



# **N**OWE PRAWO **ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

pierwsze wrażenia

## Spis treści

<b>Nowe Prawo zamówień publicznych – projekt już jest</b> Anna Prigan	3
<b>Nowe PZP – wszystko zgodne z prawem unijnym?</b> Mirella Lechna	5
<b>Przymusowa koncyliacja</b> dr hab. Marcin Lemkowski	11
<b>Nowy tryb dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych – tryb podstawowy</b> Serom Kim	14
<b>Podstawy wykluczenia w projekcie nowego PZP – bliżej dyrektywy</b> Katarzyna Śliwak	17
<b>Wadium roku 2020: te same problemy, te same sankcje</b> Anna Prigan	22
<b>Rewolucja w wymogach dotyczących treści umów o zamówienia publiczne</b> Hanna Drynkorn	25
<b>RODO a zamówienia publiczne</b> Joanna Krakowiak	30
<b>Praktyka prawa zamówień publicznych</b>	33

## Nowe Prawo zamówień publicznych – projekt już jest

ANNA PRIGAN

**24 stycznia 2019 r. Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii zaprezentowało projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. Nowa obszerna regulacja ma uprościć i uporządkować przepisy, aby zamówienia publiczne stały się efektywniejsze i bardziej przyjazne.**

Obowiązująca obecnie ustawa Prawo zamówień publicznych była już nowelizowana kilkadziesiąt razy. Kilka z tych nowelizacji było bardzo obszernych i o zasadniczym znaczeniu, ponieważ przy ich okazji implementowano do polskiego porządku prawnego dyrektywy unijne. Większość dokonywanych doraźnie zmian ustawy polegała na dostosowywaniu prawa do potrzeb zmieniającej się sytuacji prawnej i gospodarczej, co niestety powodowało coraz większą niespójność całej regulacji.

W końcu Prawo zamówień publicznych stało się nieczytelne dla przeciętnego uczestnika rynku i zawiera tyle lat, że trzeba napisać je od nowa. Z tą potrzebą mierzy się projekt nowego Prawa zamówień publicznych. Uwzględnia on dyrektywę klasyczną, sektorową, obronną, a także dyrektywy odwoławcze.

Jak istotna jest to regulacja, pokazują dane statystyczne. Projektodawca wskazuje, że w wielu branżach dla co czwartego przedsiębiorcy zamówienia publiczne stanowią ponad połowę całkowitych przychodów, a dla co dziesiątego to 75% przychodów. Odpowiednio ukierunkowane i zarządzane zamówienia publiczne mogą być zatem ważnym czynnikiem wzrostu przedsiębiorstw. Z założenia efektywna i czytelna procedura może wspierać cele gospodarcze i rozwojowe, a także politykę społeczną i rynek pracy. Może wspierać gospodarkę państwa i funkcjonujących w nim przedsiębiorców.

Projekt nowego Prawa zamówień publicznych jest regulacją znacznie obszerniejszą niż obecnie obowiązujące przepisy. Chociaż wiele instytucji pozostało bez zmian, to przepisy je regulujące zostały rozbudowane i przegrupowane. Zasadniczym celem przyświecającym autorom projektu była bowiem czytelność, którą próbowano osiągnąć, minimalizując liczbę odesłań, aby kształt regulacji był łatwy do zrozumienia. Wydaje się niestety, że tym sposobem w niektórych przypadkach ze szkodą dla ustawy utracono lapidarność przepisów, które mogły być interpretowane w zgodzie z duchem prawa.

Projektodawcy większą wagę przykładają do etapu planowania i przygotowania postępowania. Z drugiej strony ustawa zawiera ułatwienia w odniesieniu

do podmiotowej kwalifikacji wykonawców: łatwiej będzie wziąć udział w postępowaniu, co ma się przełożyć na ilość ofert.

Ustawa wprowadza również nieco nowości proceduralnych. W tym bardzo zasadnicze, takie jak postępowanie podstawowe. Wszystkie zamówienia poniżej progów unijnych zostały potraktowane blokowo, to jest jako zasadniczo podlegające jednej procedurze wyboru. Nowy właściwy dla nich tryb postępowania został nazwany trybem podstawowym i przewiduje trzy odmienne postaci, które pozwalają dostosować postępowanie do specyfiki zamówienia. Tryb podstawowy z założenia ma inicjować większy dialog zamawiającego z wykonawcami.

Zupełną nowością jest również postępowanie koncyliacyjne – nowe rozwiązanie służące pozasądowemu rozwiązywaniu sporów na tle realizacji umowy o zamówienie publiczne. Nowością jest też sąd zamówień publicznych: wszystkie skargi od orzeczeń KIO będą rozpatrywane przez jeden wyspecjalizowany wydział Sądu Okręgowego w Warszawie. Z pewnością wpłynie to na podwyższenie jakości orzecznictwa, chociaż będzie się też wiązać z niedogodnościami dla stron, których działalność nie jest zlokalizowana w Warszawie.

W przepisach o umowach w sprawie zamówienia publicznego (art. 460) zapisano obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy wybranego w postępowaniu w celu należytego wykonania zamówienia. Istnieniu takiego obowiązku nie sposób zaprzeczyć na gruncie obecnego Prawa zamówień publicznych, bowiem jest wywiedziony z Kodeksu cywilnego z reguł wykonywania zobowiązań umownych, których przecież nowe prawo nie wyłącza. W uzasadnieniu projektu wskazano, że wyartykułowanie zasady współdziałania ma urzeczywistnić cel postępowania, którym jest należyte wykonanie umowy zawartej w jego wyniku. Z pewnością należy się cieszyć, że ustawodawca zauważył zjawisko nadmiernej jednostronności umów. Dążenie do zmniejszenia dysproporcji stron wyraża się również w zakazie kształtowania postanowień umów w rażącej dysproporcji oraz we wprowadzeniu regulacji umożliwiającej waloryzację umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, jeżeli ma być realizowana w dłuższym okresie czasu. Wprowadzono też większą elastyczność w postępowaniach innowacyjnych: brak zasady solidarności wykonawców w takich projektach może przyciągnąć innowacje do sektora publicznego.

Niestety w projekcie zabrakło przepisów uwzględniających znane już uczestnikom rynku problemy elektronizacji zamówień publicznych. Już na tym etapie wiadomo, jakie problemy praktyczne wymagają uregulowania i jak dożalne orzecznictwo może negatywnie kształtować rynek w tym zakresie. Być

może wzmocniona nowymi przepisami pozycja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umożliwi propagowanie dobrych praktyk w duchu celu elektronicznej, którym jest między innymi efektywność postępowań.

Ustawę czeka teraz wzmożony, bo dość krótki, etap konsultacji. Planuje się, że nowe prawo wejdzie w życie z początkiem 2020 roku, a zostanie uchwalone najpóźniej na jesieni. Czy nowa regulacja spełni pokładane w niej nadzieje, czas pokaże. Już teraz jednak wiadomo, że niektóre przepisy wymagać będą dopracowania jeszcze na etapie projektu. Piszemy o nich w innych tekstach dzisiejszego wydania.

*Anna Prigan, radca prawny, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Nowe PZP – wszystko zgodne z prawem unijnym?

MIRELLA LECHNA

**Uzasadnienie do projektu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na konieczność zwiększenia przejrzystości i spójności krajowej regulacji, uznając dyrektywy zamówieniowe za już wdrożone do polskiego porządku prawnego. Jednak efekt tzw. małej nowelizacji z 2016 r. od początku nie był zadowalający. Stąd w projekcie pojawiają się liczne nowości, dla których uzasadnieniem jest konieczność odzwierciedlenia w ustawie regulacji z dyrektyw zamówieniowych.**

**Wyłonienie wykonawców na potrzeby „krótkiej listy” – wreszcie zgodnie z prawem unijnym**

Kwestia udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego na potrzeby oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia na etapie kryteriów selekcji od szeregu już lat budzi wątpliwości na polskim rynku zamówień publicznych. I to nie tylko po stronie uczestników zamówień – także sam ustawodawca nie może się zdecydować, jak rozumie przepisy dyrektywy klasycznej w tej materii.

Szczególnie ostatnia nowelizacja z 2016 r., która była szansą na poprawienie regulacji prawnej, obnażyła brak zrozumienia instytucji łączenia potencjałów wprowadzonej na poziomie unijnym. Przypomnijmy, że w toku prac legislacyjnych pierwotnie potwierdzono prawo wykonawców do korzystania z potencjału podmiotu trzeciego także na potrzeby spełnienia kryteriów selekcji

w art. 22a ust. 1 p.z.p., po czym usunięto z projektu ustawy taką możliwość. Niekonsekwentnie pozostawiono za to regulację art. 25a ust. 3, który wskazywał, jakie dokumenty podmiotów, na których zasobach wykonawca polega, należy złożyć w postępowaniu. Zakres powoływania się na te zasoby przepis określał jako „spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie kryteriów selekcji”. To rozwiązanie obowiązywało do grudnia 2016 r.

Idea wprowadzenia do polskiej ustawy zezwolenia dotyczącego polegania na potencjale podmiotu trzeciego na potrzeby tzw. krótkiej listy została jednak skrytykowana w publicznej dyskusji. Postawiono jej zarzut, jakoby poszerzała, w porównaniu do przepisów dyrektywy, cel, w jakim wykonawca miałby móc powoływać się w postępowaniu na zasoby innego podmiotu.

W obecnym projekcie ustawy Prawo zamówień publicznych w art. 132 (także 133 i in.) powraca zasada, że wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych, lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, nie tylko w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także kryteriów selekcji. Czy ta regulacja tym razem się utrzyma?

Ustawodawca wyłącznie jednym zdaniem wyjaśnia wprowadzenie art. 132, mówiąc, że uczytelnia on regulację w tym zakresie. Na etapie Koncepcji nowego Prawa Zamówień Publicznych uzasadniano to treścią formularza JEDZ, który przewiduje możliwość spełnienia kryteriów selekcji za pomocą udostępnionego potencjału.

Może się jednak okazać, że uzasadnienie ograniczone do odwołania do rozporządzenia JEDZ zostanie ponownie zestawione z utrwaloną w Polsce literalną wykładnią przepisów dyrektywy klasycznej w celu wykazania, że spełnienie kryteriów selekcji musi nastąpić wyłącznie na podstawie zdolności własnych wykonawcy.

Tymczasem uprawnienie wykonawcy do polegania na potencjale podmiotu trzeciego w celu wykazania zdolności do wykonania zamówienia nie może być ograniczone wyłącznie do etapu kwalifikacji, ale powinno obejmować także etap selekcji (*Apelski*, C-324/14). Skoro bowiem celem regulacji w zakresie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego jest otwarcie zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, to prawo do polegania na potencjale innych podmiotów przysługuje każdemu wykonawcy i nie można go interpretować jako przysługującego wyłącznie w wyjątkowych przypadkach. Ponadto zostało przesądzone, że podmiot działający w taki sposób nie może być potraktowany w przetargu gorzej od podmiotu niekorzystającego z zasobów obcych.

Należy więc pozytywnie ocenić ostateczną wolę ustawodawcy, by urzeczywistnić powyższe zasady w Prawie zamówień publicznych, mimo że zjawisko przeregulowania obszaru zamówień publicznych jest samo w sobie negatywne. Trzeba tu jednak uwzględnić długą praktykę stosowania nieuzasadnionych na gruncie prawa europejskiego ograniczeń w dostępie do zamówienia wykonawców polegających na potencjale podmiotów trzecich oraz niekonsekwentne modelowanie przepisów w tym zakresie w ramach nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. Wprowadzenie regulacji wyjaśniającej, że możliwość polegania na potencjale trzecim dla kryteriów selekcji jest dopuszczona w ramach nowego prawa zamówień publicznych, jest więc uzasadniona i ostatecznie usuwa niezgodność polskiego prawa z unijnym.

Zasady korzystania z potencjału podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia, czyli urealnienie udostępnienia potencjału w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia oraz odpowiedzialność solidarna z tytułu nieudostępnienia zasobów w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, pozostaną niezmienione, czyli tak jak obecnie uregulowane w art. 22a ustawy.

### **Decyzja o powołaniu się na obce zasoby tylko do terminu składania wniosku lub oferty – wpisanie rozstrzygnięcia *Esaprojekt* do nowej ustawy potrzebne czy nie?**

W nowej ustawie w art. 137 zapisano, że nie jest dopuszczalne, by wykonawca samodzielnie wykazujący spełnienie warunku na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na późniejszym etapie powołał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego.

Regulacja ta stanowi uzupełnienie doczasowego przepisu z art. 22 a ust. 6. Zasada w niej wyrażona jest jasna, zwłaszcza że potwierdzona przez TSUE w sprawie *Esaprojekt* (C-387/14). Jednak idea wprowadzenia rozstrzygnięcia *Esaprojekt* (por. Koncepcja) do nowej ustawy prawo zamówień publicznych jest niezrozumiała.

Wyrok w sprawie *Esaprojekt* stanowi bowiem dodatkowy wkład w interpretację prawa zamówień publicznych w zakresie, jaki w szczególności uregulowany jest w art. 63 dyrektywy 2014/24, ale nie tylko. Inne przepisy bowiem przesądzają, że do postępowania można wstąpić wyłącznie do określonej przez zamawiającego daty, a wnioski czy oferty spóźnione uznane zostaną za niezgodne warunkami postępowania (por. art. 56 (1) dyrektywy 2014/24). W polskiej ustawie brak możliwości wstąpienia do postępowania po terminie wynika wprost z art. 50 i 84 (zwrot wniosku lub oferty), a według nowej regulacji z art. 163 i 257 (odrzucenie wniosku lub oferty).



Wszelkie więc próby włączenia do postępowania nowego podmiotu czy zmiana tożsamości wykonawcy po terminie składania wniosku lub oferty muszą być uznane za sprzeczne z zasadą równego traktowania, gdyż w przypadku takich podmiotów dochodziłoby do wydłużenia terminu.

Wprowadzenie do krajowego porządku prawnego stanowiska TSUE z jednego wybranego wyroku jest błędem. Konsekwentnie polski ustawodawca musiałby wszystkie zasady wynikające z orzecznictwa przekładać na przepisy ustawy krajowej. Oczekiwanie takie jest oczywiście nierealne, niemniej praktyka wybiórczego wprowadzania do ustawy niektórych orzeczeń może powodować ryzyko, że dopóki zasady wynikające z orzecznictwa TSUE nie zostaną umocowane odpowiednim przepisem w krajowym porządku prawnym, prawo zamówień publicznych nie będzie w Polsce stosowane z poszanowaniem dorobku europejskiego.

### **Uzupełnianie dokumentów i oświadczeń – zasada jednokrotnego wezwania zniesiona?**

W Koncepcji nowego Prawa Zamówień Publicznych sygnalizowano, że w nowej ustawie zostanie wyraźnie określona zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów (por. str. 38 Koncepcji). Jednak w projekcie brak przepisu, który wprowadzałby takie uregulowanie. W szczególności nie zawiera jej art. 142 regulujący kwestie wezwań i uzupełnień.

Można stwierdzić, że słusznie, bowiem takie kategoryczne podejście nie znajduje uzasadnienia w przepisach dyrektywy 2014/24 i orzeczeń TSUE.

Dyrektywa 2014/24 w art. 56 (3) po prostu dopuszcza możliwość, aby wykonawca złożył, uzupełnił, doprecyzował lub skompletował stosowne informacje lub dokumentację.

Nie ma żadnej regulacji, że żądanie do wykonawcy może być w tym zakresie skierowane tylko jedno. Wręcz przeciwnie. W tej kwestii prawo europejskie kieruje się ogólnymi zasadami zamówień publicznych i wyznacza granice uzupełnienia oferty (wniosku) nie w odniesieniu do ilości wezwań/uzupełnień, ale w odniesieniu do ich merytorycznej zawartości.

Taką granicą jest moment, w którym dostarczone w ramach uzupełnienia (wyjaśnienia) informacje prowadziłyby do zmiany oferty (*Slovensko*) lub wpływały na tożsamość wykonawcy, co byłoby równe złożeniu nowej oferty (*Esaprojekt*, C-387/14) lub prowadziło do istotnej zmiany oferty (*Arschus* C-131/16). TSUE dopuszcza także przedstawienie informacji i dokumentów, które nie zostały w ogóle złożone wraz z ofertą (wnioskiem), o ile obiektywnie istniały w dacie oferty (wniosku) (*Manova*, C-336/12).



W polskim prawie krajowym zasada jednokrotności wezwania nigdy nie była wpisana w ustawę, a jej stosowanie oparte było o interpretację prawa wynikającą z orzecznictwa, które, co też trzeba dodać, nie było jednolite: w niektórych orzeczeniach wskazywano, że z Prawa zamówień publicznych „wynika wyłącznie obowiązek co najmniej jednokrotnego wezwania” (por. SO IV Ca 223/08), a przepisy ustawy „nie dają wskazówek co do tego, czy wezwanie ma być jedno- czy wielokrotne” (por. KIO/UZP 827/08, SO XII Ga 391/08).

Celowa rezygnacja z wpisania automatycznego stosowania do wszystkich stanów faktycznych zasady jednorazowego wezwania do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnień, jaka być może ma miejsce w toku obecnych prac legislacyjnych, jest prawidłowa, bowiem pozostawia możliwość dla podejmowania przez zamawiających działań zgodnie z wypracowanymi przez TSUE zasadami uzupełniania wniosków/ofert. W pełni realizuje też zasadę równego traktowania, która zawiera w sobie dwie dyrektywy, czyli że porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób oraz że odmiennie sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo.

Przepis art. 142 w ustępie 2 wprowadza uregulowanie, zgodnie z którym obowiązek wezwania do wyjaśnień i uzupełnień nie obowiązuje, jeśli ze złożonych dokumentów wynika, że wniosek lub oferta podlegają odrzuceniu. Wydaje się, że ten zapis jest powtórzeniem zasady dotychczasowej i wpisanej obecnie w art. 142 ust. 1 in fine. Hipoteza obu regulacji jest bowiem taka sama: dostarczone dokumenty wskazują na konieczność odrzucenia wniosku lub oferty, czy to na skutek złożenia ich po terminie, czy też na skutek treści, która dowodzi, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Regulacja w ust. 2 art. 142 wydaje się zatem zbędna.

Nowa ustawa wprowadza także regulację, że zwycięski wykonawca nie musi powtarzać oświadczeń, jakie już złożył na etapie dokumentu JEDZ (art. 141). Zamawiający w takim przypadku ma jedynie obowiązek wezwać do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w JEDZ-u.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na ust. 3 art. 142 nowej ustawy. Przewiduje on, że uzupełnienie dokumentów i oświadczeń na wezwanie zamawiającego nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji. Uzasadnienie do projektu ustawy milczy na ten temat, a sama regulacja jest niezrozumiała. Wydaje się, że formułuje ona zakaz wobec zamawiającego, wyznaczając zakres wezwania do uzupełnienia. Jednak weryfikacja dokumentów ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a kryteria selekcji są jednym z elementów takiej weryfikacji, która często jest dokonywana w oparciu o warunki udziału w postępowaniu. Dyrektywa kla-

syczna nie daje podstawy do różnicowania w tym zakresie. Należy oczekiwać dopracowania regulacji.

### **Istotna zmiana treści SWZ – nie można zwiększyć konkurencyjności postępowania**

Z pozoru niepozorna regulacja art. 153 ust. 2 nowej ustawy może doprowadzić do zablokowania możliwości kwestionowania treści SWZ na tej podstawie, że zawiera on warunki ograniczające konkurencję. Przepis ten zakazuje bowiem w postępowaniu prowadzonym w przetargu nieograniczonym wprowadzania do treści SWZ zmian, które wpływałyby na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia. Zakaz powyższy dotyczy sytuacji określonych w ust. 1, tj. uzasadnionych przypadków oraz w okresie przed upływem terminu do składania ofert.

W uzasadnieniu do projektu ustawy wyjaśniono, że powyższa regulacja jest niezbędna z uwagi na konieczność odzwierciedlenia motywu 81 dyrektywy 2014/24. Istotnie, preambuła dyrektywy klasycznej wyjaśnia, że zmiana dokumentów postępowania nie może być tego rodzaju, żeby na skutek jej wprowadzenia inne podmioty mogły zostać dopuszczone do postępowania lub byłyby zainteresowane wzięciem w nim udziału. Jednak w tym zakresie referuje do sytuacji, w której miało miejsce wstępne wyselekcjonowanie oferentów. Taka sytuacja będzie więc dotyczyła postępowań dwustopniowych, gdzie ewentualna zmiana SWZ miałaby nastąpić po kwalifikacji wykonawców.

Natomiast generalna możliwość wprowadzenia zmian istotnych do SWZ wynika z art. 47(3) (b) dyrektywy 2014/24 i jest powiązana z obowiązkiem odpowiedniego wydłużenia terminu składania oferty.

A zatem zmiana treści SWZ, której skutkiem byłoby np. poszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców (czyli obniżenie wymagań), przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu nieograniczonym powinna być zawsze dopuszczona, pod warunkiem że zamawiający odpowiednio wydłuży termin składania ofert, co w tym przypadku najpewniej oznaczałoby wyznaczenie ponownie terminu przynajmniej minimalnego. W tym sensie kluczowe zasady zamówień publicznych pozostają zachowane, w szczególności każdy z wykonawców ma równe szanse na przygotowanie oferty, gwarantowane minimalnym terminem składania oferty. Podobnie w przypadku zmiany, której skutkiem byłoby ograniczenie kręgu wykonawców, czyli zwiększenie wymagań (z zastrzeżeniem zmiany terminu składania oferty niezbędnego do wprowadzenia zmian do oferty), a tego przepis art. 153 ust. 2 też nie dopuszcza.

Regulacja art. 153 ust. 2 nowej ustawy wymaga zatem dopracowania. W przeciwnym razie może bezzasadnie ograniczać wysiłki wykonawców

w celu zwiększenia konkurencyjności zamówień poprzez dążenie do obniżenia wymagań treści SWZ i, jednocześnie, będzie niezgodna z przepisami dyrektywy klasycznej, do których się odwołuje.

*Mirella Lechna, radca prawny, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Przymusowa koncyliacja

DR HAB. MARCIN LEMKOWSKI

**W Dziale X projektu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 620 – 655) ustawodawca zobowiązuje zamawiającego i wykonawcę do obligatoryjnego przeprowadzenia postępowania koncyliacyjnego. O ile sama idea ugodowego kończenia sporów zasługuje na pełne poparcie, o tyle zaproponowane rozwiązania szczegółowe budzą poważne wątpliwości na tle Konstytucji i przepisów prawa wspólnotowego.**

### Założenia ogólne

Zgodnie art. 620 ust. 1 projektu zamawiający lub wykonawca w określonej kategorii sporów zostają zmuszeni do przeprowadzenia nowej, odrębnej procedury pojednawczej, nazwanej postępowaniem koncyliacyjnym. Z procedury tej wyłączeni będą wobec tego podwykonawcy, także pozywający inwestora jako podmiot odpowiedzialny solidarnie (art. 647<sup>1</sup> § 5 k.p.c.) Regulacja ta ma objąć zamówienia duże (o wartości większej niż 10 mln euro, a dla robót budowlanych większe niż 20 mln euro) oraz wszystkie zamówienia finansowane ze środków UE, a dodatkowo tylko takie, których wartość przedmiotu sporu przekracza 1 mln zł. Jak stanowi art. 620 ust. 2, przed rozpoznaniem wniosku przez Krajową Izbę Odwoławczą – bo to przed nią ma być prowadzone nowe postępowanie – droga sądowa jest niedopuszczalna. Można będzie natomiast złożyć wniosek o udzielenie zabezpieczenia, z tym że w takim przypadku zamiast terminu do złożenia pozwu sąd będzie wyznaczał termin na złożenie wniosku koncyliacyjnego.

### Idea słuszna

Bardzo dobrze, że ustawodawca zauważył problem polegający na tym, że w sektorze zamówień publicznych ugodowe rozwiązywanie sporów nie funkcjonuje. Zamawiający nie chcą zawierać ugód z wielu powodów. Przywoływane są argumenty wynikające z dyscypliny finansów publicznych. Obawa przed zawarciem ugody wynika również stąd, że urzędnicy nie chcą brać od-

powiedzialności za ustępstwa, których istnienie stanowi element konieczny umowy ugody (art. 917 k.c.). W efekcie można stwierdzić, że ugód w sprawach dotyczących zamówień publicznych na etapie przedsądowym prawie nie ma. Wyjątkiem są także te zawierane w pierwszej instancji. Zwykle zamawiający woli oczekiwać na wyrok, zwłaszcza w takich sprawach jak np. miarkowanie kar umownych, w których istotnie to dopiero orzeczenie określa, do jakiego stopnia naliczona kara umowna może podlegać redukcji. Zamawiający boją się brać odpowiedzialność za ustępstwa w zawieranej ugodzie i to niewątpliwie trzeba zmienić.

### **Ze skrajności w skrajność**

Dążenie do zmiany mentalności zamawiających, a tym samym do zwiększenia udziału sporów kończonych ugodą, powinno się jednak odbywać metodą małych kroków. Wystarczyłoby na początek wprowadzenie regulacji jedynie zachęcającej zamawiających do zawarcia ugody, wskazującej, że zawarcie dobrej ugody jest zawsze i dla wszystkich lepszym rozwiązaniem niż spór sądowy. Tymczasem proponowane rozwiązanie powoduje, że instytucja dotąd niemal całkowicie nieobecna w praktyce zamówień publicznych ma się nagle stać dominująca, podstawowa. Nie tak kształtuje się praktykę polubownego rozwiązywania sporów. Należy stworzyć system zachęt i pomocy dla zamawiających, by samodzielnie sięgali do tej drogi. Nikt nie lubi działać pod przymusem, a narzucanie woli przez państwo jednostkom jest wyrazem słabości tego państwa – które widocznie nie potrafi w inny sposób doprowadzić do osiągnięcia skądinąd bardzo pożądaných społecznie rezultatów.

### **Czas i koszty**

Postępowanie koncyliacyjne ma być odpłatne. Wysokość opłat nie jest określona w ustawie, lecz ma zostać ustalona rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów (art. 655). Nie są to jedyne koszty ponoszone w sprawie, gdyż projekt przewiduje także koszty zastępstwa prawnego, rozstrzygnięcie o zasadności zwrotu kosztów drugiej stronie, zaliczki na poczet wydatków. Z całą pewnością będzie to zatem postępowanie drogie, którego koszty niewiele będą się różniły od kosztów typowego postępowania sądowego, zważywszy na to, jak wysokie wymagania formalne stawia się wnioskowi i całemu postępowaniu. Czasami będzie nawet droższe, bo podobnie jak w postępowaniach arbitrażowych, a inaczej niż w sądach powszechnych opłacie będzie podlegał także zarzut potrącenia (art. 637 ust. 3). Duże wątpliwości konstytucyjne budzi przy tym pozostawienie w rękach władzy wykonawczej określenia wysokości opłat od wniosku, bez którego wniesienia – co warto przypomnieć – droga sądowa ma być wyłączona.

Postępowanie koncyliacyjne będzie też długotrwałe. Już same terminy określone przez projekt, nawet wyłączając czas na obieg korespondencji i reakcję Izby na pisma wnoszone przez strony, nie są krótkie: co najmniej 14 dni na uzupełnienie braków wniosku (choć ten element nie wystąpi oczywiście w każdym przypadku – art. 630 ust. 1), potencjalny czas potrzebny na sprawdzenie wartości przedmiotu sporu (art. 631), 14 dni na odpowiedź na wniosek (art. 634), czas na wniosek wzajemny (art. 636), z dopuszczalnością jego złożenia nawet później niż na pierwszym posiedzeniu koncyliacyjnym (art. 636 ust. 2) i oczywiście ze sprawdzeniem poprawnej formalności i koniecznością wniesienia odpowiedzi. Na tym tle całkowicie nierealistycznie przedstawia się założenie, że postępowanie bez zgody obu stron nie może trwać dłużej niż 6 miesięcy od złożenia wniosku (art. 638 ust. 1 projektu), pod rygorem umorzenia postępowania (art. 643 ust. 1 pkt 4). Tym bardziej że – jak wynika z art. 653 ust. 1 projektu – przewiduje się także udział biegłych w tym postępowaniu. Strona poniesie zatem koszty wniosku, pełnomocników, wydatki na biegłych, a jeśli postępowanie nie skończy się w ciągu pół roku – zostanie umorzone, nie przynosząc wnioskodawcy żadnej korzyści, a jedynie narażając go na wysokie koszty i stratę czasu.

Co ciekawe, terminu dla Izby na sporządzenie projektu ugody po zamknięciu postępowania koncyliacyjnego (art. 647) ustawodawca już nie proponuje. To oznacza, że strony będą musiały pokornie oczekiwać tygodniami, a może nawet miesiącami na ten dokument. Od otrzymania projektu ugody każda ze stron ma 30 dni na opowiedzenie się, czy wyraża zgodę na zawarcie ugody, a także na złożenie wniosku o uzupełnienie jej projektu o ewentualne żądania pominięte przez skład koncyliacyjny. W razie zgody na projekt ugody zawiera się przed Prezesem Izby (art. 650) i będzie ona tytułem egzekucyjnym (art. 651). W razie braku zgody postępowanie się kończy (art. 643 ust. 1 pkt 3).

### **Prawo do sądu zagrożone**

Podsumowując: realny czas trwania postępowania koncyliacyjnego, jeżeli obie strony nie zgodzą się na jego wydłużenie ponad 6-miesięczny termin przewidziany w projekcie, liczony od złożenia wniosku do zakończenia postępowania będzie zbliżał się do roku. A jeżeli strony zgodzą się na przedłużenie, nie ma ograniczeń czasowych. Obligatoryjność postępowania oraz jego odpłatność powodują, że wbrew deklaracji projektodawcy wyrażonej w uzasadnieniu projektowanej regulacji (s. 115 uzasadnienia) konstytucyjnie zagwarantowane prawo do sądu będzie przez to postępowanie zagrożone.

Powołana w uzasadnieniu dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych istotnie wskazuje, że można

wprowadzić obowiązkową mediację, ale jedynie „pod warunkiem że ustawodawstwo to nie utrudnia stronom realizacji ich prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości”. Ta regulacja zaś ten dostęp utrudnia. Wprowadzono bowiem wielomiesięczne, kosztowne postępowanie mediacyjne, bardzo sformalizowane, wymagające zaangażowania czasu i wysiłku, które jednak nie rządzi się, jak powinno, zasadą proporcjonalności.

Strona, która wyda środki na obowiązkowe postępowanie koncyliacyjne, może nie mieć ich później na postępowanie sądowe i w tym sensie ograniczenie prawa do sądu przez projektowaną regulację jest ewidentne. Także odebranie stronie prawa do sądu na okres blisko roku, w warunkach patologicznej często przewlekłości sądowej w sprawach cywilnych, narusza zasadę proporcjonalności, tym bardziej że kultura ugodowego kończenia sporów jest w Polsce nadal mało rozpowszechniona i wiele z tych postępowań do zawarcia ugody nie doprowadzi. Można wobec tego przewidywać, że w razie uchwalenia tej regulacji zostanie ona poddana pod osąd sądu konstytucyjnego, lub – co bardziej prawdopodobne, z uwagi na objęcie tej problematyki regulacjami prawa wspólnotowego – Trybunału Sprawiedliwości UE.

*dr hab. Marcin Lemkowski, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Nowy tryb dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych – tryb podstawowy

SEROM KIM

**Trzy najczęściej stosowane tryby postępowania w zamówieniach poniżej progów unijnych zostaną zastąpione jednym nowym trybem. Znika przetarg nieograniczony, pojawia się tryb podstawowy bez negocjacji. Ma być łatwiej i elastyczniej, ale czy to się uda?**

Projekt nowego Prawa zamówień publicznych zamówieniom klasycznym o wartości mniejszej niż progi unijne poświęca cały odrębny dział. Tryb podstawowy jest nowym trybem postępowania, właściwym w zasadniczej liczbie przypadków dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Zasady i przebieg postępowania nie są zupełną nowością – w pewnym zakresie opierają się na istniejących trybach udzielenia zamówienia (np. przetarg nieograniczony, negocjacja z ogłoszeniem).



W obecnym stanie prawnym Prawo zamówień publicznych nie przewiduje odrębnego trybu postępowania dla zamówień podprogowych, a jedynie wprowadza poszczególne postanowienia mające przede wszystkim ułatwić i przyspieszyć postępowanie (np. krótszy termin na składanie ofert, możliwość zrezygnowania z wadium, krótszy termin związania ofertą itp.). Najczęściej zatem zamawiający również powyżej progów wybierają tryb przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. W celu przeprowadzenia postępowania muszą szukać właściwych przepisów w zasadzie w całej ustawie. Teraz ma być łatwiej: otworzą przepisy działu VI, które przeprowadzą ich przez procedurę jak za rękę.

### **Trzy warianty trybu podstawowego**

Zgodnie z projektem nowego Prawa zamówień publicznych zamawiający zasadniczo udzielać będzie zamówienia w trybie podstawowym. Jedynie w uzasadnionych przypadkach określonych w ustawie będzie mógł udzielić zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki.

Nie oznacza to jednak ograniczenia zamawiającego co do sposobu przeprowadzenia postępowania, bowiem ustawodawca umożliwił przeprowadzenie trybu podstawowego w trzech wariantach. Elementem różnicującym te warianty są negocjacje zmierzające do wspólnego ustalenia szczegółów danego zamówienia. Wybór właściwego postępowania jest więc uzależniony od tego, czy na etapie wszczęcia postępowania zamawiający jest w stanie przygotować Specyfikację Warunków Zamówienia (SWZ), czy też nie może jeszcze wystarczająco precyzyjnie opisać warunków zamówienia.

#### **Wariant 1: postępowanie bez negocjacji**

Pierwszą, najprostszą procedurą trybu podstawowego jest postępowanie bez negocjacji. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy jest ono analogiczne do trybu przetargu nieograniczonego. Ten wariant będzie miał zastosowanie w przypadku, gdy zamawiający precyzyjnie określi przedmiot i warunki zamówienia na etapie wszczęcia postępowania, a także nie będzie miał potrzeby przeprowadzenia negocjacji co do wybranych elementów opisu przedmiotu zamówienia lub warunku realizacji zamówienia.

#### **Wariant 2: postępowanie z możliwością prowadzenia negocjacji**

Jeśli zamawiający na początkowym etapie nie jest w stanie samodzielnie precyzyjnie określić wszystkich warunków zamówienia, może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość przeprowadzenia negocjacji. W takiej sytuacji zamawiający musi wskazać zakres możliwych negocjacji, odnosząc



się do opisu przedmiotu zamówienia lub postanowień umowy w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji (nie mniej jednak niż trzech). Po zakończeniu negocjacji zamawiający tworzy lub wprowadza zmiany do SWZ, jeśli z negocjacji wynika taka potrzeba, i zaprasza wykonawców do złożenia ofert ostatecznych.

Celem negocjacji jest „ulepszenie” otrzymanych ofert. Zgodnie ze stanowiskiem ustawodawcy wyrażonym w uzasadnieniu przeprowadzenie negocjacji jest fakultatywne – zamawiający „może”, ale nie musi negocjować. Mimo że obecny kształt projektu ustawy nie wskazuje wprost możliwości rezygnacji z negocjacji, prawidłowe wydaje się przyjęcie, że jeśli zamawiający uzyskał oferty w pełni satysfakcjonujące (czyli niewymagające zmiany), może bez przeprowadzania negocjacji przystąpić do wyboru. Przedmiotem negocjacji nie będą mogły być kryteria oceny ofert ani ich wagi.

### **Wariant 3: postępowanie z obligatoryjnymi negocjacjami**

Zamawiający wybiera trzeci wariant postępowania, jeśli jego potrzeby oraz specyfika przedmiotu zamówienia uniemożliwiają lub utrudniają precyzyjne opisanie warunków zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający zamiast SWZ sporządza opis potrzeb i wymagań, w którym w szczególności określa minimalne wymagania, które muszą spełnić wszyscy wykonawcy, oraz kryterium oceny ofert.

W tym wariantcie przeprowadzenie negocjacji jest obligatoryjne, a ich przedmiotem są zasadniczo wszystkie elementy zamówienia (poza wspomnianymi wymaganiami minimalnymi). Wykonawcy mogą między innymi negocjować wagi przypisane kryteriom oceny ofert. Mogą też aktywnie uczestniczyć w procesie tworzenia warunków zamówienia, co ma zapewnić efektywność realizowanego zamówienia.

### **Cele słuszne, ale czy zostaną osiągnięte?**

Intencją ustawodawcy było uproszczenie dotychczasowych trybów dwuetapowych i zachęcenie zamawiających do stosowania negocjacji w szerszym zakresie (do tej pory zamawiający, udzielając zamówień podprogowych, niechętnie stosowali tryby przewidujące wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Czy ten cel zostanie osiągnięty, pokaże czas. Na pewno – bez względu na nazwę – postępowanie podstawowe w wariantcie trzecim wiąże się dla zamawiających z podobnymi obciążeniami co obecne procedury. Ponadto zastosowanie wariantu trzeciego jest możliwe tylko wówczas, gdy uzasadnia to specyfika zamówienia: jego przedmiot bądź też potrzeby zama-

wiającego. Z tego punktu widzenia można powątpiewać, czy nowa procedura zachęci zamawiających do dialogu z wykonawcami.

Drugą sprawą jest to, że zasadniczo zamawiający klasycznie udzielają zamówień o różnej wartości. Projekt nowego Prawa zamówień publicznych nakłada na nich obowiązek zapoznania się z nową procedurą, której wariantowość, opisywana przez ustawodawcę jako elastyczność, może rodzić wiele problemów praktycznych. Zobaczymy, jak ustanowienie trybu podstawowego wpłynie na efektywność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Nowe Prawo zamówień publicznych powinno wejść w życie z początkiem przyszłego roku.

*Serom Kim, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Podstawy wykluczenia w projekcie nowego PZP – bliżej dyrektywy

KATARZYNA ŚLIWAK

**Udostępniony przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii w dniu 24 stycznia br. projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza zmiany w podstawach wykluczenia oraz instytucji *self-cleaning*, które zbliżają polskie regulacje do treści dyrektywy 2014/24/UE.**

Katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania zamieszczony w obecnie obowiązującej ustawie został wprowadzony nowelizacją z 22 czerwca 2016 r., implementującą art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, który określa podstawy wykluczenia. Podstawy wykluczenia przewidziane w obecnym art. 24 ust. 1 i 5 p.z.p. różnią się jednak w pewnym zakresie od przesłanek wskazanych w dyrektywie, co rodzi problemy praktyczne dla wykonawców, zwłaszcza przy wypełnianiu części III jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zmiany dotyczące podstaw wykluczenia w projekcie nowego Prawa zamówień publicznych upraszczają kwalifikację podmiotową wykonawców, ograniczając katalog obligatoryjnych przesłanek wykluczenia i dostosowując ich treść do odpowiedników z dyrektywy. Zaproponowane zmiany powinny spowodować dopuszczenie szerszego kręgu wykonawców do postępowań o zamówienie publiczne.

### **Część przesłanek obligatoryjnych stanie się fakultatywnymi**

W obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych części przesłanek wskazanych w art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej, który określa katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia, nadano obligatoryjny charakter. Uzasadniano to tym, że okoliczności ujęte w ich ramach zawsze negatywnie oddziałują na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, co prowadzi do wypaczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i w sposób niezgodny z prawem może wpływać na jego wynik. W projekcie proponuje się wprowadzenie zmian dostosowujących treść oraz katalog obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek do tego wskazanego w dyrektywie, co należy ocenić pozytywnie. Ułatwi to wypełnianie przez wykonawców formularza JEDZ, który odzwierciedla przesłanki wskazane w dyrektywie. Nadanie większości przesłanek fakultatywnego charakteru pozostawi decyzję o ich stosowaniu w gestii zamawiających, którzy będą mogli przewidzieć ich zastosowanie w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (do których, bazując na nowo dodanej w projekcie definicji, należy zaliczyć SWZ).

Fakultatywny charakter ma być nadany wskazanym poniżej przesłankom wykluczenia:

- prawomocne skazanie za przestępstwa przeciwko środowisku uregulowane w art. 181-188 Kodeksu karnego oraz przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową uregulowane w art. 218 – 221 Kodeksu karnego (obecnie w art. 24 ust. 1 pkt 13 oraz 14 p.z.p.);
- zmowa przetargowa (obecny art. 24 ust. 1 pkt 20 p.z.p.). Wykraczając poza treść tej przesłanki zawartą w dyrektywie, w projekcie sprecyzowano, że porozumienie między wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji będzie istniało przykładowo wtedy, gdy należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawcy będą mogli obalić to domniemanie, jeśli wykażą, że oferty lub wnioski przygotowali niezależnie od siebie;
- zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie zamówienia, związane zwłaszcza z doradztwem w ramach wstępnych konsultacji rynkowych przeprowadzonych przez zamawiającego. Instytucja wstępnych konsultacji rynkowych, której dotyczą projektowane art. 94 – 97, znana jest obecnie obowiązującej ustawie pod pojęciem dialogu technicznego. Proponowana w projekcie terminologia jest natomiast zbieżna z nazwą tej instytucji przyjętą w art. 40 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z uzasadnieniem projektu jednoznacznie określono sytuację, w której możliwe jest wykluczenie wyko-

nawcy zaangażowanego w konsultacje rynkowe, ma służyć wprowadzenie zasady, zgodnie z którą może to nastąpić jedynie gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Doprecyzowanie tej sytuacji w projekcie ustawy nie wprowadza jednak wiele nowego, bowiem zostało to już przewidziane w obecnym art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p. Ponadto zgodnie z obecnym art. 24 ust. 10 p.z.p. zamawiający jest zobowiązany zapewnić takiemu wykonawcy przed wykluczeniem możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji;

- wprowadzenie zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji zamieszczonych w dokumentach podmiotowych (obecny art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.). Nowością jest wprowadzenie dodatkowego wymogu, aby powyższe działanie wykonawcy miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. O ile w przypadku niedbalstwa wykonawcy (które obecnie musi być rażące) konieczność wykazania takiego wpływu jest wskazana, o tyle celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd przez wykonawcę wydaje się stanowić wystarczające uzasadnienie dla wykluczenia wykonawcy. Z drugiej strony trudno sobie wyobrazić, aby takie działanie pozostało bez wpływu na decyzje zamawiającego w postępowaniu;
- wprowadzenie zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (obecny art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.) oraz bezprawny wpływ lub próba wpływu wykonawcy na czynności zamawiającego lub pozyskanie informacji poufnych (obecny art. 24 ust. 1 pkt 18 p.z.p.) – obydwie przesłanki zostaną uregulowane w jednej jednostce redakcyjnej.

Ponadto treść obecnie obowiązującej przesłanki fakultatywnej z art. 24 ust. 5 pkt 3 p.z.p. zostanie zastąpiona odwołaniem do wystąpienia konfliktu interesów. Zmiana wynika z posłużenia się przez projektodawcę tym pojęciem na wzór dyrektywy unijnej na określenie przypadków, w których konieczne jest wyłączenie osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego. Sytuacje wskazane w projektowanym art. 61 p.z.p., w których występuje konflikt interesów, zasadniczo odpowiadają przypadkom określonym w art. 17 obecnego p.z.p., niektóre z nich jednak uszczegółowiono. Konflikt interesów wystąpi zarówno w sytuacji, gdy bezstronność osób wykonujących czynności po stronie zamawiającego jest zagrożona, jak i wtedy, gdy jedynie może być postrzegana jako zagrożona z uwagi na posiadanie przez nie interesu w określonym rozstrzygnięciu postępowania.

## **Odesłanie do przestępstw stypizowanych w polskich ustawach – wciąż nie o to chodzi**

Jedną z przyczyn wzmiankowanych już wyżej problemów wykonawców w wypełnianiu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia jest odesłanie zawarte w Prawie zamówień publicznych do przestępstw stypizowanych w polskich przepisach karnych, za które prawomocne skazanie skutkuje wykluczeniem wykonawcy. W części III JEDZ wymienione zostały przestępstwa określone w art. 57 dyrektywy klasycznej wraz z jedynie ogólnym odesłaniem do odpowiadających im przepisów krajowych. Pomocne w identyfikacji przez polskich wykonawców, które przestępstwa z polskich ustaw karnych odpowiadają przestępstwom wskazanym w rubrykach JEDZ, są wytyczne zamieszczone w instrukcji wypełniania JEDZ, przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych. Nie pomagają to jednak zagranicznym wykonawcom, którzy mają trudności z identyfikacją przestępstw uregulowanych w ich porządkach krajowych odpowiadającym tym z dyrektywy. Odesłanie w Prawie zamówień publicznych do katalogu przestępstw stypizowanych w polskim kodeksie karnym i innych ustawach utrudnia wykonawcom zagranicznym złożenie wstępnego oświadczenia zamieszczonego w JEDZ, a po wyborze ich oferty – złożenie właściwych dokumentów potwierdzających niekaralność.

Ponadto obecne odwołanie do polskich ustaw karnych wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy skazanego za analogiczne przestępstwa na podstawie norm obowiązujących w jego kraju macierzystym. Skutkuje to naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

W związku z pracami nad nową ustawą pojawiły się nadzieje, że znikną z niej odesłania do polskich ustaw karnych, co by zapewniło uniwersalność omawianej przesłanki wykluczenia i objęło jej zakresem również zagranicznych wykonawców. Projektowana regulacja jedynie częściowo sprostала powyższym oczekiwaniom. Pozostawiono odesłania do przepisów polskich ustaw przewidujących odpowiedzialność za popełnione przestępstwa, odsyłając jednocześnie jedynie przy części przesłanek wykluczenia odpowiednio do przepisów miejsca zamieszkania lub siedziby danego wykonawcy. W efekcie proponowany artykuł 122 wciąż różnicuje sytuacje wykonawców polskich i zagranicznych, ponieważ tak poważne gospodarczo przestępstwa jak pranie pieniędzy czy korupcja będą podstawą wykluczenia, jedynie jeśli skazanie za nie nastąpi na podstawie polskich przepisów.

### ***Self-cleaning* – więcej nie znaczy lepiej**

Zgodnie z dyspozycją obecnego art. 24 ust. 8 p.z.p. wykonawca w większości przypadków, w których podlega wykluczeniu, może przedstawić dowody na

to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. W szczególności może wskazać, że naprawił szkodę wyrządzoną przestępstwem lub przestępstwem skarbowym albo przekazał zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawił szkodę. Może przedstawić wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego i wykazać swoją współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przytoczona treść przepisu wprowadzonego nowelizacją z 2016 r. wywodzi się z art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej.

Projektodawca, regulując instytucję tzw. samooczyszczenia wykonawcy, poszedł o krok dalej. Nie tylko powtórzył treść normatywną dyrektywy z art. 57 ust. 6, ale też przeniósł do ustawy część treści motywu 102 preambuły dyrektywy, wskazując wymienione w nim przykłady środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które powinien podjąć wykonawca, aby wykazać swoją rzetelność. Jako przykładowe środki wskazano zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizowanie personelu, wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, a także wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Choć może się wydawać, że wskazanie w ustawie konkretnych środków, które powinni podjąć wykonawcy, może być dla nich pomocną wskazówką, to jednak istnieje obawa, że okoliczności te będą postrzegane przez zamawiających jako minimalne działania, które muszą zostać podjęte przez wykonawców. Formalistyczna weryfikacja podjęcia wspomnianych środków przez wykonawców może doprowadzić do ograniczenia możliwości skorzystania przez nich z tej instytucji, co z pewnością stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności mającą istotne znaczenie przy stosowaniu przesłanek wykluczenia. Warto szczególnie poddać pod rozwagę środek nakazujący „zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy”. Przykładowo, czy w przypadku prawomocnego skazania członka zarządu za przestępstwo wymienione w podstawach wykluczenia jedyną możliwością samooczyszczenia będzie jego zwolnienie bądź rezygnacja z pełnionej funkcji? Powyższe wątpliwości skłaniają ku refleksji, czy przenoszenie wskazówek interpretacyjnych zawartych w preambule dyrektywy na treść przepisów krajowych na pewno jest konieczne. Wymienienie przykładowych środków służących sanowaniu na-



ruszeń w preambule dyrektywy, której rolą jest określenie, w jakim duchu należy interpretować przepisy części normatywnej dyrektywy, ma z pewnością inny cel i wydźwięk niż wskazanie tożsamyh środków w treści ustawy.

*Katarzyna Ślivał, radca prawny, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP kancelarii Wardynski i Wspólnicy*

## Wadium roku 2020: te same problemy, te same sankcje

ANNA PRIGAN

**W nowym Prawie zamówień publicznych o obowiązku wniesienia wadium zadecyduje zamawiający, bez względu na wartość zamówienia. Z nieprawidłowym wniesieniem wadium są jednak powiązane te same restrykcyjne konsekwencje co w dotychczasowej ustawie, a podstaw zatrzymania wadium jest więcej.**

Opublikowany 24 stycznia 2019 r. projekt nowego Prawa zamówień publicznych nie rozwiązuje zasadniczych problemów praktycznych związanych z wadium w dobie elektronicznych zamówień publicznych. Inaczej niż proponowano w koncepcji, zrezygnowano z obowiązku żądania wniesienia wadium bez względu na wartość przedmiotu zamówienia. Pod nowymi przepisami okresy utrzymywania wadium będą w praktyce krótsze.

### Można wybrać ofertę po upływie okresu związania

Projekt nowego Prawa zamówień publicznych przesądza, że ofertę, której okres ważności upłynął, a więc niezabezpieczoną wadium, można wybrać, jeżeli zgodzi się na to wykonawca. Uregulowanie to wprost rozstrzyga funkcjonujące w praktyce wątpliwości co do skutku upływu terminu związania ofertą. Ponieważ celem postępowania jest dokonanie wyboru oferty, to okoliczność, że okres związania nią już upłynął, nie może stać na przeszkodzie dla zawarcia umowy z wykonawcą, który podtrzymuje warunki oferty. Jeżeli termin związania ofertą upłynął, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty.

### Okres związania ofertą będzie dłuższy

W kontekście wadium warto zwrócić uwagę, że projekt nowego Prawa zamówień publicznych przewiduje dłuższe pierwotne terminy związania ofertą



w postępowaniach powyżej progów unijnych (art. 250). W postępowaniach o dużej wartości termin związania ofertą wyniesie aż 120 dni. Za to zamawiający będzie mógł tylko raz zawniekskować o przedłużenie tego terminu, o nie dłużej niż 60 dni. W postępowaniach poniżej progów związanie ofertą wyniesie 30 dni z możliwością jednokrotnego przedłużenia na wniosek zamawiającego o 30 dni. Należy podkreślić, że wezwanie o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą będzie obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, gdy nie zdążył wybrać oferty najkorzystniejszej.

### **Związanie ofertą przedłuża się tylko na wniosek zamawiającego**

Rezygnacja z możliwości samodzielnego przedłużenia ważności oferty przez wykonawcę ma się przelożyć na większą efektywność postępowań. Zamawiający będą mieli większą motywację do wyboru oferty najpóźniej w przedłużonym czasie związania ofertą. Jeśli nie zdążą w takim czasie dokonać wyboru, będą mogli zwracać się z zapytaniem o możliwość wyboru oferty do wykonawców, których oferty nie będą już zabezpieczone wadium.

Warto zwrócić uwagę, że na etapie koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych rozważano uregulowanie roszczenia wykonawcy do zamawiającego o zwrot kosztów związanych z przedłużeniem ważności wadium lub jego ponownym wniesieniem na przedłużony okres związania ofertą. Wskazywano wówczas, że rozwiązanie takie wpłynie na sprawność działań zamawiających, a także będzie korzystne dla wykonawców z sektora MŚP, dla których długi czas rozstrzygania postępowań i związany z tym obowiązek utrzymywania wadium bywają barierą w dostępie do zamówień, z uwagi na koszt utrzymywania wadium. Postulat ten nie został zrealizowany, a szkoda. Co prawda nowe przepisy skrócą czas, w którym wadium będzie musiało być utrzymywane, ale należy się spodziewać, że praktyka procedowania z wyborem oferty w przedłużonym czasie związania ofertą może być nagminna. W efekcie w wielu przypadkach w postępowaniach powyżej progów wadium trzeba będzie utrzymywać 5 miesięcy (90 dni czasu podstawowego + 60 dni przedłużenia).

### **Terminowy zwrot wadium jest obowiązkiem**

W nowym Prawie zamówień publicznych na zamawiających został nałożony obowiązek zwrotu wadium wniesionego w pieniądzu nie później niż w terminie 7 dni od wystąpienia wskazanych w ustawie okoliczności i to bez wezwania do zwrotu przez wykonawcę. Art. 111 ust. 2 określa również przypadki, w których wykonawca sam może zwrócić się z wnioskiem o zwrot wadium, jeśli nie jest zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu. Chodzi tu przede wszystkim o wykonawcę, którego oferta nie została wybrana albo została odrzucona, i wykonawca ten nie zamierza wnosć odwołania.

### **Co to jest postać elektroniczna?**

Przepis o formach wnoszenia wadium nie rozwiewa wątpliwości dotyczących wadium w postaci elektronicznej. Zgodnie z art. 110 ust. 10 nowego p.z.p. jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, albo poręczenia, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Jednak ani nowa ustawa, ani uzasadnienie jej projektu nie wyjaśniają, co to jest postać elektroniczna oryginału. Powiązanie pozaprawnego określenia „postać elektroniczna” z wymogiem, aby przekazywany zamawiającemu był oryginał, sugeruje jednak, że chodzi o taką gwarancję lub poręczenie, która w swojej pierwotnej formie funkcjonuje wyłącznie w postaci pliku elektronicznego. Wydaje się, że określeniem tym powinny być objęte w szczególności gwarancje bankowe wystawiane w formie komunikatu SWIFT, czego ustawodawca niestety nie wyjaśnia, chociażby w uzasadnieniu do projektu.

### **Zatrzymanie wadium jak do tej pory**

Podstawy zatrzymania wadium przez zamawiającego są tożsame z dotychczas obowiązującymi. W uzasadnieniu projektu ustawy czytamy jednak, że zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, powinno być praktykowane wyłącznie w sytuacji, gdy sam zamawiający nie przyczyni się do braku możliwości podpisania umowy. Jako przypadek przyczynienia się zamawiającego ustawodawca wskazuje wyznaczenie nieproporcjonalnie krótkiego terminu podpisania umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej. W domyśle chodzi tu o termin, w którym podejmując czynności przygotowawcze w rozsądnym czasie, wykonawca nie jest w stanie dopełnić wszystkich niezbędnych formalności, na przykład wnieść zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z drugiej strony uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, bądź też niewniesienie przez niego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w myśl art. 289 nowego p.z.p. będzie uprawniać zamawiającego wedle jego wyboru do unieważnienia postępowania albo do ponownego zbadania i wyboru złożonych w postępowaniu ofert, w kolejności, nawet jeśli okres związania nimi już upłynął, jeżeli właściwy wykonawca wyrazi zgodę na wybór jego oferty.

Opisane wyżej rozwiązania w myśl art. 454 ust. 1 nowego p.z.p. będą miały zastosowanie również do postępowań poniżej progów unijnych, do których przepisy art. 235-290 stosuje się odpowiednio.

## Nieprawidłowego wadium nie poprawisz

W projekcie nowego Prawa zamówień publicznych ustawodawca niestety nie pokusił się o rezygnację z radykalnej sankcji za niewniesienie wadium, jaką jest odrzucenie oferty. Należy zwrócić uwagę, że dyrektywy unijne nie nakazują łączyć z brakiem prawidłowego wadium obowiązku odrzucenia oferty. Postępowanie ma służyć wyborowi wykonawcy, który jest zdolny należycie wykonać zamówienie, a prawidłowe zabezpieczenie oferty wadium nie weryfikuje zdolności wykonawcy (choć już sama możliwość udźwignięcia kosztu wadium może taką ocenę umożliwić). W związku z powyższym na etapie koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych pojawił się postulat, aby nieprawidłowo wniesione wadium można było uzupełnić na wezwanie. Postulat ten nie został przyjęty.

Zważywszy, że wadia większej wartości są najczęściej wnoszone w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a orzecznictwo KIO dotyczące treści i formy takiej gwarancji nie jest jednolite, przedstawienie poprawionej gwarancji nieprawidłowo wystawionej przez podmiot trzeci (bank lub ubezpieczyciela) mogłoby znacząco przyczynić się do zwiększenia liczby ważnych ofert, co jest jednym z celów nowej regulacji. Z drugiej strony brak jednoznacznych wytycznych dotyczących „oryginału w postaci elektronicznej” (art. 110 ust. 10) w dobie elektronicznej daje pole do różnych interpretacji. Nowe prawo powinno zaś takie niedoregulowane kwestie zamykać. Szczególnie tak ważne dla praktyki jak wadium.

Przewiduje się, że nowe Prawo zamówień publicznych wejdzie w życie z początkiem 2020 r. Obecnie trwają konsultacje.

*Anna Prigan, radca prawny, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Rewolucja w wymogach dotyczących treści umów o zamówienia publiczne

HANNA DRYNKORN

**Projekt nowej ustawy można nazwać rewolucją chociażby z tego względu, że nigdy wcześniej prawo zamówień publicznych w takim stopniu nie odnosiło się do treści umowy. Choć projektowane przepisy wymagają dopracowania, to już teraz przewidują wiele trafnych rozwiązań.**

Przewodnią zasadą nowych uregulowań dotyczących treści umowy jest proporcjonalność. Zasada proporcjonalności jest jedną z najistotniejszych zasad prawa UE. W odniesieniu do zamówień publicznych została powołana w dyrektywie klasycznej już w 2004 r., zaś do art. 7 p.z.p. została wprowadzona nowelizacją z 2016 r. Choć nie ogranicza się ona tylko do etapu udzielania zamówienia, to zamawiający nie mieli w zwyczaju uwzględniać jej przy kształtowaniu warunków umowy. Twórcy ustawy zdają się to zauważać i w nowej ustawie podkreślają znaczenie zasady właśnie w odniesieniu do zawartości umowy.

### **Regulacje korzystne dla MŚP**

Nowe przepisy mają chronić nie tylko bezpośrednich wykonawców, ale także dalsze ogniwa w procesie realizacji wykonywania zamówień. Projekt odpowiada zatem na głosy z rynku i zmierza do umocnienia pozycji podmiotów z sektora MŚP. Służą temu m.in. szereg przepisów dotyczących ochrony interesów podwykonawców. Przykładem jest wprowadzony w nowym art. 492 p.z.p. przepis zakazujący zawierania w umowach z podwykonawcami mniej korzystnych niż w umowie o zamówienie publiczne rozwiązań dotyczących kar umownych i warunków zapłaty wynagrodzenia. Podobny wydźwięk ma m.in. przepis o obowiązku odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia podwykonawców (w umowach dłuższych niż 6 miesięcy), w razie jego zmiany w umowie między zamawiającym a podwykonawcą. Z pewnością pomocne dla MŚP będą także zaliczki i płatności częściowe, które zgodnie z nowym art. 471 p.z.p. miałyby być wypłacane przy realizacji umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

### **Proporcjonalne prawa i obowiązki**

Nowy przepis art. 462 p.z.p. wprowadza zakaz rażącej nieproporcjonalności treści umowy względem rodzaju zamówienia i ryzyk związanych z jego realizacją. Przepis ten ma być konkretyzacją zasady proporcjonalności w odniesieniu do formułowania umów. Spełni tę rolę, jeśli w finalnej wersji ustawodawca pozostanie przy wspomnianej zasadzie, nie zawężając jej do sytuacji, gdy będzie ona naruszona w sposób rażący. Skoro zasadą zamówień publicznych jest proporcjonalność, to nie widzę powodu, żeby zakazywać jedynie rażącej nieproporcjonalności w umowach.

Zachowanie proporcjonalności w konkretnych przypadkach będzie często kwestią oceną. Jak zawsze decydujące będzie zatem zdroworozsądkowe stosowanie przepisów. Plusem obecnie zaprojektowanej regulacji jest to, że w pewnym sensie definiuje ona rażącą nieproporcjonalność poprzez wskazanie sytuacji, które będą za takie uważane. Daje to wykonawcom gwarancję, że do umów nie będą wprowadzane przynajmniej postanowienia wskazane

enumeratywnie przez ustawodawcę. To już bardzo dużo, szczególnie że wymienione w omawianym przepisie sytuacje odzwierciedlają najczęstsze bolączki wykonawców. Z pewnością należy do nich niesprawiedliwe naliczenie kar umownych za opóźnienia, za które wykonawca nie odpowiada, kary za zachowanie niezwiązane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem czy też naliczanie kar rażąco wygórowanych. Wszystkie te działania będą teraz niedozwolone. Kary rażąco wygórowane, w rozumieniu Kodeksu cywilnego, mogą w obecnym stanie prawnym ulegać miarkowaniu przed sądem, co powoduje zbędne zaangażowanie kosztowe i czasowe obu stron umowy. Na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych do postępowań takich nie będzie dochodzić, bo wspomniane postanowienia nie będą mogły w umowach w ogóle się pojawiać.

### **Waloryzacja**

Odpowiedzią na występujące na rynku problemy jest także wprowadzenie obowiązkowej waloryzacji wynagrodzeń w umowach o roboty budowlane i usługi zawartych na więcej niż 12 miesięcy. Chodzi o zapewnienie elastyczności umowy względem zmieniających się cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji zamówienia. Dostrzeżono bowiem, że zmiana warunków wykonywania umowy jest przy umowach długoterminowych zjawiskiem naturalnym i nie powinno to obciążać wykonawców, którzy są zmuszeni zadeklarować cenę już przy składaniu oferty. Dlatego rozwiązanie uważam za racjonalne. Przepis art. 468 nowego p.z.p. zawiera rozległą regulację dotyczącą postanowień, jakie musi zawierać umowa w celu uskutecznienia adekwatnej zmiany wynagrodzeń. Zwraca uwagę przede wszystkim obowiązek zmiany ustalenia co do ceny wykonania umowy, jeżeli umowa została zawarta po około pół roku (180 dni) od upływu składania ofert. Często bowiem długotrwałe postępowania o udzielenie zamówienia zniechęcały wykonawców do składania ofert (z powodu niemożności przewidzenia cen z takim wyprzedzeniem) lub prowadziły do nierealnej wyceny ofert.

### **Opcje**

Bardzo dobrze się stało, że prawo opcji znalazło wyraźne uregulowanie w projekcie nowego Prawa zamówień publicznych. Obecnie polska ustawa odnosi się do niego wyłącznie na marginesie wskazania sposobu określania wartości zamówienia na usługi lub dostawy, w art. 34 ust. 5 p.z.p. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie KIO można było spotkać się z wątpliwościami, czy opcje można przewidywać tylko w umowach tego rodzaju, czy również w zamówieniach na roboty budowlane. Za drugim rozwiązaniem przemawiała przede wszystkim wykładnia pronunijna. Dyrektywy bowiem bezsprzecznie nie ograniczają możliwości stosowania prawa opcji ze wzglę-

du na przedmiot zamówienia. Potrzebne było jednak jednoznaczne stwierdzenie tego także w przepisach krajowych. W nowym art. 470 p.z.p. dla opcji zgodnie z brzmieniem art. 72 dyrektywy 2014/24/UE zostały przewidziane takie wymogi jak dla klauzul przeglądowych.

### **Nowy rodzaj ogłoszeń i raport z realizacji zamówienia**

W nowej ustawie przybywa nowy rodzaj ogłoszenia: ogłoszenie o wykonaniu umowy. Będzie ono zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie po wykonaniu umowy. Poza tym zamawiający będzie musiał przygotować raport z realizacji zamówienia, jeśli podczas jego wykonywania wystąpiły komplikacje określone w przepisie art. 475 p.z.p. Związane są one z określonym zwiększeniem kwoty wynagrodzenia, naliczeniem kary umownej, znaczących opóźnień lub odstąpienia od umowy przez którąś ze stron.

Dzięki tym dodatkowym obowiązkom zamawiającego ma być budowana świadomość samych zamawiających, jak i pozostałych uczestników rynku zamówień publicznych co do przyczyn i skutków braku realizacji zamówień zgodnie z pierwotnymi przewidywaniami. Takie rozliczenie ma zapobiegać podobnym sytuacjom w przyszłości. Z pewnością przedstawiciele zamawiających podniosą w tym kontekście argument nadmiernej biurokracji, niewątpliwie bowiem wpłynie to na ilość przygotowywanej dokumentacji. Takie działania pozwolą jednak nie tylko gromadzić informacje na temat nieplanowanych okoliczności podczas wykonywania umowy, ale też zwiększą przejrzystość realizowanych zamówień. Mimo to uważam, że przy złożoności znacznej części zamówień, zwłaszcza jeśli chodzi o realizację robót budowlanych, obowiązek przygotowania raportu będzie nadmiernie uciążliwy. Wielość okoliczności wpływających na końcowy efekt realizacji robót budowlanych oraz występowanie np. tzw. przyczyn konkurencyjnych uniemożliwi też wyciągnięcie jednoznacznych wniosków z tak przygotowanego raportu. Moim zdaniem wystarczyłoby prawidłowe ukształtowanie warunków umowy, tak aby każda ze stron ponosiła odpowiedzialność za okoliczności, na które ma wpływ. Sankcjonowanie poszczególnych zachowań powinno wystarczająco mobilizować strony umowy do jej zakończenia zgodnie z pierwotnymi planami. Analiza przebiegu inwestycji powinna natomiast pozostać sprawą wewnętrzną każdego z podmiotów mających swój udział w realizacji zamówień.

### **Zabezpieczenie umowy**

Nowa ustawa (w art. 481 ust. 2) ma uregulować wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie nieprzekraczającym 5% ceny całkowitej podanej w ofercie (dotychczas 10%). Jednocześnie pozostawia się zamawiającym możliwość ustanowienia zabezpieczenia w wysokości 10%,



lecz każdorazowo wymaga to uzasadnienia. Ma to zapobiec bezrefleksyjnemu, automatycznemu ustanawianiu zabezpieczenia w wysokości 10% nawet w sytuacjach, w których nie jest to konieczne. Jeśli jednak zamawiający wykáže, że specyfika danego zamówienia wymaga zabezpieczenia większego niż 5%, może takiej kwoty zażądać. Kolejny raz uwypuklona jest zatem zasada proporcjonalności, zgodnie z którą dozwolone są działania adekwatne do przedmiotu zamówienia. Jest to bardzo pozytywny sygnał dla wykonawców. Z pewnością zmianę najbardziej odczują mniejsze podmioty, dla których uzyskanie zabezpieczenia w instytucjach finansowych wiąże się z dotkliwymi zobowiązaniami lub jest niemożliwe. Zmiana w przepisach może zlikwidować jedną z barier ich udziału w postępowaniach.

### **Odstąpienie od umowy**

W obecnie obowiązującej ustawie osobno uregulowano przesłanki odstąpienia od umowy oraz rozwiązania umowy. Przy implementacji dyrektyw z 2014 r. przesłanki rozwiązania umowy przez zamawiającego zostały wprowadzone bez większej refleksji. Rozróżnienie takie jest niepotrzebne. W rzeczywistości bowiem ustawodawca unijny użył uniwersalnego pojęcia „rozwiązanie umowy przez zamawiającego”, pozostawiając dostosowanie tej instytucji do porządków krajowych z zachowaniem ich sensu. Niestety polski ustawodawca pozostał przy literalnym brzmieniu dyrektywy, nieprzystającym do polskiej tradycji cywilistycznej, w której w ten sposób określa się zakończenie umowy za porozumieniem stron (m.in. art. 77 § 2 i 3 stanowi o rozwiązaniu umowy za zgodą stron). Błąd ten został dostrzeżony przez projektodawcę. Dlatego nowe uregulowanie dotyczące przesłanek odstąpienia ma w dużej mierze znaczenie porządkujące. Prawidłowe jest umieszczenie dotychczasowych przesłanek odstąpienia i rozwiązania umowy w jednym przepisie.

Nowa regulacja nie tylko jednak porządkuje wspomnianą regulację, ale także wprowadza zbędny w mojej ocenie przepis. Chodzi o art. 486 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający, w razie niezgodnego z przepisami wprowadzenia zmiany umowy, może odstąpić od umowy w całości lub w części, której zmiana dotyczy.

Względy słuszności przemawiają za ograniczeniem uprawnienia zamawiającego tylko do odstąpienia od tej części umowy, która została wprowadzona przez zmianę pierwotnej umowy, a nie całej umowy. Taka interpretacja jest zgodna z celem dyrektywy 2014/24/UE stanowiącej, w motywie 118, że prawo krajowe powinno umożliwiać zamawiającym rozwiązanie umowy w celu zapewnienia przestrzegania prawa unijnego. Odstąpienie od umowy powinno więc mieć na celu usunięcie skutków wadliwej czynności, a nie pro-



wadzić do unicestwienia całej umowy, która przed zmianą była umową w pełni zgodną z odpowiednimi przepisami. Taka interpretacja regulacji unijnej poparta jest akcentowaną już zasadą proporcjonalności. Za takim rozumieniem możliwości odstąpienia przez zamawiającego przemawia także wewnętrzna spójność przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Projektowany art. 486 ust. 2 (obecny art. 144 ust. 2 p.z.p.) stanowi, że unieważnieniu podlega postanowienie umowne zmienione niezgodnie z zasadami zmian umów. Wobec tego trudno znaleźć uzasadnienie dla stanowiska, zgodnie z którym sąd, na podstawie art. 144 ust. 2 p.z.p., unieważniałby jedynie postanowienia objęte zmianą umowy dokonaną z naruszeniem prawa, zaś na podstawie art. 145a pkt 1 p.z.p. zamawiający miałby uprawnienie do unicestwienia całej umowy.

Stąd wniosek, że postanowienie o możliwości odstąpienia od całej umowy wprowadza w błąd. Gdyby zaś nie było takiego przepisu, prawidłową interpretację zakresu możliwego uprawnienia do odstąpienia od umowy można by wywieść przy szerszym spojrzeniu na regulację zamówień publicznych.

*Hanna Drynkorn, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## RODO a zamówienia publiczne

JOANNA KRAKOWIAK

**Jednym z istotnych elementów nowej ustawy Prawo zamówień publicznych ma być uregulowanie kwestii ochrony danych osobowych gromadzonych w toku postępowań zamówieniowych. Zapowiadają się istotne wyjątki od zasad ogólnych wynikających z RODO. Na czym mają one polegać?**

### Specyficzne wyzwania

Organizacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak udział w tych postępowaniach, wiąże się nieuchronnie z przetwarzaniem znacznej liczby danych osobowych. Są to m.in. dane dotyczące faktu niekaralności np. członków zarządów spółek składających oferty, ponieważ oferta bez załącznika w postaci zaświadczeń o niekaralności właściwych osób podlega zwykle odrzuceniu. Co więcej, aby udowodnić możliwość wykonywania określonych prac przez personel oferenta, składane są zaświadczenia dotyczące stanu zdrowia poszczególnych osób, które mają być zaangażowane w prace po udzieleniu zamówienia.

W praktyce pojawiają się pytania dotyczące optymalnych sposobów realizacji obowiązków informacyjnych przez zamawiających stających się administratorami przekazywanych im przez oferentów danych osobowych. Na późniejszym etapie problemem może się stać kwestia realizacji praw osób, których dane dotyczą, np. w zakresie sprostowania lub usunięcia przekazanych danych. To kluczowe kwestie, które reguluje opublikowany 24 stycznia 2019 r. projekt nowego Prawa zamówień publicznych.

### **Dostęp do zaświadczeń o niekaralności i danych medycznych**

Zasadą jest, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są jawne. Dotyczy to m.in. protokołu postępowania, a w niektórych wypadkach również załączników do protokołu.

Co prawda dane zawarte w zaświadczeniach o niekaralności pod rządami RODO nie są już traktowane jako dane wrażliwe. Niemniej jednak z uwagi na ich specyficzny charakter projektowana ustawa przewiduje ograniczenia w dostępie do danych osobowych odnoszących się do wyroków skazujących i naruszeń prawa. Dostęp do tego rodzaju danych osobowych ma być możliwy tylko w celu korzystania z przewidzianych w dziale IX projektowanej ustawy środków ochrony prawnej i to tylko do upływu terminu na ich wniesienie. Jeszcze dalej idąca ochrona ma być zapewniona w stosunku do danych o stanie zdrowia. Udostępnianie bowiem tego rodzaju danych ma w ogóle być zakazane.

Są to istotne wyjątki od zasady, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są jawne. Ograniczenia w zakresie dostępu do danych osobowych mają mieć zastosowanie także do udostępniania załączników do protokołu – zarówno wykonawcom, jak i innym podmiotom uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej.

### **Realizacja praw podmiotów danych**

Pełna realizacja praw podmiotów danych nie zawsze jest możliwa, ponieważ mogłoby to doprowadzić do paraliżu postępowań zamówieniowych i niemożności efektywnego przejścia do realizacji fazy realizacji zamówienia.

Projekt wskazuje, że:

- skorzystanie przez osobę, której dane osobowe dotyczą, z uprawnienia do sprostowania lub uzupełnienia, nie może skutkować zmianą wyniku postępowania o udzielenie zamówienia ani zmianą postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie niezgodnym z ustawą,

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgłoszenie żądania ograniczenia przetwarzania nie ogranicza przetwarzania danych osobowych do czasu zakończenia tego postępowania.

Projekt potwierdza, że zamawiający może realizować obowiązek informacyjny wobec podmiotów danych przez zamieszczenie wymaganych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie o ograniczeniach realizacji praw podmiotów danych. Zgodnie z projektem może tego dokonać na swojej stronie internetowej, w ogłoszeniu o zamówieniu, w dokumentach zamówienia lub w inny sposób dostępny dla osób, których dane dotyczą. Katalog sposobów przekazania informacji ma być więc otwarty.

### **Mozolne kształtowanie praktyki**

Praktyka stosowania RODO w poszczególnych sektorach cały czas się kształtuje i tym samym ulega zmianom. Pozostaje mieć nadzieję, że projektowane przepisy nowej ustawy o zamówieniach publicznych przyczynią się do wyjaśnienia chociaż niektórych wątpliwości praktycznych i pomogą wypracować rozwiązania, które sprawdzą się w stosowaniu przepisów RODO na co dzień.

*Joanna Krakowiak, radca prawny, praktyka life science i postępowań regulacyjnych oraz praktyka transakcji i prawa korporacyjnego kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Praktyka prawa zamówień publicznych

Praktyka prawa zamówień publicznych kancelarii Wardyński i Wspólnicy zapewnia kompleksowe doradztwo prawne na rzecz zamawiających oraz podmiotów biorących udział w postępowaniach prowadzonych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, również przy realizacji projektów w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Przygotowujemy, weryfikujemy oraz opiniujemy dokumentację postępowania (m.in. ogłoszenie o przetargu, SIWZ, OPZ, warunki umowy). Zapewniamy stałe doradztwo w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (m.in. na etapie przygotowania wniosku i oferty, negocjacji, weryfikacji ofert). Działamy na rzecz zamawiających i reprezentujemy wykonawców.

Weryfikujemy złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty pod kątem zgodności z prawem. Sporządzamy analizy i opinie prawne z zakresu prawa zamówień publicznych. Opiniujemy prawidłowość lub możliwość podjęcia danej czynności przez zamawiającego w toku postępowania. Bierzymy udział w roli ekspertów i biegłych w pracach komisji przetargowych. Reprezentujemy także wykonawców, zamawiających lub podmioty przystępujące w postępowaniach odwoławczych, tj. przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed sądami powszechnymi.

Kierująca praktyką Mirella Lechna, radca prawny i wspólnik kancelarii, oraz Anna Prigan, radca prawny, są członkami założycielami Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, zrzeszającego radców prawnych, adwokatów oraz przedstawicieli świata nauki specjalizujących się w zamówieniach publicznych. Obie zasiadają również w Komisji Rewizyjnej Stowarzyszenia.

Członkowie praktyki prawa zamówień publicznych regularnie publikują i zabierają głos na forach profesjonalnych i w prasie fachowej, a w szczególności na portalu dla prawników i uczestników rynku prawnego [codozasady.pl](http://codozasady.pl). Mirella Lechna, Anna Prigan i Hanna Drynkorn są również autorkami książki „Prawo zamówień publicznych”, ISBN: 978-83-278-0612-3, wydanej przez LexisNexis Polska. Publikacja opisuje doświadczenia zebrane podczas obsługi klientów kancelarii.

**Wardyński i Wspólnicy**

Al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa

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

Faks: 22 437 82 01, 22 537 82 01

E-mail: [warsaw@wardynski.com.pl](mailto:warsaw@wardynski.com.pl)

