

Wybrane zmiany w prawie zamówień publicznych w 2016 r.

Nowa
Gazeta Leśna

FIRMYLESNE.pl

partner merytoryczny publikacji:

**Okiem
advokata**



Drodzy Czytelnicy

W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie obszerna nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która jest konsekwencją uchwalenia nowych dyrektyw w tej dziedzinie na poziomie prawa europejskiego. Polska była zatem zobowiązana, aby to nowe prawo implementować.

Zmiana przepisów obejmuje wiele zagadnień przetargowych i jest na tyle znacząca, że będzie na pewno miała wpływ na funkcjonowanie firm leśnych. Temat nowelizacji jest zresztą od kilku wydań poruszany przez nas w GAZECIE LEŚNEJ, a także dyskutowany w gremiach zarządczych Lasów Państwowych.

W tym numerze oddajemy w Wasze ręce informator o wybranych zmianach, które weszły w życie wraz z dużą nowelizacją, a które mają naszym zdaniem największe znaczenie dla zuli. Treść poradnika została opracowana przy merytorycznym wsparciu mecenasa Łukasza Bąka, współnika w Kancelarii Prawnej Jaskot – Bąk, Adwokaci, który omówił i skomentował niektóre elementy nowelizacji.

Poradnik odnosi się wyłącznie do zamówień na usługi leśne o wartości powyżej 135.000 EUR. Wraz z nowelizacją z Lasów Państwowych zdjęto bowiem obowiązek stosowania prawa zamówień publicznych do tzw. podprogowych przetargów na usługi leśne. Zamówienia, o wartości niższej niż wskazana powyżej kwota, będą rządziły się zatem innymi niż wynikające z p.z.p. zasadami. Nie wykluczone, że Lasy Państwowe opracują w tym zakresie jakieś wewnętrzne procedury przetargowe, czemu, jako redakcja, będziemy się z uwagą przyglądać.

Zasadą ogólną nowelizacji jest to, że jej treść ma zastosowanie do przetargów ogłaszanych po 28 lipca 2016 r. Ogłaszane właśnie przetargi na usługi leśne podporządkowane są już nowym przepisom.

Redakcja

Kontakt z autorem informatora w sprawach związanych z przetargami: zamowienipubliczne@gazetalesna.pl.

- Rury stalowe spiralnie karbowane
- Konstrukcje ze stalowych blach falistych
- Rury przepustowe z PP i HDPE
- System kanalizacji deszczowej i sanitarnej
- Ściany oporowe z gruntu zbrojonego
- Zbiorniki retencyjne
- Geosyntetyki • Mosty kratowe • Gabiony
- Konstrukcje inżynierskie z żelbetowych elementów prefabrykowanych
- Płotki ochronno-naprowadzające dla płazów

DORADZTWO, PROJEKTOWANIE, WYKONAWSTWO

 **ViaCon**

Odwrócona procedura oceny



W przetargach leśnych formułowane są warunki udziału wykonawców w postępowaniu. Są nimi m.in. wymagania dotyczące kwalifikacji zuli do wykonania umowy (np. pracownicy z uprawnieniami drwala), jego możliwości finansowych (np. oświadczenie o zdolności kredytowej) lub zdolności technicznych (np. wykaz wykonanych wcześniej umów lub posiadanych sprzętu).

Nowe przepisy dają możliwość uproszczenia sposobu oceny spełnienia przez wykonawców takich warunków. Procedura ta zwana jest odwróconą, bowiem **najpierw dochodzi w niej do wyboru najkorzystniejszej oferty, a dopiero potem ostatecznego zweryfikowania, czy zwycięzca rzeczywiście ma zdolności do realizacji kontraktu. Taki tok postępowania ułatwia wszystkim oferentom przystąpienie do przetargu, bowiem ciężar gromadzenia dokumentów nakłada tylko na jednego z nich.**

Warto w tym miejscu jednak zauważyć, że jeżeli termin dostarczenia przez zwycięzcę dokumentów będzie zbyt krótki (minimum to zaledwie 10 dni, termin dłuższy zależy od woli zamawiającego), wtedy każdy z oferentów, zapewne z ostrożności z wyprzedzeniem, zadba o zgromadzenie niezbędnych zaświadczeń, co z punktu widzenia zuli podważy sens wprowadzonej zmiany.

Ocena spełniania warunków, wedle nowej procedury, następuje dwuetapowo: I etap - złożenie przez wykonawców oświadczeń o tym, że spełniają warunki udziału w postępowaniu; II etap - wyłoniony w przetargu wykonawca, na wezwanie zamawiającego, przedstawia dowody na okoliczność jego zdolności podjęcia się zamówienia. Dopiero na tym etapie zdolność ta podlega w pełni rzetelnemu sprawdzeniu.

Odwrócona procedura nie jest obowiązkowa w przetargu nieograniczonym, tj. takim, z którym zwykle mamy do czynienia na gruncie gospodarki leśnej. Lasy Państwowe będą mogły ją stosować, jeżeli

zostanie to przewidziane w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. We wzorcowym SIWZ opracowanym w DGLP mówi się, że przetargi na usługi leśne będą prowadzone wg procedury odwróconej.

Jednolity europejski dokument zamówienia



W związku z wprowadzeniem odwróconej procedury oceny kwalifikacji wykonawców, ustawa narzuca formę, jaką przybrać powinno oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Jest nim jednolity, europejski dokument zamówienia. Taki dokument, zamiast stosu zaświadczeń i pism, ma być składany na wstępnym etapie postępowania celem wykazania, że dany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia. **W przetargach o wartości powyżej 135.000 EUR, a tylko takie na gruncie gospodarki leśnej poddane są reżimowi p.z.p., stosowanie jednolitego dokumentu będzie obowiązkowe.**

Treść dokumentu wynika z przepisów prawa europejskiego. Zawiera on rubryki obejmujące informacje dotyczące postępowania, wykonawcy oraz kryteriów wykluczenia. Szczegółowa treść dokumentu jest do wglądu na stronie Urzędu Zamówień Publicznych.

W przypadku składania oferty przez konsorcjantów, każdy z nich będzie musiał wypełnić swój jednolity dokument. Co ciekawe, powstanie również obowiązek składania jednolitych dokumentów także dotyczących tych podmiotów, które udostępniają swoje zasoby oferentowi. Na żądanie zamawiającego taki obowiązek może dotyczyć także podwykonawców.

Regulacje europejskie stanowią, że nie później niż do 18 kwietnia 2018 r. możliwe będzie stosowanie zarówno elektronicznej, jak i papierowej wersji dokumentu. Taką czasową granicę przyjął także polski ustawodawca. Oznacza to, że po tej dacie posługiwać będziemy się już tylko dokumentem elektronicznym.

Sposób komunikacji z zamawiającym



Nowe przepisy przewidują istną rewolucję w komunikowaniu się na linii zamawiającego – wykonawca. Zmiany na trwałe wejdą jednak w życie dopiero za dwa lata. Od tego czasu regułą będzie porozumiewanie się w formie elektronicznej, chyba że wystąpią wyjątkowe sytuacje wymienione wprost w ustawie. Wydaje się, że żaden ze wskazanych w przepisach wyjątków nie dotyczy zamówień na usługi leśne, zatem **w tym segmencie zamówień publicznych powinniśmy mieć w niedalekiej przyszłości do czynienia z rezygnacją ze składania ofert w klasycznej, papierowej formie.**

Dokumenty przekazywane elektronicznie będą musiały zostać zaopatrzone w bezpieczny podpis elektroniczny lub inny, równoważny środek. Przypuszczam, że ten „inny środek” zostanie sprecyzowany w stosownym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Taki akt prawny jeszcze jednak nie obowiązuje. Jeżeli okaże się, że za dostatecznie skuteczny będzie uznany podpis działający tak jak np. oświadczenia składane na platformie e-puap (tworzenie profilu zaufanego w oparciu o weryfikację dokonaną przez pracownika w wybranym urzędzie), wtedy stosowanie elektronicznej korespondencji nie będzie stanowiło większego, organizacyjnego problemu dla firm leśnych.

Do momentu wejścia w życie nowych reguł zastosowanie mają zasady porozumiewania się pozostawiające zamawiającemu wybór co do sposobu komunikacji, dopuszczając jednocześnie formę pisemną jako, co do zasady, zawsze skuteczną.

Problem „zuli teczkowych”



Nowelizacja ustawy uprawnia zamawiających do uznania, na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowa-



- Rury stalowe spiralnie karbowane
- Konstrukcje ze stalowych blach falistych
- Rury przepustowe z PP i HDPE
- System kanalizacji deszczowej i sanitarnej
- Ściany oporowe z gruntu zbrojonego
- Zbiorniki retencyjne
- Geosyntetyki
- Mosty kratowe
- Gabiony
- Konstrukcje inżynierskie z żelbetowych elementów prefabrykowanych
- Płatki ochronno-naprowadzające dla płazów

DORADZTWO, PROJEKTOWANIE, WYKONAWSTWO

 ViaCon

nie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Stanowi o tym art. 22d ust. 2 p.z.p.

Powyższe uprawnienie jest ciekawym rozwiązaniem w kontekście problemu tzw. „zuli teczkowych”. Chodzi o podmioty, które w oparciu o cudzy potencjał osobowy i techniczny składają oferty jednocześnie w kilku lub kilkunastu przetargach, oferując w nich bezkonkurencyjnie niskie ceny, skutecznie eliminując w ten sposób z gry o zamówienia lokalne firmy leśne. Zdarza się, że taki zwycięzca ma potem problemy z należyтым wykonaniem usługi. Nowy przepis, przy zastosowaniu odpowiedniej interpretacji, daje Lasom Państwowym dodatkowe narzędzie do monitorowania rzetelności firm „teczkowych” i ich ewentualnego eliminowania jeszcze przed zawarciem umowy.

Diabeł jednak tkwi w szczegółach, a przepis wyraża chyba bardziej życzeniowe myślenie ustawodawcy, niż możliwość realnego rozwiązania problemu. Nie ma bowiem pewności czy zamawiający będzie chciał brać na siebie ciężar udowadniania, że w konkretnych okolicznościach wykonawca nie podoła zamówieniu. **Takie przekonanie zamawiającego, aby obronić się przed zarzutem dowolności, musi mieć oparcie w rzetelnych i sprawdzonych informacjach, z których np. wynika, że sprzęt zaoferowany w przetargu miałby być wykorzystywany do wykonania usługi w tym samym czasie na drugim krańcu Polski.** W przypadku braku takich danych, jak sądzę, jednostki LP nie będą stosowały omawianej sankcji w obawie przed konsekwencjami prawnymi.

Pojawia się przy tym wątpliwość, czy zastrzeżenia zamawiającego, co do zdolności kontrahenta, muszą odnosić się do aktualnego zaangażowania zasobów (tj. w momencie przeprowadzania oceny), czy też do zaangażowania, które dopiero może

nastąpić na skutek ewentualnego wygrania jednocześnie kilku przetargów w kilku miejscach. Obawiam się, że odpowiedź na takie pytanie może dać dopiero ugruntowane orzecznictwo KIO.

Ułatwienie w składaniu zaświadczeń z KRS



Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć wykonawców, co do których otwarto likwidację lub ogłoszono upadłość. Przepisy wykonawcze do prawa zamówień publicznych przewidują, że spełnienie takiego warunku weryfikuje się w oparciu o odpis z KRS lub ewidencji działalności gospodarczej. Takie dane są zresztą umieszczane w rejestrach właśnie celem ich upublicznienia.

I tutaj pojawia się nowość w stosunku do dotychczasowych uregulowań. Otóż przepis p.z.p. pozwala na odstąpienie przez wykonawcę od przedstawienia dokumentów, dowodzących brak podstaw do wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli dokumenty te są dostępne dla zamawiającego za pośrednictwem bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych.

W aktualnym stanie prawnym wydruki generowane z krajowego rejestru sądowego za pośrednictwem strony internetowej ministerstwa sprawiedliwości (www.ems.ms.gov.pl), mają moc prawną urzędowego dokumentu. Analogicznie, oficjalne zaświadczenia o danych ujawnianych w centralnej ewidencji o działalności gospodarczej, czyli rejestru firm jednoosobowych, także mogą przybrać formę wydruku ze stosownej strony internetowej (www.prod.ceidg.gov.pl).

Właśnie dlatego, że te rejestry są ogólnodostępne i darmowe, znika po stronie wykonawców obowiązek przedstawiania odpisów w przetargu. Wygenerowanie stosownego zaświadczenia może bowiem, a od teraz po prostu będzie musiał, wykonać sam

zamawiający. Uwaga, dotyczy to jednak tylko sytuacji, w której wpis w rejestrze jest podstawą do oceny zdolności udziału w postępowaniu lub wykonania zamówienia. Spółka prawa handlowego, aby udowodnić uprawnienie danej osoby do podpisania oferty, nadal będzie zmuszona przedstawić odpis z KRS, wynika to bowiem z ogólnych reguł prawa cywilnego. Dla takich zatem podmiotów praktycznie sytuacja niestety nie ulegnie zmianie.

Zasada wynikająca z nowego przepisu nie obejmie odpisów z Krajowego Rejestru Karnego, te bowiem mogą być pobrane za pośrednictwem internetu wyłącznie przez osoby uprawnione oraz za stosowną opłatą.

Obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę



W świetle nowych przepisów prawa zamówień publicznych, Lasy Państwowe będą zobowiązane do wymagania od wykonawców zatrudnienia pracowników na umowę o pracę wtedy, gdy czynności składające się na realizację zamówienia mają polegać na wykonywaniu pracy w rozumieniu kodeksu pracy. Reguła ta może wywoływać pewne komplikacje.

Cechami charakterystycznymi umowy o pracę są: podporządkowanie pracownika co do czasu, miejsca i sposobu wykonania pracy, obowiązek osobistego świadczenia pracy przez pracownika (brak możliwości zastąpienia) oraz wykonywanie pracy na rzecz i ryzyko pracodawcy. Te cechy wynikają nie tylko z treści kodeksu pracy, ale także wieloletniego, wypracowanego przez sąd pracy, dorobku orzeczniczego.

Zmienione przepisy **nakazują zatem zamawiającemu, aby ocenił, czy wykonanie umowy o zamówienie publiczne będzie wiązało się z wystąpieniem wyżej wymienionych atrybutów pracy.** Idea ustawodawcy jest jasna i w zasadzie słuszna, a sprowadza się do dbałości o zgodne z prawem zatrudnianie podwładnych do realizacji



- Rury stalowe spiralnie karbowane
- Konstrukcje ze stalowych blach falistych
- Rury przepustowe z PP i HDPE
- System kanalizacji deszczowej i sanitarnej
- Ściany oporowe z gruntu zbrojonego
- Zbiorniki retencyjne
- Geosyntetyki ● Mosty kratowe ● Gabiony
- Konstrukcje inżynierskie z żelbetowych elementów prefabrykowanych
- Płotki ochronno-naprowadzające dla płazów

DORADZTWO, PROJEKTOWANIE, WYKONAWSTWO

 ViaCon

zamówienia. Podmioty publiczne, zobowiązane do stosowania p.z.p. stoją jednak przed trudnym zadaniem, które dotąd było i nadal jest realizowane głównie w ramach sporów przed sądami pracy. Ocena, czy realizacja zamówienia wymusza zawieranie umów o pracę jest bowiem skomplikowana i nie zawsze musi prowadzić do jednoznacznych wniosków. Pojawia się także wątpliwość, czy omawiane uprawnienie zamawiających nie narusza autonomii woli stron (właściciel firmy – podwładny) dającej możliwość swobodnego kształtowania reguł wzajemnej kooperacji na zasadzie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że w jednej ze spraw rozstrzyganych na gruncie przetargu leśnego, na skutek skargi na orzeczenie KIO, Sąd Okręgowy w Koszalinie stwierdził, że do realizacji zamówienia powinny być zawarte umowy o pracę. Stanowisko skarżącego w tej sprawie, podzielone przez sąd, przewidywało, że nie ma możliwości realizacji usług leśnych w oparciu o zatrudnienie, inne niż na umowę o pracę, z uwagi na specyfikę wykonywanych robót. Przenosząc ten pogląd na omawianą zmianę przepisów p.z.p. należałoby stwierdzić, że w każdym przetargu na usługi leśne powinien pojawić się wymóg zatrudnienia pracowniczego.

Modyfikowanie podpisanej umowy



Nowe przepisy dają większą swobodę w zmienianiu podpisanych umów. W ustawie pojawił się szeroki katalog okoliczności, w których zawarty już kontrakt może ulec modyfikacji.

Zapisem, który szczególnie uelastycznia współpracę stron jest **klauzula pozwalająca na zmiany umowy, których łączna wartość nie przekroczy progu, od którego skądinąd w usługach leśnych, pojawia się obowiązek stosowania p.z.p., tj. kwoty**

135.000 EUR. Zmiana nie może jednocześnie przekraczać 10 proc. pierwotnie określonej w umowie wartości zamówienia. Możliwość wprowadzenia modyfikacji nie musi być wcześniej przewidziana w SIWZ i nie wymaga spełnienia żadnych dodatkowych przesłanek.

Powyższa klauzula oznacza, że na gruncie zamówień na usługi leśne pojawi się możliwość aneksowania umowy, zmieniająca jej wartość o nawet kilkadziesiąt (czy kilkaset w umowach wieloletnich) tysięcy złotych. Jest to zatem niebagatelny margines, który może być wykorzystywany w częściach, stopniowo w okresie umowy, byleby nie przekroczył wskazanych w ustawie limitów kwotowych.

Omawiany sposób modyfikowania ustaleń znajdzie zastosowanie w razie zgodnego porozumienia stron. Nie jest to zatem przypadek, który niemal standardowo występuje w umowach na usługi leśne, umożliwiając zamawiającemu jednostronną redukcję zamówienia do 30 proc. jego wartości, bez konieczności uzyskania zgody kontrahenta (o zasadach rządzących tymi zapisami pisałem w nr 7/2016 GAZETY LEŚNEJ). W praktyce, jak można przypuszczać, nowy przepis zostanie zatem prędkiej wykorzystany do zwiększania, a nie zmniejszania zakresu zamówienia, skoro Lasy Państwowe i tak dysponują w tym ostatnim zakresie pewną swobodą decyzyjności.

Bardziej elastyczne zasady zmieniania umów na prace leśne nie mają zastosowania do dokumentów podpisanych przed wejściem w życie nowelizacji, zatem przed dniem 28 lipca 2016 r.

Termin wniesienia odwołania



W numerze majowym GAZETY LEŚNEJ opublikowany został artykuł, w którym pisałem o restrykcyjnym reżimie dotyczącym terminów doręczania pism w spra-

wach odwołań do KIO. Reguły te uległy wraz z nowelizacją nieznacznej zmianie. W ustawie pojawił się bowiem przepis, który rozwiewając wszelkie wątpliwości, przenosi na grunt zamówień publicznych zasady od lat obowiązujące na gruncie innych procedur.

Otóż w przeciwieństwie do przepisów rządzących np. sprawami cywilnymi, jak dotąd ustawa p.z.p. nie wyrażała wprost reguły, że termin na wykonanie czynności w postępowaniu odwoławczym, którego koniec przypada na dzień wolny, upływa dnia następnego. Teraz to się zmieniło, co oznacza, że wniesienie pisma przypadające na niedzielę nie będzie musiało nastąpić tego dnia, ale dnia następnego, czyli w poniedziałek. Ustawodawca poszedł w tym zakresie nieco dalej niż w przypadku np. gospodarczych spraw sądowych. Za dzień, który przedłuża trwanie terminu został uznany, nie tylko dzień ustawowo wolny od pracy (zgodnie z ustawą o dniach wolnych od pracy z dnia 18 stycznia 1951 r.), ale także sobota. Jest to mechanizm, który z powodzeniem funkcjonuje chociażby w sprawach toczących się przed sądami administracyjnymi.

Omawiana modyfikacja jest jednak moim zdaniem sformułowana nieco niefortunnie. Nową regułą umiejscowiono bowiem w przepisie, który odnosi się do czynności podejmowanych w toku już wszczętego postępowania odwoławczego, a nie do czynności wnoszenia odwołania. Pojawia się zatem, nierozstrzygnięta wprost w ustawie wątpliwość, czy beneficjentem przepisu może zostać wykonawca już w momencie składania skargi do KIO, czy dopiero później, w toku rozpoczętej sprawy. Obawiam się, że na jej bezsporne rozstrzygnięcie będziemy musieli poczekać do chwili zapadnięcia przed Izbą Odwoławczą stosownych orzeczeń. 🌱

Łukasz Bąk

Wspólnik w Kancelarii Prawnej
Jaskot, Bąk - Adwokaci



- Rury stalowe spiralnie karbowane
- Konstrukcje ze stalowych blach falistych
- Rury przepustowe z PP i HDPE
- System kanalizacji deszczowej i sanitarnej
- Ściany oporowe z gruntu zbrojonego
- Zbiorniki retencyjne
- Geosyntetyki
- Mosty kratowe
- Gabiony
- Konstrukcje inżynierskie z żelbetowych elementów prefabrykowanych
- Płatki ochronno-naprowadzające dla płazów

DORADZTWO, PROJEKTOWANIE, WYKONAWSTWO

ViaCon



DORADZTWO

PROJEKTOWANIE

WYKONAWSTWO

ViaCon Polska Sp. z o.o.

ul. Przemysłowa 6

64-130 Rydzyna

tel.: +48 65 525 45 45

fax: +48 65 525 45 55

office@viacon.pl

www.viacon.pl

- Rury stalowe spiralnie karbowane
- Konstrukcje ze stalowych blach falistych
- Rury przepustowe z PP i HDPE
- System kanalizacji deszczowej i sanitarnej
- Ściany oporowe z gruntu zbrojonego
- Zbiorniki retencyjne
- Geosyntetyki • Mosty kratowe • Gabiony
- Konstrukcje inżynierskie z żelbetowych elementów prefabrykowanych
- Płotki ochronno-naprowadzające dla pławów