

OPINIE I KOMENTARZE FRDL

NOWE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

NA CO ZWRACAĆ UWAGĘ PODCZAS PRZYGOTOWANIA I PROWADZENIA POSTĘPOWANIA WEDŁUG NOWYCH ZASAD

Autor: Krzysztof Puchacz

W dniu 1 stycznia 2021 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy^[1], celem opracowania tych regulacji było wprowadzenie nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług. Konieczne stało się również zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych. W efekcie zarówno zamawiających, jak i wykonawców czekają spore zmiany dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych i ubiegania się o ich udzielenie.

Poniżej prezentujemy omówienie najistotniejszych zagadnień, z jakimi będziemy mieć do czynienia, stosując nowe regulacje.

Zamówienia wyłączone z ustawy

W nowej ustawie ostatecznie uchylono art. 2 ust. 2, co oznacza, że zamówienia bagatelne (50 000 zł – 130 000 zł) nie będą musiały być publikowane w BZP. W efekcie zamówienia o wartości poniżej 130 000 zł podlegają wyłączeniu z ustawy na zasadach analogicznych jak przewidziane obecnie w art. 4 pkt 8 ustawy obowiązującej do 31.12.2020 r.

Jeżeli procedury wewnętrzne zamawiającego wymagają opisywania faktur VAT poprzez wskazanie podstawy zastosowania lub wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, to w przypadku faktur wystawianych w roku 2021 na podstawie umów zawartych przed dniem 01.01.2021 r. adnotacja nie ulegnie zmianie. Wejście w życie nowej ustawy nie zmieni przecież podstawy zastosowania lub wyłączenia przepisów o zamówieniach publicznych istniejącej w momencie udzielania zamówienia, czyli przed 01.01.2021 r. Zgodnie z art. 95 ustawy z 11.09.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. poz. 2020), do umów zawartych w następstwie postępowań wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. nie stosuje się przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.). Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) – dalej p.z.p., przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 zł, przez zamawiających publicznych. *A contrario* do zamówień, których wartość jest niższa niż 130 000 zł, zamawiający publiczni ustawy nie stosują. W efekcie,

[1] Uzasadnienie od projektu ustawy Prawo zamówień publicznych; druk sejmowy 3624; www.sejm.gov.pl.

art. 2 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi podstawę zarówno wyłączenia z ustawy tzw. zamówień podprogowych, jak i stosowania ustawy dla tzw. zamówień ponadprogowych.

Plan postępowań

Zamawiający publiczni od 1 stycznia 2021 r. zostali objęci dwoma nowymi obowiązkami dotyczącymi publikacji planu postępowań na dany rok budżetowy. Pierwszy z nich dotyczy publikacji planu postępowań – poza stroną internetową zamawiającego – także w Biuletynie Zamówień Publicznych, zaś drugi dotyczy obowiązku aktualizacji tego planu w trakcie roku budżetowego (art. 23).

Zamówienia na dokumentację projektową powyżej progów UE

Zamawiający planujący w roku 2021 wszczęcia postępowania na przygotowanie dokumentacji projektowej (architektonicznej lub architektoniczno-budowlanej) o wartości przekraczającej progi UE muszą pamiętać o tym, że jest zobowiązany do wcześniejszego przeprowadzenia konkursu. Z obowiązku tego zwolnione są projekty obejmujące obiekty liniowe oraz zamawiający prowadzący postępowania trybach negocjacyjnych (art. 325). Podpowiadamy, że rozwiązaniem może być także system zaprojektuj-wybuduj, bowiem mamy wówczas do czynienia z robotami budowlanymi, a nie usługą (art. 7 pkt 21 ustawy).

Uzasadnienia niedokonania podziału zamówienia na części

Nowe przepisy pozostawiają możliwość udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia. Na uwagę zasługuje wymóg wskazania powodów niedokonania podziału zamówienia w dokumentach zamówienia, tj. w SWZ (dotychczas powody te należało podawać jedynie w protokole z postępowania). Ujęty w art. 91 wymóg dotyczy wszystkich postępowań, także tych o wartościach poniżej progów unijnych. Wydaje się, że w praktyce budzić to będzie uzasadnione wątpliwości. Należy zauważyć, że dyrektywa 2014/24/UE w treści motywu 78 wskazuje, że aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Nie każde zamówienie, którego wartość przekracza progi unijne, jest dużym zamówieniem w rozumieniu motywu 78 powołanej dyrektywy UE (dyrektywy stosuje się od tzw. progów UE, a dyrektywa posługuje się pojęciem dużego zamówienia na gruncie zamówień podlegających dyrektywie – a więc zamówienia o wartości znacznie przewyższającej tzw. progi UE). Dużym zamówieniem w rozumieniu tego zapisu dyrektywy nie może być – co do zasady – zamówienie o wartości nieprzekraczającej progów unijnych. Dotychczasowe orzecznictwo KIO oparte na bliźniaczej regulacji ujętej w 96 ust. 1 pkt 11 dotychczasowej ustawy wskazywało, że przepis ten nie jest źródłem obowiązku zamawiającego polegającego na podziale zamówienia na części, ale jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek informacyjny (KIO 579/17, KIO 164/17). Istotne jest także to, że zgodnie z treścią motywu 78 dyrektywy instytucja zamawiająca powinna mieć zagwarantowaną swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu.

Przykład uzasadnienia niedokonania podziału dla robót budowlanych na jednym obiekcie:

Zamówienie nie zostało podzielone na części z następujących względów:

- 1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót funkcjonalnie ze sobą związanych. Rozdzielenie robót groziłoby niedającym się wyeliminować problemami organizacyjnymi związanymi z odpowiedzialnością za poszczególne elementy robót wykonywanych przez różnych wykonawców.*
- 2. Przy tego typu robotach (równoległe wykonywanie prac z różnych branż) nie ma możliwości jednoznacznego określenia zasad odpowiedzialności za jeden plac budowy (przekazany byłby równoległe wielu wykonawcom). Nie jest także możliwe rozgraniczenie odpowiedzialności wielu kierowników budowy.*

3. Przy tego typu robotach wykonywanych przez różnych wykonawców niemożliwe byłoby jednoznaczne określenie zasad odpowiedzialności OC (np. w razie jednoczesnego wykonywania robót przez wielu wykonawców utrudnione byłoby ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za szkody objęte polisą OC.

4. Przy tego typu robotach wykonywanych przez różnych wykonawców opóźnienie jednego z wykonawców wpłynęłoby negatywnie na terminowość wykonania innych elementów inwestycji – zależnych od terminowego wykonania prac przez innego wykonawcę.

5. Wykonawcy powieliliby koszty pośrednie prac, co wpływałoby na koszty inwestycji. W każdej z ofert częściowych wykonawca musiałby założyć odrębną wycenę użycia tego samego rodzaju sprzętu w sytuacji, w której składając jedną ofertę, użycie sprzętu wyceniłby jednokrotnie. W dokumentacji projektowej wskazane są rozwiązania wymagające użycia wielorodzajowego sprzętu budowlanego.

6. Każdy z wykonawców w cenę wliczyłby odrębne koszty polisy OC, co zwiększyłoby poziom wydatków zamawiającego.

7. Podział zamówienia powodowałby ryzyko, w którym unieważnienie jednej z części postępowania zagroziłoby terminowemu rozliczeniu projektu UE, bowiem nawet realizacja pozostałych dwóch części nie zapewniłaby osiągnięcia wskaźników projektu [2].

Reasumując, zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części ze względu na to, że podział taki groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi oraz nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia. Potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Niedokonanie podziału zamówienia podyktowane było zatem względami technicznymi, organizacyjnym oraz charakterem przedmiotu zamówienia. Zastosowany ewentualnie podział zamówienia na części nie zwiększyłby konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw – zakres zamówienia jest zakresem typowym, umożliwiającym złożenie oferty wykonawcom z grupy małych lub średnich przedsiębiorstw. Zgodnie z treścią motywu 78 dyrektywy, Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu.

Konflikt interesów

Nowy przepis art. 56 p.z.p., będący odpowiednikiem dotychczasowego art. 17 ustawy, wprowadza kilka zmian do sposobu zapewnienia zasady bezstronności. Ustawodawca określił zamknięty katalog osób objętych obowiązkiem badania pod kątem konfliktu interesów w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Do katalogu tego zaliczono:

- kierownika zamawiającego;
- członków komisji przetargowej;
- inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, po stronie zamawiającego lub mogące wpłynąć na wynik tego postępowania (wykonywanie czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania jest pojęciem szerszym od pojęcia wykonywania czynności w postępowaniu, którym postugiwała się dotychczasowa ustawa);
- osoby udzielające zamówienia.

W nowych przepisach określono także dwie grupy okoliczności definiowanych jako konflikt interesów. Pierwsza z nich to sytuacja, w której ww. osoby są związane z wykonawcą

[2] Dla zamówień dofinansowanych z budżetu UE.

np. pozostają z nim w określonym związku lub stosunku (małżeńskim, pokrewieństwa, powinowactwa, przysposobienia, opieki, kurateli, pozostają we wspólnym pożyciu) lub w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania. Druga grupa okoliczności dotyczy sytuacji, w której ww. osoby są prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia – o ile nie nastąpiło zatarcie skazania.

W związku z wyodrębnieniem dwóch grup konfliktu interesów, osoby do tego zobowiązane będą musiały składać dwa odrębne oświadczenia. Oświadczenie o okolicznościach wskazanych w art. 56 ust. 3 (skazanie za określone tam przestępstwa) składa się przed rozpoczęciem czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania. Oświadczenie o okolicznościach wskazanych w art. 56 ust. 2 składa się niezwłocznie po powzięciu wiadomości o ich istnieniu, a oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Warianty trybu podstawowego

Polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie nowej uproszczonej procedury dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne zastępującej przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony (tzw. tryb podstawowy). Oprócz trybu podstawowego w postępowaniach poniżej progów unijnych, zamawiający będzie mógł zastosować także tryby:

- partnerstwa innowacyjnego;
- negocjacji bez ogłoszenia;
- zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w ramach trybu podstawowego ma do wyboru trzy warianty postępowania:

1) wariant pierwszy – analogiczny do trybu przetargu nieograniczonego (art. 275 pkt 1 ustawy tj. tryb podstawowy bez negocjacji) – jeżeli specyfika przedmiotu zamówienia oraz potrzeby zamawiającego umożliwiają opisanie w wystarczająco precyzyjny sposób wszystkich warunków zamówienia na etapie wszczęcia postępowania, a zamawiający nie przewiduje możliwości negocjacji ofert;

2) wariant drugi – z możliwością negocjacji ofert w celu ich ulepszenia, o ile zamawiający przewidział taką możliwość na etapie wszczęcia postępowania (art. 275 pkt 2 ustawy – tj. tryb podstawowy z możliwością negocjacji), negocjacje treści ofert nie mogą jednak prowadzić do zmiany treści SWZ oraz dotyczyć wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

3) wariant trzeci – z obowiązkowymi negocjacjami ofert w celu ich ulepszenia (art. 275 pkt 3 ustawy – tj. tryb podstawowy z negocjacjami), negocjacje nie mogą jednak prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań oraz mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności.

W obu wariantach negocjacyjnych zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. Jeżeli zdecyduje się na takie rozwiązanie, to jest zobowiązany do wskazania, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio w SWZ albo OPW, kryteriów oceny ofert, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz do podania maksymalnej liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert.

W wariantcie drugim zamawiający może zaprosić, a w wariantcie trzecim – zaprasza jednocześnie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu. Jeżeli zamawiający nie skorzystał z uprawnienia określonego w art. 288 ust. 1 ustawy, zaproszenie do negocjacji kieruje do wszystkich wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone. Jeżeli natomiast zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2 ustawy, zaproszenie kieruje do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego. Jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1-6 ustawy, jest mniejsza niż 3 (tj. 2 lub 1), zamawiający:

- 1) w przypadku wariantu drugiego – kontynuuje postępowanie, a więc nie ma podstaw do unieważnienia postępowania;
- 2) w przypadku wariantu trzeciego – może kontynuować postępowanie, tj. zaprosić do negocjacji ofert tych wykonawców, albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 2 ustawy.

Podczas negocjacji zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców. Zamawiający nie może udzielać informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. W wariantcie drugim zamawiający udostępnia konkurentom złożone oferty wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu tych ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia ich otwarcia. W przypadku wariantu trzeciego zamawiający udostępnia treść ofert wraz z załącznikami dopiero od dnia otwarcia ofert ostatecznych. Żadna ze stron nie może, bez zgody drugiej strony, ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem.

W wariantcie trzecim zamawiający prowadzi negocjacje treści ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu do czasu doprecyzowania lub uzupełnienia wszystkich warunków zamówienia podlegających negocjacji. Po zakończeniu negocjacji, zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. SWZ nie może zawierać postanowień, które prowadzą do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań oraz do zmiany istotnych elementów treści ogłoszenia o zamówieniu. W wariantcie drugim zakończenie negocjacji nie prowadzi do zmiany SWZ. W obu wariantach zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy pozostali w postępowaniu, o zakończeniu negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert ostatecznych. W wariantcie drugim zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej:

- 1) nazwę i adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
- 2) sposób i termin składania ofert ostatecznych, język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

W wariantcie trzecim zaproszenie do składania ofert ostatecznych zawiera co najmniej:

- 1) nazwę i adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
- 2) adres strony internetowej, na której jest dostępna SWZ oraz jej ewentualne zmiany i wyjaśnienia, a także inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
- 3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, które należy załączyć do oferty ostatecznej, jeżeli zamawiający przewiduje wymóg składania wybranych lub wszystkich środków dowodowych na etapie składania ofert ostatecznych;
- 4) wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, jeżeli nie zostały one określone w opisie potrzeb i wymagań na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia;

5) sposób i termin składania ofert ostatecznych, język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia ofert ostatecznych.

SWZ opracowana na podstawie negocjacji w wariantcie trzecim zawiera informacje, o których mowa w art. 281 ust. 1 i 2 ustawy. Do wyjaśnień i zmian treści SWZ stosuje się odpowiednio przepisy art. 284, art. 285, art. 286 ust. 1, 3 i 5-8 oraz art. 287 ustawy.

Zamawiający wyznacza termin na złożenie ofert ostatecznych z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych, a w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych.

Formy dokumentów w postępowaniu

Oferta

W postępowaniu ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz oświadczenie wstępne składa się (w postępowaniach powyżej progów UE) lub można złożyć (w postępowaniach poniżej progów UE), pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Zgodnie z art. 781 KC do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Analizując treść ww. przepisów Kodeksu cywilnego, należy zauważyć, że dla formy elektronicznej wymagane są dwie przesłanki:

- postać elektroniczna oświadczenia woli,
- opatrzenie tego oświadczenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Złożenie oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej polega na tym, że oświadczenie jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego (komputera) nadawcy i przekazane przez Internet, za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych na odległość, trafia ono do operatora usług telekomunikacyjnych (serwera dostawcy usług internetowych) i od razu jest dostępne dla adresata oświadczenia. Postać elektroniczna oświadczenia woli przekazywana jest w formie binarnych zapisów które są odczytywane /interpretowane/ i wyświetlane za pośrednictwem odpowiednich urządzeń. Dla zagwarantowania formy elektronicznej oświadczenia woli, jego postać elektroniczna w postaci zapisu binarnego (z wykorzystaniem odpowiedniego formatu zapisu potocznie nazywanego plikiem) przekazanego środkiem komunikacji elektronicznej musi zostać opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kwalifikowany podpis elektroniczny oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego (art. 3 pkt 12 rozporządzenia eIDAS). Zgodnie z art. 3 pkt 11 rozporządzenia eIDAS, zaawansowany podpis elektroniczny oznacza podpis elektroniczny, który spełnia wymogi określone w art. 26 tego rozporządzenia. Natomiast podpis elektroniczny oznacza dane w postaci elektronicznej, które są dołączone lub logicznie powiązane z innymi danymi w postaci elektronicznej i które użyte są przez podpisującego jako podpis (art. 3 pkt 10 rozporządzenia eIDAS). Wymogi dla kwalifikowanych urządzeń do składania podpisu elektronicznego, certyfikacja kwalifikowanych urządzeń do składania tego podpisu i publikacja listy certyfikowanych kwalifikowanych urządzeń do jego składania są regulowane w art. 29-31 rozporządzenia eIDAS. Wykonawca chcący złożyć oświadczenie woli w formie elektronicznej korzysta z odpowiednich rozwiązań technicznych dostarczanych za pośrednictwem tzw. dostawców usług zaufanych. Wykorzystanie narzędzi dostarczonych przez te podmioty zapewnia domniemanie, że podpis elektroniczny złożony na oświadczeniu woli spełnia wymagania kwalifikowanego podpisu elektronicznego wg wymogów rozporządzenia eIDAS. Gdy Zamawiający otrzymuje dokument, dla którego ustawa wymaga pod rygorem nieważności formy elektronicznej, zobowiązany jest zweryfikować, czy została ona zachowana.

Czynność weryfikacji prawidłowości złożenia podpisu elektronicznego nazywana jest walidacją. Ma ona na celu weryfikację tego, czy podpis spełnia wymagania rozporządzenia eIDAS. Walidacja odbywa się – podobnie jak złożenie podpisu – za pośrednictwem narzędzi dostarczanych przez dostawców usług zaufanych. Mają oni obowiązek udostępniać nieodpłatnie narzędzia (aplikacje) do walidacji podpisów. Wykorzystanie takiego narzędzia przez zamawiającego daje mu pewność prawidłowego walidowania podpisu elektronicznego. Potwierdzeniem tej czynności może być raport walidacji generowany przez wykorzystane oprogramowanie. W postępowaniach o wartości równej lub niższej progom unijnym wykonawca może złożyć ofertę dodatkowo w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym. Różnica pomiędzy formą elektroniczną a postacią elektroniczną opatrzoną podpisem zaufanym dotyczy sposobu podpisania postaci elektronicznej oświadczenia woli. W przypadku formy elektronicznej odbywa się to za pośrednictwem kwalifikowanego podpisu elektronicznego, zaś w przypadku opisywanego w tym punkcie rozwiązania, postać elektroniczna oświadczenia woli jest opatrywana podpisem zaufanym. Zgodnie z art. 3 pkt 14a ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 346) podpis zaufany to podpis elektroniczny, którego autentyczność i integralność są zapewniane przy użyciu pieczęci elektronicznej ministra właściwego do spraw informatyzacji, zawierający:

- a) dane identyfikujące osobę, ustalone na podstawie środka identyfikacji elektronicznej wydanego w systemie, o którym mowa w art. 20aa pkt 1, obejmujące:
 - imię (imiona),
 - nazwisko,
 - numer PESEL,
- b) identyfikator środka identyfikacji elektronicznej, przy użyciu którego został złożony,
- c) czas jego złożenia.

Podpis zaufany nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jest formą, która jest dopuszczalna w postępowaniach tzw. krajowych, a korzystanie z niego możliwe jest jedynie z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego pozwalającego na użycie pieczęci elektronicznej ministra właściwego do spraw informatyzacji.

W postępowaniach o wartości równej lub niższej progom unijnym wykonawca może złożyć ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem osobistym. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych (Dz. U. z 2020 r. poz. 332) podpis osobisty to zaawansowany podpis elektroniczny w rozumieniu art. 3 pkt 11 rozporządzenia eIDAS, weryfikowany za pomocą certyfikatu podpisu osobistego. Zgodnie z art. 10a powołanej ustawy dowód osobisty posiada warstwę graficzną i warstwę elektroniczną. Wiarygodność danych zawartych w warstwie graficznej dowodu osobistego można potwierdzić przez porównanie tych danych z danymi zawartymi w warstwie elektronicznej. Dowód osobisty umożliwia jego posiadaczowi między innymi składanie podpisu osobistego. Zgodnie z art. 12a ust. 3 ustawy certyfikat podpisu osobistego zamieszcza się w warstwie elektronicznej dowodu osobistego osoby, która posiada pełną zdolność do czynności prawnych i przy składaniu wniosku o wydanie dowodu osobistego wyraziła zgodę na zamieszczenie tego certyfikatu. Tak więc wykonawcy chcący korzystać z możliwości wykorzystania podpisu osobistego muszą wyrazić zgodę na włączenie do warstwy elektronicznej dowodu certyfikatu tego podpisu.

Co do zasady, data końca okresu ważności certyfikatu podpisu osobistego, certyfikatu identyfikacji i uwierzytelnienia oraz certyfikatu potwierdzenia obecności jest tożsama z datą ważności dowodu osobistego.

Podmiotowe środki dowodowe

Podmiotowe środki dowodowe przekazuje się wg następujących zasad:

- a) w przypadku, gdy zostały wystawione jako dokument elektroniczny przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia,

podmiot udostępniający zasoby przekazuje się ten dokument elektroniczny bez konieczności jego podpisywania przez wykonawcę (np. elektroniczne zaświadczenie US);

b) w przypadku, gdy zostały wystawione jako dokument w postaci papierowej przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań krajowych – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej (np. skan referencji wystawionych w formie pisemnej). Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej może dokonać również notariusz. Przez cyfrowe odwzorowanie należy rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału.

c) w przypadku, gdy nie zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby przekazuje się je w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań krajowych – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (np. wykaz robót wykonawcy).

d) w przypadku, gdy nie zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby a sporządzono je jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań krajowych – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej (np. zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wystawione w formie pisemnej).

Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej może dokonać również notariusz. Przez cyfrowe odwzorowanie należy rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału.

W przypadku przekazywania dokumentu elektronicznego (podmiotowego środka dowodowego) w formacie poddającym dane kompresji, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań krajowych – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Wadium

Ustawa wymaga, aby wadium wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia wykonawca przekazywał zamawiającemu w oryginale, w postaci elektronicznej (postać elektroniczna oświadczenia woli przekazywana jest w formie binarnych zapisów, które są odczytywane

/interpretowane/ i wyświetlane za pośrednictwem odpowiednich urzędów). W naszej ocenie, zapis ten będzie budził spore kontrowersje w praktyce. Zgodnie z przepisami art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy, przesłanką odrzucenia oferty jest nie tylko sytuacja, w której wykonawca nie wniósł wadium, lecz także sytuacja, w której wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Przy czym nie jest jasne jak należy interpretować sytuację wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy. W naszej ocenie nieuzasadnione wydaje się twierdzenie o nieprawidłowym wniesieniu wadium, jeżeli pełni ono swoje wszystkie ustawowe funkcje i zabezpiecza interes zamawiającego w sposób określony w ustawie. Należy zauważyć, że wadium, które zostanie wniesione tradycyjnie w postaci oryginału opatrzonego własnoręcznym podpisem, gwarantuje zachowanie wszystkich ustawowych wymogów dotyczących tej instytucji – z wyjątkiem formy jego wniesienia, która przecież nie jest zastrzeżona pod rygorem nieważności. Niejasne granice zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 14 w szczególności stosowanie tego przepisu w sytuacji wniesienia wadium w formie pisemnej będą przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Na gruncie dotychczasowej ustawy, KIO przyjęło dosyć trwałą linię orzeczniczą (wg nas jak najbardziej prawidłową) wskazującą, że w przypadku wadium najistotniejsze znaczenia ma spełnianie jego celu, nie zaś sposób zakomunikowania zamawiającemu faktu jego ustanowienia. Jeżeli oferta została zabezpieczona w jednej z form przewidzianych przepisami ustawy, a sam zamawiający, na podstawie posiadanego dokumentu, był uprawniony do żądania od gwaranta kwoty z niej wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę skorzystania z tego zabezpieczenia – wadium jest prawidłowe. Zdaniem KIO odrzucić należy formalistyczny pogląd o wyższości kwestii technicznych, tj. sposobu przekazania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium nad istotą tej instytucji, jaką jest – najogólniej rzecz ujmując – zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą. W ocenie KIO opisany w dotychczasowym art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p. analogicznie jak w obecnym art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy przypadek „nieprawidłowego wniesienia wadium” należy identyfikować, przykładowo, z sytuacjami, w których treść dokumentów potwierdzających wniesienie wadium nie obejmuje wszystkich przypadków jego zatrzymania, a nie zaś z nieprawidłową formą jego wniesienia (por. Wyrok KIO z 14 marca 2019 r. KIO 338/19). Zwrot wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej lub poręczenia następuje poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Potrącanie kar umownych w okresie pandemii

Zgodnie z art. 15r1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19 i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Należy podkreślić, że przepis ten nie wygasza roszczeń zamawiającego, a jedynie przesuwają termin, w którym zamawiający może z nich korzystać. Ma to na celu uniemożliwienie zaspokojenia roszczeń zamawiającego w okresie pandemii, który jest okresem szczególnej ochrony wykonawców (ich płynności finansowej). W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, bieg terminu przedawnienia roszczenia zamawiającego z ww. tytułów nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu. Upływ terminu przedawnienia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 120 dni od dnia odwołania tego ze stanów, który obowiązywał jako ostatni.

Przykład:

- Założenie nr 1: stan zagrożenia epidemiologicznego trwa do 31.12.2021 r.
- Założenie nr 2: wykonawca powinien wykonać zamówienie do 30.10.2021 r.
- Założenie nr 3: nie żądano zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w umowie przewidziano potrącenie kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy
- Założenie nr 4: wykonawca opóźnia się i wykonuje zamówienie w dniu 10.11.2021 r.
- Założenie nr 5: zamawiający nalicza karę umowną z tytułu nieterminowego wykonania w dniu 12.11.2021 r.

Zamawiający nie może potrącić kary z wynagrodzenia wykonawcy do 90 dnia po 31.12.2021 r. Jeżeli zamawiający dokonał odbioru przedmiotu zamówienia i na tej podstawie wykonawca wystawił fakturę z terminem płatności przypadającym przed 90 dniem przypadającym po 31.12.2021 r., zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych powinien fakturę zapłacić w całości terminie umownym, aby nie naruszyć przepisów art. 44 ust. 3 pkt 43 ustawy o finansach publicznych. Tym samym nie jest w stanie fizycznie zrealizować potrącenia kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy. Zachowuje natomiast roszczenie o zapłatę kary umownej, które może realizować na drodze sądowej. Roszczenie to przedawnia się z upływem terminów przedawnienia wynikających z kodeksu cywilnego z uwzględnieniem ich zawieszenia na podstawie art. 15r1 ustawy o COVID-19.

Szczególne regulacje w tym zakresie wprowadzono dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W przypadku gdy termin jego ważności upływa w okresie do 90 dni po odwołaniu stanu, który obowiązywał jako ostatni zamawiający nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o ile wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia, każdorazowo przedłuży jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez zamawiającego. W przypadku, gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie między 91. a 119. dniem po odwołaniu stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, termin ważności tego zabezpieczenia przedłuża się, z mocy prawa, do 120. dnia po dniu odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19.

Przykład:

- Założenie nr 1: stan zagrożenia epidemiologicznego trwa do 31.12.2021 r.
- Założenie nr 2: wykonawca powinien wykonać zamówienie do 30.10.2021 r.
- Założenie nr 3: gwarancja należytego wykonania zamówienia jest ważna do dnia 30.11.2021 r.
- Założenie nr 4: wykonawca opóźnia się i wykonuje zamówienie w dniu 10.11.2021 r.
- Założenie nr 5: zamawiający nalicza karę umowną z tytułu nieterminowego wykonania w dniu 12.11.2021 r.

Zamawiający nie może zrealizować roszczenia z gwarancji do dnia 16.11.2021 r. Jeżeli wykonawca **przedłuży** najpóźniej w dniu 16.11.2021 r. (najpóźniej 14 dni przed upływem jej ważności) gwarancję zabezpieczenia należytego wykonania umowy do dnia 31.12.2021 plus 90 dni (może to czynić sukcesywnie) – wówczas możliwość zaspokojenia roszczenia z zabezpieczenia pojawi się dopiero po upływie 90 dni po zakończeniu stanu zagrożenia epidemiologicznego. W takiej sytuacji ważność zabezpieczenia z mocy prawa wydłuży się o dodatkowe 30 dni na to, aby zamawiający mógł w okresie przedłużonej ważności dokumenty gwarancyjnego wysunąć roszczenie do gwaranta. Jeżeli wykonawca **nie przedłuży** najpóźniej w dniu 16.11.2021 r. zabezpieczenia – wówczas zamawiający może zaspokoić roszczenia z zabezpieczenia w okresie jego ważności tj. do 30.11.2021 r.

Podsumowując powyższe rozważania w nowym p.z.p. wprowadzonych zostało wiele rozwiązań, które bezpośrednio wpływają na pozycję wykonawców i które oddziałują mocno na relacje pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami w czasie prowadzenia postępowania i późniejszej realizacji zamówienia. Oprócz opisanych powyżej zmian, nowe p.z.p. wprowadza także inne ważne z punktu widzenia wykonawców zmiany, w tym:

- ograniczenie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, a tym samym mniejszy zakres obowiązkowego badania i elastyczniejsza ocena uwzględniająca zasadę proporcjonalności (art. 108 i 109);
- ułatwienie procesu dokonywania merytorycznej oceny ofert przy pomocy dokumentów przedmiotowych, które będą składane wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców (art. 107);
- brak obowiązku żądania w trybie zamówienia z wolnej ręki oświadczenia wykonawcy dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia (art. 217 ust. 3, art. 306 ust. 2);
- brak obowiązku żądania wadium nawet przy zamówieniach powyżej progów unijnych, obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium w terminie max. 7 dni (art. 97, art. 98);
- obniżenie maksymalnej wysokości wadium w zamówieniach krajowych do 1,5% wartości zamówienia (art. 281 ust. 4, art. 299 ust. 3);
- brak wymogu podpisywania ofert wyłącznie podpisem kwalifikowanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne (art. 63 ust. 2);
- wprowadzenie w art. 433 katalogu klauzul abuzywnych – zakazane w umowach będzie m.in. naliczanie kar umownych za działania, za które nie ponosi odpowiedzialności wykonawca, czy dowolne ograniczanie przez zamawiającego zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- określenie w art. 436 i 437 obowiązkowych postanowień umownych – zamawiający będzie musiał przewidzieć m.in.: precyzyjne warunki zapłaty wynagrodzenia, łączną maksymalną wysokość kar umownych czy wskazanie terminu zakończenia umowy (poprzez odwołanie do dni, tygodni, miesięcy czy lat);
- ustawa wprowadza obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Obowiązek waloryzacji – zarówno w „górze”, jak i w „dół”;
- wprowadzenie w art. 443 obowiązku stosowania zaliczek lub częściowych płatności w umowach powyżej 12 miesięcy. Wykorzystanie instytucji zaliczek i częściowych płatności może przyczynić się do znacznego zwiększenia konkurencyjności;
- koncentracja ogłoszeń dotyczących zamówień w jednym miejscu. Ogłoszenia mają być publikowane w oficjalnym publikatorze, tj. w Biuletynie Zamówień Publicznych – dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne albo Dzienniku Urzędowym UE dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Plany zamówień publicznych będą dostępne w jednym publikatorze – Biuletynie Zamówień Publicznych i będą aktualizowane;
- pełna możliwość wnoszenia odwołań w przypadku postępowań poniżej progów unijnych;
- obniżenie opłaty od skargi na orzeczenie KIO i ujednoczenie orzecznictwa sądowego poprzez wskazanie Sądu Okręgowego w Warszawie jako sądu zamówień publicznych właściwego do rozpoznawania wszystkich skarg odwoławczych na orzeczenie KIO;
- wydłużenie terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO z 7 do 14 dni;
- wprowadzenie mechanizmu mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu (art. 591-595) – tzn. ugodowego rozwiązywania największych sporów między wykonawcą a zamawiającym na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podsumowanie

Wprowadzenie nowych przepisów o zamówieniach publicznych było konsekwencją negatywnej oceny dotychczasowego sposobu funkcjonowania rynku zamówień publicznych. Ustawodawca uznał, że przyczyniały się do tego skomplikowane procedury i bardzo sformalizowane podejście do całego procesu zamówień, a także nieproporcjonalnie rozłożone ryzyka kontraktowe. Zauważono także brak wystarczającej kontroli nad wykonywaniem umów będących skutkiem udzielania zamówień publicznych. Rezultatem był spadek zainteresowania zamówieniami publicznymi, zmniejszenie konkurencyjności, obniżenie jakości dostarczanych towarów i usług. W roku 2020 w ok. 50% przetargów złożono tylko jedną ofertę. Odpowiedzią na zdiagnozowane problemy rynku zamówień publicznych było wprowadzenie szeregu nowych rozwiązań, które wymagają profesjonalizacji kadr zamówień publicznych, także poprzez wsparcie zewnętrzne.

Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Regulskiego jest od wielu lat zaangażowana w podnoszenie poziomu wiedzy i kompetencji pracowników jednostek samorządowych w obszarze zamówień publicznych, w tym zrównoważonych zamówień publicznych. Diagnozujemy dla Państwa obszary, w których pojawiają się problemy dotyczące stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i we współpracy z najlepszymi trenerami ds. zamówień publicznych w kraju staramy się wspierać Państwa w trudnym procesie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zapraszamy Państwa do zgłaszania potrzeb szkoleniowych, co pozwoli nam na podjęcie odpowiedniej reakcji (przygotowania propozycji szkoleniowych) i jednocześnie zapraszamy Państwa na nasze szkolenia z zakresu Prawa zamówień publicznych!

O Autorze:

Krzysztof Puchacz – prawnik, wykładowca, były pracownik organu kontroli państwowej, akredytowany ekspert ©KFE, autor kilkudziesięciu publikacji książkowych dotyczących zamówień publicznych i finansów publicznych.

Opinie wyrażone w powyższym tekście mają charakter autorski i nie należy ich traktować jako stanowiska Fundacji Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Regulskiego.

.....

Warszawa, marzec 2021

Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Regulskiego
ul. Żurawia 43, 00-680 Warszawa
www.frdl.org.pl