

Najnowsze zmiany w zamówieniach publicznych

October 3, 2014

Znowelizowane przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych („Pzp”) wejdą w życie 19 października. Nowelizacja dotyczy wielu istotnych kwestii, np. ogranicza zjawisko nadużywania ceny jako jedynego kryterium oceny, doprecyzowuje kwestie związane z rażąco niską ceną oraz nakłada na podmioty trzecie odpowiedzialność związaną z ewentualnym brakiem udostępnienia zasobów.

Wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Nowelizacja wprowadziła istotną zmianę proceduralną związaną z zastrzeganiem przez wykonawców określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca, który dokonuje takiego zastrzeżenia, musi jednocześnie wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W praktyce stosowne uzasadnienie powinno więc zasadniczo zostać umieszczone już w składanej ofercie lub wniosku.

Nowa przesłanka wykluczenia

Wątpliwości dotyczące zgodności z prawem Unii Europejskiej dwóch dotychczasowych przesłanek wykluczenia z przetargów na 3 lata, skłoniły ustawodawcę do usunięcia ich z Pzp i zastąpienia nową przesłanką wykluczenia. Po modyfikacji, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, 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. Stosowanie nowej przesłanki wykluczenia nie jest obligatoryjne – aby móc ją zastosować, zamawiający musi przewidzieć taką możliwość.

Ponadto nawet w takim przypadku, wykluczenie nie nastąpi automatycznie. Wykonawca, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia, nie będzie podlegał wykluczeniu.

Solidarna odpowiedzialność podmiotu udostępniającego zasoby

Ustawodawca podjął próbę przeciwdziałania zjawisku „papierowego” dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Podmiot udostępniający zasoby wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne będzie bowiem ponosił wraz z wykonawcą solidarną odpowiedzialność za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zasobów.

Przesądzone także ostatecznie, iż udostępnieniu może podlegać również zasób w postaci zdolności ekonomicznej.

Uwzględnienie wymogów w zakresie prawa pracy

Nowością w Pzp będzie możliwość określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymogów dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawców osób wykonujących

czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Postawienie wymagań w tym zakresie musi być jednak uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Stawiając wymóg w zakresie zatrudniania na podstawie umowy o pracę, zamawiający będzie jednocześnie zobowiązany do wskazania w treści SIWZ rodzaju czynności, których dotyczą postawione wymagania.

Zliberalizowanie przesłanek zatrzymania wadium

Nowe przepisy ograniczają możliwość zatrzymania wadium przez zamawiającego tylko do sytuacji, które wprost wskazują na podejrzenie zawarcia przez wykonawców zmowy przetargowej. Podstawa do zatrzymania wadium zaistnieje w sytuacji, gdy brak złożenia przez wykonawcę dokumentów, ewentualnie brak jego zgody na poprawę przez zamawiającego innej omyłki, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, uniemożliwi wybór oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ograniczenie możliwości stosowania kryterium cenowego

Intencją ustawodawcy było również ograniczenie zjawiska nadużywania stosowania przez zamawiających kryterium cenowego jako jedyne kryterium oceny ofert. Zamawiający będą mogli zastosować takie kryterium wyłącznie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Ponadto zamawiający będący jednostkami sektora finansów publicznych lub innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi będą musieli jednocześnie wykazać, w jaki sposób uwzględnili w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie poszerzono katalog pozacenowych kryteriów oceny ofert o aspekty środowiskowe, społeczne i innowacyjne, przy czym wyliczenie tych kryteriów w dalszym ciągu nie jest wyczerpujące.

Rażąco niska cena – wskazówki dla zamawiających i ciężar dowodu

W noweli dookreślono przesłanki uzasadniające zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. Taka konieczność zachodzi, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności gdy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Ciężar dowodu wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej obciąża wykonawcę. W toku składania wyjaśnień wraz z dowodami, wykonawca odnosi się do poszczególnych elementów cenotwórczych, w tym kosztów pracy (których wartość nie może być niższa niż minimalne wynagrodzenie o pracę).

W toku postępowania odwoławczego lub skargowego, ciężar dowodu wykazania, że cena nie jest rażąco niska obciąża wykonawcę, który złożył daną ofertę, o ile jest on stroną lub uczestnikiem (w tym interwenientem) postępowania. Gdyby natomiast ten wykonawca nie brał udziału w postępowaniu, obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie była zaniżona spoczywa na zamawiającym.

Obowiązkowe klauzule waloryzacyjne

Nowelizacja odpowiada na podnoszone wśród praktyków postulaty uwzględniania w umowach o zamówienie publiczne klauzul waloryzacyjnych, określających zasady wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek uwzględniania w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy klauzul dotyczących zmiany: (i) stawki podatku VAT, (ii) minimalnego wynagrodzenia za pracę, (iii) zasad (w tym wysokości stawek) podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu.

Warunkiem umieszczenia klauzul jest wpływ ewentualnych zmian powyższych okoliczności na koszty wykonania

zamówienia przez wykonawcę.

Kontakt



Aldona Kowalczyk
Partner, Warszawa
D +48 22 242 56 62
aldona.kowalczyk@dentons.com



dr Anna Szymańska
Partner, Warszawa
D +48 22 242 56 72
anna.szymanska@dentons.com