

[Kara umowna przewyższająca wysokość kary zastrzeżonej za odstąpienie od umowy](#)

[Kara umowna rażąco wysoka](#)

[Obowiązek informowania inwestora o błędach w dokumentacji projektowej](#)

[Miarkowanie kary umownej wyłącznie przez sąd](#)

[Częściowa nieważność umowy](#)

[Artykuły prasowe - zamówienia publiczne](#)

[Interpretacje Urzędu Zamówień Publicznych](#)

Realizacja programów polityki zdrowotnej a przepisy ustawy - prawo zamówień publicznych

W przypadku realizacji programów polityki zdrowotnej mają zastosowanie odpowiednie przepisy szczególne w stosunku do ustawy - prawo zamówień publicznych. Są to przepisy :

- ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych

(tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1793 z późn. zmianami) zwanej dalej u.ś.z.

- Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1638 z późn. zmianami) zwanej dalej u.d.l.

- art.70 tiret 1 do art.70 tiret 5 ustawy - Kodeks cywilny,

- Ustawy o finansach publicznych

1. Zgodnie z Art. 48 ust.1 u.ś.z jednostka samorządu terytorialnego może opracowywać, wdrażać, realizować i finansować programy polityki zdrowotnej. Zasady udzielania zamówień określone są w Art.48b ust.2-6 tej ustawy przy czym w art.48b ust.6 jednoznacznie stwierdza się ,że do wyboru realizatorów programów, o których mowa w art. 48 ust. 1, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych.

Potwierdziła to Najwyższa Izba Kontroli - str.28 Informacji o wynikach kontroli realizacji programów polityki zdrowotnej przez jednostki samorządu terytorialnego

(<https://www.nik.gov.pl/plik/id,12140,vp,14521.pdf>).

2. Wydatki inwestycyjne związane z realizacją programów polityki zdrowotnej dokonywane są zgodnie z przepisami Art.114 ust.1 pkt 1 i ust.2 pkt 1 oraz Art.115 ust.1 pkt 1 i ust.3-6 oraz Art.117 u.d.l.

Przekazanie środków

następuje w formie dotacji po podpisaniu stosownej umowy.

Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku ze wzrostem wysokości płacy minimalnej

1. Z dniem 1 września 2016 r. wszedł w życie przepis art.142 ust.5 pkt 2 ustawy - prawo zamówień publicznych stanowiący ,że umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ... wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Przepis ten ma zastosowanie do nowych umów zawieranych po wejściu w życie powyższego przepisu.

2. Odrębną kwestią jest możliwość zmiany umów zawartych przed tą datą na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

W świetle przepisów Kodeksu cywilnego strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę wprowadzania do niej zmian. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” stanowią unormowania szczególne w stosunku do Kodeksu cywilnego i dopuszczają możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne wyłącznie w okolicznościach wskazanych w art. 144 ust. 1 ustawy. Zgodnie z przepisem art. 144 ust. 1 ustawy, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Przepis art. 144 ust. 1 ustawy dopuszcza możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy gdy spełniona zostanie jedna z następujących przesłanek:

* zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

* konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy;

Samoistną przesłanką uzasadniającą wprowadzenie zmian do umowy jest fakt, iż zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Zmiana treści umowy polegająca na zwiększeniu wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu wzrostu płacy minimalnej nie jest korzystna dla zamawiającego.

Tym samym, ocena dopuszczalności dokonywania zmian umowy w związku ze zmianą tej okoliczności, powinna zostać dokonana w oparciu o drugą z przesłanek, wymienionych w art. 144 ust. 1 ustawy. Zgodnie z nią uzasadnione są zmiany treści umowy o zamówienie publiczne, jeżeli konieczność ich wprowadzenia wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Należy zauważyć, iż podwyższenie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę nie jest okolicznością trudną do przewidzenia. Zasady kształtowania minimalnego wynagrodzenia zostały uregulowane w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, 1679 ze zm.). Z art. 2 ust. 1 tej ustawy wynika, iż wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę jest corocznie przedmiotem negocjacji w ramach Trójstronnej Komisji. W terminie do dnia 15 czerwca każdego roku Rada Ministrów przedstawia Trójstronnej Komisji propozycję wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku następnym. Trójstronna Komisja uzgadnia wysokość tego wynagrodzenia do dnia 15 lipca każdego roku. Jeżeli Trójstronna Komisja nie uzgodni wysokości minimalnego wynagrodzenia czyni to Rada Ministrów. Co do zasady więc, podwyższenie stawki wynagrodzenia minimalnego jest okolicznością, którą przedsiębiorca powinien brać pod uwagę przy kalkulowaniu ceny oferty w przedmiocie świadczenia zamówienia przez dłuższy okres czasu.

Można natomiast zgodzić się z twierdzeniem, iż w pewnych okolicznościach trudna do przewidzenia w chwili zawierania długoterminowej umowy o zamówienie publiczne jest wysokość oraz szybkość zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia. O istnieniu okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a więc o znacznym podwyższeniu minimalnego wynagrodzenia, można mówić tylko w przypadku umów zawartych przed ogłoszeniem o tym fakcie. Tym samym, możliwość dokonania zmian umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy dotyczy tylko i wyłącznie umów zawartych przed datą uzgodnienia wysokości minimalnego wynagrodzenia przez Trójstronną Komisję (ewentualnie opublikowania obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów lub rozporządzenia Rady Ministrów).

Treść przepisu art. 144 ust. 1 ustawy jednoznacznie wskazuje, iż okoliczności których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy muszą skutkować koniecznością wprowadzenia zmian do umowy.

Samo podwyższenie - nawet niespodziewanie wysokie - **płacy minimalnej nie skutkuje**

koniecznością zapłacenia wykonawcy wyższego wynagrodzenia, o ile sama umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie. Stąd też, w powyższej sytuacji istotnym zagadnieniem jest określenie, w jakich okolicznościach powstanie konieczność dokonania zmian w umowie. W tym przypadku, wydaje się zasadnym wzięcie pod uwagę regulacji zawartych w kodeksie cywilnym. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy- prawo zamówień publicznych , w zakresie nie uregulowanym ustawą, do umów w sprawach zamówień publicznych mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego.

Z spełnieniem przesłanki odnoszącej się do konieczności wprowadzenia zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego mielibyśmy do czynienia przede wszystkim w okolicznościach określonych w art. 357¹ Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. W tym przypadku należy zwrócić uwagę na pogląd doktryny, która traktuje jako nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu zacytowanego przepisu m.in. zmiany stanu prawnego, w tym dotyczącego określenia wysokości wskaźników istotnych z punktu widzenia gospodarki rynkowej (Z. Gawlik, Nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka modyfikacji lub rozwiązania umowy., Monitor Prawniczy z 1995 r., Nr 3, s. 65).

Reasumując, możliwość dokonania na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy zmian umowy o zamówienie publiczne w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zachodzi w sytuacji łączonego spełnienia dwóch przesłanek:

1) **zmiana dotyczy umów o zamówienie publiczne zawartych przed dniem ogłoszenia o podwyższeniu minimalnego wynagrodzenia w roku następnym (latach następnych),**
2) **gdy istnieje obiektywna konieczność wprowadzenia zmian, np. gdy spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą w rozumieniu art. 357¹ k.c.** Przepis art. 357¹ kodeksu cywilnego daje stronom możliwość zwrócenia się do sądu w przypadku powstania między nimi sporu na tle zastosowania jego postanowień. Strony mogą jednak zrezygnować ze zwrócenia się do sądu i zastosować powyższy przepis pozaprosesowo przez renegocjację postanowień umowy.

3. Zgodnie z Art. 8 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz.1265) w razie ustalenia albo zmiany wysokości minimalnej stawia godzinowej ... jeżeli będzie to miało wpływ na koszty wykonania przez wykonawcę zamówienia publicznego realizowanego na podstawie umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem 1 września 2016 r. każda ze stron umowy, w terminie nie dłuższym niż **do dnia 31 grudnia 2016 r.** może zwrócić się do drugiej strony z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji dotyczących zawarcia porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Przepis ten stosuje się odpowiednio w związku z nieuwzględnieniem w kwocie minimalnego wynagrodzenia za pracę dodatku do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej.

Przez odpowiednią zmianę wynagrodzenia, o której mowa wyżej należy rozumieć sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego wynikających z:

1) podwyższenia dotychczasowej kwoty wynagrodzenia przysługującego odpowiednio przyjmującym zlecenie lub świadczącym usługi biorącym udział w realizacji części zamówienia pozostałej do wykonania, poczynając od dnia 1 stycznia 2017 r.. do wysokości minimalnej stawki godzinowej:
2) podwyższenia dotychczasowej kwoty wynagrodzenia przysługującego pracownikom biorącym udział w realizacji części zamówienia pozostałej do wykonania, poczynając od dnia 1 stycznia 2017 r., o wysokość dodatku do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej, który powinien być wypłacony w okresie realizacji tej części zamówienia pracownikom. którzy przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy otrzymywali taki dodatek w ramach minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wykonawca przedstawia sposób i podstawę wyliczenia odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. W przypadku inwestycji, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 134 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885. z późn. zm.)), odpowiednia zmiana wynagrodzenia nie może spowodować powiększenia wartości kosztorysowej inwestycji określonej przy rozpoczęciu ich realizacji.

W porozumieniu, o którym mowa wyżej strony dokonują zmiany postanowień umowy w zakresie koniecznym do nadania im treści zgodnej z art. 142 ust. 5 ustawy zmienianej w art. 4 w brzmieniu nadanym w/w ustawą.

Porozumienie obowiązuje od dnia 1 stycznia 2017 r.

9. Zgodnie z Art. 9 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz.1265) nie zawarcie w terminie nie dłuższym niż 30 dni **od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w art. 8 ust. 1 ustawy** porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia uprawnia każda ze stron do rozwiązania umowy z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia.

W przypadku inwestycji, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 134 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wykonawca nie jest uprawniony do rozwiązania umowy w sytuacji, gdy żądanie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia spowodowałoby powiększenie wartości kosztorysowej inwestycji, o której mowa w art. 8 ust. 5.

=== INTERPRETACJE PRAWNE PO ZMIANACH WPROWADZONYCH 28-07-2016 ===

Najświeższe interpretacje UZP w tym zakresie znajdziecie pod adresem:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>

Artykuł 19 ust. 3 ZMIANY TREŚCI UMÓW

1. Artykuł 19 ust. 3 ustawy nowelizującej pozwala wyłącznie na zmiany, które przewidziano w ogłoszeniu lub specyfikacji. Nie różnicuje już zmian na "istotne" i "nieistotne"

Do umów zawartych przed 28 lipca 2016 r., a także tych, które zostaną podpisane później, ale w wyniku już trwających przetargów, stosuje się przepisy dotychczasowe. Z jednym jednak istotnym wyjątkiem. Jeśli chodzi o dokonywanie zmian w tych kontraktach, to przewidziano dla nich osobny przepis przejściowy. Artykuł 19 ust 3 nowelizacji ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2016 r.poz. 1020) co do zasady poszerza katalog sytuacji, w których możliwe są zmiany. Przede wszystkim umożliwia aneks także przy robotach dodatkowych, które dotychczas wymagały zawarcia odrębnej umowy z wolnej ręki.

W pierwszej części przepisu przejściowego ustawodawca zapomniał jednak dopisać jednego wyrazu. Artykuł 144 ust 1 dotychczasowej ustawy zakazywał „istotnych” zmian w umowie, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonywania takiej zmiany w ogłoszeniu lub specyfikacji. Artykuł 19 ust 3 ustawy nowelizującej pozwala wyłącznie na zmiany, które przewidziano w ogłoszeniu lub specyfikacji. Nie różnicuje już zmian na „istotne” i „nieistotne” Dlaczego to takie ważne? Dlatego że nikt nie jest w stanie przewidzieć wszystkich sytuacji, w których zmiana umowy będzie konieczna. Z tego też powodu w specyfikacji zazwyczaj wymienia się tylko najbardziej istotne okoliczności, np. zmianę wysokości wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia. Drobne modyfikacje są dokonywane „ad hoc”, na co przepisy dotychczas bezsprzecznie pozwalały. Teraz zaś już nie pozwalają.

- Do końca nie wiadomo, jak traktować te przepisy. Czy katalog sytuacji określony w art. 19 ust 3 ustawy nowelizującej należy czytać jako uzupełnienie, dodatek do art. 144 ust. 1 ustawy p.z.p. w

dotychczasowym brzmieniu, czy też intencją ustawodawcy było, aby regulacje zawarte w art. 19 ust 3 ustawy nowelizującej zastąpiły z dniem wejścia w życie noweli dotychczasowe brzmienie art. 144 ust. 1 p.z.p.

Zdaniem niektórych prawników art 19 ust. 3 ustawy nowelizującej zastępuje dotychczasowy przepis w odniesieniu do umów w okresie przejściowym. Racjonalny ustawodawca nie dopuściłby przecież do jednoczesnego obowiązywania dwóch różnych regulacji.

Oznacza to, że dozwolone są wyłącznie zmiany, „które zamawiający przewidział w ogłoszeniu czy specyfikacji a żadne inne, nawet najmniej istotne, nie wchodzi w grę. Tyle że to sparaliżowałoby wiele inwestycji. Drobne korekty w kontraktach są bowiem na porządku dziennym.

Mamy do czynienia z ewidentną wpadką ustawodawcy.

Trudno sobie wyobrazić, by uniemożliwiła ona wprowadzanie nieistotnych zmian w umowach. Byłoby to nie tylko pozbawione sensu, ale też groźne dla realizowanych kontraktów.

Interpretując ten przepis, trzeba więc z jednej strony odwołać się do ugruntowanego orzecznictwa TSUE, a z drugiej

zachować zdrowy rozsądek.

W 2008 r. w polskiej ustawie pojawił się przepis całkowicie zakazujący zmian w umowach. Nawet wtedy interpretowano

go jednak w taki sposób, że chodzi wyłącznie o zmiany istotne. Podobnie należy podchodzić do obecnej regulacji.

Należy odejść od wykładni literalnej i interpretować ten przepis prowsólnotowo. Tylko taka wykładnia może naprawić to ewidentne niedopatrzenie. Należy zatem czytać przepis z uwzględnieniem unijnych dyrektyw i orzecznictwa Trybunału

Sprawiedliwości Unii Europejskiej. A te jednoznacznie pozwalają na zmiany umów, które nie mają istotnego charakteru.

Do umów zawartych w wyniku przetargów rozpoczętych po wejściu w życie nowelizacji stosować się będzie zmieniony art. 144 ust. 1 ustawy p.z.p. Ten zaś, choć nie wspomina już o zmianach nieistotnych, to pozwala jednoznacznie na modyfikacje, których wartość jest mniejsza od 10 % (dostawy i usługi) i 15% proc (roboty budowlane) wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

(DGP nr 148 z 02.08.2016 „Brak słowa utrudni zmiany w kontraktach”)

Art.29 ust. 3a KLAUZULE SPOŁECZNE

1. Zamawiający nie mogą sprawdzać, czy firmy wygrywające przetargi rzeczywiście zatrudniają pracowników na etat . Na przeszkodzie stoją przepisy o ochronie danych osobowych. W przetargach ogłaszanych od 28 lipca zamawiający muszą wprowadzać do specyfikacji wymóg, aby osoby realizujące publiczne zlecenia były zatrudnione na etat. To efekt ostatniej nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) i konsekwencja prospołecznej polityki rządu. Jeśli czynności związane z realizacją zamówienia spełniają warunki pracy na etat, to osoby je wykonujące mają być zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Wynika to z art. 29 ust. 3a ustawy p.z.p.

Aby jednak klauzule społeczne zadziałały, zamawiający powinni mieć możliwość kontrolowania przedsiębiorców. Co z tego bowiem, że na etapie przetargu zadeklarują oni zatrudnianie na etat, skoro potem nie wypełnią swojej obietnicy. Dlatego też Urząd Zamówień Publicznych zachęca, aby do umów wpisywać postanowienia regulujące zasady kontrolowania wykonawców i sankcje za niewypełnienie obowiązku zatrudniania na etat.

Problem w tym, że w praktyce zamawiający nie mają żadnej możliwości weryfikowania stanu zatrudnienia. Aby bowiem sprawdzić, że np. osoba sprzątająca budynki urzędu rzeczywiście pracuje na etat, musieliby dostać jej umowę o pracę, co wiąże się z przetwarzaniem jej danych osobowych. To

zaś jest możliwe tylko po spełnieniu przesłanek przewidzianych w ustawie o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 922 ze zm.). Jedną z nich jest wyrażenie zgody przez samych zainteresowanych, czyli pracowników. Dlatego też niektórzy sugerują, by przedsiębiorcy uzyskiwali takie zgody i przedkładali zamawiającym. Tyle że to nie rozwiązuje problemu.

Nawet gdyby pracownik udzielił zgody, to i tak będzie ona prawnie bezskuteczna

Trudno byłoby ją uznać za dobrowolną. Chcąc zachować pracę i wykonywać zadania związane z zamówieniem publicznym, pracownik byłby de facto przymuszony do podpisania takiej zgody.

W ustawie nie znajdziemy też żadnej innej podstawy, która uprawniałaby do przetwarzania danych osobowych.

Gdyby nie chodziło o podmioty publiczne, to można by mówić o realizacji prawnie usprawiedliwionego celu poprzez przetwarzanie danych osobowych. Skoro bowiem ustawa zobowiązuje zamawiających, aby wymagali zatrudnienia na etat, to uzasadnione prawnie jest weryfikowanie takiego zatrudnienia. Tyle że – jak wyjaśnia – od wielu lat doktryna i orzecznictwo jednoznacznie przyjmują, że klauzula prawnie usprawiedliwionego celu nie dotyczy podmiotów publicznych. Pod względem prawnym nie ma więc żadnej możliwości, by zamawiający mógł skutecznie sprawdzić, czy wykonawca zatrudnia pracowników na etat. Jeśli jednak to zrobi – złamie prawo. Teoretycznie grozi mu nawet odpowiedzialność karna. Choć w praktyce mało prawdopodobne jest, by generalny inspektor ochrony danych osobowych skierował sprawę do prokuratury, to jednak urzędnicy nie powinni świadomie łamać prawa. Mają więc związane ręce.

W tej sytuacji kontrolą przedsiębiorców mogą zająć się jedynie inspektoraty pracy.

Jeśli zamawiający ma wątpliwości, czy pracownicy realizujący zamówienia publiczne pracują na etat, może poinformować o tym właściwy inspektorat pracy i zwrócić się o przeprowadzenie przez niego kontroli.

Z oczywistych względów inspekcja może jednak objąć kontrolą jedynie niewielką część udzielonych zamówień publicznych. Jedynym rozwiązaniem, które pozwalałoby zamawiającym na skuteczną kontrolę zatrudnienia, byłoby – dopisanie do art. 29 ust. 3a p.z.p. normy jednoznacznie uprawniającej ich do przetwarzania danych.

Mogłaby ona brzmieć tak: „zamawiający jest uprawniony do przetwarzania danych osobowych osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, w zakresie niezbędnym do weryfikacji spełnienia przez wykonawcę wymagań, o których mowa w zdaniu pierwszym”.

Na problemy związane z kontrolowaniem wykonawców przez zamawiających zwrócił niedawno uwagę UZP w raporcie na temat stosowania klauzul społecznych w przetargach organizowanych przez administrację rządową. Sprawozdanie zostało sporządzone na podstawie sprawozdań poszczególnych organizatorów przetargów. Dane są zaskakujące: wynika z nich, że aż w 68 proc. postępowań zastosowano klauzule społeczne, przy czym najczęściej właśnie obowiązek zatrudnienia na etat. Choć w raporcie mowa o danych za 2015 r., to wydaje się niemożliwe, by nastąpił aż tak duży skok w stosowaniu klauzul społecznych; jeszcze w połowie ubiegłego roku należały one do rzadkości. To właśnie dlatego poprzedni rząd wydał specjalne zalecenia zobowiązujące całą podległą mu administrację do uwzględniania klauzul wszędzie tam, gdzie jest to możliwe. Bardziej prawdopodobne jest więc, że dane przekazane w sprawozdaniach dotyczą okresu, kiedy zalecenia te już obowiązywały.

Z raportu wynika także, że przetargi, w których zastosowano klauzule społeczne, stosunkowo często były unieważniane. Tak stało się w 73 na 437 przypadków, których dotyczyły sprawozdania.

Najczęstszym powodem unieważnień był brak środków wystarczających na zawarcie umowy.

Potwierdza to obawy części zamawiających, że prospołeczne zamówienia oznaczają większe wydatki z

publicznej kasy. Boją się tego zwłaszcza samorządy, które już teraz często ledwo dopinają budżety. Z tego też powodu do niedawna – choć przepisy dopuszczały taką możliwość – rzadko wpisywały one wymóg zatrudnienia na etat do specyfikacji przetargowych. Teraz nie mają już jednak wyjścia: od 28 lipca ustawa nakłada na nie taki obowiązek.

(Gazeta Prawna 24.08.2016 r. "Zamówienia publiczne: Klauzule społeczne poza kontrolą,")

- Inspektorzy pracy mogą też z własnej inicjatywy przeprowadzać kontrole – dodaje.

JEDNOLITY EUROPEJSKI DOKUMENT ZAMÓWIENIA (JEDZ)

JEDZ, czyli jednolity europejski dokument zamówienia, to dokument, który wykonawca ubiegający się o zamówienie

publiczne (ale takie i podmiot trzeci, czasami też podwykonawca) składa wraz z ofertą lub wraz z wnioskiem o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

JEDZ stanowi swojego rodzaju ankietę (13-stronicową) w której przedsiębiorca zainteresowany udziałem w przetargu odpowiada na kolejne pytania dotyczące m.in. jego doświadczenia i potencjału technicznego, a także zapewnia o tym, że jest rzetelnym i wiarygodnym partnerem biznesowym dla instytucji publicznej.

Treść i forma JEDZ są określone przez prawodawcę unijnego. Wzór JEDZ stanowi załącznik nr 2 do rozporządzenia

wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z 5 stycznia 2016 r. (Dz.Urz.UE.z 2016 r. L 3, s.16)

ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Wykonawcy będą wypełniali JEDZ zgodnie z wymaganiami zamawiającego, innymi słowy, to zamawiający będzie

wskazywał, w jakim zakresie niezbędne jest wypełnienie JEDZ.

Zamawiający mogą ułatwić wykonawcom wypełnianie JEDZ poprzez udostępnienie go (w ramach dokumentacji postępowania) w formie edytowalnej z zaznaczonymi miejscami do wypełnienia.

Na obecnym etapie wykonawcy składają JEDZ w wersji papierowej. Od 18 kwietnia 2018 r. JEDZ będzie składany

wyłącznie w formie elektronicznej.

Zamawiający i tak może poprosić o wiele dodatkowych informacji Wątpliwości nie wyjaśnia przepis ustawy dający zamawiającemu uprawnienie do żądania dokumentów na każdym etapie postępowania, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. W tym przypadku ustawa nie zawiera żadnej wskazówki co do terminu, na jaki dokumenty mają być aktualne.

Niewykluczone zatem, że wobec wskazanych powyżej wątpliwości dla należytego zabezpieczenia swojego interesu

przedsiębiorca ubiegający się o zamówienie publiczne powinien uzyskać (jak do tej pory) wszystkie możliwe dokumenty przed dniem złożenia oferty (lub wniosku o udział w postępowaniu).

Z tą tylko różnicą, że na czas toczącego się postępowania (do i chwili wezwania przez zamawiającego) schowa je do szuflady, a zamawiającemu przedłoży wyłącznie JEDZ.

Oby tylko w praktyce się nie okazało, że pojawi się konieczność skompletowania drugiego zestawu dokumentów - aktualnego na dzień wezwania przez zamawiającego!.

Problemy z kwestionowaniem ofert innych niż zwycięskie Wyjaśnienia wymaga kwestia korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, którzy zamierzają kwestionować wybór oferty najkorzystniejszej. Czy np. wykonawca sklasyfikowany na trzecim miejscu w rankingu ofert będzie miał interes w kwestionowaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, skoro w kolejce będzie stał jeszcze wykonawca z drugiego miejsca?

Dotychczasowe rozumienie „interesu” w uzyskaniu zamówienia skłania do poglądu, że ten trzeci wykonawca powinien, skarżyć zarówno wybór zwycięzcy, jak i ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji. W realiach JEDZ. oferent z trzeciego miejsca może jednak stawiać zarzuty wobec oferenta z drugiego miejsca w bardzo ograniczonym zakresie, gdyż ten nie przedłożył jeszcze swoich dokumentów.

Czy zatem wykonawca będzie składał odwołania niejako w ciemno, zgadując i przypuszczając, które informacje,

podane w JEDZ przez konkurenta są wątpliwe?

UZP na swojej stronie internetowej sugeruje, że wykonawca z trzeciego miejsca będzie mógł skarżyć tylko wybór najkorzystniejszej oferty. Łatwo jednak przewidzieć skutki takiego podejścia. W pierwszej kolejności wszyscy wykonawcy rzucą się na zwycięskiego oferenta, a następnie dojdzie do kolejnego rozdania.

Wykonawca z drugiego miejsca przedłoży w końcu dokumenty i sytuacja znowu się powtórzy.

Przyjęcie zatem takiej interpretacji w praktyce może prowadzić do wydłużenia postępowania. Na marginesie

pozostaje pytanie: czy rekomendacje UZP znajdą uznanie w oczach arbitrów Krajowej Izby Odwoławczej?

W praktyce zatem może się okazać, że najprostszym wyjściem będzie żądanie dokumentów od wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Wróciłibyśmy wtedy do punktu wyjścia.

Termin po starem, czyli na dzień składania ofert Diabeł tkwi jednak oczywiście w szczegółach.

Podstawowy problem, jaki zawsze wiązał

się z dokumentami przedstawianymi przez wykonawców w celu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (przynajmniej w Polsce), dotyczył daty ich wystawienia.

Musiały być aktualne w terminie wyznaczonym na składanie ofert albo wniosków o udział w danym postępowaniu.

Powodowało to konieczność dostarczania ogromnej liczby dokumentów przez wszystkich uczestników postępowania.

Przepisy ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020), implementujące rozwiązania zawarte w dyrektywach unijnych, które weszły w życie 28 lipca b.r. miały tę sytuację radykalnie zmienić. Kierując się intencją prawodawcy unijnego, należało dojść do wniosku, że wszelkiego rodzaju zaświadczenia potwierdzające

brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy powinni składać dopiero po wezwaniu ze strony zamawiającego. Optymalnie takie wezwanie powinno wyjść od zamawiającego przed wyborem najkorzystniejszej oferty i zostać skierowane do jednego wykonawcy - tego, którego oferta została najwyżej oceniona. A zatem, konsekwentnie, termin, na który powinny być aktualne dokumenty składane

przez wykonawcę - powinien przypadać co do zasady dopiero na dzień wezwania ze strony zamawiającego. Istotne byłoby, aby zamawiający w poszanowaniu zasady przejrzystości i (przewidywalności) postępowania wyznaczał wykonawcy odpowiednio długi czas na zgromadzenie dokumentów (ustawa nowelizująca mówi o terminie minimum 10 dni), w szczególności gdy w postępowaniu

uczestniczą zagraniczni wykonawcy.

Niestety w ustawie nowelizującej idea z unijnych przepisów nie została wystarczająco precyzyjnie odzwierciedlona. Artykuł odnoszący się do możliwości żądania dokumentów tylko od tego jednego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, jest bardzo niejasny i może powodować wiele wątpliwości interpretacyjnych odnośnie terminu, na jaki mają być aktualne przedstawiane przez tego wykonawcę dokumenty. Wydaje się, że zgodnie z intencją ustawodawców europejskiego i krajowego dokumenty te powinny być aktualne na dzień wezwania, Takiej interpretacji nie potwierdza jednak rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać

zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz, 1126). Zgodnie z nim

momentem referencyjnym, na jaki mają być ważne dokumenty, np. zaświadczenia z urzędu skarbowego

czy z ZUS, pozostaje bowiem termin składania ofert albo wniosków o udział w postępowaniu.

Formularze dla podmiotu trzeciego i podwykonawcy Termin ważności dokumentów to niejedynie wyzwanie czekające na przedsiębiorców w nowych

realiach zamówieniowych. Pozostaje jeszcze wiele innych kwestii proceduralnych.

Oprócz JEDZ z danymi wykonawcy dochodzi jeszcze obowiązek przedłożenia JEDZ dla każdego podmiotu trzeciego, bez względu na to, jaki potencjał i w jakim zakresie udostępnia wykonawcy.

Z woli zamawiającego obowiązkiem przedłożenia JEDZ będą mogli być obciążeni także podwykonawcy.

W praktyce zatem poszerzamy grono podmiotów objętych obowiązkiem weryfikacji ich zdolności, a poza tym oprócz złożenia samego JEDZ zobowiązujemy ich też do uzyskania niezbędnych dokumentów. Mówiąc natomiast o często pojawiających się w debacie na temat nowych przepisów zamówieniowych problemach związanych z rozbieżnościami między treścią JEDZ a przepisami ustawy (np. szersze ujęcie w JEDZ konfliktu interesów, wymóg zawarcia tam informacji o nałożonych karach umownych w związku z realizacją wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego), wydaje się zasadne przyjęcie, że każdorazowo JEDZ powinien być wypełniany przede wszystkim w zgodzie z przepisami polskiej ustawy.

(DGP nr 148 z 02.08.2016 „Brak słowa utrudni zmiany w kontraktach”)

Jednolity Europejski Dokument Zamówienia - nadmierna biurokracja czy ułatwienie dla wykonawców?

<http://www.temidium.pl/>

Rok 2016 jest przełomowym dla polskiego prawa zamówień publicznych, gdyż 18 kwietnia upływa termin, w którym państwa członkowskie są zobowiązane do implementacji nowych dyrektyw unijnych, tj.:

Dyrektywy 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji[1],

Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych[2] (uchylającej, ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r.[3], Dyrektywę 2004/18/WE) (dalej: Dyrektywa),

Dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca, ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r., Dyrektywę 2004/17/WE, które weszły w życie w dniu 18 kwietnia 2014 r. (dalej: Dyrektywa sektorowa).

Przewidują one szereg rozwiązań, których zasadniczym celem jest uproszczenie i przyspieszenie procedur zawierania umów w sprawie zamówień publicznych. W zamyśle ustawodawcy unijnego ma on zostać osiągnięty m.in. poprzez wprowadzenie instytucji Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ), o którym stanowi art. 59 Dyrektywy i art. 80 ust. 3 Dyrektywy sektorowej. W dniu 6 stycznia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym UE zostało opublikowane Rozporządzenie wykonawcze Komisji Europejskiej 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r., ustanawiające formularz JEDZ (dalej: Rozporządzenie), będący wzorem tego dokumentu i zawierający instrukcję jego uzupełniania. Wydaje się, że rozwiązanie to zrewolucjonizuje rynek zamówień publicznych oraz sposób dokonywania oceny podmiotowej, ale w początkowym okresie jego stosowania z pewnością zrodzi wiele wątpliwości i problemów praktycznych.

W momencie sporządzania niniejszej publikacji trwają prace nad nowelizacją ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 2164), a regulacja dotycząca JEDZ jest zawarta w art. 25a wersji 29 projektu[4]. Z osiągnięciem terminu wyznaczonego na implementację normy ww. Dyrektyw staną się skuteczne erga omnes, a zatem nawet jeśli nowelizacja nie wejdzie w życie do 18 kwietnia 2016 r., to po upływie tego terminu regulacje Dyrektyw dotyczące JEDZ będą obowiązywać w polskim porządku prawnym[5].

JEDZ - co to takiego?

JEDZ to nic innego jak oświadczenie własne wykonawcy, w którym potwierdza on, że nie podlega wykluczeniu i spełnia ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, w tym także obiektywne kryteria mające na celu ograniczenie liczby wykonawców dopuszczonych do tego udziału. Innymi słowy jest to zaktualizowane oświadczenie, stanowiące dowód wstępny, zastępujące zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że:

wobec danego wykonawcy nie zachodzą podstawy obligatoryjne lub fakultatywne do wykluczenia z powodu sytuacji, o której mowa w art. 57 Dyrektywy, lub wykonawca spełnia kryteria kwalifikacji określone zgodnie z art. 58 Dyrektywy, lub wykonawca spełnia warunki ustalone zgodnie z art. 65 Dyrektywy (tj. obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, które w procedurach etapowych umożliwiają ograniczenie liczby kandydatów zaproszonych do składania ofert lub dialogu).

JEDZ sporządza się na podstawie standardowego formularza, którego wzór oraz instrukcja wypełnienia stanowią załączniki do Rozporządzenia.

Co istotne, z uwagi na ustalenie jednego wzoru formularza, taki sam dokument będzie składany przez wykonawców pochodzących ze wszystkich państw członkowskich UE. Dzięki temu rozwiązaniu wykonawcy wraz z ofertą lub wnioskiem nie będą musieli składać zaświadczeń i oświadczeń wymaganych przez zamawiającego[6]. Powinność wykonawców w tym zakresie ograniczy się jedynie do uzupełnienia oraz przesłania zamawiającemu właśnie tego dokumentu w formie elektronicznej[7]. Takie rozwiązanie docelowo wyeliminuje konieczność przesyłania go za pośrednictwem tradycyjnej poczty.

Cel wprowadzenia JEDZ

Jak wynika z motywu 84 Dyrektywy celem zastosowania JEDZ jest ograniczenie obciążeń administracyjnych wynikających z konieczności przedstawiania przez wykonawców znacznej liczby zaświadczeń i innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kryteriów kwalifikacji. Wielu wykonawców, zwłaszcza z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, wskazywało obciążenia administracyjne jako jedną z głównych przeszkód dla uczestnictwa w zamówieniach publicznych. Od wielu lat główną przyczyną wprowadzania na gruncie unijnym przepisów dotyczących zamówień publicznych jest dążenie do ujednoczenia procedur w poszczególnych państwach członkowskich UE. Nie ulega wątpliwości, że dla wykonawców zagranicznych barierą swobodnego wzięcia udziału w postępowaniu przeprowadzanym w innym kraju członkowskim stanowi wielość i różnorodność procedur, zaświadczeń oraz wzorów dokumentów. Częstość podmioty nieobeznane ze specyfiką rynku zamówień publicznych i przepisami obowiązującymi w tym zakresie w danym kraju, musiały korzystać z usług jednostek zewnętrznych trudniących się tego rodzaju doradztwem. W poszczególnych państwach istnieją bowiem różnorodne instytucje, których kompetencje nie zawsze są zbieżne z kompetencjami „odpowiedników” tych instytucji w kraju pochodzenia. Panaceum na ten problem pod rządami starej Dyrektywy klasycznej miała stanowić możliwość zastąpienia wymaganego dokumentu oświadczeniem lub dokumentem równoważnym. To z kolei rodziło liczne wątpliwości zamawiających przy ich ocenie, a konieczność ich wyjaśniania znacząco przedłużała prowadzone postępowania. Kres tym problemom ma właśnie położyć wprowadzenie JEDZ.

JEDZ w szczegółach

1) obowiązek stosowania JEDZ

Zgodnie z instrukcją JEDZ musi być sporządzany w procedurze otwartej, ograniczonej, konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym. Ustawodawca unijny pozostawił państwu członkowskiemu swobodę regulowania lub pozostawienia do decyzji instytucji zamawiających kwestię, czy należy stosować JEDZ również w ramach postępowań tzw. podprogowych, udzielania zamówień podlegających szczególnym przepisom mającym zastosowanie do usług społecznych i innych szczególnych usług oraz w związku z udzielaniem koncesji, niezależnie od tego, czy koncesje te podlegają przepisom dyrektywy 2014/23/UE.

2) ponowne wykorzystanie - ułatwienie dla wykonawców

Prawodawca unijny przesądził, że wykonawcy mogą ponownie wykorzystać informacje przedstawione w JEDZ, który został już użyty we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli informacje te są nadal prawidłowe i w dalszym ciągu istotne (z wykorzystaniem odpowiednich funkcji udostępnionych w elektronicznym serwisie albo przez proste skopiowanie informacji przechowywanych np. w komputerze).

Termin złożenia i forma

Zgodnie z art. 59 Dyrektywy wykonawca składa, a zamawiający przyjmuje JEDZ w terminie (w chwili) składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w terminie (w chwili) składania ofert.

Co do zasady JEDZ jest przedstawiany zamawiającemu w formie elektronicznej. Jednak z uwagi na zastrzeżenie okresu przejściowego związanego z wdrożeniem elektronicznej zamawiania zamówień publicznych do 18 kwietnia 2018 r. może on być przedstawiany zamawiającemu w formie pisemnej.

Czy JEDZ rzeczywiście zastępuje składane dotychczas dokumenty?

Z zastrzeżeniem wyjątków określonych w Dyrektywie informacje zawarte w JEDZ muszą być potwierdzone przed udzieleniem zamówienia, bo art. 59 zobowiązuje zamawiającego do tego, żeby od wykonawcy (oferenta), któremu postanowił udzielić zamówienia, zażądał przedłożenia m.in. aktualnych dokumentów:

potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 57 Dyrektywy, na potwierdzenie kryteriów kwalifikacji, o których mowa w art. 58 Dyrektywy.

Niezależnie od powyższego na mocy art. 59 ust. 4 Dyrektywy, zamawiający może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do oferentów i kandydatów o przedłożenie wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania.

Sankcje za podanie nieprawdziwych informacji

Jak już wskazano, JEDZ stanowi oświadczenie własne wykonawcy, a zamawiający może, ale nie musi zwrócić się o przedłożenie wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających. Taka sytuacja może rodzić pokusę podjęcia ryzyka podania nieprawdziwych informacji. Wykonawcy muszą jednak liczyć się z poważnymi konsekwencjami takich działań i wprowadzenia zamawiającego w błąd, ponieważ sankcją może być wykluczenie z postępowania lub podleganie odpowiedzialności karnej.

Treść JEDZ

Zarówno instrukcja, jak i sam formularz, którego wzór ma aż 13 stron, są dość obszerne, co mogłoby sugerować, iż w trakcie jego wypełniania nie powinny nasuwać się żadne wątpliwości. Jednak już z pobieżnej analizy wynika, że nie wszystkie sformułowania w nim zawarte są oczywiste i jednoznaczne, co może być przyczyną wielu problemów praktycznych.

1) Cz. I i II - informacje ogólne

Formularz składa się z sześciu części, niektóre z nich dzielą się na sekcje. Część I zawiera informacje dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia i zamawiającego (takie jak: nazwa, krótki opis zamówienia, numer ogłoszenia, adres publikacyjny, gdzie zamieszczono dokumenty zamówienia).

W części II dokumentu należy zawrzeć dane na temat wykonawcy. W dziale A wskazuje się podstawowe informacje identyfikacyjne, takie jak: nazwę, adres pocztowy, dane adresowe osób do kontaktów, numer ewidencyjny podmiotu, adres pocztowy, adres e-mail, oraz nazwisko osoby odpowiedzialnej za kontakty w sprawie zamówienia wraz z telefonem, pod którym jest ona dostępna. Należy tu również określić, czy wykonawca ubiega się o zamówienie samodzielnie czy w konsorcjum (jeśli tak, to winien on sprecyzować swoją rolę w konsorcjum (lider, odpowiedzialny za określone zadania) oraz podać nazwy pozostałych konsorcjantów i ewentualną nazwę konsorcjum). W części II B wykonawca wpisuje informacje na temat jego przedstawicieli (imiona i nazwiska oraz adresy osób upoważnionych do reprezentacji wykonawcy na potrzeby danego postępowania).

Informacje na temat polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu uwidocznione są w części II C.

Część II D poświęcona jest podwykonawcom, na których zdolności wykonawca nie polega. Jeżeli wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, to „o ile jest to wiadome” należy w tym miejscu podać wykaz proponowanych podwykonawców.

2) Cz. III – podstawy wykluczenia

Z kolei część III dotyczy podstaw wykluczenia.

W sekcji A – należy zawrzeć okoliczności związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo. W części tej zawiera się oświadczenia wykonawcy o podleganiu lub niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na mocy obligacyjnych przesłanek przewidzianych w art. 57 ust. 1 Dyrektywy, tj. udziału w organizacji przestępczej, korupcji, nadużycia finansowego, przestępstwa terrorystycznego lub związanego z działalnością terrorystyczną, prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, pracy dzieci i innych form handlu ludźmi.

W sytuacji kiedy wykonawca został skazany w zakresie wymienionym powyżej, ma on obowiązek podać datę wyroku, określoną przez sąd długość obowiązywania wykluczenia oraz wskazać w formularzu zakres przedmiotowy naruszeń, którego ten wyrok dotyczył. Należy zauważyć, że art. 57 ust. 6 Dyrektywy pozwala wykonawcy na udowodnienie, że jest on rzetelny pomimo wydania wyroków. Sekcja ta zawiera również pola, w których wykonawca musi wskazać, jakie środki podjął w ramach procedury self-cleaningu (o czym dalej).

Warto zwrócić uwagę, że – jak opisano powyżej – w części II B wskazuje się informacje dotyczące przedstawicieli wykonawcy, z kolei w części III A wykonawca musi określić, czy w stosunku do niego, bądź do jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy lub posiadającej w przedsiębiorstwie uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, wydany został prawomocny wyrok z jednego z powodów określonych art. 57 ust. 1 Dyrektywy, orzeczeniem sprzed najwyżej pięciu lat lub w którym okres wykluczenia określony bezpośrednio w wyroku nadal obowiązuje. Na potwierdzenie braku tych okoliczności w polskim porządku prawnym składa się tzw. zaświadczenie o niekaralności z KRK. W kontekście powyższego powstaje pytanie o to, czy zamawiający będzie mógł żądać tych dokumentów również od osoby upoważnionej na mocy pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty. Wszakże osoba ta „posiada w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania”. Wydaje się, że ta część JEDZ zawiera nieostre sformułowania i sprawia, że nie jest oczywistym ustalenie kręgu podmiotów, których obowiązek ten dotyczy. Powyższe może powodować w praktyce poważne wątpliwości interpretacyjne, których konsekwencje mogą być dotkliwe. Moim zdaniem wymóg złożenia zaświadczenia o niekaralności nie dotyczy pełnomocników ustanowionych w danym postępowaniu, a jedynie osób uprawnionych do reprezentowania zgodnie z dokumentami rejestrowymi.

Z kolei w części III B określa się informacje mające na celu zweryfikowanie rzetelności wykonawcy w zakresie uiszczania zobowiązań podatkowych oraz składek na ubezpieczenie społeczne. Wykonawca winien wskazać nie tylko, czy wywiązał się z obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenia społeczne w swoim kraju, ale również w państwie, w którym siedzibę ma zamawiający.

Dodatkowo w tej części dokumentu wykonawca musi złożyć oświadczenie, czy zostało wydane wobec

niego orzeczenie sądowe lub decyzja administracyjna w związku z niewywiązywaniem się z obowiązku opłaty podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, a jeśli tak, to jakiej kwoty ono dotyczyło. Ta informacja z ewentualnymi wyjaśnieniami pozwala ocenić zamawiającemu wiarygodność wykonawcy. Jeśli kwota była niewielka lub jeśli wyrok jest jeszcze nieprawomocny albo dotyczył kwestii spornej, a należność została uregulowana niezwłocznie po jego wydaniu, to fakt ten stawia wiarygodność wykonawcy w zupełnie innym świetle niż uchylanie się od zapłaty należności wynikające z celowego działania lub problemów z płynnością finansową.

Część III C dedykowana jest z kolei innym przesłankom wykluczenia przewidzianym w art. 57 ust. 4 Dyrektywy. Chodzi tu między innymi o podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi. Wykonawca zobowiązany jest wskazać swoje naruszenia z zakresu ochrony środowiska, prawa socjalnego, prawa pracy etc., oraz czy przedsięwziął środki w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia (tzw. self-cleaning). Dodatkowo musi on określić, czy ogłosił bankructwo lub prowadzone jest w jego przypadku postępowanie likwidacyjne, a jeśli tak, to czy pomimo tego na mocy prawa krajowego będzie on w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca powinien podać również informacje dotyczące stwierdzenia naruszenia obowiązków zawodowych, zmowy przetargowej, konfliktu interesów itd.

Na pierwszy rzut oka wszystko wydaje się oczywiste, lecz w wyniku analizy tej sekcji nasuwają się kolejne wątpliwości. Przykładowo można wskazać, że wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie, czy zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. Nie sprecyzowano jednak, czy informacja ta ma dotyczyć postępowania, w którym wykonawca składa JEDZ czy też wszystkich postępowań, w jakich wykonawca brał lub bierze udział, oraz do jakiego okresu czasowego oświadczenie to ma się odnosić. Powstaje zatem pytanie: czy należy więc uznać, że skoro tego nie dookreślono, to informacje mają dotyczyć wszystkich postępowań i całego okresu czasowego, w którym dany wykonawca funkcjonuje na rynku? Skutki udzielenia odpowiedzi są ważne.

3) Self-cleaning

Zagadnienie „samooczyszczenia” wykonawcy wymaga szerszego omówienia ze względu na swoją istotność. W dotychczasowym stanie prawnym fakultatywna przesłanka wykluczenia zawarta była w art. 24 ust. 2a pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych (jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji).

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu zamawiający nie wykluczał z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, mające zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia tych obowiązków lub zobowiązał się do ich naprawienia. Działania te są określane mianem self-cleaningu. Z dotychczasowego orzecznictwa TSUE wynika, iż przesłanka poważnego naruszenia obowiązków zawodowych obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych, obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym[8]. Uznaje się, że użycie sformułowania „poważne naruszenie” wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. W przywołanym wyroku TSUE zajął stanowisko również w tej kwestii, wskazując że pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie

wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem[9]. Instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, że podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody.

Podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie mieć miejsca w przyszłości. Przy dokonywaniu oceny winno uwzględnić się konkretną przesłankę będącą podstawą wykluczenia oraz wielkość spowodowanych szkód, jak również okoliczności temu towarzyszące. Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę mogą dotyczyć budowy lub zmiany w budowie określonych struktur organizacyjnych, wprowadzania przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzania systemów nadzoru i kontroli czy wprowadzania i egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania. Do możliwych środków zaradczych odnosi się motyw 102 preambuły Dyrektywy, stanowiący, że mogą do nich należeć w szczególności (a zatem nie wyłącznie) działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury typu audyt wewnętrzny monitorujący przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań[10].

Jak już wskazano, w JEDZ należy podać, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Po analizie JEDZ powstaje jednak zasadnicze pytanie – na jaki moment dany wykonawca ma przedstawić dowody świadczące o self-cleaningu, tj. czy tylko na moment składania ofert lub wniosków (co wynika z faktu, iż JEDZ składany jest w tej dacie), czy też możliwe jest w tym względzie późniejsze wezwanie zamawiającego? Problem jest złożony.

Zgodnie z orzecznictwem KIO dotyczącym dotychczasowego art. 24 ust. 2a pzp uznaje się, że dla skutecznego zastosowania podstawy wykluczenia wykonawcy na mocy art. 24 ust. 2a pzp, jeśli zamawiający przewidział ją w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu, nie jest konieczne uprzednie wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w kwestii ewentualnego wykluczenia czy to na podstawie powołanego przepisu, czy na podstawie art. 26 ust. 4 pzp. Artykuł 24 ust. 2a zdanie drugie pzp nakłada na zainteresowanego wykonawcę ciężar i – przede wszystkim – inicjatywę w zakresie wykazania, że szkodę powstałą w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych naprawił lub zobowiązał się do jej naprawienia, a także, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości. KIO stwierdziła, że zamawiający nie ma obowiązku sygnalizowania zamiaru wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a, jego podstawy faktycznej, która jest między stronami znana, a także wzywania, by wykonawca przedstawił okoliczności dla niego korzystne, pozwalające mu na oczyszczenie się ze stwierdzonego faktu poważnego wykroczenia zawodowego[11].

Choć wprost kwestia ta nie została uregulowana, to mając na uwadze powyższe, należałoby przyjęć, że „zapobiegliwy” wykonawca, jako profesjonalista, na wszelki wypadek już wraz z ofertą/wnioskiem złoży wszystkie dokumenty potwierdzające, że nie podlega on wykluczeniu. Z drugiej jednak strony przyjęcie stanowiska o braku konieczności wezwania do wyjaśnień czy uzupełnień prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy pozbawieni są prawa do udziału w czynnościach poprzedzających ich wykluczenie z postępowania. W piśmiennictwie wskazuje się, że nie sposób wywieść, aby, co do zasady, zamawiający bez umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień mógł samodzielnie uznać, że wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, albo oczekiwać, iż wykonawca samodzielnie „na wszelki wypadek” będzie informował zamawiającego, jakie podjął w przeszłości konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które zapobiegają w przyszłości zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych, które sam u siebie wcześniej zidentyfikował.[12]

Można zatem formułować tezę, że dowody self-cleaningu powinny być przedstawiane na moment

składania wniosków/ofert, o ile okoliczności naruszenia są znane wykonawcy. Jeśli jednak wykonawca składa ofertę w przekonaniu, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, a okoliczności te ujawnią się dopiero po terminie złożenia oferty, zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu powinien zwrócić się o wyjaśnienia. Uprawnienia do zwrócenia się o wyjaśnienia nie można również odebrać zamawiającemu, jeśli poweźmie on jakiegokolwiek wątpliwości w odniesieniu do oświadczenia wykonawcy w JEDZ.

4) cz. IV – kryteria kwalifikacji

Wydaje się, że najistotniejszą część JEDZ stanowi część IV, w której wykonawca składa oświadczenia co do spełniania kryteriów kwalifikacji. Należy zauważyć, że wykonawcy polegający na zasobach podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu muszą wypełnić tę część w odniesieniu do tych podmiotów.

Wykonawcy powinni przedstawić informacje jedynie w przypadku, gdy instytucja zamawiająca wymaga danych kryteriów kwalifikacji w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. W Rozporządzeniu przesądzaono, że instytucje zamawiające mogą zdecydować lub mogą zostać zobowiązane przez państwa członkowskie, by ograniczyć wymagane informacje na temat kryteriów kwalifikacji do jednego pytania, na które odpowiedź brzmi „tak” lub „nie”. Następnie (w trakcie badania i oceny ofert lub wniosków) mogą być formułowane przez zamawiającego żądania przedstawienia dodatkowych informacji lub dokumentów. Należy jednak starać się nie nakładać nadmiernych obciążeń administracyjnych na wykonawców poprzez systematyczne żądanie zaświadczeń lub innych rodzajów dowodów w formie dokumentów od wszystkich uczestników danego postępowania o udzielenie zamówienia lub poprzez praktyki polegające na określaniu w dyskryminacyjny sposób wykonawców, od których żąda się takich dokumentów. Mając na uwadze ugruntowaną od wielu lat w Polsce praktykę potwierdzania spełnienia warunków udziału przez wszystkich uczestników postępowania różnego rodzaju dokumentami już w chwili składania wniosków/ofert, regulacja ta wydaje się wręcz rewolucyjna. Zamiast bowiem składania szeregu zaświadczeń, w tym referencji potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia (obecnie: zgodnie z art. 58 ust. 1 pkt c – zdolności technicznej i zawodowej), można tylko stwierdzić „tak”.

W części A dotyczącej kompetencji wykonawca składa oświadczenie o figurowaniu w odpowiednim rejestrze zawodowym lub handlowym prowadzonym w państwie siedziby wykonawcy oraz ma wskazać jego adres internetowy. Zgodnie z Załącznikiem XI do Dyrektywy w Polsce rejestrem tym jest Krajowy Rejestr Sądowy. Wykonawca musi również oświadczyć, czy jest członkiem „organizacji, do której przynależność jest wymagana prawem w celu realizacji danego zamówienia”, co oznacza, że winien on wskazać, czy wykonuje jeden z tzw. wolnych zawodów, tj. czy przynależy do samorządu zawodowego radców prawnych, adwokatów, lekarzy, itd.[13]

Część B służy szczegółowemu określeniu sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Z kolei w części C wykonawca zamieszcza informacje mające potwierdzić spełnienie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, a w części D – informacje o systemach zapewniania jakości i norm zarządzania środowiskiem.

Nowum jest konieczność wskazania w pkt 4 systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw podczas realizacji zamówienia. Zarządzanie łańcuchem dostaw (SCM) to „...zestaw sposobów podejścia stosowanych do efektywnego integrowania dostawców, producentów, składów i punktów sprzedaży detalicznej, aby produkty były wytwarzane i dystrybuowane we właściwych ilościach, do właściwych miejsc i we właściwym czasie w celu minimalizacji kosztów systemowych i przy założeniu osiągnięcia wymaganego poziomu obsługi”[14]. SCM to akronim angielskich słów Supply Chain Management. Metoda ta wykorzystuje systemy informatyczne do zarządzania łańcuchem dostaw oraz umożliwia koordynację obiegu towarów pomiędzy kooperantami, dzięki czemu przedsiębiorstwo może dobrze wpasować się w konkretny popyt na rynku. Do zadań SCM należy przepływ danych, towarów i usług.

Podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie będą mieć obowiązku przedstawienia dokumentów potwierdzających ani innych dowodów w formie dokumentów, i w zakresie, w jakim instytucja

zamawiająca ma możliwość uzyskania zaświadczeń lub odpowiednich informacji bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy danych w dowolnym państwie członkowskim, takiej jak krajowy rejestr zamówień, wirtualna kartoteka przedsiębiorstw, elektroniczny system przechowywania dokumentów lub system kwalifikacji wstępnej. Państwa członkowskie są też zobowiązane do umożliwienia dostępu instytucjom zamawiającym z innych państw członkowskich do baz danych wydających zaświadczenia o wykonawcach na potrzeby kwalifikacji wykonawców, jeżeli krajowe instytucje zamawiające mają zapewniony dostęp do tych baz. Państwa członkowskie mają obowiązek udostępnić i zaktualizować w systemie e-Certis pełny wykaz baz danych zawierających stosowne informacje na temat wykonawców, do których to baz danych dostęp mogą uzyskiwać instytucje zamawiające z innych państw członkowskich.

5) Cz. V – stopień oraz zakres spełnienia kryteriów

Część V JEDZ dotyczy jedynie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i partnerstwa innowacyjnego, a zatem trybów konkurencyjnych, w których ostateczny wybór oferty odbywa się spośród tych wykonawców, którzy uzyskali największą liczbę punktów w pierwszym etapie. W części tej wykonawcy podają stopień oraz zakres spełnienia kryteriów zastosowanych przez zamawiającego, który ma obowiązek ujawnić je w udostępnionym jednolitym dokumencie. Jak wskazano wprost w formularzu, kryteria te muszą być obiektywne i niedyskryminujące.

6) Cz. VI – oświadczenia końcowe

Część VI zawiera oświadczenia końcowe, którymi wykonawca potwierdza, że:

informacje podane w JEDZ są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd, zobowiązuje się do niezwłocznego przedstawienia na żądanie zamawiającego zaświadczeń oraz dowodów w formie dokumentów.

Skubiszak-Kalinowska radca prawny, były arbiter z listy Prezesa UZP, wykładowca na studiach podyplomowych UW i SGH, ekspert zamówień publicznych przy Ministerstwie Gospodarki, członek OSKZP

[1] Dz. Urz. UE L 94 28.03.2014.

[2] Ibidem.

[3] Artykuł 91 Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych.

[4] Z 13 marca 2016 r.

[5] Zob. art. 1 Rozporządzenia.

[6] Jednak zamawiający może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do oferentów i kandydatów o przedłożenie wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających, co do zasady ma taki obowiązek przed udzieleniem zamówienia wybranemu oferentowi, o czym dalej.

[7] Do 18 kwietnia 2018 r. w formie pisemnej, o czym dalej.

[8] Wyrok TSUE w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.

[9] Ibidem.

[10] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, Europejskie Prawo Zamówień Publicznych, 2015 r., s. 493.

[11] Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 758/15.

[12] E. Wiktorowska, D. Krajewska-Trajdos, Wykluczenie z postępowania za poważne naruszenie obowiązków zawodowych w przeszłości (art. 24 ust. 2a pzp), Część I, Zamówienia publiczne, „Doradca”, 11/2015, s. 50 i n.

[13] Tak też: M. Stempel, Jednolity europejski dokument zamówienia – komentarz, LEX 2016.

[14] D. Simchi-Levi, P. Kaminsky, E. Simchi-Levi, Designing & Managing the Supply Chain, Boston 2000, Irwin/McGraw-Hill; zob. szerzej: G. Rutkowski, Zarządzanie łańcuchem dostaw – próba sprecyzowania terminu i określenia związków z logistyką, dostępne pod adresem:

kolegia.sgh.waw.pl/pl/KNOP/struktura/KL/publikacje/Documents/KRutkowski_Zarządzanie_lancuchem_d

ostaw.pdf

From:

<http://www.wiki.leba.eu/> - **Wiki Łeba**

Permanent link:

http://www.wiki.leba.eu/zamowienia_publiczne

Last update: **2019/07/05 12:51**

