt ustawy przewiduje możliwość zmniejszenia liczby ofert poprzez podział negocjacji na poszczególne etapy. W tzw. fazie redukcji zamawiający ogranicza liczbę ofert, stosując niektóre lub wszystkie kryteria oceny ofert. Taka procedura jest dopuszczalna tylko w przypadku, gdy zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu. Ma też ona odpowiednie zastosowanie do dialogu konkurencyjnego, w którym w fazie redukcji następuje zmniejszenie liczby rozwiązań zaproponowanych przez uczestników dialogu.

Warto również zwrócić uwagę na dopuszczalność dokonania zmian umowy w przypadku dialogu konkurencyjnego. Projekt ustawy dopuszcza możliwość negocjacji warunków umowy w celu dostosowania zobowiązań wynikających z oferty po wyborze najkorzystniejszej oferty. Oczywiście dopusz-

czalność zmian jest ograniczona i nie może dotyczyć istotnych elementów oferty ani powodować zmiany potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu. Co więcej, nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Partnerstwo innowacyjne

Ukoronowaniem wsparcia dla innowacyjności w projekcie ustawy jest oczywiście wprowadzenie nowego trybu udzielania zamówienia publicznego – partnerstwa innowacyjnego. Umożliwia ono dostęp do realizacji projektów publicznych przedsiębiorcom z sektora badawczo-rozwojowego (B+R).

Ten tryb służyć będzie zaspokojeniu potrzeb zamawiającego na innowacyjne produkty, usługi lub roboty budowlane – tj. nowe lub znacznie udoskonalone produkty, usługi lub procesy (w tym procesy produkcji, budowy lub konstrukcji, a także nowe metody marketingowe lub organizacyjne stosowane w działalności przedsiębiorczej, przy organizowaniu pracy lub w relacjach zewnętrznych).

Procedura udzielenia zamówienia będzie oparta na trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający będzie zobowiązany do weryfikacji potencjału partnera co do opracowania i wdrożenia innowacyjnych produktów, gdyż partnerstwo obejmuje nie tylko proces badań i rozwoju, ale także zakup opracowanych i wytworzonych przedmiotów.

Zamawiający, w zależności od swoich potrzeb, będzie też mógł wybrać kilka ofert

i zawrzeć umowy z kilkoma partnerami. Proces realizacji zamówienia uwzględni specyfikę działalności B+R. Partnerstwo jest podzielone na etapy odpowiadające poszczególnym etapom procesu badawczo-rozwojowego. Jednocześnie zamawiający ustala cele pośrednie. Osiągnięcie poszczególnych etapów lub ustalonych celów pośrednich będzie podstawą do zapłaty wynagrodzenia oraz kontynuacji pracy.

Ustanowienie podstawy do podjęcia przez podmioty publiczne działalności w sektorze B+R jest oczywiście istotnym krokiem ku innowacyjności. Zamawiający będą mogli sfinansować projekty B+R i zarządzać takimi projektami, o ile znajdują się one w zakresie zadań publicznych.

Dziś takie rozwiązanie wciąż wydaje się abstrakcyjne, dlatego warto wskazać, że w Europie już ono funkcjonuje. Komisja Europejska ustanowiła trzy partnerstwa w obszarach zaopatrzenia w surowce, zrównoważonego rolnictwa oraz aktywnego i zdrowego starzenia się. Z punktu widzenia zadań publicznych są to dziedziny kluczowe dla rozwoju państwa, a jednocześnie prywatne przedsiębiorstwa niechętnie w nie inwestują. Można się spodziewać, że w polskim systemie zamówień publicznych zamówienia w postaci partnerstwa innowacyjnego będą udzielane w takich właśnie obszarach.



Zamówienia typu in-house

Natalia Rutkowska

Pojęcie zamówienia typu in-house, tj. zamówienia udzielanego przez podmiot publiczny innemu podmiotowi publicznemu, nie jest obce polskiemu prawu. Nowelizacja Prawa zamówień publicznych wprowadza jednak bardzo duże zmiany w tym zakresie.

Zgodnie z obowiązującym od 2010 r. art. 4 ust. 13 p.z.p. z zakresu Prawa zamówień publicznych wyłączone są zamówienia udzielane instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej będący organem wykonującym funkcje organu założycielskiego tej instytucji. Wyłączenie to obowiązuje, jeżeli spełnione są łącznie trzy warunki:

- zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu,
- organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności wpływa na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
- przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Dyrektywa 2014/24/UE znacząco rozszerza możliwość udzielania zamówień typu *in-house*. Jej przepisy umożliwiają niestosowanie procedury zamówień publicznych w przypadku udzielania zamówień szerokiej grupie m.in. jednostek budżetowych, spółek państwowych lub samorządowych. Próba implementacji

dyrektywy w tym zakresie napotkała jednak opór przedsiębiorców. Jak czytamy w uzasadnieniu nowelizacji ustawy, strona pracodawców i pracowników Rady Dialogu Społecznego sprzeciwiła się wprowadzeniu przepisów dotyczących zamówień *in-house* (poparcie dla zmian wyraziły za to zespoły Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu). Wskazywano m.in., że rozszerzenie zastosowania zamówień *in-house* ograniczy konkurencję i może doprowadzić nawet do likwidacji prywatnego rynku usług użyteczności publicznej.

W wyniku oporu części środowisk odnośnie do zamówień *in-house*, zamiast zupełnie wyłączyć zastosowanie ustawy do tego typu zamówień, ustalono, że zamówienia *in-house* będą udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Projekt nowelizacji wprowadza pięć kategorii umów zawieranych pomiędzy podmiotami sektora publicznego:

- 1) zamówienia publiczne udzielane podmiotom kontrolowanym (tzw. zamówienia typu *in-house*),
- 2) zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany kontrolującemu go zamawiającemu (odwrócona relacja typu *in-house*),
- 3) zamówienia publiczne udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez

tego samego zamawiającego (siostrzana relacja typu *in-house*),

- 4) zamówienia publiczne udzielane podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez kilku zamawiających,
- 5) powierzenie zadania w ramach horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej.

Poniżej omawiamy szczegółowo warunki udzielenia zamówienia publicznego w poszczególnych przypadkach.

- 1) Zamówienia publiczne udzielane podmiotom kontrolowanym (tzw. zamówienia typu *in-house* – art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p.) – zamówienia udzielane przez zamawiającego (o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 1-3a p.z.p.) osobie prawnej, jeżeli spełnione zostaną łącznie następujące warunki:

- zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę,
- w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

- 2) Zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany kontrolującemu go zama-

wiającemu (odwrócona relacja typu *in-house*) oraz zamówienia publiczne udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez tego samego zamawiającego (siostrzana relacja typu *in-house*) – art. 67 ust. 1 pkt 13 p.z.p. – zamówienia udzielane przez osobę prawną innemu zamawiającemu, który sprawuje nad nią kontrolę, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, pod warunkiem, że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

- 3) Zamówienia publiczne udzielane podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez kilku zamawiających (art. 67 ust. 1 pkt 14 p.z.p.), jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- zamówienia udziela zamawiający określony w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a p.z.p.,
- zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 p.z.p., sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
 - o w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
 - o uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz

istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
 - zostaną spełnione pozostałe dwa warunki, charakterystyczne dla zamówień typu *in-house* (tj. ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego oraz brak jest bezpośredniego udziału kapitału prywatnego).
- 4) Powierzenie zadania w ramach horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej (art. 67 ust. 1 pkt. 15 p.z.p.) – umowa może być zawarta pomiędzy co najmniej dwoma zamawiającymi (w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a p.z.p.), jeżeli:
- ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni zobowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów, oraz
 - wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, oraz
 - zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Wśród przedsiębiorców szczególne kontrowersje wywołuje fakt, że w wyniku nowelizacji możliwością udzielania zamówień *in-house* zostaną objęte również umowy powierzenia przez wójta, burmistrza albo prezydenta miasta odbierania lub odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właści-

cieli nieruchomości. Dotychczas, zgodnie z art. 6d ust. 1 w zw. z art. 6g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, takie umowy mogły być zawierane wyłącznie w drodze przetargu.

Ze względu na opór przedsiębiorców oraz trwające w dalszym ciągu prace nad projektem nowelizacji los zamówień *in-house* nie został jeszcze ostatecznie przesądzony. Niemniej jednak należy zauważyć, że wprowadzenie możliwości udzielania zamówień *in-house* w obecnie proponowanym kształcie przynajmniej do pewnego stopnia umożliwiłoby ich kontrolę (w odróżnieniu od pomysłu ich całkowitego wyłączenia z zakresu Prawa zamówień publicznych). Istniałby chociażby obowiązek opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki. Dopuszczalna byłaby też możliwość złożenia odwołania od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z tego trybu, a umowa zawarta w tym trybie byłaby jawna.

Jednocześnie ustawodawca zaostrzył przesłanki udzielania zamówień *in-house* w stosunku do dyrektywy tak, aby podmioty, które otrzymują zlecenia bez przetargu, możliwie nie uczestniczyły w konkurencji na otwartym rynku (można to osiągnąć np. poprzez zwiększenie ilości działalności kontrolowanej osoby prawnej polegającej na wykonywaniu zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę z 80% do 90%). Należy też podkreślić, że zgodnie z treścią znowelizowanego art. 67 p.z.p. zastosowanie zamówień *in-house* (także w zakresie odpadów) będzie tylko prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego.



Modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego – wbrew pozorom bez zmian

Mirella Lechna

Planowana nowelizacja Prawa zamówień publicznych tylko z pozoru zmienia zasady modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tak naprawdę decydujące znaczenie nadal mają reguły wypracowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE i zebrane w dyrektywie 2014/24.

Kontrola procesu modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika z konieczności zapewnienia, aby na skutek zmiany aktualnej relacji kontraktowej stron nie doszło do sytuacji, w której *de facto* ma miejsce udzielenie nowego zamówienia z pominięciem procedur gwarantujących uczciwą konkurencję, równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie oraz transparentność działań zamawiającego.

Dotychczasowe prawo na poziomie europejskim, tj. dyrektywa 2004/18, nie zawierało regulacji dotyczącej zmiany umowy. Jednak reguły dotyczące modyfikacji umów o zamówienie publiczne (i, w szczególności, reguły pozwalające odróżnić zmiany dopuszczalne od zmian wymagających przeprowadzenia nowej procedury przetargowej) zostały już dawno wypracowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. Najbardziej znaczącym orzeczeniem w tym zakresie jest wyrok TSUE z 2006 r. w sprawie C-454/06 *Pressetext*.

W 2014 r. wytyczne i zasady mające zastosowanie do zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikające z wyroku w sprawie *Pressetext* i innych, zostały skodyfikowane w art. 72 nowej dyrektywy 2014/24.

Obecnie kwestie dopuszczalności zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w polskim prawie reguluje artykuł 144 p.z.p. w treści ustalonej 22 grudnia 2009 r. Ten sam przepis będzie miał także, co do zasady, zastosowanie do umów zawartych przed datą wejścia w życie nowelizacji.

Warto wskazać, że w okresie do 2009 r. obecny art. 144 był dwukrotnie nowelizowany w związku z zastrzeżeniami zgłoszonymi przez Komisję Europejską dotyczącymi jego niezgodności ze wspólnotowymi dyrektywami 2004/17/WE, 2004/18/WE, 89/665/EWG oraz Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską oraz, co wyraźnie wynika z uzasadnienia ustawy z tego okresu, w celu uwzględnienia orzecznictwa TSUE.

Sam ustawodawca w 2009 r. w taki sposób wyjaśniał znaczenie zasad zawartych w art. 144: „Obecnie art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zakazuje wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego zmian w stosunku do treści oferty, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej

zmiany. W celu uelastycznienia i usprawnienia procesu udzielania zamówień publicznych, a zarazem uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tj. w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta* oraz w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, proponuje się, aby zakaz zmiany umowy o zamówienie publiczne dotyczył wyłącznie zmian istotnych postanowień umowy. Dopuszczalne będą zatem zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”.

W efekcie, mimo że na tle obecnej szczegółowej regulacji zawartej w dyrektywie 2014/24 treść art. 144 p.z.p. jest skąpa (i nawet przez polskiego ustawodawcę określana jako wprowadzająca „niejednoznaczne warunki dopuszczalnej zmiany umowy o zamówienie publiczne”), to do jego interpretacji w pełni znajdują zastosowanie zasady zmiany umowy skodyfikowane w art. 72 dyrektywy 2014/24, jako że swoje źródło znajdują one w dotychczasowym orzecznictwie TSUE.

Założenia ustawodawcy europejskiego opisującego dopuszczalny zakres zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego opierają się na ocenie istotności danej zmiany. Należy zweryfikować, czy wskutek zmiany powstanie sytuacja, w której należy uznać, że mamy do czynienia z nowym zamówieniem, wymagającym wszczęcia procedury w celu jego udzielenia. W efekcie przepis art. 72 dyrektywy 2014/24 wyraźnie potwierdza ogólne zasady testu istotności ustalone w sprawie *Pressetext*.

Art. 72 (1) dyrektywy wymienia przesłanki zmiany umowy w sprawie zamówienia, które przesądzają o nieistotności wprowadzonej na ich podstawie zmiany. Należą do nich zmiana umowy na podstawie klauzul przeglądowych, niezbędne zamówienia dodatkowe, okoliczności zewnętrzne i zastąpienie wykonawcy przez następcę prawnego lub inny podmiot zdolny do wykonania zamówienia.

W art. 72 (2) uregulowano przypadki, w których z uwagi na niewielką zmianę parametrów zamówienia zmiana umowy może być przeprowadzona bez nowej procedury udzielenia zamówienia. Należą do nich sytuacje, w których dochodzi do zmiany w granicach 10 – 15% pierwotnej wartości zamówienia, a wartość samej zmiany nie przekracza progów stosowania dyrektywy.

W dalszej kolejności dyrektywa wyjaśnia, że zmiany są istotne, jeśli prowadzą do istotnej zmiany charakteru całej umowy w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy (art. 72 (4)), oraz że zmiana ma charakter istotny w trzech przypadkach:

- gdy modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;
- gdy modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej;

- gdy modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

Nowy art. 144 p.z.p. zasadniczo powieła powyższe przesłanki dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wprawdzie zgodnie z tradycją polskiego systemu zamówień publicznych polski przepis zaczyna się od słów „zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy” [chyba że zachodzą dozwolone przesłanki], zaś w dyrektywie odpowiednie sformułowanie brzmi „Zamówienia i umowy ramowe można modyfikować [...] w dowolnym z poniższych przypadków”, to jednak nie ulega wątpliwości, że nowelizacja ma na celu utrwalenie w ustawie Prawo zamówień publicznych stosowanych od lat zasad pozwalających na zmianę umowy w sprawie zamówienia.

W ramach regulacji przejściowej ustawa nowelizująca w art. 18 wprowadza zasadę, że umowy zawarte na gruncie „starego” art. 144 p.z.p. mogą skorzystać z dobrodziejstwa nowych przepisów, lecz w zakresie ograniczonym, tzn. tylko w przypadku niezbędnych zamówień dodatkowych, zmian wywołanych okolicznościami zewnętrznymi oraz w granicach zmian 10% i 15% wartości pierwotnego zamówienia.

Taki zabieg legislacyjny może powodować wrażenie, że polski ustawodawca obecnie wyklucza zmianę dotychczasowych umów w sprawie zamówienia w oparciu o postanowienia klauzul przeglądowych, nie dopuszcza wstąpienia następcy prawnego w miejsce wykonawcy czy też odmawia zastosowania skodyfikowanych przesłanek pozwalających na ustalenie cechy istotności zmiany.

Taki skutek art. 18 ustawy nowelizującej jest jednak niemożliwy do osiągnięcia. Interpretacja prawa krajowego dokonywana w świetle

treści i celu dyrektywy musi bowiem uwzględniać wykładnię jej przepisów przedstawioną w orzecznictwie TSUE. Zgodnie z art. 267 TFUE TSUE jest organem UE uprawnionym do orzekania (w trybie prejudycjalnym) o ważności i wykładni aktów prawnych wydanych przez instytucje i organy UE. Wyrok Trybunału ma charakter wiążący. Jak zostało wskazane w sprawie 66/80 *International Chemical Corporation*, kompetencje przyznane Trybunałowi mocą art. 267 TFUE mają przede wszystkim służyć jednolitemu stosowaniu prawa wspólnotowego przez sądy krajowe. Wiążący charakter wyroku potwierdza fakt, że wydanie przez sąd krajowy orzeczenia z oczywistym naruszeniem wyroku Trybunału może stanowić podstawę odpowiedzialności państwa członkowskiego za szkody wyrządzone jednostkom wskutek naruszenia prawa wspólnotowego (tak wyrok w sprawie C-224/01 *Köbler*, pkt 56 i 57).

W świetle powyższego interpretacja art. 144 p.z.p. zawsze wymaga uwzględnienia dorobku orzeczniczego Trybunału. Ułatwieniem jest tu fakt, że wypracowane na poziomie europejskim zasady dotyczące zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały zebrane w przepisach dyrektywy. Skutkiem tego, stosując przepis art. 144 p.z.p. w brzmieniu przed nowelizacją i w brzmieniu po nowelizacji, podmioty stosujące prawo i orzekające w sprawach zamówień publicznych muszą dojść do tych samych wniosków co do tego, jaki zakres zmian mieści się w ramach dozwolonej modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

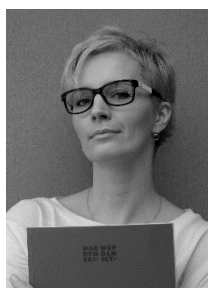
Należy zatem stwierdzić, że ani dyrektywa 2014/24, ani nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych nie wprowadzają żadnego przełomu w tym zakresie. Wypracowane w ostatnich latach przez TSUE (i ostatecznie

zebrane w art. 72 dyrektywy 2014/24) zasady zmiany umowy w sprawie zamówienia będą miały w pełni zastosowanie tak do umów zawartych pod rządem ustawy w treści sprzed

nowelizacji, w okresie oczekiwania na zakończenie procesu legislacyjnego, jak i później.



Autorzy



Mirella Lechna jest radcą prawnym, współnikiem kancelarii odpowiedzialnym za praktykę infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP. Doradza przy projektach infrastrukturalnych i transportowych, transakcjach PPP oraz w sprawach dotyczących prawa ochrony środowiska i prawa ochrony przyrody. Uczestniczy w znaczących projektach dotyczących inwestycji w infrastrukturę z udziałem jednostek administracji publicznej i samorządu terytorialnego. Przygotowuje analizy prawne, w tym w zakresie oddziaływania podmiotów na środowisko oraz fuzji i przejęć. Ma doświadczenie w przygotowywaniu i realizacji inwestycji opartych na warunkach kontraktowych FIDIC. Ponadto świadczy pomoc prawną w sprawach regulacyjnych dotyczących transportu kolejowego, prawa zamówień publicznych oraz prawa ochrony środowiska i prawa ochrony przyrody w zakresie procesu budowlanego projektów infrastrukturalnych.

E-mail: mirella.lechna@wardynski.com.pl



Natalia Rutkowska jest radcą prawnym w praktyce infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP. Doradza klientom w projektach infrastrukturalnych, w tym projektach z udziałem jednostek administracji publicznej i samorządu terytorialnego – zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji inwestycji. Ma doświadczenie w realizacji inwestycji prowadzonych wg standardów FIDIC, a także w obsłudze podmiotów zajmujących się transportem kolejowym. W ramach grupy prawa lotniczego doradza w zakresie szeroko pojętych aspektów regulacyjnych związanych z prowadzeniem działalności w sektorze lotniczym (m.in. przez właścicieli statków powietrznych, przewoźników lotniczych i zarządzających lotniskiem). Wspiera klientów w postępowaniach przed Prezesem Urzędu Lotnictwa Cywilnego, a także podczas transakcji sprzedaży oraz leasingu samolotów. W ramach praktyki rozwiązywania sporów i arbitrażu uczestniczyła w prowadzeniu licznych postępowań sądowych oraz międzynarodowych postępowań arbitrażowych, w tym postępowań o dużej wartości sporu. Doradzała także w trakcie postępowań egzekucyjnych oraz postarbitrażowych. Zajmuje się również sprawami z sektora użyteczności publicznej i stosunkami w zakresie prawa zamówień publicznych.

E-mail: natalia.rutkowska@wardynski.com.pl



Hanna Drynkorn jest aplikantką radcowską w praktyce infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP. Służy pomocą prawną przy obsłudze podmiotów krajowych i zagranicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi, a także w transakcjach PPP. Zajmuje się również obsługą procesu inwestycyjnego w różnych jego stadiach, w szczególności doradza przy realizacji projektów infrastrukturalnych opartych o warunki kontraktowe FIDIC oraz współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

E-mail: hanna.drynkorn@wardynski.com.pl



Serom Kim jest praktykantką w praktyce infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP. Zajmuje się pomocą prawną przy obsłudze podmiotów krajowych i zagranicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi, a także w transakcjach PPP. Ponadto, działając w Korean Desk, obsługuje klientów koreańskich i uczestniczy w prowadzonych przez nich projektach. Współpracuje z Sekcją Handlową Ambasady Korei (Kotra) oraz z innymi instytucjami rządowymi i prywatnymi. Wspiera też koreańskich inwestorów w Polsce, aktywnie uczestnicząc w spotkaniach w roli tłumacza polsko-koreańskiego.

E-mail: serom.kim@wardynski.com.pl



Maria Hejda jest praktykantką w praktyce infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP, studentką prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

E-mail: maria.hejda@wardynski.com.pl

Praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP

Działamy zarówno na rzecz zamawiających (podmiotów publicznych), jak i wykonawców (podmiotów prywatnych).

Nasze usługi obejmują m.in. weryfikację dokumentacji postępowania, opracowanie dokumentów niezbędnych do prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia (zawarcie umowy o PPP, udzielenie koncesji), przygotowanie opinii prawnych w zakresie interpretacji przepisów krajowych i unijnych, analizę zgodności zamówień publicznych realizowanych ze środków unijnych z właściwymi przepisami prawa krajowego, opiniowanie prawidłowości czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz udział w postępowaniach odwoławczych.

Oferujemy:

- kompleksowe doradztwo prawne dla podmiotów biorących udział w postępowaniach prowadzonych w trybie przepisów o zamówieniach publicznych oraz innych przepisów szczególnych (w tym w trybie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym),
- sporządzanie opinii i analiz prawnych z zakresu prawa zamówień publicznych,
- przygotowanie i przeprowadzanie postępowań przetargowych, w tym uczestnictwo w komisjach przetargowych w roli eksperta lub biegłego,
- weryfikacja dokumentacji przetargowej,
- wsparcie przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej, w tym reprezentowanie klientów przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- badanie zgodności zamówień współfinansowanych ze środków unijnych z przepisami prawa wspólnotowego oraz krajowego.

O kancelarii

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy została założona w 1988 roku. Czerpiemy z najlepszych tradycji kancelarii adwokackich w Polsce. Skupiamy się na biznesowych potrzebach naszych klientów, pomagając im znaleźć skuteczne i praktyczne rozwiązanie najtrudniejszych problemów prawnych.

Firma jest szczególnie ceniona przez klientów i konkurencję za swoje usługi w dziedzinie sporów, transakcji, własności intelektualnej, nieruchomości i reprivatyzacji.

Obecnie w firmie jest ponad 100 prawników świadczących obsługę prawną w języku polskim, angielskim, francuskim, niemieckim, hiszpańskim, rosyjskim, czeskim i koreańskim. Nasze biura znajdują się w Warszawie, Krakowie, Poznaniu i Wrocławiu.

Klientom doradzamy w następujących dziedzinach: bankowość i finansowanie projektów, *compliance*, dochodzenie trudnych wierzytelności, doradztwo dla klientów indywidualnych, fuzje i przejęcia, infrastruktura, instytucje finansowe, kontrakty w obrocie profesjonalnym, *life science*, nieruchomości i inwe-

stycje budowlane, nowe technologie, obsługa klientów z sektora rolnictwa, obsługa korporacyjna, ochrona danych osobowych, ochrona zdrowia, outsourcing, podatki, pomoc publiczna, postępowania sądowe i arbitrażowe, prawo energetyczne, prawo europejskie, prawo karne, prawo konkurencji, prawo lotnicze, prawo ochrony środowiska, prawo pracy, prawo sportowe, prawo upadłościowe, *private equity*, reprivatyzacja, restrukturyzacja, rynki kapitałowe, sprzedaż detaliczna i sieci sprzedaży, transport, ubezpieczenia, usługi płatnicze, własność intelektualna, zamówienia publiczne i partnerstwo publiczno-prywatne.

Dzielimy się wiedzą i doświadczeniem za pośrednictwem portalu dla prawników i przedsiębiorców (www.codozasady.pl), firmowego Rocznika, a także publikacji z serii „Prawo w praktyce”. Jesteśmy też wydawcą pierwszej polskojęzycznej aplikacji o tematyce prawnej na urządzenia mobilne (Wardyński+). Aplikację można pobrać nieodpłatnie w App Store i Google Play.

www.wardynski.com.pl

www.codozasady.pl

Wardyński+

Wardyński i Wspólnicy
Al. Ujazdowskie 10
00-478 Warszawa

Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00
Faks: 22 437 82 01, 22 537 82 01

E-mail: warsaw@wardynski.com.pl ●