

Komentarz do niektórych przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi

Niniejsze opracowanie ma charakter niewyczerpujący i ma na celu omówienie najbardziej kontrowersyjnych i potencjalnie szkodliwych dla branży budowlanej zmian do Prawa zamówień publicznych.

Celem ustawy jest wprowadzenie do polskiego prawa dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku, dotyczy ona udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, oraz innych dyrektyw z zakresu zamówień publicznych (2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku, 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 roku), a także wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczących postępowań w zakresie zamówień publicznych.

Niestety, jak to często bywa, przy okazji rząd wprowadza do Prawa zamówień publicznych zmiany, które mają być prawdopodobnie odpowiedzią na niektóre sytuacje z ostatnich miesięcy, mające miejsce podczas wykonywania zamówień publicznych przy budowie obiektów szeroko rozumianej infrastruktury, a występujące na budowach realizowanych przez takie spółki jak Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A. czy Polimex Mostostal S.A.

Zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzone w celu implementacji do prawa polskiego regulacji unijnych pozostają bez większego wpływu na sytuację zdecydowanej większości przedsiębiorców z branży budowlanej, a tym samym niniejszy skrócony komentarz do przedmiotowej nowelizacji nie będzie się do nich odnosił. Pozytywnie należy jednak ocenić wprowadzenie do Prawa zamówień publicznych instytucji dialogu technicznego (nowy art. 31a PZP), która ma pozwolić Zamawiającym na lepsze przygotowanie postępowań w sprawie udzielenie zamówienia publicznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dzięki zinstytucjonalizowanej możliwości komunikowania się z rynkiem.

W niniejszym opracowaniu skoncentrowano się jednak na zmianach do ustawy wprowadzonych niejako „przy okazji” implementacji prawa unijnego, a dotyczących podstaw formułowania i oceny warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W tym zakresie czeka cały rynek zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem branży budowlanej rewolucja w sposobie myślenia i codziennej praktyce biznesowej.

Należy podkreślić, iż obecny kształt ustawy (uchwalona przez Sejm po rozpatrzeniu poprawek Senatu, przekazana do podpisu przez Prezydenta RP) nieco odbiega od szeroko dyskutowanej wersji uchwalonej przez Sejm w dniu 14 września 2012 roku. Najważniejszą z praktycznego punktu widzenia zmianą jest wykreślenie z tekstu nowelizacji zaproponowanego przez Sejm nowego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1b), który dotyczyć miał obowiązkowego wykluczenia wykonawcy, jeżeli rozwiązano z nim umowę, wypowiedziano ją lub odstąpiono od niej z powodu okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, w przypadku gdy fakt ten miał miejsce w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5%, natomiast wartość zamówienia była równa dla robót budowlanych wyrażonej w złotych równowartości kwoty 20 mln euro, a dla dostaw lub usług – 10 mln euro lub przekraczała te kwoty. Co najistotniejsze takie wykluczenie następować miało bez konieczność zapadnięcia w takiej sprawie prawomocnego orzeczenia sądowego i miało być stosowane przez wszystkich zamawiających bez wyjątku. Stanowić miał zatem ten przepis rozszerzenie kontrowersyjnej regulacji zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1a) Pzp, która niestety nie została objęta nowelizacją, pomimo, iż jest przedmiotem badania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Wobec tej regulacji wnoszone były podczas prac sejmowych, a także poza nimi przez partnerów społecznych, Ministerstwo Spraw Zagranicznych i w opiniach Biura Analiz Sejmowych podobne krytyczne uwagi. Na wniosek Senatu skreślono nową przesłankę wykluczenia, dodaną w art. 24 ust. 1 pkt 1b, i jednocześnie dodano do ustawy przepis art. 22 ust. 5 przewidujący, że warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień, wiedzy, doświadczenia, posiadania odpowiednich osób i potencjału technicznego oraz zdolności ekonomicznych i finansowych oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Poprawki te dotyczą możliwości rozszerzenia przez zamawiającego zakresu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Propozycja ta ma mieć zastosowanie do postępowań, których przedmiotem są dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczania lub instalacji, a także wykonania usług lub realizacji robót budowlanych. Zapis ten daje możliwość weryfikacji rzetelności wykonawcy w oparciu o opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a tym samym daje zamawiającym możliwość uwzględnienia przy dokonywanej ocenie całokształtu uprzednio zrealizowanych przez wykonawcę zamówień co może mieć daleko idące skutki dla codziennej praktyki rynku zamówień publicznych. Szersze omówienie tego przepisu zostało zawarte w dalszej treści niniejszego opracowania.

Omawiane zmiany:

- 1 Zmodyfikowany został przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi podstawę wpisywania wykonawców na „czarną listę” Prezesa UZP. Jego obecne brzmienie przedstawia się następująco:

„1) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;”

Powyższą zmianę trudno jednoznacznie ocenić z punktu widzenia wykonawców, jednak w opinii autora niniejszego opracowania jest to per saldo zmiana niekorzystna. Prezes UZP Pan Jacek Sadowy w trakcie wystąpienia w Sejmie w trakcie debaty nad nowelizacją powiedział m.in.: *„Co więcej, chciałbym podkreślić, że obecnie obowiązujące prawo umożliwia dzisiaj instytucjom zamawiającym wykluczenie wykonawców, którzy wyrządzili zamawiającym szkodę w wysokości nawet 1 zł, jeśli jest to szkoda potwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu. Nowelizacja ustawy przyjęta przez Sejm podnosi czy wprowadza ten próg 5% wartości umowy i wyrządzonej szkody. A więc jest to rozwiązanie bardzo korzystne z punktu widzenia przedsiębiorców. Już nie każde wyrządzenie szkody stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale tylko wyrządzenie takiej szkody, która jest nie mniejsza niż 5% wartości zamówienia. W związku z tym te rozwiązania – chciałbym to podkreślić – są korzystne, szczególnie z punktu widzenia małych i średnich przedsiębiorców.”*

Co do zasady należy podzielić opinię Prezesa UZP, jednak jego wypowiedź jest niepełna i całkowicie pomija jeden istotny aspekt wprowadzonej zmiany. Mianowicie obok „wyrządzenia szkody” wprowadzono dodatkową przesłankę „lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej”. Próg 5%, jak i konieczność potwierdzenia takiej przesłanki prawomocnym orzeczeniem sądowym odnosi się co prawda do obu przesłanek tj. wyrządzenia szkody i obowiązku zapłaty kary umownej, jednak przy bliższej analizie charakteru kary umownej oraz

uwzględniając praktykę relacji pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami w zakresie umów o roboty budowlane dojść można do nieco odmiennych wniosków. Należy mieć bowiem na uwadze brzmienie art. 484 § 1 k.c. oraz aktualną linię orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych. Zgodnie z przedmiotową regulacją kodeksu cywilnego „*W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.*”. Interpretacja tego przepisu przez judykaturę jest dość jednoznaczna i sprowadza się do istotnego z punktu widzenia znowelizowanego przepisu PZP stwierdzenia, iż karę umowną można naliczyć nawet jeśli zamawiający nie poniósł w związku z okolicznościami uzasadniającymi naliczenie kary jakiegokolwiek szkody. Warto tu przytoczyć np. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 15 marca 2012 r. (I ACa 101/12): „*Wedle art. 484 § 1 k.c. całkowity brak szkody wierzyciela lub jej niewielka wartość co najwyżej uzasadnia miarkowanie kary, a nie zupełne zwolnienie z jej zapłaty.*” oraz przede wszystkim uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego (zasada prawna) z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03): „*Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.*”

Biorąc zaś pod uwagę, iż narażenie się w przypadku robót budowlanych na naliczenie kar umownych za nawet nieduże opóźnienia¹ lub inne stosunkowo nieznaczne niedociągnięcia w realizacji obowiązków umownych w wysokości istotnie przekraczającej 5% wartości umowy nie jest niczym niezwykłym, dochodzimy do wniosku, iż nowelizacja wprowadza całkowicie nowe ryzyko dla wykonawców robót budowlanych. Innymi słowy, zamawiający naliczając wykonawcy karę umowną w wysokości przekraczającej 5% wartości umowy za kilkutygodniowe opóźnienie może doprowadzić do jego wyeliminowania z rynku zamówień publicznych, co w większości przypadków prowadziłoby do upadłości takiej firmy wykonawczej. Oczywiście taka sytuacja nie będzie występować w przypadku, gdy wykonawca zrezygnuje z obrony swoich interesów i zgodzi się na naliczoną karę umowną, dzięki czemu nie dojdzie do skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Jest to jednak sytuacja jednoznacznie patologiczna i korupcjogenna. Ponadto z tego punktu widzenia nowelizacja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 PZP jest wysoce niekorzystna i może być oceniana jako prowadząca do praktycznego ograniczenia prawa do sądu po stronie wykonawców. Będą oni pozostawali na łasce i niełasce zamawiających, a ewentualna decyzja o skierowaniu sprawy na drogę postępowania sądowego może stanowić o całym bycie danego podmiotu czego nie uzasadniałaby wartość przedmiotu sporu. Taka sytuacja stanowi w ocenie autora niniejszego opracowania wypaczenie podstawowych zasad państwa prawa.

Należy podkreślić jeszcze jeden istotny element, a mianowicie możliwą do przyjęcia interpretację znowelizowanego przepisu, zgodnie z którą nowa przesłanka wykluczenia (dotycząca kary umownej) może zadziałać wstecz. W świetle literalnego brzmienia tego przepisu (w znowelizowanej redakcji) niekorzystny dla wykonawcy prawomocny wyrok sądowy zasądający na rzecz zamawiającego karę umowną w wysokości minimum 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, zapadły w okresie ostatnich 3 lat może prowadzić do wykluczenia danego wykonawcy z rynku zamówień publicznych, chociażby w okresie przed nowelizacją taki skutek nie był możliwy z uwagi na to, że zamawiający nie poniósł de facto jakiegokolwiek szkody.

¹ Przeciętna kara umowna za opóźnienie w wykonaniu umowy w realiach rynkowych – nawet w odniesieniu do terminów pośrednich - kształtuje się na poziomie 0,2%-0,5% całkowitej wartości wynagrodzenia.

Należy w tym miejscu przypomnieć, iż z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia w przypadku zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dniem 11 maja 2011 r. W ramach przedmiotowej nowelizacji dodano pkt 1a do art. 24 ust. 1 p.z.p., który nakazuje wykluczyć: „wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy”. Podobnie jak w obecnym przypadku już na etapie prac sejmowych projekt zmiany budził wiele wątpliwości. Jak się później okazało, stosowanie tego przepisu w praktyce również wywołało wiele kontrowersji. Za sprawą odwołania w postępowaniu, w ramach którego Poczta Polska wykluczyła dwóch wykonawców właśnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza powzięła wątpliwość co do zgodności omawianego przepisu z prawem europejskim. Po raz pierwszy w swojej historii Izba zdecydowała się zadać pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Pytanie to wydaje się jak najbardziej zasadne, gdyż co prawda w uzasadnieniu nowelizacji podnoszono, że projekt jest zgodny z dyrektywą klasyczną 2004/18/WE i dyrektywą sektorową 2004/17/WE, jednakże art. 45 ust. 2 pkt d) dyrektywy klasycznej stanowi, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. W przeciwieństwie do tego zapisu nowelizacja wprowadziła automatyczne wykluczenie, zarazem ignorując kwestię winy wykonawcy oraz proporcjonalności skutku do przewinienia. Kontrowersje wzbudziły również przepisy przejściowe nakazujące stosować przepisy dotychczasowe jedynie do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji. W efekcie natychmiastowe wykluczanie przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 1a) Pzp można stosować do przypadków zakończenia umowy przez zamawiającego, które miały miejsce przed wejściem w życie zmiany (w ciągu 3 lat przed wszczęciem postępowania), co - jak uważają niektórzy komentatorzy - kłóci się z zasadą, iż prawo nie działania wstecz.

Należy założyć, iż w odniesieniu do aktualnie znowelizowanego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp zaistnieje analogiczny sposób jego stosowania w praktyce. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych, a niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Stosownie zaś do art. 8 ustawy nowelizacyjnej wchodzi ona w życie w terminie 3 miesięcy od jej ogłoszenia.

2. Nowo wprowadzony w wyniku poprawki Senatu art. 22 ust. 5 Pzp, ma za zadanie zastąpienie powszechnie skrytykowanego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1b) Pzp. Brzmienie przepisu jest następujące:

„5. Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.”

Koncepcja Senatu zakłada, iż weryfikacja rzetelności wykonawcy byłaby dokonywana w oparciu o opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i umożliwiała zamawiającemu uwzględnienie przy dokonywanej ocenie całościowo uprzednio realizowanych przez wykonawcę zamówień. Tym samym ocena doświadczenia i wiedzy wykonawcy, a także jego potencjału technicznego, osobowego i finansowego, dokonywana byłaby przy uwzględnieniu zarówno robót wykonanych prawidłowo, jak i przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zamówień publicznych. Proponowana regulacja „zrywa” z dokonywaniem oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego wyłącznie na podstawie należyte wykonanych robót, potwierdzonych referencjami przez ich zleceniodawców. Aktualnie nie bada się bowiem w postępowaniu przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zamówień, które podważają wiarygodność, rzetelność oraz wiedzę i doświadczenie wykonawcy. Inaczej, zdaniem Senatu, należy ocenić wykonawcę, który wykazuje wykonanie np. dwóch robót wymaganych przez zamawiającego w opisie warunku i nie ma na swym koncie zamówień niewykonanych lub zrealizowanych nienależyte, a inaczej wykonawcę, który poza robotami służącymi do potwierdzenia warunku, przemilcza informacje o niewykonanych lub nienależyte wykonanych umowach. W tym drugim przypadku, zamawiający powinien dysponować możliwością oceny wpływu tego rodzaju sytuacji na rzetelność i zdolność wykonawcy do prawidłowego wykonania udzielanego zamówienia.

Zgodnie z propozycją Senatu, wykluczenie wykonawcy wymagałoby przedstawienia przez zamawiającego uzasadnienia, z którego wynikałoby, iż stwierdzone przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania zamówień wskazują na nierzetelność lub brak odpowiednich kwalifikacji lub efektywności wykonawcy, a w konsekwencji skutkują uznaniem go za wykonawcę niespełniającego warunków w zakresie posiadanej wiedzy, doświadczenia czy też potencjału technicznego. Wykonawca wykluczony miałby zapewnioną możliwość zakwestionowania podstawy wykluczenia w drodze przewidzianych w ustawie – Prawo zamówień publicznych środków odwoławczych, tj. odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi do sądu. Ustawa przewiduje bowiem prawo wykonawcy do złożenia odwołania oraz skargi na swoje wykluczenie z postępowania niezależnie od wartości udzielanego zamówienia publicznego (powyżej 14 000 euro). W celu zapewnienia zamawiającemu informacji na temat przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zamówień, zamawiający będzie uprawniony do żądania wykazu robót budowlanych, dostaw lub usług zawierającego m.in. informacje na temat wszystkich zamówień oraz wskazanie, czy zamówienia te zostały wykonane lub są wykonywane należyte (w przypadku dostaw lub usług) lub zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (w przypadku robót budowlanych). Warunkiem skuteczności proponowanej przez Senat regulacji, będzie uwzględnienie jej w rozporządzeniu, które zostanie wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W opinii Senatu, proponowane rozwiązanie w sposób dostateczny zapewni ochronę interesu publicznego i realizację zamówień publicznych wyłącznie przez wykonawców zdolnych do prawidłowego, terminowego oraz rzetelnego ich wykonania.

Powyższą regulację należy ocenić jako z jednej strony rewolucyjną, gdyż może ona zmienić oblicze i praktykę zamówień publicznych, a z drugiej strony jako wielką niewiadomą, gdyż praktyczne jej zastosowanie pociąga za sobą wiele pytań. W ocenie autora niniejszego opracowania regulacja ta prowadzić będzie do sytuacji patologicznych i korupcjogennych, a ponadto może skutkować zdecydowanym zwiększeniem liczby sporów pomiędzy wykonawcami

i zamawiającymi oraz samymi wykonawcami, co mieć będzie oczywiście niekorzystne skutki dla całego systemu zamówień publicznych. Jedną z pierwszych konkluzji, która nasuwa się praktykowi zamówień publicznych jest myśl, że powstanie możliwość „wyciągania” wykonawcom konkurencyjnym wszelkich bardziej lub mniej prawdziwych przypadków naruszenia w przeszłości umów w sprawie zamówienia publicznego, a jedną z głównych działalności Krajowej Izby Odwoławczej stanie się działalność śledcza dotycząca zaistnienia lub niezastnienia w przeszłości faktu nienależytego wykonania historycznych umów przez zwycięskiego oferenta, co nie będzie mieć żadnego realnego związku z bieżącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Również tu katastrofalne skutki może mieć nałożenie przez jakiegokolwiek zamawiającego na wykonawcę kar umownych (już niezależnie od ich wysokości), jako że kary umowne ściśle związane są z przypadkami nienależytego wykonania lub niewykonania umowy, jednak nie mają bezpośredniego związku z wystąpieniem szkody, która to okoliczność może wyłącznie prowadzić do ich miarkowania przez sąd.

- 3 Ponadto wprowadzono kolejną przesłankę wykluczenia wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, która została zawarta w nowym art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Przepisem tym wprowadzono dla zamawiających obowiązek wykluczania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożą odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dodając tę przesłankę ustawodawca dodał do ustawy przepisy umożliwiające zamawiającemu praktyczne zastosowanie w postępowaniu tej przesłanki, a przede wszystkim ocenę powiązań w ramach grupy kapitałowej).

W związku z powyższym wprowadzone zostały następujące zmiany do ustawy Pzp:

- a) Art. 24b. *“1. Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji.
3. Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d.”*
- b) *“Art. 26 2d. Wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się.”*

Powyższą zmianę należy ocenić negatywnie, a przynajmniej w obecnej jej formie. W trakcie prac legislacyjnych postulowano posłużenie się dla potrzeb nowej regulacji pojęciami spółki zależnej i dominującej w rozumieniu przepisów Kodeksu spółek handlowych, jednak zdecydowano się na definicję szerszą. Bardzo trafny komentarz na ten temat został zawarty w opinii PKPP LEWIATAN przedstawionej Sejmowi w ramach konsultacji społecznych projektowanej ustawy. Posłużenie się konstrukcją przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i

konsumentów niesie z sobą bardzo istotne obciążenie dla wykonawców. Grupa kapitałowa na użytek polityki antymonopolowej została zdefiniowana niezwykle szeroko. W szczególności nie określa się form kontroli przesądzających o przynależności do grupy.

Polskie spółki, które należą do globalnych grup kapitałowych, będą musiały każdorazowo załączać listy wszystkich podmiotów tej grupy. Nieraz takich podmiotów jest kilkaset, przy czym przytłaczająca większość z nich w ogóle nie prowadzi działalności w Polsce albo nie zajmuje się przedmiotem zamówienia.

Ponadto, trzeba zwrócić uwagę, że wykonawcy zwykle nie mają gotowej, pełnej wiedzy o wszystkich podmiotach należących do koncernów. Z powodu uczestnictwa w pojedynczym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego globalne koncerny nie ujawnią tak istotnych tajemnic handlowych. Wskutek tego, konkurencyjność postępowań w Polsce najpewniej spadnie. Tymczasem, jak trafnie zaproponowali na etapie konsultacji społecznych eksperci PKPP LEWIATAN, cele autorów omawianych rozwiązań można zrealizować inaczej. Obowiązek wykazywania braku powiązań z innymi oferentami należy przesunąć na etap, gdy są już znani wszyscy oferenci. Taki obowiązek będzie znacznie mniej uciążliwy, a przede wszystkim będzie w pełni wykonalny. Łatwiej bowiem złożyć oświadczenie w odniesieniu do kilku współuczestników postępowania, niż przedstawiać listę wszystkich podmiotów w koncernie. Postulowane przesunięcie obowiązku ujawniania powiązań z innymi oferentami całkowicie wystarczy do zabezpieczenia równej konkurencji w postępowaniu, a nie nałoży zbędnych obowiązków na wykonawców. Innymi słowy, postulowane rozwiązanie będzie zgodne z zasadą proporcjonalności.

- 4 Niektóre pozostałe zmiany wprowadzone nowelizacją omówione zostaną wyłącznie hasłowo:
 - a) nowe art. 2 pkt 1a), 5a), 5b), 5c) Pzp - rozszerzono katalog definicji sformułowanych w słowniczku ustawy; dodano definicje: „cyklu życia produktu”, „newralgicznych robót budowlanych”, „newralgicznego sprzętu”, „newralgicznych usług”, „obiektu budowlanego”, „sprzętu wojskowego”, „sytuacji kryzysowej” oraz „zakupów cywilnych”; na potrzeby przepisów szczególnych o zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ustawodawca dodał też definicję „umowy o podwykonawstwo”;
 - b) art. 2 pkt 5d) i pkt 8) Pzp - zmodyfikowano definicje pojęć „roboty budowlane” i „usługi”;
 - c) nowe art. 31a-31c oraz art. 96 ust. 2a) Pzp - dodano przepisy umożliwiające zamawiającemu, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, przeprowadzenie dialogu technicznego; udział w dialogu technicznym nie będzie skutkował wykluczeniem uczestniczącego w nim podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; szczegółową informację o przeprowadzeniu dialogu technicznego będzie się zamieszczać w protokole postępowania o udzielenie zamówienia;
 - d) nowy art. 48 ust. 2 pkt 8a) Pzp - wskazano, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym, którego zamierza się udzielić w trybie przetargu ograniczonego musi zawierać również opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców

spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu;

- e) nowy art. 12b. Pzp - upoważniono Prezesa Rady Ministrów do określenia w rozporządzeniach wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym uwzględniającego dyrektywę obronną oraz wykazu robót budowlanych uwzględniającego dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE;
- f) zmieniony art. 98 ust. 4 Pzp - zmodyfikowano przepis upoważniający Prezesa Rady Ministrów do określenia zakresu informacji, które trzeba zawrzeć w rocznym sprawozdaniu o udzieleniu zamówienia;
- g) nowy art. 131 ust. 4 - umożliwiono zamawiającemu zobowiązanie wykonawcy będącego koncesjonariuszem robót budowlanych do zawarcia z innymi podmiotami, stanowiącej co najmniej 30% wartości koncesji, umowy o podwykonawstwo
- h) nowy art. 134a-134c Pzp - umożliwiono zamawiającemu ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców (zamówienia sektorowe), a także określił zasady i tryb ustanawiania takiego systemu oraz udzielania zamówień w takim systemie;

5 Przepisy przejściowe

W przepisach przejściowych (art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej) przyjęto, iż do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych, a niezakończonych przed dniem wejścia w życie opiniowanej ustawy, stosować się będzie przepisy dotychczasowe. Dotychczasowy reżim prawny będzie stosowany również do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji. Natomiast do zamówień dodatkowych związanych z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielonymi przed dniem wejścia w życie nowelizacji stosować się będzie nowe przepisy.

Ustawa ma wejść w życie po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia (art. 8 ustawy nowelizacyjnej).

Sporządził:

Wojciech Wołoszyk

Kancelaria IURIDICO