

Zamówienia publiczne na nowych warunkach

Polski system zamówień publicznych uległ na przestrzeni ostatnich miesięcy poważnym przemianom, przy czym niektóre z nich śmiało nazwać można rewolucyjnymi. Bieżące prace Sejmu wskazują, że ustawodawca nie postawił jeszcze kropki nad „i” i wkrótce zamawiający oraz wykonawcy mierzyć się będą z kolejnymi nowelizacjami.

Do najważniejszych zmian zaliczyć należy obowiązującą od 16 kwietnia 2014 roku nowelizację ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”) zgodnie z którą próg stosowania ustawy PZP podniesiony został z 14 000 EURO do 30 000 EURO. Oznacza to, że zamówienia lub konkursy o wartości mniejszej niż 30 000 EURO (w tym roboty budowlane) udzielane będą bez stosowania ustawy PZP i konieczności wyboru wykonawcy w jednym z trybów udzielania zamówień publicznych.

Obecnie na etapie prac parlamentarnych (Sejm rozpatrywał będzie poprawki i uwagi Senatu) znajduje się kolejna poważna nowelizacja PZP składająca się w sumie z aż czterech projektów poselskich (druki numer 1076, 1226, 1335, 1653) zwanych w niniejszym artykule łącznie Pakietem Nowelizacyjnym.

Pakiet Nowelizacyjny zakłada, że wykonawcy chcący zastrzec zawarte we wniosku lub w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązani będą już wraz z dokonaniem takiego zastrzeżenia wykazać, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zmianę tę uznać należy za niekorzystną dla wykonawców.

Pakiet Nowelizacyjny usuwa dwie przesłanki wykluczenia wykonawców. Jedną z nich zakładała, że z postępowania wykluczony zostaje wykonawca, winny wyrządzenia szkody lub zapłaty kary umownej w wysokości nie mniejszej niż 5% wartości realizowanego zamówienia, natomiast druga nakazywała usunąć z postępowania wykonawcę z którym dany zamawiający rozwiązał umowę albo od umowy odstąpił z powodu okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a takie zdarzenie nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. W ich miejsce pojawia się nowy przepis dający zamawiającemu możliwość (a nie obowiązek)

wykluczenia z postępowania wykonawcy, 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. Obowiązek wskazania takiej okoliczności obciążał będzie zamawiającego za pomocą dowolnych środków dowodowych, a sama możliwość wykluczenia wykonawcy z tego tytułu będzie musiała zostać zastrzeżona w ogłoszeniu o zamówieniu. Metodą obrony wykonawcy będzie udowodnienie, że wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne, kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody w wyniku powstałe w wyniku naruszenia obowiązków lub zobowiązań się do ich naprawienia, albowiem w przypadku skutecznego „udowodnienia”, zamawiający nie wyklucza wykonawcy.

Pakiet Nowelizacyjny wprowadza ważną modyfikację dotyczącą udostępniania zasobów przez podmiot trzeci. Wprowadzono mianowicie solidarną z wykonawcą odpowiedzialność podmiotu, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów w przypadku wyrządzenia zamawiającemu szkody powstałej wskutek nieudostępnienia owych zasobów. Podmiot trzeci nie poniesie takiej odpowiedzialności, jeżeli nie ponosił będzie winy za brak udostępnienia przedmiotowych zasobów.

Kolejną nowością jest uprawnienie zamawiających do żądania od wykonawców, by ci ostatni oraz ich podwykonawcy zatrudniali osoby wykonujące określone czynności podczas realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem tych czynności. Zmianę tę należy uznać za potencjalnie niebezpieczną i uciążliwą dla wykonawców realizujących roboty budowlane. Postanowienie będzie

również problematyczne dla zamawiających (określenie czynności który powinny być wykonane przez pracowników w rozumieniu Kodeksu pracy) i dość prawdopodobne jest, że zamawiający zrezygnują ze stawiania tego wymogu.

Zmianom ulegnie znany i niepopularny art. 46 ust. 4a PZP nakazujący zamawiającym zatrzymanie wadium w przypadku braku uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę. Ustawodawca nie posłuchał głosów środowiska wykonawców i zamawiających i nie zdecydował się na usunięcie kontrowersyjnego przepisu. Zamiast tego poszerzył katalog okoliczności uprawniających zamawiających do zatrzymania wadium min. o brak zgody na poprawienie nieistotnej omyłki czy też brak uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej. W szczególności przesłankę braku zgody na poprawienie nieistotnej omyłki należy uznać za niebezpieczną, albowiem poglądy zamawiającego oraz wykonawcy na to, jaką omyłkę uznać za nieistotną mogą istotnie się różnić. Wydaje się, że wolą ustawodawcy było złagodzenie dotkliwości komentowanego przepisu poprzez dodanie postanowienia zgodnie z którym zatrzymanie wadium będzie mieć miejsce jedynie w przypadku, gdy spowoduje to brak możliwości wybrania złożonej przez wykonawcę oferty. Na brak precyzji tego ostatniego postanowienia zwrócił uwagę Senat słusznie podnosząc wątpliwość czy chodzi o brak możliwości wybrania oferty w ogóle czy też brak możliwości wybrania oferty najkorzystniejszej. Sposób modyfikacji kontrowersyjnego przepisu oraz jakość użytych sformułowań nie dają póki co podstaw do oczekiwania, że widmo zatrzymania wadium zostanie odsunięte.

Kluczową i szeroko komentowaną jako rewolucyjną zmianą zawartą w Pakiecie Nowelizacyjnym jest wprowadzenie, poza nielicznymi wyjątkami, zakazu stosowania ceny jako jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Nowy przepis art. 91 ust. 2a PZP wskazuje, że (pomijając wyjątki) kryterium ceny może być stosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Przypominając, że żaden przepis PZP nie nakazywał stosowania ceny jako jedynego kryterium uznać należy, że w praktyce nowy przepis pozbawiony będzie znaczenia. W przypadku postępowań dotyczących robót budowlanych zamawiający stosować

będą drugie, obok ceny, kryterium oceny ofert, które, jak pokazuje już obecna praktyka, pozostanie bez znaczenia z powodu swej niewielkiej wagi, ale uczyni zadość nowym wymogom. O wyborze najkorzystniejszej oferty nadal decydować będzie więc tylko cena, a inne kryteria pozostaną iluzoryczne. Na marginesie powtórzyć można, że to nie PZP nakazuje czy też nakazywało stosowanie kryterium najniższej ceny, a jedynie suwerenna decyzja zamawiających wynikająca niezadko z wygody oceny tego kryterium.

Pakiet Nowelizacyjny zakłada również próbę sprecyzowania pojęcia rażąco niskiej ceny oraz ustala procedurę wyjaśniania składni-

ków ceny, której wysokość budzi wątpliwości zamawiającego. Nowelizacja ta stanowi w istocie implementację do ustawy PZP praktyki orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazując, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Jeżeli w życie wejdzie inny, nowy przepis Pakietu Nowelizacyjnego, zamawiający zobowiązani będą do wprowadzenia do projektów umów zasad zmian wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpiecze-

niu zdrowotnemu lub składek na te ubezpieczenia, o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przez wykonawcę zamówienia publicznego.

Marcin Żak

*Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
Miller, Canfield, W.Babicki, A.Chełchowski
i Wspólnicy sp. k.*

R E K L A M A



Lighting MARKET in Poland 2014

Development forecasts for 2014-2019



For more information on the report, ■ tel. /48/ 12 618 90 30 ■ fax /48/ 12 618 90 08
contact us directly: ■ e-mail: moreinfo@pmrcorporate.com

310114

by 28.5%. The strongest growth was seen in Opolskie (39%), Pomorskie (23.5%) and Zachodniopomorskie (21.8%).

Regarding the housing segment, construction and assembly output increased in five voivodships, including Lubelskie (-57.5%), Dolnoslaskie (-16.8%), Mazowieckie (-13.2%), Kujawsko-Pomorskie (-10.2%) and Swietokrzyskie (-1.3%). Construction and assembly output generated by the residential construction segment grew the most in Warminsko-Mazurskie,

up by a staggering 51.4%. Other regions with a positive growth rate were Lodzkie (39.2%) and Zachodniopomorskie (35.4%).

In the non-residential segment, construction and assembly output dropped in six voivodships, with Lubelskie and Warminsko-Mazurskie reporting the sharpest falls, down by 31.7% and 21.3%, respectively. The biggest growth was seen in Opolskie (52.1%) and Pomorskie (39.2%).

Regarding civil engineering structures, construction and assembly output shrank

only in one region, i.e. Lubuskie (-1.2%). The strongest growth was recorded for Podlaskie where construction and assembly output increased by a whopping 45.7% relative to H1 2013, as well as Podkarpackie (39.9%) and Kujawsko-Pomorskie (37.4%).

Katarzyna Grabarz

Senior Business Editor, PMR

katarzyna.grabarz@pmrcorporate.com

Revised legal framework for public procurement

Over the past few months, the Polish public procurement system has undergone extensive changes, some of which can be easily termed revolutionary. Looking at the work currently underway at the Sejm, it seems that legislative efforts are far from being over, and contracting authorities and contractors may soon face new amendments.

The key changes include the amended Public Procurement Act (“the PPA”) which took effect on 16 April 2014. Under the amended Act, the threshold for PPA application was revised from EUR 14,000 to EUR 30,000. This means that now the PPA does not apply to orders and competitive procedures (including for construction work) whose value is under EUR 30,000, which means contractors do not have to be selected using one of the methods for award of public contracts.

The Parliament is working on another significant draft amendment to the PPA incorporating as many as four private members’ bills (forms Nos. 1076, 1226, 1335 and 1653), collectively referred to in this article as the Amendments Package.

The Sejm is going to consider revisions and comments from the Senate shortly. The Amendments Package provides that contractors wishing to qualify information contained in their application or proposal as a business secret must demonstrate the information is indeed their business secret already at the time of making such a request. This amendment should be considered unfavourable to contractors.

The Amendments Package removes two conditions for disqualifying a contractor. Under one of them, a contractor was excluded from a procedure when it was guilty of causing damage or had to pay a contractual penalty equivalent to not less than

5% of the contract’s value. Under the other, exclusion of a contractor was required where that contractor’s contract had been terminated or rescinded by the relevant contracting authority for reasons within the contractor’s control within three years preceding commencement of the relevant procedure and provided that the unperformed portion of the contract represented at least 5% of its total value. The Package proposes a new provision under which the contracting authority will have the right (not the obligation) to exclude a contractor who, in the three years preceding commencement of the procedure, gravely and culpably breaches its professional duties, and in particular intentionally or negligently fails to perform or properly perform contracted work. It is the contracting authority who needs to demonstrate, using freely chosen evidence, that such circumstances occurred. In addition, the announcement of the procedure must specify that a contractor may be excluded on such grounds. In its defence, the contractor may demonstrate that it has employed specific technical, organisational or human resources to prevent future grave and culpable breach of professional duties, and that it either redressed or agreed to redress the damage resulting from breach of professional duties. Once the contractor has provided sufficient evidence of the above, it is not excluded by the contracting authority.

The Amendments Package introduces an important change in how resources are made available by third parties. A third party who agrees to make resources available is jointly and severally liable alongside the contractor in the event that the contracting authority suffers damage as a result of the resources being unavailable. The third party is not liable if it cannot be held liable for resources being unavailable.

Another new component proposed to be included in the PPA is the contracting authority’s right to require that contractors and their subcontractors hire personnel performing contracted work under employment contracts where justified by the nature of the work. This amendment is potentially dangerous and onerous for building contractors. It may also prove difficult for contracting authorities as they will have to define the scope of work to be performed by “employees” within the meaning of the Labour Code. It is likely they will be reluctant to enforce this new right.

A well-known and disliked provision (Art. 46.4a of the PPA) is also proposed to be amended. It orders contracting authorities to retain the bid bond in the event that a contractor fails to supply missing documentation. The legislator did not follow the requests of both contractors and contracting authorities who wanted the controversial provision to be abolished. Instead, it added further circumstances in which the bid bond is forfeited, e.g. in the event the contractor fails to consent to a minor error being corrected, does not supply a full list of entities of its group or neglects to state that it is not a member of a group. The absence of consent for correction of a minor error is particularly tricky because the contractor and the contracting authority do not necessarily have to be on the same page as to what constitutes a minor error. It seems that the legislator intended to mitigate the severity of the regulation by adding a provision

under which the bid bond may be forfeited only where the deficiencies are such that they prevent the contracting authority from selecting a given proposal. The Senate has complained about the imprecise meaning of the provision, rightly pointing out that it is not clear whether the legislator means the inability to select a given proposal at all or to select the most beneficial proposal. The way in which the controversial provision is modified and the quality of the language used give no reason to hope the perils of having a bid bond forfeited will be avoided.

A crucial amendment which attracted a great deal of comment and was even termed revolutionary introduces a ban on treating price as the only criterion for selecting the best proposal, except in rare circumstances. The amended Art. 91.2a of the PPA provides that price may be the sole criterion (except in exceptional circumstances) only if the subject matter of the contract is

commonly available and has pre-defined quality standards. Given that no provision of the PPA ordered price to be treated as the decisive factor, in practice the new provision will be a dead letter. In procedures for award of construction contracts, contracting authorities will use another criterion in addition to price, which will satisfy the new requirements but, given the current practice, will be completely irrelevant. Thus, the winning proposal will be still selected on the basis of price only, with other criteria playing a marginal role. As a side remark, it needs to be reiterated that the PPA does not require lowest price to be the decisive factor, and never has. It was an independent decision by contracting authorities, often employed for convenience.

The Amendments Package also attempts to give a precise meaning to the term “abnormally low price” and establishes a procedure for clarifying elements of a price in case its

amount should raise concerns of the contracting authority. This amendment in fact seeks to implement into the PPA the prevailing decisions by the National Chamber of Appeal, according to which it is the duty of the contractor to demonstrate the proposed price is not abnormally low.

If another new provision of the Amendments Package takes effect, the contracting authorities will have to add rules for adjusting the contractor's remuneration according to changes in the VAT rate and statutory minimum salary, as well as rules for application of social and medical insurance and premiums to draft contracts provided that the changes affect the cost of executing a public contract by the contractor.

Marcin Żak

Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych

Miller, Canfield, W.Babicki,

A.Chełchowski i Wspólnicy sp. k.

ADVERTISING

**Construction sector in
Poland H2 2014**
Development forecasts for 2014-2020

110814

For more information on the report, ■ tel. /48/ 12 618 90 30 ■ fax /48/ 12 618 90 08
contact us directly: ■ e-mail: moreinfo@pmrcorporate.com

 **PMR**