



Stowarzyszenie
Prawa
Zamówień
Publicznych

POSTULATY LEGISLACYJNE STOWARZYSZENIA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DOT. USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Z 11 WRZEŚNIA 2019 R.

Warszawa, maj 2023 r.

Autorzy:

dr Wojciech Hartung, Katarzyna Kuźma, Wojciech Merkwa – rozdział 1

dr Wojciech Hartung, Katarzyna Kuźma – rozdział 2

Jarosław Sroka – rozdział 3

Jarosław Jerzykowski, Anna Prigan, dr Aleksandra Sołtysińska – rozdział 4

Mirella Lechna-Marchewka, dr Aleksandra Sołtysińska – rozdział 5

Kolegium redakcyjne:

prof. UW dr hab. Piotr Bogdanowicz, dr Wojciech Hartung,

Mirella Lechna-Marchewka, Aldona Kowalczyk, Katarzyna Kuźma.



PIS TREŚCI

Wstęp.....	5
1. Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu	7
REGULACJA ART. 108 UST. 1 PKT 5 PZP – ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI	7
REGULACJA ART. 109 UST. 1 PKT 2) LIT. C) PZP – DECYZJA O NARUSZENIU.....	8
REGULACJA ART. 109 UST. 1 PKT 4 PZP – POSTĘPOWANIE UKŁADOWE	9
REGULACJA ART. 109 UST. 1 PKT 7 PZP – NIEWYKONANIE UMOWY	10
REGULACJA ART. 110 UST. 2 PZP – SELF-CLEANING	12
REGULACJA ART. 117 PZP – KONSORCJA.....	13
2. Aukcja elektroniczna.....	17
REGULACJA ART. 253 UST. 1, ART. 232 ORAZ ART. 227 UST. 1 PZP	17
3. Umowy w sprawie zamówień publicznych	21
REGULACJA ART. 433 PZP – KLAUZULE ABUZYWNE.....	21
REGULACJA ART. 436 PZP – LIMIT KAR UMOWNYCH	23
REGULACJA ART. 454 I 455 PZP – ZMIANY UMOWY	23
REGULACJA ART. 455 UST. 3 PKT 2) PZP – PUBLIKACJA OGŁOSZEŃ O ZMIANIE UMOWY	25
4. Środki ochrony prawnej.....	26
REGULACJA ART. 459 UST. 1 ORAZ ART. 460 PZP – UNIEWAŻNIENIE UMOWY.....	26
REGULACJA ART. 515 UST. 4 PZP – OGŁOSZENIE WSZCZYNAJĄCE POSTĘPOWANIE.....	27
REGULACJA ART. 521 UST. 1 ORAZ ART. 525 UST. 5 PZP – TERMIN NA WNIESIENIE ODPOWIEDZI NA ODWOŁANIE ORAZ NA PRZEKAZANIE STANOWISKA PRZYSTĘPUJĄCEGO	28
REGULACJA ART. 524 PZP – ZAMIESZCZANIE KOPII ODWOŁAŃ	29
REGULACJA ART. 525 UST. 1 PZP – PRZYSTĄPIENIE	29
REGULACJA ART. 525 UST. 2 PZP – BRAKI FORMALNE PRZYSTĄPIENIA	30
REGULACJA ART. 525 UST. 6 PZP – SKARGA NA NIEDOPUSZCZENIE PRZYSTĘPUJĄCEGO	30
REGULACJA ART. 554 PZP – ODWOŁANIE DOT. ZMIANY UMOWY	31
REGULACJA ART. 577 PZP – PRZESUNIĘCIE TERMINU OTWARCIA OFERT W RAZIE WNIESIENIA ODWOŁANIA	32
REGULACJA ART. 579 PZP – ZABEZPIECZENIE W POSTACI ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY	33
REGULACJA ART. 580 PZP – PRZECIWNİK SKARGI.....	33
REGULACJA ART. 587 PZP – ROZPATRYWANIE SKARG PO WYKONANIU UMOWY.....	34
REGULACJA ART. 588 UST. 2 PZP – PRZEKAZANIE SPRAWY DO PONOWNEGO ROZPOZNANIA	34
REGULACJA §7 ROZPORZĄDZENIA Z 30 GRUDNIA 2020 R. W SPRAWIE SZCZEGÓŁOWYCH RODZAJÓW KOSZTÓW POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO, ICH ROZLICZANIA ORAZ WYSOKOŚCI I SPOSOBU POBIERANIA WPISU OD ODWOŁANIA ORAZ ART. 575 I ART. 589 PZP	35
REGULACJA §9 UST. 2 ROZPORZĄDZENIA Z 30 GRUDNIA 2020 R. W SPRAWIE SZCZEGÓŁOWYCH RODZAJÓW KOSZTÓW POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO, ICH ROZLICZANIA ORAZ WYSOKOŚCI I SPOSOBU POBIERANIA WPISU OD ODWOŁANIA	37
5. Odszkodowanie w zamówieniach publicznych	39
REGULACJA – BRAK ODPOWIEDNIKA W PZP	39



Szanowni Państwo,

Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych („SPZP”), działając w ramach swoich celów statutowych oraz mając na uwadze zapowiadaną przez Urząd Zamówień Publicznych¹ ocenę funkcjonowania przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych² (dalej jako „ustawa” lub „PZP”), na bieżąco analizuje przepisy ustawy i doświadczenia w ich stosowaniu pod kątem skutków przyjętych rozwiązań legislacyjnych dla rynku zamówień publicznych.

Ustawa obowiązuje już ponad 2 lata. W tym czasie była kilkakrotnie nowelizowana, w tym także w trakcie swego długiego *vacatio legis*. Krajowa Izba Odwoławcza wydała ponad 2000 orzeczeń na podstawie jej przepisów³, a 407 orzeczeń na podstawie przepisów ustawy zapadło w Sądzie Zamówień Publicznych⁴. Powyższe upoważnia do wyciągnięcia wniosków co do jakości i skuteczności przyjętych w ustawie rozwiązań.

SPZP dokonało przeglądu funkcjonowania przepisów ustawy i oceniło tę regulację w kontekście realizacji celów dyrektyw zamówieniowych oraz praktycznych aspektów jej stosowania.

Analiza doświadczeń w stosowaniu przyjętych w ustawie rozwiązań pozwoliła na dokonanie selekcji najistotniejszych kwestii, które wymagają korekty na poziomie przepisu ustawy lub, w przypadku postępowań odwoławczych, przepisów dotyczących kosztów postępowania. Wynikiem tego jest niniejszy zbiór postulatów *de lege ferenda* dotyczący wybranych rozwiązań ustawowych, które SPZP postrzega jako kluczowe obszary wymagające zmian w celu poprawy jakości prawa zamówień publicznych w Polsce.

Opracowaliśmy szczegółowe postulaty – propozycje zmian dotyczące następujących zagadnień w zakresie obowiązujących przepisów ustawy:

- podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu,
- aukcja elektroniczna,
- umowy w sprawie zamówień publicznych,
- środki ochrony prawnej,

które prezentujemy na tle obecnych przepisów i z odwołaniem się do ustawy. Uzasadnienie dla ich wprowadzenia pochodzi z doświadczeń zawodowych członków Stowarzyszenia, ich wieloletniej

¹ Komunikat Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29.12.2022 r.

² Dz. U. z 2023 r. poz. 412 ze zm.

³ Na podstawie informacji uzyskanych z Urzędu Zamówień Publicznych w lutym 2023 r.

⁴ Na podstawie informacji uzyskanych z Sądu Okręgowego w Warszawie w lutym 2023 r.

praktyki w sprawach z zakresu zamówień publicznych, a także z dyskusji z przedstawicielami rynku zamówień publicznych.

Każdy z postulatów został przedstawiony wraz z odpowiednim wprowadzeniem do dostrzeżonego przez nas problemu, szczegółowo wyjaśniony i uzasadniony w poszczególnych częściach Raportu. Postulatом zmian towarzyszą konkretne propozycje rozwiązań legislacyjnych. Dzięki temu, w ocenie SPZP, możliwe jest ujęcie ich w pracach nad nowelizacją ustawy.

Ponadto, postanowiliśmy zwrócić uwagę na kwestię, która nie została dotychczas ujęta w przepisach, a która – w ocenie Stowarzyszenia – jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce i równocześnie wprost wynika z przepisów prawa unijnego. Chodzi o stworzenie szczegółowych regulacji dotyczących odszkodowań za naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych. Na tym etapie postanowiliśmy przedstawić kluczowe zagadnienia wymagające regulacji nie przesądzając o konkretnych rozwiązaniach. Wskazujemy jednak, że szczegółowe przepisy w tym zakresie są niezbędne i funkcjonują w innych krajach unijnych.

Proces przeglądu przepisów ustawy przez SPZP zakładał ocenę dwóch zasadniczych skutków jej regulacji, tj. wpływu danych rozwiązań na sytuację zamawiających i wykonawców w kontekście realizacji efektywności wydatkowania środków publicznych, a także zgodności regulacji z prawem unijnym i realizacji zasady pewności prawa krajowego.

Konieczne jest zatem stworzenie takiego środowiska prawnego, które w sposób zrównoważony, tj. uwzględniający interesy zamawiających i przedsiębiorców, wpłynie na możliwości prowadzenia procesu wyboru wykonawców i realizację zamówień. Bez wątplenia cele te powinny być realizowane z uwzględnieniem regulacji prawa unijnego i powinny pozostawać z nimi w zgodzie.

W tym zakresie SPZP poddało badaniu wybrane przepisy ustawy z uwzględnieniem regulacji unijnych, mając jednocześnie na uwadze to, że dyrektywy zamówieniowe⁵ z konieczności posługują się uniwersalnym językiem, który nie zawsze będzie skutecznie i harmonijnie funkcjonować w krajowym porządku prawnym danego państwa członkowskiego. Proces implementacji unijnego prawa zamówień publicznych powinien przebiegać ze szczególnym uwzględnieniem krajowych uwarunkowań, kultury prawa i tradycji jego stosowania. Może się bowiem okazać, że te okoliczności przesądzą o tym, że nawet prawidłowo sformułowany pod względem formalnym przepis w praktyce nie spełni celu dyrektyw zamówieniowych lub wręcz będzie stanowił przeszkodę w jego osiągnięciu.

Ponadto wyznacznikiem analiz i propozycji SPZP był stopień jednoznaczności i zrozumienia wybranych regulacji ustawy. Niejednoznaczność przepisów ustawy powodująca niekiedy ich rozbieżną interpretacją niweczy bowiem pewność prawa, co ma oczywiste negatywne skutki zarówno dla zamawiających jak i wykonawców. Na skutek wątpliwości interpretacyjnych, te same sytuacje faktyczne oceniane są w procesie udzielania zamówień publicznych odmiennie.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE z 2014 r., seria L 94/65, „**Dyrektywa 2014/24/UE**”); Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE z 2014 r., seria L 94, str. 243), dalej „**Dyrektywa 2014/25/UE**” – łącznie jako „**dyrektywy zamówieniowe**”.



Wojciech Merkwa, dr Wojciech Hartung, Katarzyna Kuźma

Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu

REGULACJA art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP – Zakłócenie konkurencji

DIAGNOZA PROBLEMU

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP jest w zamyśle ustawodawcy krajowym odpowiednikiem art. 57 ust. 4 lit. d) Dyrektywy 2014/24/UE. W obecnym brzmieniu budzi on jednak szereg wątpliwości.

Po pierwsze chodzi o zakres pojęcia *zakłócenie konkurencji*. W szczególności podnosi się, że pojęcie to powinno się rzekomo ograniczać do zmowy przetargowej zawartej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie rozumienie nie jest prawidłowe, ponieważ chodzi tu również o zachowania wcześniejsze do danego postępowania o udzielenie zamówienia, co wynika z art. 57 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE i co podkreśla rzecznik generalny Manuel Campos Sanchez-Bordona w opinii z 11 maja 2023 r. wydanej do sprawy *Infraestructuras de Portugal, S. A.* C-66/22 (EU:C:2023:398)

Ponadto istotne jest wyjaśnienie zakresu tej przesłanki, zgodnie z dorobkiem TSUE. W świetle orzeczenia TSUE z 15 września 2022 r. w sprawie *Landkreis Aichach-Friedberg* C-416/21 (EU:C:2022:689) *fakultatywna podstawa wykluczenia określona w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dotyczy sytuacji, w których istnieją wystarczająco wiarygodne przesłanki pozwalające uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie zakazane na mocy art. 101 TFUE, lecz nie jest ograniczona jedynie do porozumień, o których mowa w tym postanowieniu.*

Równocześnie, obecne brzmienie art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP sugeruje jednoznacznie, jakoby przejawem *zakłócenia konkurencji* w rozumieniu tego przepisu była w szczególności sytuacja złożenia ofert lub wniosków przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej. Tymczasem taka sytuacja zdaje się pozostawać poza zakresem art. 57 ust. 4 lit. d) Dyrektywy 2014/24/UE, a zatem nie powinna być objęta art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP. Przypadek taki powinien jednak prowadzić do wykluczenia takich wykonawców z postępowania jako naruszający ogólną zasadę równego traktowania. Wniosek taki wynika z przywołanego orzeczenia w sprawie *Landkreis Aichach-Friedberg*. Proponuje się zatem wskazanie takiej sytuacji jako odrębnej podstawy wykluczenia z równoczesnym ograniczeniem jej skutków do danego postępowania o udzielenie zamówienia.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Proponowana zmiana ma na celu jednoznaczne wskazanie na charakter i zakres przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 4 lit. d) Dyrektywy 2014/24/UE dotyczącej zakłócenia konkurencji w świetle orzeczenia TSUE z 15 września 2022 r. w sprawie *Landkreis Aichach-Friedberg* C-416/21 (EU:C:2022:689).

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 108 UST. 1 PKT 5

Art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz dodanie pkt. 5a:**1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:**

- 5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności naruszył zakazy określone w art. 6 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów lub art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej;
- 5a) który należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykaze, że istniejące między nim a innym wykonawcą należącym do tej samej grupy kapitałowej, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności, że wykonawcy ci przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. W przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5a, wykluczenie dotyczy wyłącznie danego postępowania o udzielenie zamówienia (nie dotyczy przyszłych postępowań).

REGULACJA art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP – Decyzja o naruszeniu**DIAGNOZA PROBLEMU**

Obecnie obowiązująca regulacja nie przewiduje żadnych ograniczeń dotyczących wysokości kary pieniężnej, w przeciwieństwie do art. 24 ust. 5 pkt 5 PZP 2004. Zatem nawet w przypadku wymierzenia choćby najmniejszej, mającej charakter symboliczny kary pieniężnej, wykonawca może podlegać wykluczeniu z postępowania. Co prawda, zgodnie z art. 109 ust. 3 PZP zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, jednak w otwartym katalogu sytuacji objętych tym przepisem wymieniono wyłącznie niewielką kwotę zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne (a nie niewielką karę pieniężną). Ponadto zastosowanie tego przepisu poddane jest arbitralności po stronie zamawiającego – to od zamawiającego zależy, czy skorzysta on z przysługującego mu uprawnienia, a ewentualne kwestionowanie przez wykonawców decyzji zamawiającego będzie prowadzić do zbędnego wydłużenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego lub wykluczenia z nich wykonawców, których przewinienia miały niewielką skalę.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Z powyższych względów proponuje się ogórne określenie minimalnej kwoty kary pieniężnej, której wymierzenie mogłoby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania (i dopiero następnie być poddawane ocenie przez zamawiającego z punktu widzenia zasady proporcjonalności).

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 109 UST. 1 PKT 2) LIT. C) PZP**1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:**

- 2) który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy:

c) wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

REGULACJA art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP – Postępowanie układowe

DIAGNOZA PROBLEMU

O ile sytuacja, w której dany wykonawca zawarł układ zmierzający do likwidacji, jest (powinna być) sankcjonowana wykluczeniem z postępowania, o tyle sytuacja wykonawcy, który w sposób pomyślny przeszedł postępowanie restrukturyzacyjne i zawarł układ z wierzycielami pozwalający na kontynuację działalności nie uzasadnia w żaden sposób wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W szczególności, wykluczenie wykonawcy, który zawarł układ pozwalający na kontynuację działalności nie jest konieczne w świetle art. 57 ust. 4 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE. Wykluczeniu powinni bowiem podlegać wykonawcy niewiarygodni, nieposiadający zdolności do realizowania zamówienia, a do takich nie należą wykonawcy, którzy zawarli układ z wierzycielami pozwalający na kontynuację działalności.

Obecna regulacja niesie ze sobą szereg negatywnych konsekwencji, takich jak zwiększona liczba upadłości na skutek braku możliwości zawarcia lub zatwierdzenia układu z wierzycielami (wierzyciele będą głosować przeciw układowi z dłużnikiem, którego działalność opiera się na rynku zamówień publicznych, a który ze względu na wykluczenie z niego nie będzie w stanie pozyskać gotówki na wykonanie układu) czy dyskryminacja podmiotów, które wybierają procedurę restrukturyzacyjną względem tych, które ukrywają swoje problemy finansowe. Wykonawca, który przeszedł z sukcesem postępowanie układowe i rokuje poprawę nie powinien być dodatkowo sankcjonowany na rynku zamówień publicznych. Jego zdolność do wykonania zamówienia bada się przez warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące sytuacji finansowej.

Propozycja zawarta w art. 42 pkt 4 lit. a) projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ulepszenia środowiska prawnego i instytucjonalnego dla przedsiębiorców⁶ jest krokiem w dobrym kierunku, ale niewystarczającym. Podział dotychczas przewidzianej w art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP przesłanki na dwie w dalszym ciągu może powodować niezasadne wykluczanie podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, co jest przecież dodatkowym i niepotrzebnym ryzykiem dla firm, które powinny dalej funkcjonować.

Z tych względów proponuje się modyfikację art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Proponowana zmiana ma na celu ograniczenie sytuacji sankcjonowanych przepisem do przypadków, w których dalszy udział wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego budzi uzasadnione wątpliwości z perspektywy jego rzetelności.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 109 UST. 1 PKT 4 PZP

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

⁶ Projekt z 13 kwietnia 2023 r.; <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12371407/katalog/12964177#12964177>

- 4) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, chyba że w postępowaniu upadłościowym wykonawca zawarł prawomocnie zatwierdzony układ z wierzycielami, który nie przewiduje likwidacji wykonawcy, lub wykonawcę, którego wniosek o ogłoszenie upadłości został oddalony z uwagi na brak środków na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego, lub którego postępowanie upadłościowe zostało umorzone, lub który zawarł układ w postępowaniu restrukturyzacyjnym, który przewiduje likwidację wykonawcy, lub którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, lub którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo który znajduje się w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury o charakterze likwidacyjnym przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

REGULACJA art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP – Niewykonanie umowy

DIAGNOZA PROBLEMU

Art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP stanowi polski odpowiednik art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie ze wskazanym przepisem, instytucje zamawiające mogą wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Obecne brzmienie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP wzbudza istotne wątpliwości interpretacyjne, w szczególności w zakresie pojęcia „odszkodowania”. W przeciwieństwie do poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 4 PZP 2004, w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP nie znalazło się zastrzeżenie, aby odszkodowanie musiało zostać „zasądzone”. Prowadzi to do wątpliwości odnośnie do interpretacji tego pojęcia w doktrynie i orzecznictwie, a w szczególności do braku pewności, czy zakresem art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP jest objęte także naliczenie przez zamawiającego kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Wskazuje się, że sytuacja taka w istocie może mieć miejsce, ale tylko wówczas, gdy kara umowna ma charakter odszkodowawczy (kompensacyjny), zaś sam fakt jej naliczenia nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prezentowane wyżej podejście nie tylko nastrocza wątpliwości interpretacyjnych (wykonawcy znajdują się w stanie niepewności prawnej co do sposobu wypełnienia formularza JEDZ, ryzykując wprowadzeniem w błąd zamawiającego co do okoliczności wcześniejszego nienależytego wykonania umowy), lecz także wpływa negatywnie na możliwość polubownego załatwiania sporów między zamawiającym a wykonawcą na tle wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego (nawet zawarcie ugody satysfakcjonującej obie strony może wiązać się z ryzykiem dla wykonawcy co do udziału w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego).

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że jak wynika z motywu 101 Dyrektywy 2014/24/UE prawo zamawiającego do wykluczenia z postępowania dotyczy takich wykonawców, którzy wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Tym samym nierzetelność wykonawcy uprawniająca do wykluczenia z postępowania jest sytuacją wyjątkową, która występuje wówczas, gdy

mamy do czynienia z poważnym uchybieniem w realizacji zamówienia, a nie z jakimkolwiek odstępstwem od postanowień umowy. Ta podstawa wykluczenia opiera się bowiem na podstawowym elemencie w stosunku między zamawiającym a wykonawcą, a mianowicie na rzetelności wykonawcy, stanowiącej podstawę zaufania (*Meca C-41/18*). Z dostępu do zamówienia mogą być więc wykluczeni wykonawcy, do których zamawiający utracił zaufanie z powodu nienależytego wykonania poprzedniego zamówienia (*Delta C-267/18*) i co do których zakłada, że nie będą oni w stanie wykonać nowego zamówienia w sposób należyty. Tymczasem nałożenie kary umownej, także pełniącej funkcję kompensacyjną, w polskich realiach zamówień publicznych co do zasady nie świadczy o tym, że wykonawca przestał być wiarygodny. Z polskiej tradycji i praktyki realizacji umów o zamówienie publiczne wynika bowiem, że kary umowne są nakładane w dużej ich części i to również w stosunku do niewielkich uchybień, które w rzeczywistości nie wpływają na końcowy rezultat wykonania zamówienia. Klauzula dotycząca kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy znajduje się bowiem w treści wszystkich lub prawie wszystkich umów o zamówienie publiczne, a dwóch na trzech zamawiających faktycznie nakłada na wykonawców kary umowne (*vide* Raport Urzędu Zamówień Publicznych dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z 2018 r.). Badanie UZP wskazuje także, że nieprawidłowości, na których podstawie nałożono kary umowne najczęściej nie miały wpływu na realizację zamówienia lub miały wpływ niewielki (80%), a zamawiający zazwyczaj nie dochodzili zapłaty kar umownych przed sądem, jeśli nie uzyskali zapłaty od wykonawcy, przy czym zapłata kary umownej miała miejsce w dwóch na pięć przypadków. Zebrane przez UZP dane wskazują, że narzędzie w postaci kary umownej jest w Polsce stosowane rutynowo, a kary umowne są nakładane bez oceny czy i w jakim stopniu dane zachowanie wykonawcy objęte sankcją kary umownej *podaje w poważną wątpliwość jego wiarygodność*. A tylko w takich przypadkach Dyrektywa 2014/24/UE pozwala ograniczyć wykonawcy dostęp do zamówienia. Innymi słowy, polska praktyka stosowania przepisów o karach umownych każe przyjąć, odwrotnie niż wskazuje obecnie przepis i jego interpretacja, w tym interpretacja Prezesa UZP, że informacja o nałożonej karze umownej przy realizacji poprzedniego zamówienia jest, co do zasady, nieprzydatna dla oceny rzetelności wykonawcy.

Na uwagę zasługuje fakt, że rynek dostrzega nieprzydatność i uciążliwość przepisu, bowiem coraz częściej zaobserwować można rezygnację z weryfikowania rzetelności wykonawcy na podstawie jego historii kontraktowej przez samych zamawiających. Jednak lekceważenie przepisu jako zbyt uciążliwego, swoiste *desuetudo*, pozbawia zamawiających ważnej podstawy do badania rzetelności wykonawcy w tych przypadkach, kiedy jest to uzasadnione.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Proponowana zmiana ma na celu precyzyjne wyznaczenie zakresu niewykonania (nienależytego wykonania) umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji, sankcjonowanego wykluczeniem z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Konieczne jest bowiem doprowadzenie do prawidłowej implementacji omawianej przesłanki wykluczenia, tj. zgodnie z celem Dyrektywy 2014/24/UE, obejmującej sytuację, w których deficyty w realizacji poprzedniego zamówienia są tego rodzaju i kalibru, że uzasadniają przyjęcie, iż wykonawca utracił swoją wiarygodność i, przez to, może być wykluczony z dostępu do zamówienia. Czyli konieczne jest wyraźne wskazanie, że sankcja wykluczenia może dotyczyć wykonawców w sytuacji, gdy ich zachowanie prowadzi do powstania po stronie zamawiającego/koncesjodawcy szkody. Tym samym przepis znajdzie zastosowanie nie na skutek nałożenia na wykonawcę kary umownej, ale dopiero wtedy, kiedy zamawiający, dokonując oceny podmiotowej, będzie w stanie wykazać, że na skutek

niewykonania poprzedniego zamówienia rzeczywiście wystąpiła szkoda w majątku poprzedniego zamawiającego. Tym samym z hipotezy normy art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP zostanie wyeliminowane założenie, że przepis automatycznie obejmuje przypadki nałożenia na wykonawcę kary umownej jako takiej.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 109 UST. 1 PKT 7 PZP

Art. 109 ust. 1 pkt 7:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, powstania szkody po stronie zamawiającego lub koncesjodawcy lub do wykonania zastępczego.

REGULACJA art. 110 ust. 2 PZP – Self-Cleaning

DIAGNOZA PROBLEMU

Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu, skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia wymaga łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP. Innymi słowy, zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu każdorazowo konieczne jest między innymi *naprawienie lub zobowiązanie się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne*. Tymczasem w określonych sytuacjach sankcjonowanych na gruncie Prawa zamówień publicznych nie zachodzi „szkoda” po stronie podmiotu zewnętrznego w stosunku do wykonawcy – choćby z tej przyczyny nie jest możliwe wówczas wypełnienie tej przesłanki.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Z uwagi na mnogość przesłanek wykluczenia, w stosunku do których możliwe jest przeprowadzenie procedury samooczyszczenia (a w konsekwencji – różnorodność stanów faktycznych) postuluje się wprowadzenie otwartego katalogu przesłanek oceny jej skuteczności (wzorem art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP, w którym wskazano otwarty katalog środków, które może powziąć wykonawca). Postulowana zmiana jest tym bardziej zasadna, że zgodnie z art. 110 ust. 3 PZP ocena skuteczności procedury samooczyszczenia pozostaje w gestii zamawiającego, a jej podstawowym kryterium nie są podjęte środki, a ich odpowiedniość w kontekście popełnionego naruszenia i konieczności przywrócenia rzetelności wykonawcy.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 110 UST. 2 PZP

Art. 110 ust. 2:

2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił odpowiednie do okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia przesłanki.

REGULACJA art. 117 PZP – Konsorcja**DIAGNOZA PROBLEMU**

Przepisy art. 117 ust. 3 i 4 PZP wzbudzają wątpliwości interpretacyjne oraz generują problemy praktyczne. Jako uzasadnienie ich wprowadzenia podaje się wyrażaną przez ustawodawcę koncepcję, zgodnie z którą przepis ten ma zapewnić faktyczny udział w realizacji zamówienia konsorcjanta, którego potencjał pozwala spełnić warunki zamówienia. Podnosi się, że konstrukcja tych przepisów powiela rozwiązanie przewidziane dla tzw. podmiotów trzecich.

W pierwszej kolejności należy podać w wątpliwość zasadność takiej analogii. Pomiędzy relacją na linii wykonawca – podmiot trzeci a wykonawca – wykonawca zachodzi niezwykle istotna różnica. Otóż pomiędzy wykonawcami istnieje solidarna odpowiedzialność, która w przypadku podmiotu trzeciego zachodzi jedynie w bardzo ograniczonym zakresie w sytuacji udostępnienia potencjału finansowego lub ekonomicznego (art. 120 PZP).

Fakt istnienia pomiędzy wykonawcami więzi w postaci solidarnej odpowiedzialności gwarantuje zamawiającemu szeroki poziom ochrony i czyni analizowane rozwiązanie ustawowe zbędnym. Skoro bowiem zamawiającemu przysługuje swoboda w zakresie żądania spełnienia świadczenia (może domagać się tego od każdego z konsorcjantów), to wymogi, o których mowa w ust. 3, należy uznać za przyzwolenie na nadmierną ingerencję w uprawnienia wykonawców.

Podział prac lub inne szczegóły dotyczące realizacji zamówienia powinny być wyłącznie przedmiotem ustaleń pomiędzy konsorcjantami. Trudno wyobrazić sobie, że wykonawca (przedstawiający referencje) zgodzi się, że zamówienie realizowane będzie przez jego partnera (niemającego określonego doświadczenia) bez jakiegokolwiek udziału i zaangażowania doświadczonego wykonawcy. Z biznesowego punktu widzenia byłoby to działaniem nierozsądnym, rodzącym wielce prawdopodobne ryzyko dla wszystkich członków konsorcjum. Z drugiej jednak strony to wykonawcy powinni mieć swobodę co do sposobu realizacji zamówienia (tym bardziej, że w wielu przypadkach fizyczne zaangażowanie wykonawcy przedstawiającego referencje jest zbędne, w pełni wystarczające są różne formy nadzoru, etc.).

Analizowany przepis istotnie ogranicza również możliwość nabywania doświadczenia, a przez to wstrzymuje rozwój przedsiębiorstw (co dotyczy głównie małych i średnich przedsiębiorstw, to bowiem najczęściej właśnie tego typu podmiotom zależy na poszerzeniu swojego doświadczenia).

Źródłem licznych problemów jest również ust. 4 komentowanego przepisu nakładający na zamawiających obowiązek żądania oświadczenia obrazującego sposób realizacji zamówienia przez konsorcjum. Przyjmując przedstawione powyżej rozumienie art. 117 ust. 3 PZP, w oświadczeniu tym widnieć powinien jedynie ten podmiot (podmioty), który przedstawia doświadczenie.

Na przykładzie ust. 4 widać, iż konstrukcja art. 117 PZP nakłada obowiązki jeszcze bardziej restrykcyjne od tych dotyczących podmiotów trzecich. Otóż podmiot trzeci musi złożyć oświadczenie lub inny dokument obrazujący sposób jego zaangażowania (art. 118 ust. 3 PZP). W takim jednak przypadku z żadnego dokumentu nie wynika poziom i stopień zaangażowania wykonawcy, co oznacza, że od uzgodnień partnerów biznesowych zależy w jaki sposób wykonawca angażuje się w realizację zamówienia (co później będzie miało przełożenie na nabyte doświadczenie). Tymczasem na gruncie art. 117 PZP żąda się od obu konsorcjantów złożenia stosownego oświadczenia.

Oświadczenie wymagane w oparciu o dyspozycję art. 117 ust. 4 PZP stawia zatem wykonawców w trudnym położeniu. Z jednej bowiem strony muszą oni wypełnić ten dokument w sposób odpowiadający metodzie, według której wykazują doświadczenie. Z drugiej zupełnie zrozumiała jest chęć zaangażowania w realizację zamówienia również tego wykonawcy, który nie przedstawia referencji. Co więcej, analizowany przepis może generować problemy również w przypadku, w którym członek konsorcjum posiada odpowiednie doświadczenie, ale nie wykazuje tego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż zrobił to już jego partner. W takim przypadku, aby mógł on faktycznie realizować zamówienie, musi przedstawiać swoje doświadczenie w toku postępowania, co jest wymogiem nadmiarowym i zupełnie zbędnym.

Nie mniej problematyczne jest zastosowanie oświadczenia z art. 117 ust. 4 PZP do etapu realizacji zamówienia. Rodzi się bowiem pytanie czy oświadczenie to nie będzie uniemożliwiało udziału w realizacji zamówienia przez podmiot, który (kierując się literalnym brzmieniem art. 117 PZP) nie został wskazany jako ten, który realizować będzie określony zakres zamówienia. Taką sytuację należy uznać za wybitnie niepożądaną z punktu widzenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz metod nabywania doświadczenia przez wykonawców, jak również z punktu widzenia gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia. Jak wspomniano powyżej, negatywny wpływ analizowanej normy widoczny jest w szczególności w przypadku wykonawców z sektora MŚP.

W istocie analizowany przepis nie tylko uznać należy za stanowiący nieuzasadnioną przeszkodę w dostępie do nabywania doświadczenia (oraz wykazywania jego nabycia) i w efekcie w dostępie do (przyszłego) zamówienia, ale również zdaje się on bezpodstawnie wkraczać w sferę związaną z etapem realizacji zamówienia (a nie ubiegania się o nie).

Potwierdzeniem powyższego są postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE, w której unijny legislator sporo miejsca poświęca zagadnieniu grupy wykonawców. Biorąc jednak pod uwagę, że wspólne ubieganie się o zamówienie (łączenie potencjałów) jest jednym z fundamentów systemu zamówień publicznych (stanowiącym wyraz równego traktowania i uczciwej konkurencji) wszelkie ograniczenia czy dodatkowe obowiązki w tym zakresie muszą być kreowane w wyważony sposób. Tym bardziej, że w treści wspomnianej dyrektywy sformułowano postanowienia, które ustanowienie dla grup wykonawców, odmiennych niż w przypadku wykonawców indywidualnych, warunków realizacji zamówienia uzależniają od zaistnienia obiektywnych przesłanek oraz stawiają bezwzględny wymóg dochowania reguły proporcjonalności (motyw 15 oraz art. 19 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE).

Już zatem w oparciu o powyższe należy stwierdzić, że sytuacja, w której dopuszczalna jest ingerencja w sposób realizacji zamówienia poprzez stawianie określonych wymagań w kontekście podmiotów realizujących zamówienie wspólnie musi być traktowana jako wyjątek. Tymczasem art. 117 ust. 3 i 4 PZP czyni z tego przepisu zasadę, narzucając *a priori* określony sposób realizacji umowy przez wszystkich członków konsorcjum.

W dalszej kolejności warto wskazać, że Dyrektywa 2014/24/UE poświęca warunkom realizacji zamówienia dodatkowo art. 70. Przepis ten nie wspomina o indywidualnym wykonawcy bądź grupie wykonawców, wyznacza natomiast generalną zasadę regulującą upoważnienie zamawiającego do ingerencji w sposób realizacji zamówienia. Jak wynika zatem z jego treści instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia po spełnieniu dwóch warunków: (i) muszą być one powiązane z przedmiotem zamówienia, (ii) niezbędne jest ich uprzednie wskazanie w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub dokumentach zamówienia. Również więc w tym przypadku unijny ustawodawca uzależnił ingerencję zamawiającego w sposób realizacji zamówienia

od spełnienia określonych przesłanek, które, co ważne, mogą zaktualizować się jedynie w indywidualnie uzasadnianych przypadkach.

Biorąc pod uwagę powyższe zasadna staje się konstatacja, zgodnie z którą art. 117 ust. 3 i 4 PZP jest efektem błędnej interpretacji rozwiązań unijnych. Dyrektywa 2014/24/UE nie przewiduje bowiem określonego w polskiej ustawie automatyzmu polegającego na narzuceniu na wszystkie zamówienia realizowane przez grupy wykonawców określonego sposobu realizacji. Unijne prawo zamówień publicznych, odwrotnie do efektu art. 117 ust. 3 i 4 PZP, formułuje bowiem zasadę, że łączenie potencjałów na potrzeby realizacji zamówienia jest prawem wykonawcy i żaden wykonawca nie może być gorzej traktowany z tego powodu, że przyjął taką, a nie inną strukturę podmiotową na potrzeby ubiegania się i realizacji zamówienia. Prawo unijne w szczególności nie wymaga, aby jakikolwiek wykonawca spełniał świadczenie wyłącznie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów (por. wyroku w sprawach: *CoNISMa* C-305/08 (pkt. 41), *Partner Apelski Dariusz* C-324/14, *Pippo Pizzo* C-27/15 (pkt. 23), *Ostas celtnieks* C-234/14 (pkt 23), *Pippo Pizzo* C-27/15 (pkt. 25 i 26) *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, (pkt 33). Podkreślić należy przy tym, że nie można wykluczyć zasadności ingerencji zamawiającego w sposób realizacji zamówienia, jednakże musi to być uzasadnione w kontekście konkretnych okoliczności towarzyszących danemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na stawianie takich wymagań pozwalały zarówno przepisy PZP 2004 (art. 23 ust. 6), jak i zostało to dopuszczone wprost w art. 58 ust. 4 PZP.

Analizowany przepis rodzi również zbędne obowiązki po stronie zamawiających, którzy, kierując się wskazanym powyżej potencjalnym wpływem oświadczenia z art. 117 ust. 4 PZP na sposób realizacji zamówienia, zobligowani są do weryfikacji pod tym kątem również umowy konsorcjum składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Wobec powyższego zasadne jest rozważenie rezygnacji z postanowień ujętych w art. 117 ust. 3 i 4 PZP (a więc powrót do stanu z PZP 2004 r.), czyli uchYLENIA tych dwóch ustępów art. 117 PZP. Sytuacja taka nie tylko przywróci zgodność z regulacją dyrektyw zamówieniowych, ale i, wobec istnienia solidarnej odpowiedzialności wiążącej wykonawców w oparciu o PZP, a niewynikającej z tych dyrektyw, zdaje się być w pełni uzasadniona.

Ewentualnie, gdyby intencją ustawodawcy było jednak utrzymanie art. 117 ust. 3 PZP, to zmianie podlegać powinien art. 117 ust. 4 PZP, tj. sposób dokumentowania planowanego zaangażowania w realizację zamówienia wykonawcy przedstawiającego referencje. Z punktu widzenia celowościowego za w pełni oddające zamierzenia ustawodawcy uznać należałoby zastosowanie analogii do art. 118 ust. 3 PZP i żądanie oświadczenia od wykonawcy legitymującego się danym doświadczeniem, bez konieczności składania deklaracji odnośnie zakresu prac drugiego z konsorcjantów. Podkreślić jednak należy, że takie rozwiązanie stanowi tylko częściową odpowiedź na analizowany problem. Za postulowaną uznać należy całkowitą rezygnację z rozwiązań przewidzianych w art. 117 ust. 3 i 4 PZP.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 117

Art. 117:

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu oraz wynikający z nich sposób realizacji zamówienia, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. uchylony

4. uchylony



Wojciech Merkwa, dr Wojciech Hartung, Katarzyna Kuźma

Aukcja elektroniczna

REGULACJA art. 253 ust. 1, art. 232 oraz art. 227 ust. 1 PZP

DIAGNOZA PROBLEMU

Wątpliwości budzi praktyczne zastosowanie art. 253 ust. 1 PZP do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z dyspozycją art. 232 ust. 1 PZP zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Norma w identycznym brzmieniu obowiązywała już w poprzedniej ustawie. W praktyce oznaczało to, że zamawiający:

- badał oferty pod kątem przesłanek odrzucenia;
- jeśli zdiagnozowane zostały podstawy do odrzucenia oferty, dokonywał jej odrzucenia, co następnie mogło stać się przedmiotem odwołania do KIO;
- po zakończeniu postępowania odwoławczego (i „uprawomocnieniu” się listy ofert niepodlegających odrzuceniu), zapraszał do udziału w aukcji wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu.

Taki sposób procedowania pozwalał zamawiającemu na osiągnięcie stanu, w którym udział w aukcji brali tylko ci wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Dzięki temu unikano również sytuacji, w której ewentualne spory dotyczące podstaw odrzucenia mogłyby wpłynąć na listę uczestników aukcji (odbywały się one bowiem przed jej przeprowadzeniem).

Wobec brzmienia art. 253 ust. 1 PZP w obecnym stanie prawnym przebieg czynności poprzedzających aukcję wygląda jednak inaczej. Zamawiający:

- bada oferty pod kątem przesłanek odrzucenia;
- zaprasza do udziału w aukcji wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Wynika to z błędnej interpretacji art. 253 ust. 1 PZP, zgodnie z którą przepis ten ma rzekomo nie dawać zamawiającemu możliwości poinformowania wykonawcy o tym, że jego oferta podlega odrzuceniu na etapie poprzedzającym aukcję. Choć taka interpretacja nie jest uprawniona (przepis mówi o tym kiedy zamawiający jest zobowiązany, ale nie oznacza, że nie może poinformować wcześniej, w szczególności, gdy wynika to z innych przepisów – tu z reguł prowadzenia aukcji), to jest akcentowana w orzecznictwie i doktrynie.

Taka sytuacja powoduje szereg negatywnych skutków.

Po pierwsze, jeśli wykonawca zakwestionuje czynność odrzucenia jego oferty (wnosząc odwołanie po wyborze oferty, kiedy to zostanie powiadomiony o odrzuceniu), a KIO uwzględni jego odwołanie, zamawiający zmuszony będzie co najmniej unieważnić aukcję (co najmniej – gdyż według licznych głosów wyrażanych w doktrynie, ale również w orzecznictwie, unieważnienie i ponowne

przeprowadzenie aukcji nie powinno być dopuszczalne i w takim przypadku należy unieważnić całe postępowanie).

Nawet jednak przyjmując, że powtórzenie aukcji jest możliwe proceduralnie, to sytuacja taka jest wybitnie niekorzystna dla uczestników postępowania, jak również rodzi zasadne wątpliwości w kontekście reguł prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, w której wykonawcy znają już ostateczny poziom cenowy swoich ofert (ten ujawniony został w toku pierwszej aukcji, nie eliminuje tego faktu nawet praktyka utajniania szczegółów aukcji, tj. w zakresie tego jaką cenę zaoferował dany wykonawca, wszak najważniejsza jest wiedza o wysokości ofert, która jest jawna) niweczony jest zasadniczy cel aukcji elektronicznej. Powtórzenie aukcji jest zatem niezasadne (podobnie jak złożenie ponownych ofert po ich otwarciu).

Po drugie taki sposób prowadzenia postępowania wywołuje negatywny skutek związany z przebiegiem czynności zamawiającego. Otóż zamawiający, który uznaje, że dana oferta podlega odrzuceniu i nie informuje o tym wykonawcy, prowadzi dalsze czynności (zaproszenie do aukcji, przeprowadzenie aukcji) z pominięciem wykonawcy składającego daną ofertę. Prowadzi to do patologicznych zjawisk związanych z tym, że dany wykonawca albo nie wie, że w danym postępowaniu prowadzone są czynności bez jego udziału, albo (co jeszcze gorsze) dowiaduje się o tym „z rynku” i spekuluje co do przyczyn niezaproszenia go do udziału w aukcji. Zmniejsza się również w sposób niezasadny konkurencyjność postępowania.

Po trzecie wreszcie, obecne rozwiązanie jest sprzeczne z przepisami Dyrektywy 2014/24/UE. Jak wprost wynika z jej art. 35 ust. 5 [p]rzed przystąpieniem do aukcji elektronicznej instytucje zamawiające dokonują pełnej wstępnej oceny ofert zgodnie z kryterium lub kryteriami udzielenia zamówienia oraz przypisaną im wagą.

Następnie przepis ten wymaga, aby do aukcji zaproszeni zostali wyłącznie wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, a ich oferty nie podlegają odrzuceniu.

Odrębnym zagadnieniem jest kwestia cen ofertowych w postępowaniach, w których przewidziana jest aukcja elektroniczna. Otóż powszechną praktyką jest składanie ofert, których ceny w żaden sposób nie odzwierciedlają rzeczywistej kwoty, jaką zaoferować zamierza dany wykonawca. Mając bowiem świadomość planowanej aukcji wykonawcy składają oferty z wartościami całkowicie nieprzystającymi do przedmiotu zamówienia. Powoduje to, że aukcja nie jest jedynie swoistą „dogrywką”, lecz staje się tym etapem postępowania, w którym dopiero składa się rzetelne oferty. Sytuacja taka stoi w sprzeczności zarówno z ideą aukcji (w toku której powinno dochodzić jedynie do stosunkowo niewielkich korekt ceny ofertowej), ale i treścią Dyrektywy 2014/24/EU. Otóż zgodnie z dyspozycją art. 35 ust. 5, [z]a niedopuszczalne należy uznać oferty (...), których cena przekracza budżet instytucji zamawiającej, ustalony i udokumentowany przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Unijny ustawodawca tym sformułowaniem najwyraźniej chciał uniknąć sytuacji, w której wykonawcy, wiedząc o planowanej aukcji, składają oferty przewidujące ceny ofertowe na poziomie nijak mającym się do przedmiotu danego zamówienia.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Zasadna jest zatem taka modyfikacja art. 253 ust. 1 PZP, zgodnie z którą zamawiający będzie informował wykonawcę o przyczynach odrzucenia jego oferty na etapie poprzedzającym zaproszenie

do udziału w aukcji, a sama aukcja zostanie przeprowadzona po upływie terminu na wniesienie odwołania lub rozstrzygnięciu ewentualnego sporu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Konieczna jest przy tym jednoczesna modyfikacja brzmienia art. 232 PZP.

Konieczne wydaje się również wdrożenie do PZP postanowienia, które wyeliminuje zjawisko składania ofert całkowicie oderwanych od przedmiotu zamówienia. Mogłoby to zostać osiągnięte np. poprzez przyznanie zamawiającym prawa do wskazywania w treści SWZ, że oferty opiewające na kwoty przekraczający dany poziom (mierzony np. w stosunku do opublikowanej szacunkowej wartości zamówienia) zostaną odrzucone, na wzór regulacji art. 35 Dyrektywy 2014/24/UE.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 253 UST. 1 PZP

Ust. 1:

Z zastrzeżeniem ust. 2, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ust. 2:

W postępowaniach, w których zamawiający zastosował aukcję elektroniczną, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy zostali zaproszeni do udziału w aukcji, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy uczestniczyli w aukcji, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 232 PZP

Ust. 1:

1. Niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert na potrzeby zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o:

1) wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone i do których zostanie skierowane zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności tych wykonawców,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ust. 2 i kolejne:

2. Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.

3. W zaproszeniu zamawiający informuje wykonawcę o:

- 1) wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy;
- 2) minimalnych wartościach postępowań składanych w toku aukcji elektronicznej;
- 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
- 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
- 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
- 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;
- 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 237 pkt 3.

4. Z wyjątkiem przypadków, gdy najkorzystniejsza oferta jest wybierana na podstawie ceny, formuła matematyczna, o której mowa w ust. 3 pkt 6, uwzględnia wagi przypisane poszczególnym kryteriom oceny ofert w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, a w przypadku dopuszczenia ofert wariantowych określa się odrębną formułę dla każdego wariantu.

5. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 227 UST. 1 PZP

1. W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, z wyłączeniem możliwości przewidzianej w art. 139, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu



Jarosław Sroka

Umowy w sprawie zamówień publicznych

REGULACJA art. 433 PZP – Klauzule abuzywne

DIAGNOZA PROBLEMU

Budowanie katalogu niedozwolonych postanowień umowy jako zamkniętego zbioru kazuistycznie opisanych klauzul, których stosowanie jest zakazane, przeczy celom i istocie instytucji takiego katalogu. Uregulowanie wszystkich możliwych przejawów niewłaściwych praktyk kontraktowych z natury rzeczy nie jest możliwe. Z tego względu zbliżone funkcjonalnie katalogi: klauzul niedozwolonych z art. 385³ Kodeksu cywilnego oraz czynów nieuczciwej konkurencji z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały skonstruowane według schematu, jak ten z proponowanej przez nas zmiany art. 433 PZP. W obu przypadkach podstawą katalogu jest odwołanie się do bardziej ogólnego kryterium uzasadnionego aksjologicznie (zasady ogólnej), zaś wyliczone przypadki wypełnienia tego kryterium mają jedynie charakter przykładowy, co wprost przesądza użycie słów „w szczególności”.

Stąd postulat o tym, aby przepis dotyczący klauzul niedozwolonych w zamówieniach publicznych również miał charakter katalogu przykładowego, otwartego. Ogólna klauzula stanowiłaby dyrektywę interpretacyjną wyraźnie identyfikującą kryterium, które powinno być brane pod uwagę przy ocenie dopuszczalności postanowień umowy – proporcjonalność praw i obowiązków stron umowy względem przedmiotu zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Ogólny charakter klauzuli pozwalałby na szerokie jej zastosowanie w odniesieniu do różnego rodzaju zamówień, gdzie indywidualizacja niepożądanych praktyk, które należałoby eliminować, następowałaby w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia i zależałaby od stopnia jego skomplikowania, rodzaju zamówienia i konkretnego podziału ryzyk zaproponowanego przez zamawiającego w danym wzorcu umownym.

Głównym uzasadnieniem dla wprowadzenia postulowanej zmiany jest dążenie do przeciwdziałania zawężającej wykładni art. 433 PZP, którą narzuca obecny, zamknięty i kazuistyczny charakter katalogu. Analizując orzecznictwo wydane na gruncie ww. przepisu w dwóch pierwszych latach obowiązywania ustawy można niestety dostrzec już niebezpieczną tendencję do właśnie takiej – wąskiej interpretacji przepisu.

Tylko proponowana redakcja przepisu umożliwia pełną realizację jego celu. Za właściwe *ratio legis* wprowadzenia katalogu z art. 433 PZP ciężko uznać wyeliminowanie nieprawidłowych praktyk jedynie w bardzo konkretnych obszarach, takich jak naliczanie kar umownych, czy odpowiedzialność za opóźnienie. Przepis ten powinien gwarantować kompleksową ochronę wykonawcy przed przypadkami nadużyć silniejszej pozycji, jaką ma zamawiający dzięki możliwości swobodnego (co do zasady) kształtowania projektowanych postanowień umowy. Powinien pozwalać na większą ochronę wykonawców, uwzględniając przy tym stopień skomplikowania danego zamówienia i jego rodzaj. Przykładowo, nadal w praktyce spotkać się można z wprowadzaniem do wzorców umów o wykonanie zamówienia publicznego o skomplikowanym charakterze (m.in. przewidujących wykonanie prac projektowych lub robót budowlanych, bądź złożonych dostaw połączonych z montażem) klauzul,

zgodnie z którymi podstawą uznania, że zamówienie lub jego część została wykonana i wykonawca może uzyskać przysługującą mu z tego tytułu płatność, jest jedynie podpisany przez strony protokół odbioru prac bez usterek. Nawet zatem niewielkie usterki, niemające istotnego znaczenia dla możliwości korzystania przez zamawiającego z efektów wykonanych prac, mogą – w świetle tego typu klauzul – być podstawą odmowy podpisania protokołu odbioru i powstrzymania się z płatnością wynagrodzenia, a także naliczania kar umownych. Z pewnością tego rodzaju poważne sankcje nie mogą być uznane za zgodne z zasadą proporcjonalności i jako takie winny być eliminowane ze wzorców umownych jakie mają występować w obrocie prawnym. Niestety obecne brzmienie przepisu art. 433 PZP nie jest wystarczającym remedium na takie postanowienia wzorców umownych. Podobne wnioski należy wyciągnąć w przypadku, gdy zamawiający w projektowanych warunkach umowy wymaga, aby wykonawca z chwilą podpisania umowy potwierdził, że nie wnosi do dokumentacji dotyczącej przedmiotu umowy żadnych zastrzeżeń i otrzymał od zamawiającego wszystkie dane niezbędne dla oceny ryzyka i okoliczności wykonania prac objętych umową, choć wiadomo, że pewne nieścisłości lub wprost błędy w dokumentacji „wyjściowej” mogą ujawnić się dopiero w trakcie wykonywania prac i oczywistym jest, że wykonawca składając tego typu „blankietowe” zapewnienie nie ma w praktyce pewności, czy faktycznie takie okoliczności nie mogą się pojawić w trakcie realizacji zamówienia. Tego typu przykłady można mnożyć, co tylko potwierdza słuszność postulatu, aby przepisy prawa zamówień publicznych zawierały ogólną klauzulę, a nie tylko ograniczały się do kazuistycznego katalogu klauzul abuzywnych.

Postulowana zmiana ustawy przyczyni się do eliminowania tego rodzaju nieprawidłowości i da szansę na kształtowanie bardziej zrównoważonych warunków umownych w projektowanych wzorach umownych. Należy wskazać, że ukształtowanie bardziej zrównoważonych postanowień umowy sprzyja prawidłowej realizacji takiej umowy, co ostatecznie leży również w interesie zamawiającego i sprzyja realizacji zasady efektywności wydatkowania środków publicznych. Przyczynia się bowiem do składania przez wykonawców bardziej konkurencyjnych i korzystniejszych cenowo ofert, a także do realizacji umowy w sposób bardziej sprawny i terminowy, bez konieczności wdawania się przez strony w długotrwałe i kosztowne spory sądowe.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy, aby w pierwszym zdaniu art. 433 PZP ustawodawca wprowadził ogólną klauzulę otwierającą przykładowy katalog niedozwolonych postanowień umowy.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 433 PZP

Art. 433 PZP:

Projektowane postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją, w szczególności nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

REGULACJA art. 436 PZP – Limit kar umownych

DIAGNOZA PROBLEMU

Dodanie do art. 436 PZP, obok już istniejącego obowiązku zawarcia w umowie limitu kar umownych, dodatkowego obowiązku wprowadzenia limitu odpowiedzialności odszkodowawczej stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przyczyniłoby się do urealnienia wyceny ryzyk w ofertach wykonawców.

W największych umowach zawieranych na rynku zamówień publicznych coraz częściej zamawiający wprowadzają tego typu postanowienia. Stanowi to odpowiedź na wyraźne oczekiwanie wykonawców, aby możliwe było precyzyjne ustalenie ekonomicznego ciężaru ryzyk związanych z realizacją umowy.

Rozszerzenie tych dobrych praktyk na cały system zamówień publicznych skutkowałoby poprawą konkurencyjności ofert. Tymczasem brak tego rodzaju rozwiązań w wielu przypadkach stanowi barierę w dostępie do zamówienia, z tego względu, że wykonawcy nie mają możliwości skwantyfikowania ekspozycji na ryzyko i, tym samym, skalkulowania swojej oferty w sposób ekwiwalentny.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Proponujemy wprowadzenie w art. 436 PZP dodatkowego punktu przewidującego, jako obligatoryjne postanowienie, limit odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy z tytułu umowy.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 436 PZP

Art. 436 PZP:

Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

- 1) – 4) [...]
- 5) łączną maksymalną wysokość kwot, których dochodzić mogą strony z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

REGULACJA art. 454 i 455 PZP – Zmiany umowy

DIAGNOZA PROBLEMU

W obowiązującym PZP zmiana umowy została uregulowana w dwóch przepisach, tj. art. 454 i 455, które zastąpiły art. 144 poprzedniego PZP. Art. 144 stanowił transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 72 Dyrektywy 2014/24/UE. Siłą rzeczy nowe przepisy nie mogły mieć rewolucyjnego charakteru, musiały mieć bowiem na uwadze postanowienia dyrektywy. Logika nowej regulacji jest jednak inna od dotychczasowych przepisów i może budzić wątpliwości. Artykuł 144 PZP wprowadzał zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru

wykonawcy i wskazywał wyjątki od tego zakazu. Jednym z nich była *zmiana nieistotna*, w związku z czym przepisy wskazywały, kiedy zmianę postanowień zawartych w umowie uznawało się za istotną. Jednocześnie w żadnym miejscu PZP nie wprowadzała zakazu dokonywania zmian istotnych. Dokonywane na zasadzie wyjątku od zakazu zmiany umowy mogą mieć istotny charakter i być dopuszczalne, jeżeli tylko spełniają warunki przewidziane w PZP.

Tymczasem nowe PZP podzieliło regulację zmiany umowy na istotną zmianę umowy (art. 454) oraz dopuszczalną zmianę umowy (art. 455). Zgodnie z art. 454, istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei dopuszczalna – bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia – jest zmiana, która spełnia warunki przewidziane w PZP. Zamysł prawodawcy jest nie do końca jasny, w szczególności nie wskazuje jednoznacznie, że dana zmiana może być daleko idąca (potocznie „istotna”), ale jednak dopuszczalna na podstawie wskazanych warunków. Z drugiej strony, zmiana umowy może być dopuszczalna nawet, gdy żaden z warunków nie jest spełniony, o ile taka zmiana nie jest istotna w rozumieniu zapisów wskazanych w Dyrektywie 2014/24/UE i PZP.

Przykładowo zmianą, która może być daleko idąca, a jednocześnie dopuszczalna, może być zmiana przewidziana przez klauzulę przeglądową (umożliwia ona przystosowanie treści umowy do zmieniających się w trakcie jej trwania warunków), która w znaczący sposób rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Prawodawca powinien poprzestać na wprowadzeniu instytucji "zmiany dopuszczalnej", przy okazji definiując w ustawie zmianę istotną (definicja ta jest potrzebna w związku z pojęciem "zmiany nieistotnej" będącej jednym z przykładów zmiany dopuszczalnej – zmianę tę należałoby dodać do katalogu z art. 455 ust. 1).

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 455 UST. 1 PZP

Art. 455 ust. 1 pkt 5) PZP:

1. *Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:*

- 5) *w przypadku, gdy nie zachodzi żadna z przesłanek opisanych w pkt. 1-4, gdy zmiana nie ma charakteru istotnego. Zmiana umowy ma istotny charakter, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana: 1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści; 2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie; 3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy; 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2.*

Art. 454 PZP powinien zostać uchylony.

REGULACJA art. 455 ust. 3 pkt 2) PZP – Publikacja ogłoszeń o zmianie umowy**DIAGNOZA PROBLEMU**

Obowiązujący art. 455 ust. 3 pkt 2) PZP przewiduje obowiązek zamieszczenia/przekazania ogłoszenia o zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego w opisanych przypadkach. Funkcja takiego ogłoszenia jest podobna jak ogłoszenia o udzieleniu zamówienia i ma na celu poinformowanie innych wykonawców o zdarzeniu. Obecny przepis nie przewiduje przy tym terminu publikacji ogłoszenia o zmianie umowy.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Proponujemy wprowadzenie w art. 455 ust. 3 pkt 2) PZP maksymalnego terminu, w którym zamawiający ma obowiązek zamieszczenia/przekazania ogłoszenia o zmianie umowy. Termin ten powinien być analogiczny jak przewidziane odpowiednio w art. 265 PZP i 309 PZP, tj. nie dłuższy niż 30 dni od dokonania zmiany.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 455 UST. 3 PKT 2) PZP**Art. 455 ust. 3 pkt 2) PZP:**

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4, zamawiający:

- 2) nie później niż w terminie 30 dni od dnia dokonania zmiany umowy odpowiednio przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie lub zamieszcza ogłoszenie o zmianie w Biuletynie Zamówień Publicznych.



Jarosław Jerzykowski, Anna Prigan, dr Aleksandra Sołtysińska

Środki ochrony prawnej

REGULACJA art. 459 ust. 1 oraz art. 460 PZP – Unieważnienie umowy

DIAGNOZA PROBLEMU

Ustawa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a PZP stanowi, że w warunkach art. 457 ust. 1 PZP Izba może unieważnić umowę. Odbywa się to w ramach postępowania odwoławczego wszczynanego w terminie określonym zgodnie z art. 515 PZP. Równolegle art. 460 PZP wskazuje, że wyłącznie w warunkach art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP o unieważnienie umowy wykonawca może wystąpić (jak należy zakładać, ponieważ nie wynika to bezpośrednio z przepisu) do sądu powszechnego w postępowaniu wszczynanym w terminie 4 lat od zawarcia umowy. Ponadto zgodnie z art. 459 ust. 1 PZP o unieważnienie umowy do sądu powszechnego może wystąpić Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Konkurencyjna kognicja sądu i Krajowej Izby Odwoławczej jest nieuzasadniona. Rozstrzyganie zarzutów uzasadniających unieważnienie umowy powinno być powierzone jednemu tylko podmiotowi: Krajowej Izbie Odwoławczej lub sądowi, przy czym zasadne jest, aby w pierwszej instancji była to Krajowa Izba Odwoławcza, w drugiej Sąd Zamówień Publicznych, skoro przedmiotem rozpoznania jest stwierdzenie naruszenia PZP.

Ponadto obecnie przepisy nie rozstrzygają jednoznacznie o stosowaniu środków odwoławczych w przypadku niezgodnej z ustawą zmiany umowy, a w szczególności, czy w takim przypadku można wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i w jakim terminie.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Zważywszy na szybkość postępowania, celowym wydaje się, żeby sprawę o unieważnienie umowy zawartej z naruszeniem ustawy oraz zmiany umowy dokonanej z naruszeniem ustawy w pierwszej instancji rozpatrywała Krajowa Izba Odwoławcza, zaś w drugiej – Sąd Zamówień Publicznych.

Uważamy, że w takim duchu należałoby zmienić przepisy ustawy, przesądzając, że tak Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak i wykonawca mający interes w uzyskaniu zamówienia lub w unieważnieniu dokonanej w umowie zmiany, mają prawo wnieść odwołanie z żądaniem unieważnienia umowy, bądź jej zmiany.

W konsekwencji zgłoszonego postulatu przepisy art. 459 oraz 460 PZP musiałyby zostać przeformułowane. Postulujemy, aby środkiem prawnym prowadzącym do unieważnienia w sytuacjach opisanych w PZP, jak i zmiany umowy dokonanej niezgodnie z PZP było odwołanie.

Postulujemy także o jednoznaczne przesądzenie, że zaskarżenie niezgodnej z ustawą zmiany umowy jest w istocie odwołaniem wobec udzielenia zamówienia z pominięciem przepisów ustawy. Ponadto postulujemy o określenie w art. 515 PZP terminu na wniesienie takiego odwołania, w odpowiednio długich i zgodnych z Dyrektywą 89/665/EWG terminach. Wskazujemy przy tym, że ponieważ zmiany umowy dokonane z naruszeniem ustawy często nie są nigdzie ogłaszane (na przykład gdy zmiana

umowy jest dokonywana na podstawie klauzuli o zmianie umowy zawartej w jej treści), a powzięcie informacji o wprowadzonych zmianach może być utrudnione, to termin na wniesienie odwołania powinien być odpowiednio długi, aby dawać wykonawcom praktyczną możliwość kwestionowania takich zmian.

Wskazujemy również, że zgodnie z art. 2f ust. 1 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, minimalny termin, w którym można wnieść odwołanie z żądaniem unieważnienia zawartej już umowy lub jej zmiany nie może być krótszy niż 6 miesięcy od dnia następującego po dniu zawarcia umowy, a w przypadku gdy informacja o zawarciu umowy bądź jej zmiany dokonanej z naruszeniem ustawy została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w terminie nie krótszym niż 30 dni liczonych od dnia następującego po dniu publikacji ogłoszenia.

Postulujemy zachowanie co najmniej wskazanych terminów minimalnych.

Z uwagi na zasadę pewności obrotu prawnego celowym byłoby określenie terminu, w którym można domagać się unieważnienia umowy bądź jej zmiany, odwołanie z żądaniem unieważnienia powinno być wnoszone w określonym czasie rozpoczynającym bieg od powzięcia wiadomości o zawarciu umowy bądź zmiany umowy podlegającej unieważnieniu. Czas ten nie może być krótszy niż 30 dni (w korelacji z art. 2f ust. 1 lit a) Dyrektywy 89/665/EWG).

Biorąc pod uwagę systematykę ustawy, która w rozdziale 4 działu VII reguluje tematykę odstąpienia od umowy oraz jej unieważnienia, przepisy regulujące odwołania wnoszone z żądaniem unieważnienia umowy lub jej zmiany dokonanej z naruszeniem ustawy powinny w naszej ocenie zostać zawarte właśnie w tym rozdziale.

Przypadki, w których przysługuje odwołanie, zostały wymienione w art. 513 PZP, a terminy w jakich wnoszone jest odwołanie są uregulowane w art. 515 PZP. W obecnym stanie prawnym regulacje te dotyczą odwołań wnoszonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zasadniczo przed zawarciem umowy). W związku ze zgłoszonym postulatem o rozpatrywanie spraw o unieważnienie umowy i jej zmiany w pierwszej instancji przez Krajową Izbę Odwoławczą w drodze odwołania, celowe będzie również uzupełnienie art. 513 i 515 PZP o stosowne odesłania do postanowień o odwołaniach z żądaniem unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem ustawy lub jej zmiany dokonanej niezgodnie z ustawą.

REGULACJA art. 515 ust. 4 PZP – Ogłoszenie wszczynające postępowanie

DIAGNOZA PROBLEMU

Obecnie art. 515 ust. 4 PZP dotyczy braku publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, zaś art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP dotyczy braku ogłoszenia wszczynającego postępowanie. Są to różne ogłoszenia. Nie odnajdujemy w art. 515 PZP właściwego postanowienia odnoszącego się do tego przypadku.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy uzupełnienie hipotezy art. 515 art. 4 PZP o sytuacje realizujące przesłankę z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 515 UST. 4 PZP

Art. 515 ust. 4:

4. Jeżeli zamawiający nie opublikował ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej, odwołanie wnosi się nie później niż w terminie:

REGULACJA art. 521 ust. 1 oraz art. 525 ust. 5 PZP – Termin na wniesienie odpowiedzi na odwołanie oraz na przekazanie stanowiska przystępującego

DIAGNOZA PROBLEMU

Obecnie funkcjonuje praktyka przekazywania pisemnych stanowisk na posiedzeniu poprzedzającym rozprawę lub też na krótko przed nią, co uniemożliwia stronom i uczestnikom racjonalne zapoznanie się z pismem. Dezorganizuje to przebieg rozprawy i wypacza zasadę kontradyktoryjności. Uważamy, że w sytuacji, gdy odwołaniem kwestionowana jest czynność zamawiającego, na której podjęcie ma w zasadzie nieograniczony czas (czyli czynność przemyślana), czas pomiędzy otrzymaniem odwołania a dwoma dniami roboczymi przed terminem rozprawy (wynoszący w praktyce około 10 dni kalendarzowych) jest wystarczający do sformułowania stanowiska na piśmie. Proponujemy analogiczną zmianę w stosunku do pisemnego stanowiska procesowego przystępującego – postulat do art. 525 ust. 5 PZP.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy wprowadzenie terminu na wniesienie odpowiedzi na odwołanie, umożliwiającego odpowiednie przygotowanie rozprawy przez przewodniczącego składu orzekającego oraz przygotowanie się stron i uczestników do rozprawy.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 521 UST. 1 ORAZ ART. 525 UST. 5

Art. 521 ust. 1:

Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Zamawiający przekazuje odwołującemu i uczestnikom postępowania odpowiedź na odwołanie w postaci elektronicznej albo kopię odpowiedzi na odwołanie, jeżeli została złożona w formie pisemnej, nie później niż dwa dni robocze przed wyznaczonym terminem rozprawy, w taki sposób, aby mogli oni zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Art. 525 ust. 5:

Przystępujący może sformułować swoje stanowisko procesowe na piśmie. Przystępujący przekazuje je stronom w postaci elektronicznej albo jako kopię w postaci pisemnej w terminie nie później niż dwa dni

robocze przed wyznaczonym terminem rozprawy, w taki sposób, aby mogli oni zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

REGULACJA art. 524 PZP – Zamieszczanie kopii odwołań

DIAGNOZA PROBLEMU

Przepisy nie zobowiązują jednoznacznie zamawiającego do umieszczania na stronie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołania wniesionego wobec wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy uzupełnienie postanowień art. 524 PZP w ten sposób, aby uwzględnić w nim wymagane ogłoszenie zmieniające ogłoszenie wszczynające postępowanie. Zmiana jest skorelowana ze zmianą art. 515 ust. 4 PZP.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 524 PZP

Art. 524:

Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

REGULACJA art. 525 ust. 1 PZP – Przystąpienie

DIAGNOZA PROBLEMU

Obecnie, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 505 ust. 2 PZP, środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 PZP, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców. Natomiast niejednolita jest praktyka dopuszczania takich organizacji jako przystępujących do postępowania odwoławczego z odwołania wykonawcy, nawet gdy rozstrzygnięcie danej sprawy będzie leżało w interesie podmiotów, które dana organizacja zrzesza czy reprezentuje.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy, by organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 PZP oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców wprost byli uprawnieni do przystąpienia do postępowania odwoławczego wszczętego przez wykonawcę. W przypadku organizacji wpisanych na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 PZP, składając przystąpienie powinny one wykazać, że interes w uzyskaniu

rozstrzygnięcia na korzyść strony jest zgodny ze statutowym celem działalności ukierunkowanej na ochronę interesów zrzeszonych członków.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 525 UST. 1 PZP

Art. 525 ust. 1:

1. Wykonawca, organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców, mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W przypadku organizacji wpisanej na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, interes w zgłoszeniu przystąpienia musi być zgodny z celami statutowymi organizacji.

REGULACJA art. 525 ust. 2 PZP – Braki formalne przystąpienia

DIAGNOZA PROBLEMU

Obecnie kwestia usuwania braków formalnych jest uregulowana jedynie w odniesieniu do odwołania, a w praktyce braki zgłoszenia przystąpienia są związane niewykazaniem umocowania osoby wnoszącej zgłoszenie przystąpienia. Brak przy tym przepisu, który pozwalałby wykonawcy niedopuszczonemu do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania na zaskarżenie rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie, co utrudnia dalsze zaskarżenie wyroku Izby, który bezpośrednio dotyczy interesów tegoż wykonawcy. Formułujemy w tym zakresie postulat poniżej (nowy art. 525 ust. 6 PZP).

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy dodanie nowego zdania w art. 525 ust. 2 PZP, odsyłającego do art. 518 PZP, a zatem wprowadzającego możliwość uzupełnienia braków formalnych przystąpienia, na zasadach analogicznych do uzupełniania braków formalnych odwołania.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 525 UST. 2 PZP

Art. 525 ust. 2:

2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Art. 518 stosuje się odpowiednio.

REGULACJA art. 525 ust. 6 PZP – Skarga na niedopuszczenie przystępującego

DIAGNOZA PROBLEMU

Zgodnie z art. 579 ust. 1 PZP na orzeczenie Izby oraz Prezesa Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Tymczasem status uczestnika postępowania odwoławczego uzyskuje wykonawca, gdy Izba stwierdzi skuteczność zgłoszenia przystąpienia.

Powstaje więc istotna wątpliwość, jak wykonawca, który nieskutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, może zaskarżyć niekorzystne dla siebie orzeczenie Izby.

Powyższy problem nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy zarzuty odwołania skutkujące odrzuceniem oferty takiego wykonawcy lub jego wykluczeniem zostaną przez zamawiającego uwzględnione i Izba nie podda sprawę merytorycznemu rozpoznaniu.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy wprowadzenie możliwości zaskarżenia postanowienia w sprawie niedopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego. W ten sposób zabezpieczenie interesu uczestników postępowań odwoławczych byłoby pełniejsze.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 525 UST. 6 PZP

Art. 525 ust. 6:

6. Na postanowienie w sprawie niedopuszczenia wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym przysługuje skarga do sądu.

REGULACJA art. 554 PZP – Odwołanie dot. zmiany umowy

DIAGNOZA PROBLEMU

Obecnie uprawnienie do podważenia skuteczności zmiany umowy dokonanej niezgodnie z art. 454 PZP i art. 455 PZP, która *de facto* jest nowym zamówieniem przysługuje wyłącznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy jednoznaczne przesądzenie, że podważenie skuteczności zmiany umowy dokonanej niezgodnie z art. 454 PZP i art. 455 PZP, która *de facto* jest nowym zamówieniem, odbywa się w ramach postępowania odwoławczego, a zatem że wykonawcy mają prawo kwestionowania takich zmian w drodze odwołania. Odsyłamy również do naszego powyższego postulatu odnoszącego się do art. 459 PZP i art. 460 PZP, w którym wnosimy o określenie jednego organu właściwego w sprawach, gdzie przedmiotem rozpoznania jest stwierdzenie naruszenia PZP. W naszej ocenie organem tym powinna być Krajowa Izba Odwoławcza.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 554 PZP

W art. 554 ust. 1 dodaje się pkt 3 w brzmieniu:

3) dokonanie zmiany umowy z naruszeniem art. 454 lub art. 455.

W art. 554 ust. 3 dodaje się pkt 4 w brzmieniu:

4) jeżeli zmiana umowy została dokonana w warunkach art. 458, unieważnić zmianę umowy.

Zmienia się art. 554 ust. 4:

4. Izba, orzekając na podstawie ust. 3 pkt 2 i 4, uwzględnia wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy lub jej zmiany.

Zmienia się art. 554 ust. 7:

7. Izba nie może unieważnić umowy lub jej zmiany, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej.

REGULACJA art. 577 PZP – Przesunięcie terminu otwarcia ofert w razie wniesienia odwołania

DIAGNOZA PROBLEMU

Przepisy PZP wymagają zawieszenia możliwości zawarcia umowy w sytuacji wniesienia odwołania. Równocześnie nie przewiduje się zakazu otwarcia ofert w takim przypadku. Należy w tym miejscu wskazać, że chociaż zamawiający, decydując się na podjęcie różnych czynności w toku postępowania odwoławczego przed wydaniem wyroku Izby, działa na własne ryzyko, to okoliczność, że doszło już do otwarcia ofert, ma w praktyce wpływ na wynik postępowania odwoławczego. Wyrok Izby uwzględniający w takiej sytuacji odwołanie powodowałby bowiem konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co z reguły jest dla zamawiającego sytuacją bardzo trudną, tak w kontekście dysponowania środkami finansowymi, jak z uwagi na realizację zadań, które to okoliczności Izba niejednokrotnie wzięła pod uwagę wydając rozstrzygnięcie niekorzystne dla wykonawcy.

Ujawnienie w takiej sytuacji informacji o cenach negatywnie wpływa na sytuację uczestników postępowania i interes publiczny, który polega na maksymalizacji konkurencyjności postępowania, a sam fakt uzyskania ofert wzmacnia pozycję zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, ponieważ może być wykorzystywany jako argument za tym, że kwestionowane przez odwołującego postanowienia dokumentów zamówienia są jednak rynkowe.

Wskazujemy, że w art. 2 ust.1 lit. a) Dyrektywy 89/665/EWG jest mowa o konieczności zapewnienia możliwości skorzystania ze „środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą.” W tę właśnie regulację wpisuje się postulowana zmiana ustawy.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy, aby w przypadku wniesienia odwołania przed terminem otwarcia ofert zamawiający miał obowiązek przesunięcia terminu składania ofert tak, aby przypadał on po zakończeniu postępowania odwoławczego.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 577 PZP

Art. 577:

W przypadku wniesienia odwołania zamawiający:

- 1) przesuwając termin składania ofert na dzień przypadający po zakończeniu postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian w ofertach;
- 2) nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

REGULACJA art. 579 PZP – Zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy

DIAGNOZA PROBLEMU

Obecnie przepis zawiera odesłanie wyłącznie do przepisów o apelacji i na tej podstawie odrzucane są wnioski o udzielenie zabezpieczenia poprzez orzeczenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Sąd Zamówień Publicznych wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie skargowe. Mimo tego, że w doktrynie przeważa pogląd o dopuszczalności stosowania przepisów o postępowaniu zabezpieczającym w takim przypadku, istnieje zasadnicza rozbieżność w interpretacji ustawy w tym zakresie w orzecznictwie sądowym.

Możliwość zawarcia przez zamawiającego umowy nawet już w dniu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę, w przypadku jeśli odwołanie dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej powoduje, że wniesienie skargi do sądu nie ma dla odwołującego, w kontekście celów Dyrektywy 89/665/EWG, żadnego praktycznego znaczenia. Skarga, wbrew postanowieniom tej dyrektywy (art. 1 ust. 9), nie daje w takim przypadku żadnej realnej ochrony i szansy na usunięcie bezprawności w działaniu zamawiającego, ani zapobieżenie szkodzie.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Z uwagi na istniejące rozbieżności w orzecznictwie, postulujemy zmianę treści art. 579 PZP poprzez wyraźne odesłanie w tym również do postępowania zabezpieczającego:

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 579 PZP

Art. 579 ust. 2:

2. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Przed wniesieniem skargi i w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi odwołujący i przystępujący po stronie odwołującego mogą żądać udzielenia zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu rozpoznania skargi. Przepisy o postępowaniu zabezpieczającym stosuje się odpowiednio.

REGULACJA art. 580 PZP – Przeciwnik skargi

DIAGNOZA PROBLEMU

Zgodnie z art. 580 ust. 2 PZP wniesieniu skargi powinno towarzyszyć doręczenie jej odpisu przeciwnikowi skargi. Ustawa nie określa jednak, kto jest przeciwnikiem skargi, a w konsekwencji kto ponosi koszty postępowania skargowego. Tymczasem w świetle orzecznictwa sądów okręgowych

powstają wątpliwości w tym zakresie, w przypadku gdy skargi nie wnosi zamawiający lub odwołujący. Szczególnie chodzi o sytuację, gdy skargę wnosi przystępujący po stronie zamawiającego wobec wyroku KIO uwzględniającego odwołanie.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy wprowadzenie wyraźnej regulacji przesądzającej, kto jest przeciwnikiem skargi, co w efekcie określi kto ponosi koszty postępowania skargowego.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 580 PZP

W art. 580 dodaje się ust. 1¹ w brzmieniu:

1¹ Przeciwnikiem skargi jest:

- a) zamawiający, gdy skargę wniesiono wobec oddalenia, odrzucenia lub zwrotu odwołania, a także wobec niedopuszczenia wykonawcy do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego,*
- b) odwołujący, gdy skargę wniesiono wobec uwzględnienia odwołania,*
- c) przystępujący po stronie zamawiającego, gdy skarga jest wnoszona wobec oddalenia odwołania w warunkach art. 523 ust. 3.*

REGULACJA art. 587 PZP – Rozpatrywanie skarg po wykonaniu umowy

DIAGNOZA PROBLEMU

W świetle orzecznictwa sądów okręgowych dominujący jest pogląd, zgodnie z którym skutkiem wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego jest umorzenie postępowania skargowego. Tymczasem czynności zamawiającego poprzedzające zawarcie umowy zostały dokonane z naruszeniem przepisów PZP niezależnie od tego czy umowa została wykonana, czy nie. W efekcie, skoro celem skargi jest stwierdzenie, że doszło do naruszenia prawa, to wykonanie umowy w całości nie powoduje, że postępowanie stało się bezprzedmiotowe. Tak trafnie stwierdził SN w postanowieniu z dnia 17.05.2019 r., IV CSK 69/18.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy wprowadzenie regulacji przesądzającej o konieczności rozpoznania przez sąd sprawy niezależnie od tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego została wykonana.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 587 UST. 3 PZP

Art. 587 ust. 3:

3. Sąd rozpoznaje sprawę również w przypadku, gdy umowa została wykonana.

REGULACJA art. 588 ust. 2 PZP – Przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania

DIAGNOZA PROBLEMU
Obecnie przepis wyraźnie wyłącza stosowanie przepisu art. 386 § 4 ustawy dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.
PROPONOWANE ROZWIĄZANIE
Postulujemy wprowadzenie możliwości uchylenia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w przypadku, gdy orzeczenie wydane wskutek rozpoznania odwołania nie zawierało merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie, a także gdy nie zostało przeprowadzone postępowanie dowodowe w pełnym zakresie
PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU ART. 588 UST. 2 PZP
Art. 588 ust. 2: <i>2. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy. Sąd uchyla zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Izbę, jeżeli na etapie postępowania odwoławczego nie doszło do rozpoznania istoty sprawy albo gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. W pozostałych sprawach sąd wydaje postanowienie. Przepisy art. 553-557 i art. 563-567 stosuje się odpowiednio.</i>
REGULACJA §7 rozporządzenia z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz art. 575 i art. 589 PZP
DIAGNOZA PROBLEMU
Nie kwestionując zasady ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego i skargowego stosownie do jego wyniku, zwracamy uwagę na niespójność regulacji o kosztach obu tych postępowań. Podkreślamy przy tym, że § 7 Rozporządzenia z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania w sposób nieprawidłowy odwołuje się do zarzutów, ustanawiając zasadę, że w przypadku uwzględnienia odwołania w części, koszty są ponoszone stosownie do ilości uwzględnionych zarzutów, podczas gdy przepisy kodeksu postępowania cywilnego odwołują się do uwzględnionych żądań (por. art. 100 kpc).
PROPONOWANE ROZWIĄZANIE
Prawidłowym podejściem, stosowanym już obecnie przez część składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej, jest rozdzielanie kosztów stosownie do uwzględnionych żądań, nie zaś zarzutów. W istocie bowiem celem odwołania jest uwzględnienie zawartych w nim żądań, których ilość nie jest skorelowana z ilością stawianych zarzutów. Zwracamy uwagę, że uwzględnienie już jednego z zarzutów może prowadzić do uwzględnienia żądania, zaś subsumpcja stanu faktycznego pod normę prawną jest zadaniem Izby.

DIAGNOZA PROBLEMU

Obowiązujące rozwiązanie sprawia, że przy uwzględnieniu odwołania przez zamawiającego i wniesieniu sprzeciwu, spór (odwołanie) toczy się pomiędzy wykonawcą (który wniósł odwołanie) a wnoszącym sprzeciw (który odwołuje się od zmienionej przez zamawiającego w wyniku i uwzględnienia odwołania nowej decyzji). Powoduje to, że zamawiający pozostaje poza sporem (poza odwołaniem). Jest to rozwiązanie zupełnie niezrozumiałe, ponieważ istotą systemu odwoławczego jest to, że dotyczy on zawsze decyzji zamawiającego. Tu również mamy do czynienia z taką decyzją. Stanowi ją przecież uwzględnienie odwołania, które oznacza podjęcie nowej decyzji / nowej czynności przez zamawiającego.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Uwzględnienie sprzeciwu stanowi w istocie nową decyzję zamawiającego. W konsekwencji sprzeciw jest odwołaniem od tej nowej decyzji zamawiającego. Spór toczy się w związku z tym pomiędzy zamawiającym a wykonawcą (tak jak zawsze, ponieważ zawsze odwołanie dotyczy decyzji lub zaniechania zamawiającego, a nie innego wykonawcy). W konsekwencji koszty takiego postępowania powinny podlegać regułom ogólnym: jeśli sprzeciw (odwołanie) zostanie uwzględniony, koszty powinien ponosić zamawiający. Dzisiejsze rozwiązanie pozwala zamawiającemu na uniknięcie bycia stroną sporu i tym samym również kosztów (o zaangażowaniu w spór nie mówiąc).

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU §7 ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE SZCZEGÓLNYCH RODZAJÓW KOSZTÓW POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO, ICH ROZLICZANIA ORAZ WYSOKOŚCI I SPOSOBU POBIERANIA WPISU OD ODWOŁANIA

§7 rozporządzenia z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania:

1. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi:

1) zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego lub wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, albo

2) uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, albo

3) zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części, a odwołujący nie wycofał pozostałych żądań odwołania; w takim przypadku Izba zasądza równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, na rzecz odwołującego od zamawiającego i uczestnika wnoszącego sprzeciw, rozdzielając je między nimi stosunkowo, obliczając proporcję liczby żądań przedstawionych w odwołaniu.

2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił

do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości albo w części, albo

2) odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, albo

3) odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części, a odwołujący nie wycofał pozostałych żądań odwołania.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali obliczając proporcję liczby uwzględnionych żądań przedstawionych w odwołaniu do żądań, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego lub od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby uwzględnionych żądań do żądań, których Izba nie uwzględniła, z uwzględnieniem żądań objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

5. usunięty

6. Koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych.

REGULACJA §9 ust. 2 rozporządzenia z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

DIAGNOZA PROBLEMU

Zgodnie z zasadą wyrażoną w §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia zamawiający, który uwzględnił odwołanie, ponosi koszty postępowania odwoławczego. Jest to zasada słuszna: skoro nie doprowadził do cofnięcia odwołania przez odwołującego, a równocześnie odwołanie jest zasadne, to naraził wykonawcę na koszty, a Izbę na niepotrzebne czynności.

Tymczasem podobna sytuacja występuje również w sytuacji, gdy swoim zaniechaniem, polegającym na nieskładaniu oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania umożliwiającym odwołującemu cofnięcie odwołania, zamawiający podejmuje czynności zgodne z żądaniem odwołania, lub nawet częścią tych

żądań. Praktyka taka jest częsta i jest bezpośrednio związana z unikaniem ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego.

Obecna regulacja rozporządzenia, przewidująca zniesienie kosztów wzajemnie, jest krzywdząca dla wykonawców, których sytuacja procesowa w ramach postępowania odwoławczego jest niejasna, jeśli brak jest oświadczenia o uwzględnieniu odwołania.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Skoro w praktyce odwołanie doprowadziło do zmiany czynności zamawiającego, to powinien on ponosić koszty postępowania tak samo, jak gdyby uwzględnił odwołanie.

PROPOZYCJA NOWEGO BRZMIENIA PRZEPISU § 9 UST. 2 ROZPORZĄDZENIA W SPRAWIE SZCZEGÓŁOWYCH RODZAJÓW KOSZTÓW POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO, ICH ROZLICZANIA ORAZ WYSOKOŚCI I SPOSOBU POBIERANIA WPISU OD ODWOŁANIA

§9 ust. 2 rozporządzenia z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania:

2. W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie, chyba że postępowanie stało się zbędne lub niedopuszczalne wskutek podjęcia przez zamawiającego czynności zgodnych z żądaniem odwołania, bez złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania. W takim przypadku na zasadzie §7 ust. 1 pkt 1 uznaje się, że zamawiający uwzględnił odwołanie.



Mirella Lechna-Marchewka, dr Aleksandra Sołtysińska

Odszkodowanie w zamówieniach publicznych**REGULACJA – brak odpowiednika w PZP****DIAGNOZA PROBLEMU**

Polski ustawodawca nie wprowadził do ustawy szczególnych rozwiązań prawnych odnoszących się do odszkodowań w zamówieniach publicznych, pomimo że dyrektywy odwoławcze⁷ zobowiązują go do przyjęcia odpowiednich środków obejmujących m. in. prawo do przyznania odszkodowania wykonawcom, którzy doznali uszczerbku w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Przepisy kodeksu cywilnego, na które muszą powoływać się wykonawcy szukający rekompensaty za naruszenie przepisów PZP przez zamawiającego, nie stanowią właściwej implementacji prawa unijnego, ponieważ uzależniają roszczenia odszkodowawcze od przesłanki zawinienia. Regulacje unijne przewidują w tym zakresie odmienne przesłanki odszkodowawcze. Także wyjątkowy przepis art. 261 w PZP dotyczy wyłącznie zwrotu kosztów w przypadku unieważnienia przetargu.

Powyższe wskazuje na konieczność zmian w polskim prawie w celu wprowadzenia dedykowanej regulacji w zakresie implementacji dyrektyw odwoławczych, w ramach której uregulowane zostaną podstawa, procedura i przesłanki odszkodowania za naruszenie przez zamawiającego PZP. W celu wdrożenia do prawa polskiego przepisów unijnych, które przyznają wykonawcom określone uprawnienia m. in. do ubiegania się o rekompensatę.

PROPONOWANE ROZWIĄZANIE

Postulujemy wprowadzenie do ustawy regulacji, która gwarantowałaby wykonawcy uprawnienie do dochodzenia :

- a) roszczenia o odszkodowanie obejmującego poniesioną szkodę oraz utracone korzyści lub
- b) roszczenia o odszkodowanie w wysokości ryczałtowej, z możliwością dochodzenia odszkodowania w pełnej wysokości w postępowaniu przed sądem powszechnym na zasadach ogólnych,
- c) roszczenia o odszkodowanie w zakresie zwrotu kosztów postępowania.

⁷ Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) („**Dyrektywa 89/665/EWG**”);

Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66 (Dz.U. L 335, s. 31) („**Dyrektywa 92/13/EWG**”) – dalej łącznie „**dyrektywy odwoławcze**”

Wskazujemy, że zasady dochodzenia roszczeń odszkodowawczych powinny być analogiczne jak wynikające z przepisów i orzecznictwa sądów unijnych.

Postulujemy, aby:

- a) orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Zamówień Publicznych stwierdzające naruszenie prawa miały charakter prejudykatu w ew. postępowaniu przed sądem powszechnym;
- b) jeśli roszczenie o odszkodowanie zgłaszane jest po raz pierwszy do sądu powszechnego, ten sąd ustalał, czy miało miejsce naruszenie prawa przez zamawiającego;
- c) w pozostałym zakresie miały zastosowanie zasady odpowiedzialności odszkodowawczej z kc, tj. zasady ustalenia szkody, zasady wykazania związku przyczynowego, kwestia przyczynienia się do powstania szkody, itp.

Jeśli chodzi o zakres odszkodowania, to z orzecznictwa TSUE jednoznacznie wynika, że odszkodowanie powinno obejmować zarówno straty jak i utracone korzyści.

Oznacza to, że ograniczenie odszkodowania dla wykonawcy, który wykaże pewność uzyskania zamówienia do ujemnego interesu umownego byłoby niezgodne z dyrektywami odwoławczymi. W takim przypadku odszkodowanie nie powinno swoim zakresem obejmować jednocześnie kosztów uczestnictwa w przetargu, bowiem te musiałyby być przez wygranego wykonawcę i tak poniesione, a poza tym zwyczajowo ujęte są w cenie oferty.

Wyjątkiem, w którym istnieje uzasadnienie do ograniczenia odszkodowania do kosztów uczestnictwa w przetargu, jest sytuacja, w której wykonawca traci szansę uzyskania zamówienia na skutek naruszenia prawa, ale równocześnie nie jest przesądzone, że uzyskałby on zamówienie.

W przypadku odszkodowania w związku z udzieleniem zamówienia z pominięciem ustawy, brak jest podstaw do ograniczenia jego zakresu, ale możliwość jego uzyskania będzie zależała od możliwości wykazania przez wykonawcę realnej szansy uzyskania zamówienia.

Funkcjonującym w innych krajach rozwiązaniem jest odszkodowanie ryczałtowe, które, by spełniać wymogi dyrektyw odwoławczych, powinno dotyczyć naprawienia szkody w zakresie utraconych korzyści. Przykładem może być obowiązująca w Belgii ustawa z 17 czerwca 2013 r. *Loi relative a la motivation, a l'information et aux voies de recours en matiere de marches publics, de certains marches de travaux, de fournitures et de services de concession*⁸. Przewiduje ona w określonych sytuacjach i pod pewnymi warunkami odszkodowanie ryczałtowe w wysokości 10% wartości oferty wykonawcy, który dochodzi odszkodowania (względnie 10% kwoty udzielonego zamówienia). Wprowadzenie do PZP regulacji przyznającej wykonawcom jednoznacznie roszczenie o odszkodowanie było rozważane na etapie prac dotyczących ustawy i było pomyślane jako odszkodowanie ryczałtowe z możliwością dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.⁹

Deklarujemy równocześnie, że w przypadku podjęcia przez stronę rządową prac nad wprowadzeniem do polskich przepisów wymaganych prawem unijnym rozwiązań, jesteśmy otwarci i gotowi na współpracę i wsparcie w przygotowaniu konkretnych rozwiązań i przepisów.

⁸ dostęp: <https://bosa.belgium.be/fr/regulations/loi-du-17-juin-2013#anchor-2>

⁹ Dokument MPiT i UZP pn. Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych z czerwca 2018 r. str. 87 i nast.



Stowarzyszenie
Prawa
Zamówień
Publicznych

Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych zostało utworzone 3 lutego 2017 r. przez jedenastu adwokatów i radców prawnych specjalizujących się w tematyce zamówień publicznych, partnerstwa publiczno-prywatnego oraz koncesji na roboty budowlane.

Celem Stowarzyszenia PZP jest wymiana i upowszechnianie wiedzy z zakresu szeroko rozumianego prawa zamówień publicznych, w tym czerpanie z najlepszych wzorów międzynarodowych oraz promowanie zasad etyki zawodowej wśród osób zajmujących się tą dziedziną prawa.

Stowarzyszenie ma być również platformą, która pozwoli na czynny udział środowiska prawników w debacie publicznej dotyczącej systemu zamówień publicznych oraz praktyki stosowania odpowiednich przepisów.

Ambicją Stowarzyszenia PZP jest, by grono członków rozrastało się o uznanych prawników, których ugruntowana wiedza i doświadczenie pomoże tworzyć rozwiązania sprzyjające wszystkim uczestnikom rynku zamówień publicznych w Polsce.