

TYTUŁEM WSTĘPU

Szanowni Państwo,

Mamy przyjemność przekazać Państwu podsumowanie zmian, jakie zostały wprowadzone do systemu zamówień publicznych na przełomie 2009 i 2010 r. W opracowaniu staraliśmy się zwrócić uwagę na najistotniejsze instytucje, które zdążyły już wzbudzić wątpliwości w Państwa praktyce, jak i też te, które w naszej ocenie w istotny sposób będą kształtować pozycje obu stron procesu udzielania zamówień publicznych. Do takiego stanu rzeczy przyczynił się w równym stopniu zakres zmian, jak też różne terminy przyjęte przez Ustawodawcę dla wejścia w życie ustaw nowelizujących przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz zmiany wprowadzone aktami wykonawczymi. Zróżnicowanie tych ostatnich rodzi niepewność co do stanu prawnego, który powinien zostać wzięty pod uwagę przy projektowaniu nowych postępowań lub ocenie szans uzyskania zamówienia w toczących się postępowaniach. Świadczą o tym liczne pytania kierowane do Kancelarii oraz doświadczenia zdobyte przez nas w pierwszych dniach obowiązywania nowel zarówno w odniesieniu do postępowań będących już w toku jak też dopiero wszczynanych pod rządami nowego prawa. Mamy nadzieję, że podsumowanie okaże się przydatne w Państwa praktyce i ułatwi podjęcie właściwych decyzji.

W podsumowaniu staraliśmy się w równym stopniu uwzględnić zmiany istotne zarówno z punktu widzenia Zamawiających jak też Wykonawców, skupiając się na najważniejszych skutkach przyjętych rozwiązań dla funkcjonowania rynku zamówień publicznych. W kolejnych częściach omówiono akty regulujące nowe progi stosowania przepisów ustawy, tzw. „małą” i „dużą” nowelizację, starając się zasygnalizować też zmiany w aktach wykonawczych, które zostały wymuszone przez nowe. W podsumowaniu komentarza dla każdego z aktów wskazano też termin wejścia w życie przyjętych zmian. Tu bowiem nie mamy do czynienia z jednolitym rozwiązaniem. Co więcej, część przepisów będzie miała zastosowanie do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie nowel jak również (sic!) zawartych już umów o udzielenie zamówienia. Pominęliśmy natomiast zmiany wprowadzone:

- ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych ([Dz. U. Nr 157, poz. 1241](#)),
- ustawą z dnia 19 listopada 2009 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją wydatków budżetowych ([Dz. U. Nr 219, poz. 1706](#)).

Fakt ten jedynie sygnalizujemy, gdyż w naszej ocenie nie będą miały większego znaczenia w Państwa praktyce.

Staraliśmy się odnieść się i zasygnalizować kwestie najważniejsze, niemniej zalecamy także zapoznanie się bezpośrednio z tekstami aktów normatywnych regulujących poruszone w podsumowaniu zagadnienia. Chcąc ułatwić dotarcie do nich, w tekście zamieściliśmy adresy stron serwisu Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (www.cokprm.gov.pl), które jest odpowiedzialne za publikację i rozpowszechnianie Dziennika Ustaw.

Mamy nadzieję, że podsumowanie ułatwi Państwu oswojenie się z nową rzeczywistością. Liczymy też na Państwa komentarze i opinie w sprawie nowel i

niniejszego podsumowania. Jeśli zaś będą Państwo zainteresowani bliższymi szczegółami omówionych zagadnień, prosimy o kontakt z biurem Kancelarii na adres e-mail: buiro@kancelariasiedlecki.eu.

Życząc sukcesów, pozostaję z poważaniem,

Tomasz Siedlecki
z Zespołem Kancelarii

NOWE „PROGI” I KURS EURO W ZAMÓWIENIACH

W dniu 1 stycznia 2010 r. weszły w życie przepisy:

- rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych ([Dz. U. Nr 224, poz. 1796](#)),
- rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ([Dz. U. Nr 224, poz. 1795](#)).

Poniżej przedstawimy zestawienie prezentujące dotychczasowe i aktualne „progi” obowiązujące w zamówieniach publicznych, uwzględniające zmianę kursu euro w stosunku do złotego.

		Sektor "rządowy"	
		dostawy i usługi	roboty budowlane
procedura "krajowa"	WARTOŚĆ W EURO	14 000 EURO	14 000 EURO
	do 31.12.2009	54 279,4 zł	54 279,4 zł
	od 1.1.2010	53 746 zł	53 746 zł
procedura "UE"	WARTOŚĆ W EURO	133 000 EURO	5 150 000 EURO
	do 31.12.2009	515 654,3 zł	19 967 065 zł
	WARTOŚĆ W EURO	125 000 EURO	4 845 000 EURO
	od 1.1.2010	479 875 zł	18 599 955 zł
procedura "zastrzona"	WARTOŚĆ W EURO	10 000 000 EURO	20 000 000 EURO
	do 31.12.2009	38 771 000 zł	77 542 000 zł
	od 1.1.2010	38 390 000 zł	76 780 000 zł

		Sektor samorządowy	
		dostawy i usługi	roboty budowlane
procedura "krajowa"	WARTOŚĆ W EURO	14 000 EURO	14 000 EURO
	do 31.12.2009	54 279,4 zł	54 279,4 zł
	od 1.1.2010	53 746 zł	53 746 zł
procedura "UE"	WARTOŚĆ W EURO	206 000 EURO	5 150 000 EURO
	do 31.12.2009	798 682,6 zł	19 967 065 zł
	WARTOŚĆ W EURO	193 000 EURO	4 845 000 EURO
	od 1.1.2010	740 927 zł	18 599 955 zł
procedura "zastrzona"	WARTOŚĆ W EURO	10 000 000 EURO	20 000 000 EURO
	do 31.12.2009	38 771 000 zł	77 542 000 zł
	od 1.1.2010	38 390 000 zł	76 780 000 zł

		Zamówienia sektorowe	
		dostawy i usługi	roboty budowlane
procedura "krajowa"	WARTOŚĆ W EURO	-	-
	do 31.12.2009	-	-
	od 1.1.2010	-	-
procedura "UE"	WARTOŚĆ W EURO	412 000 EURO	5 150 000 EURO
	do 31.12.2009	1 597 365,2 zł	19 967 065 zł
	WARTOŚĆ W EURO	387 000 EURO	4 845 000 EURO
	od 1.1.2010	1 485 693 zł	18 599 955 zł
procedura "zastrzona"	WARTOŚĆ W EURO	10 000 000 EURO	20 000 000 EURO
	do 31.12.2009	38 771 000 zł	77 542 000 zł
	od 1.1.2010	38 390 000 zł	76 780 000 zł

Legenda:

- W wierszach oznaczonych „do 31.12.2009” lub wyróżnionych tłem wskazano wartość w euro i złotych dotychczas obowiązujących progów. W przypadku, gdy wartość progu nie uległa zmianie wskazano wyłącznie różnice wynikające ze zmiany kursu euro w stosunku do złotego.
- Pogrubioną czcionką wyróżniono wartości odnoszące się do konkursów.

Przyjęte przez Ustawodawcę wartości skutkują rozszerzeniem zakresu stosowania przepisów ustawy a także obniżeniem wartości zamówień, dla których zastosowanie znajdzie reżim właściwy procedurom przewidzianym w dyrektywach UE, regulujących problematykę udzielania zamówień publicznych.

Przepisy rozporządzeń znajdują zastosowanie do postępowań wszczętych od 1 stycznia 2010 r. Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed tym dniem zastosowanie znajdą przepisy dotychczasowe.

„MAŁA” NOWELA

W dniu 5 listopada 2009 r. Sejm uchwalił **ustawę o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591)**. Przyjęte rozwiązania miały stanowić w głównej mierze odpowiedź na sytuację gospodarczą w Polsce i na świecie i prowadzić do liberalizacji zasad udzielania zamówień, wychodząc naprzeciw interesom samych Wykonawców. Prócz tego, przyjęto też szereg rozwiązań, które z założenia mają też przyspieszyć toczące się postępowania o udzielenie zamówienia lub usunąć wątpliwości interpretacyjne powstałe w toku stosowania dotychczas obowiązujących przepisów ustawy.

Wśród ważniejszych zmian wprowadzonych tzw. „małą” nowela warto wskazać na:

- **Oddzielenie warunków udziału w postępowaniu od przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania**

Zgodnie z nowelą „blankietowy” zakres, w ramach którego Zamawiający może tworzyć warunki udziału, został ograniczony do zagadnień, które odnoszą się do:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odrębnie zaś uregulowano kwestię przesłanek skutkujących wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu. W tym zakresie zmiana ma charakter wyłącznie porządkujący i stanowi odpowiedź na postulaty zgłaszane w literaturze, a w myśl których „blankietowy charakter” i związana z tym możliwość tworzenia warunków udziału w postępowaniu była w istocie ograniczona i nie dotyczyła przesłanek uzasadniających wykluczenie Wykonawcy z postępowania. Należy jednak pamiętać, że prócz redakcji, zmianie uległy też uprawnienia i obowiązki Zamawiającego w zakresie kształtowania treści warunków udziału w postępowaniu i wykluczenia Wykonawców z postępowania, o czym niżej.

- **Możliwość ograniczenia możliwości ubiegania się o zamówienie wyłącznie do Wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne**

Zamawiający może ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wyłącznie do Wykonawców zatrudniających ponad 50% osób niepełnosprawnych. Możliwość zawężenia kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie wyłączanie do firm spełniających powyższy warunek nie jest przy tym uzależniona od spełniania dodatkowych przesłanek czy też okoliczności, nie jest też ograniczona do wybranego rodzaju zamówień czy też trybu, w jakim będzie prowadzone postępowanie. Powyższe jest pozostawione uznaniu samego Zamawiającego. Wprowadzenie zaś tego przepisu i jego zastosowanie w praktyce prowadzić będzie do uprzywilejowania Wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne w ubieganiu się o zamówienia

publiczne, ograniczając krąg potencjalnych zainteresowanych wyłącznie do grona podmiotów spełniających przyjęte w tym przepisie kryterium.

- **Obowiązek ujawnienia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków oraz sporządzania takiego opisu adekwatnie do przedmiotu zamówienia oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia**

Zamawiający ma obowiązek sporządzić opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i ujawnić go już w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia, w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający musi też zwracać szczególną uwagę, aby postawione warunki udziału w postępowaniu odpowiadały specyfice przedmiotu a także nie były formułowane w sposób nadmierny, utrudniający uczciwą konkurencję. Przewidziane rozwiązania należy uznać przede wszystkim za porządkujące i potwierdzające praktykę ukształtowaną w orzecznictwie Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej na gruncie art. 7 ustawy.

- **Rozszerzenie katalogu przestępstw, których popełnienie skutkuje obligatoryjnym wykluczeniem z postępowania**

Novum wprowadzonym nowelą jest obowiązek wykluczenia Wykonawców, którzy popełnili przestępstwo przeciwko środowisku. Powyższe odnosi się zarówno do osób prawnych, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za takie przestępstwo, jak też osób fizycznych, wspólników spółki jawnej, partnerów lub członków zarządu w spółce partnerskiej oraz komplementariuszy w spółkach komandytowych lub komandytowo akcyjnych. Zmiana w konsekwencji prowadzi do poszerzenia katalogu przestępstw, skutkujących obligatoryjnym wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o przestępstwo przeciwko środowisku, tj. przestępstwa uregulowane w art. 181- 188 Kodeksu Karnego.

Zmiana ta będzie miała zasadnicze znaczenie dla możliwości posługiwania się i oceny zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego (lub właściwych rejestrów prowadzonych w innych państwach dla osób posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza Rzeczpospolitą) wydanych przed terminem wejścia w życie noweli. Nie zawsze bowiem będą mogły zostać uznane za potwierdzające brak przesłanek uzasadniających wykluczenie danego Wykonawcy z postępowania. Problem ten dotyczy także Wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej, jeśli dokumentem właściwym dla potwierdzenia braku przesłanek uzasadniających wykluczenie jest oświadczenie złożone np. przed notariuszem.

- **Zmiana przesłanki uzasadniającej wykluczenie w przypadku podania przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji**

Obowiązek wykluczenia wykonawców w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji został rozszerzony na sytuacje, kiedy informacje takie nie tylko miały wpływ na wynik postępowania ale też mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nie będzie zatem konieczne badanie i wykazanie bezpośredniego związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy faktem złożenia nieprawdziwych informacji a wynikiem w

konkretnym już postępowaniu, ale samo uprawdopodobnienie, że potencjalnie informacje, które zostały podane przez Wykonawcę i okazały się nieprawdziwe, mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

- **Wskazanie terminu, na który Wykonawcy są zobowiązani wykazać, że spełniają przyjęte przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu**

Nowela w sposób jednoznaczny określa termin, na jaki Wykonawcy powinni wykazać się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek do wykluczenia z postępowania. Termin ten, w zależności od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie, upływa w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert.

- **Możliwość legitymowania się przez Wykonawcę wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub zdolnościami finansowymi innych podmiotów**

Nowym rozwiązaniem jest możliwość legitymowania się przez Wykonawcę, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościami finansowymi, innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków. W takim wypadku Wykonawca będzie jednak musiał udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W kontekście przyjętego rozwiązania należy mieć na uwadze, że prócz nowego dokumentu, który Zamawiający będzie badał w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, posłużenie się przez Wykonawcę doświadczeniem czy też personelem osób trzecich będzie miało wpływ też na treść złożonej oferty. Uprzedzając, w praktyce ocena oferty Wykonawcy, który będzie posiłkował się doświadczeniem innego podmiotu, będzie rodziła wątpliwości co do adekwatności wykazanego obszaru podwykonawstwa. Konsekwencje zaś tego rodzaju wątpliwości może w efekcie przenieść się na etap badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

- **Liberalizacja w wykazywaniu się spełnieniem warunku odnoszącym się do sytuacji ekonomicznej i finansowej**

W uzasadnionych przypadkach Wykonawcy będą uprawnieni wykazać się spełnieniem postawionego przez Zamawiającego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, innymi niż wymagane przez Zamawiającego dokumentami. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że w takim wypadku na Wykonawcy też spoczywać będzie obowiązek wskazania przyczyn, dla których nie może legitymować się dokumentami oczekiwanymi przez Zamawiającego.

- **Nowe reguły wyjaśnienia treści SIWZ – skrócenie terminu na zadawanie pytań**

Dotychczas obowiązujące przepisy pozwalały Wykonawcom zadawać pytania dotyczące postanowień SIWZ, na które Zamawiający był obowiązany odpowiedzieć niezwłocznie, nie później niż na 6 lub 4 dni przed upływem terminu składania ofert, w zależności od trybu i reżimu, w jakim toczyło się postępowanie. Po nowelizacji termin, w jakim Wykonawcy mogą skutecznie wystąpić do Zamawiającego z zapytaniem ulega znacznemu skróceniu. Wniosek Wykonawcy o wyjaśnienie treści SIWZ musi bowiem wpłynąć do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Na przedstawione w tym terminie pytania Zamawiający będzie zobowiązany odpowiedzieć:

- 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert;
- 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert – w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wartości „progowe”.

Pytania, które zostaną złożone po terminie lub będą dotyczyły treści udzielonych odpowiedzi, będą mogły zostać pozostawione przez Zamawiającego bez rozpatrzenia.

Przyjęte rozwiązanie, jakkolwiek niewątpliwie ma szansę przyspieszyć prowadzone postępowania, nie usuwa ryzyka, jakie spoczywać będzie na Wykonawcach przy kalkulacji przygotowywanych ofert oraz na etapie wykonania zamówienia. Należy mieć na uwadze, że pytania ze strony Wykonawców niejednokrotnie pozwolą Zamawiającym usunąć ewentualne nieścisłości w dokumentacji postępowania dzięki czemu uzyskiwano pewność co do zasad, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne. Skrócenie terminu na zadawanie pytań w istocie może zatem obrócić się przeciwko samym Zamawiającym. Nabiera to szczególnego znaczenia przy postępowaniach, których przedmiotem są roboty budowlane, gdzie przedmiot analizy Wykonawców obejmuje dokumentację projektową liczącą niejednokrotnie wiele tomów.

- **Nowe reguły zwrotu wadium po zakończeniu postępowania**

W myśl postanowień noweli Zamawiający jest zobowiązany zwrócić wadia wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta wybrana została, jako najkorzystniejsza oraz Wykonawców, którzy nie przedstawili dokumentów na potwierdzenia spełniania przyjętych warunków. Powyższe rozwiązanie wychodzi naprzeciw interesom Wykonawców pozwalając na szybszy dostęp do środków po zakończeniu postępowania, niezależnie od składanych później środków ochrony prawnej - należy bowiem pamiętać, iż w myśl art. 45 ust. 4 ustawy wadium może być określone w wysokości do 3 % szacunkowej wartości zamówienia.

- **Zmiana umowy**

Nowelizacja przewiduje niewielką redakcyjnie, ale pociągającą daleko idące konsekwencje merytoryczne, zmianę art. 144 ust. 1 ustawy. Dotychczas obowiązujące przepisy wprowadzały, co do zasady, zakaz wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego zmian w stosunku do treści oferty, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W praktyce niejednokrotnie okazywało się, że nie zawsze można było i dało się przewidzieć wszelkie okoliczności zmiany umowy. Po wejściu w życie noweli zakaz zmian dotyczy wyłącznie istotnych zmian postanowień zawartej umowy. Dopuszczalne będą zatem zmiany nieistotne, tzn. takie, o których wiedza na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie lub na wynik postępowania, bez konieczności ich uprzedniego przewidywania i opisywania w treści ogłoszenia lub SIWZ.

- **Zabezpieczenie należytego wykonania umowy**

W ramach nowelizacji zniesiono obowiązek żądania przez Zamawiającego zabezpieczenia od Wykonawcy w zamówieniach o najwyższej wartości, pozostawiając powyższe do uznania Zamawiającego. Co więcej, z uwagi na długie okresy, na jakie Zamawiający oczekiwali udzielenia gwarancji, zrezygnowano z możliwości objęcia zabezpieczeniem roszczeń z tytułu gwarancji jakości. Tym samym zabezpieczenie należytego wykonania umowy może służyć wyłącznie do zabezpieczenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

- **Zaliczki na poczet wynagrodzenia należnego Wykonawcy i zabezpieczenie zaliczek**

Nowela przewidziała możliwość udzielania zaliczek przez Zamawiających. Przyjęte rozwiązania określają szczegółowo przypadki, w których mogą być udzielane zaliczki. I tak dotyczyć to będzie przypadków w których:

- 1) zamówienie jest finansowane z udziałem:
 - a) środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej,
 - b) niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA),
 - c) niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione w lit. a i b, pochodzących ze źródeł zagranicznych, lub
- 2) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Wyłączono zaś możliwość udzielania zaliczek w przypadku jeśli Wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

Udzielając zaliczki Zamawiający będzie uprawniony, a jeśli wysokość zaliczki przekroczy 20 % wynagrodzenia, będzie zobowiązany, żądać od Wykonawcy ustanowienia zabezpieczenia zaliczki.

Przyjęte w tym zakresie zmiany są korzystną przede wszystkim dla Wykonawców z sektora małej i średniej przedsiębiorczości i mają szansę wpłynąć między innymi na poprawę płynności finansowej przedsiębiorców realizujących zamówienia publiczne.

Zamawiający będzie miał możliwość bieżącego zaliczkowania realizowanych zamówień, tj. udzielania kolejnych zaliczek pod warunkiem, że Wykonawca wykaże wykonanie zamówienia w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek.

- **Zmiany w ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych**

Przyjęte zmiany likwidują stałą opłatę od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, której wysokość była ustalona na kwotę 3 000 złotych. W jej miejsce będzie pobierana:

- 1) opłata stała, w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga,
- 2) opłata stosunkowa w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5.000.000 złotych, jeżeli skarga dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert.

Biorąc pod uwagę przyjętą wysokość opłat, tym samym faktycznie wyeliminowano możliwość kontroli orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą przez organ II instancji w toku postępowania przed sądem cywilnym. Wbrew pozorom, takie rozwiązanie będzie nie tylko godziło w interesy Wykonawców ale też Zamawiających. O ile bowiem w przypadku tych ostatnich można jeszcze przypuszczać, że będą starali się bronić swoich interesów w przypadku niekorzystnego rozstrzygnięcia wydanego przed Izbą, o tyle w przypadku Zamawiających, wysokość opłaty stanowić będzie o niedostępności tego środka ochrony prawnej.

Zmiany wprowadzone „małą” nowelą weszły w życie w dniu **22 grudnia 2009 r.**, z wyjątkiem art. 1 pkt 5, który wprowadził nowe zasady obowiązujące przy wyjaśnianiu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przepis znalazł zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia oraz konkursów wszczętych przed dniem ogłoszenia ustawy, w przypadku, gdy Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie została przekazana lub udostępniona Wykonawcom przed tym terminem. Przyjęte w tym zakresie rozwiązania obowiązują od dnia ogłoszenia ustawy, tj. w dniu **7 grudnia 2009 r.**

Istotne znaczenia ma także termin wejścia w życie i zakres czasowy zastosowania zmian art. 144 ustawy, tu bowiem Ustawodawca zdecydował się na naruszenie zasady „*lex retro non agit*”. Dzięki takiemu rozwiązaniu do zmian umów w sprawach zamówień publicznych zawartych od dnia 24 października 2008 r. do dnia wejścia w życie noweli znajdzie zastosowanie art. 144 ust. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

ROZPORZĄDZENIE W SPRAWIE „DOKUMENTÓW”

Z „małą” nowelą wiąże się także nowe **rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane** ([Dz. U. Nr 226, poz. 1817](#)).

Wśród zmian i nowych rozwiązań wprowadzonych przepisami rozporządzenia warto skazać na:

1. wyłącznie prawa do żądania kopii dokumentów potwierdzających posiadania określonych uprawnień, przez osoby którymi Wykonawca będzie posługiwał się w wykonywaniu zamówienia. W tym zakresie przyjęto, że Wykonawcy mogą legitymować się spełnieniem warunku przedstawiając oświadczenie,
2. możliwość żądania od Wykonawcy, w sytuacji gdy ten wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak przesłanek z tytułu wykluczenia z udziału w postępowaniu,
3. obowiązek przedstawienia, w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dla osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i w odniesieniu do nich zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Przepisy rozporządzenia weszły w życie od 1 stycznia 2010 r. i znajdują zastosowanie do postępowań wszczynanych po tej dacie.

„DUŻA” NOWELA

„Duża” nowela została uchwalona przez Sejm w dniu 2 grudnia 2009 r. U jej podstaw legła konieczność implementacji do porządku krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), której termin wdrożenia upływał w dniu 20 grudnia 2009 r. Przyjęte rozwiązania poszły jednak zdecydowanie dalej, bowiem prócz niezbędnych, przyjęto szereg innych, które mają na celu przyspieszenie postępowań i zdyscyplinowanie Wykonawców korzystających ze środków ochrony prawnej.

Wśród ważniejszych zmian wprowadzonych **ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778)** warto wskazać na:

- **Nowe definicje**

W słowniczku przyjętym w art. 2 ustawy zdefiniowano pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia” wskazując na ramy czasowe i czynności, które go inicjują zaś pośrednio, poprzez cel, także czynność wieńczącą postępowanie. Przyjęta definicja ma jednak charakter porządkujący praktykę, niemniej nie będzie usuwać wszystkich wątpliwości na tle tego pojęcia w odniesieniu do związania Zamawiającego ujawnionymi decyzjami, czy też ulokowaniem prac członków komisji poza tak rozumianym postępowaniem. Warto jednak rozważyć i przeanalizować w kontekście tak ukształtowanej definicji obowiązujące regulaminy udzielania zamówień. W tych bowiem wielokrotnie ramy postępowania wykraczają poza wybór najkorzystniejszej oferty.

Zmiana objęła też pojęcie usług, w tym zakresie jednak zabieg ma charakter wyłącznie legislacyjny, nadal bowiem mamy do czynienia z definicją negatywną i doprecyzowaniem pojęcia w innym akcie prawnym. Tym razem będzie to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów, wydane na podstawie art. 2a ustawy. Tekst tego aktu został opublikowany w Dzienniku Ustaw z dnia 28 stycznia 2010 r. [Nr 12 pod pozycją 68](#). Rozporządzenie weszło w życie z dniem 29 stycznia 2010 r.

- **Wyłączenie stosowania przepisów ustawy przez podmioty prywatne**

Wyłączenie stosowania przepisów ustawy objęło podmioty należące do „sektora prywatnego”, gdy wydają środki uzyskane w ramach funduszy UE. Po zmianie beneficjenci mogą być zobowiązani do wydatkowania pozyskanych środków zgodnie z zasadami równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Stosowne postanowienia w tym zakresie należy poszukiwać w umowach o udzielenie wsparcia lub dotacji lub też dokumentach regulujących podstawy funkcjonowania danego rodzaju wsparcia z funduszy UE. Dzięki temu podmioty takie nie będą natomiast zobowiązani do stosowania wprost reguł ustawy. Należy jednak pamiętać, że wyłączenie to nie ma charakteru wyczerpującego dla podmiotów sektora prywatnego, nadal bowiem tytułem zobowiązującym do stosowania przepisów ustawy może być w takim wypadku regulacja art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy.

- **Ograniczenie stosowania przepisów ustawy przy postępowaniach, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe**

W stosunku do przedniego stanu prawnego, w noweli starano się ograniczyć możliwość stosowania przez Zamawiających trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe. Możliwość zastosowania tego trybu starano się ograniczyć do sytuacji, gdy zastosowanie innego mogłoby prowadzić do:

1. naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
2. naruszenia zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
3. poniesienia straty w mieniu publicznym;
4. uniemożliwienia terminowej realizacji zadań.

Należy zaznaczyć, że powyższy katalog nie ma charakteru zamkniętego i stanowi jedynie przykładowe wyliczenie okoliczności, których zaistnienie pozwoli udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odrębnie w tym przepisie uregulowano udzielenie zamówień na usługi prawnicze wprowadzając szereg wyjątków utrzymujących dotychczasowy stan dla zamówień, których przedmiotem jest ten rodzaj usług.

- **Możliwość poinformowania Wykonawców o wszczęciu postępowania**

Tuż po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Zamawiający może poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.

Powyższe, jak się wydaje, stanowi odpowiedź na malejącą liczbę ofert składanych w postępowaniach oraz liczbę postępowań, w których dochodzi do unieważnienia na skutek braku ofert. Dotychczas takie postępowanie mogło być uznane za naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, jakkolwiek w praktyce było trudne, czy też wręcz niemożliwe do ustalenia.

- **Krótsze terminy składania ofert**

Co do zasady, podstawowe terminy, które może wyznaczyć Zamawiający na przygotowanie i złożenie oferty nie zmieniły się w przypadku zamówień publicznych o wartościach równych lub przekraczających „progi unijne”. Skróceniu uległ okres, jaki może wyznaczyć Zamawiający na złożenie oferty dla postępowań, gdzie szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia:

1. jest równa lub wyższa niż wartości progowe o ile informacja o zamówieniu została odpowiednio wcześniej zawarta w opublikowanym, wstępnym ogłoszeniu informacyjnym – terminy te wynoszą obecnie 29 lub 22 dni w zależności od formy przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Europejskich,

2. nie przekracza „progu”, gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane – termin ten wynosi 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W tym zakresie Ustawodawca chciał skrócić czas pomiędzy wszczęciem postępowania a zawarciem umowy, w tym w postępowaniach o największych wartościach, dążąc do tego, aby zawarcie umowy w przetargu nieograniczonym było możliwe już po upływie 60 dni od dnia wszczęcia postępowania, zakładając odpowiednio 22 dni na złożenie oferty, ok. 14 dni na badanie i ocenę, 25 dni na rozstrzygnięcie ewentualnego odwołania złożonego przez Wykonawcę.

- **Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy**

Nowością są też ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Instrument ten związany jest ściśle ze zmianami w środkach ochrony prawnej i ma pozwolić potencjalnym Wykonawcom weryfikację zasadności stosowania trybów niekonkurencyjnych (negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki). Publikacja takiego ogłoszenia nie leży jednak w gestii obowiązków Zamawiającego lecz została pozostawiona ich uznaniu. W przypadku negocjacji bez ogłoszenia, ogłoszenie takie może zostać opublikowane tuż po wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś w zamówieniu z wolnej ręki, tuż po wszczęciu takiego postępowania.

Ze zmianą tą powiązane jest także nowe rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych ([Dz. U. Nr 12, poz. 69](#)), które weszło w życie z dniem 29 stycznia 2010 r.

- **Rażąco niska cena**

Nowela usuwa zastrzeżoną dotychczas formę pisemną dla żądania kierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

- **Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty**

Katalog informacji, które Zamawiający został zobowiązany przekazać Wykonawcom w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, został rozszerzony o informację o terminie, po upływie którego możliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

- **Przesłanki unieważnienia postępowania**

Zmiany objęły także katalog przypadków, których zaistnienie skutkować będzie obligatoryjnie decyzją Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. I tak dla przyspieszenia postępowania, uznając że podjęcie czynności związanych z badaniem i oceną ofert jest niecelowe, Zamawiający będzie miał możliwość unieważnienia postępowania wtedy, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z

najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Druga z przesłanek dotyczy przypadku, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten należy interpretować łącznie z dyspozycją przepisu art. 146 ustawy, który określa przesłanki unieważnienia umowy.

Wprowadzono też przesłankę fakultatywną unieważnienia postępowania. Będzie ona jednak miała ograniczone zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

1. ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo
2. zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
3. zaproszeniu do składania ofert - w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

• **Termin zawarcia umowy**

Zmianie uległy terminy zawarcia umowy i wynoszą:

1. w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza „progi unijne” - 10 dni od przesłania wiadomości o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane faksem lub drogą elektroniczną albo 15 dni od przesłania tego zawiadomienia w inny sposób (np. pocztą),
2. w przypadku zamówień podprogowych - 5 dni, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane faksem lub drogą elektroniczną albo 10 dni od przesłania tego zawiadomienia Wykonawcom w inny sposób.

Jednocześnie wprowadzono szereg wyjątków uzasadniających możliwość wcześniejszego zawarcia umowy. Zostały one jednak ograniczone do sytuacji, w których istnieje ograniczone ryzyko naruszenia praw Wykonawców.

• **Względna nieważność umowy**

Na skutek nowelizacji, konstrukcja bezwzględnej nieważności umowy została zastąpiona względną nieważnością. Bezwzględna nieważność umowy skutkowałą tym, że umowa była nieważna z mocy samego prawa od momentu jej zawarcia i była stwierdzana deklaratoryjnym wyrokiem sądu. Po nowelizacji dla wystąpienia skutku w postaci nieważności wymagany jest konstytutywny wyrok sądu, przy czym w tej kwestii władną będzie orzekać także Krajowa Izba Odwoławcza. Unieważnienie nastąpi od dnia zawarcia umowy, z wyjątkiem przypadku, gdy umowa została

zrealizowana w części. Wówczas unieważnienie będzie wywoływało skutek od dnia wydania wyroku.

Zgodnie z przepisami nowelizacji umowa o zamówienie podlega unieważnieniu jeżeli Zamawiający:

1. zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę z naruszeniem przepisów ustawy,
2. nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w BZP lub nie przekazał go do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
3. zawarł umowę przed upływem okresu *standstill*, jeśli uniemożliwiło to Wykonawcy wniesienie odwołania podlegającego uwzględnieniu, tj. potwierdzającego, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
4. uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych albo ofert w ramach dynamicznego składania zakupów,
5. udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej bez zachowania okresu *standstill* albo nie zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców.

W przypadku, gdy umowa zawarta w sprawie zamówienia publicznego obarczona jest jedną z przesłanek nieważności zawartych w art. 146 ust. 1 ustawy, o jej nieważności może orzec także Krajowa Izba Odwoławcza, która w tym zakresie będzie władna:

1. unieważnić umowę;, albo
2. unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć na Zamawiającego karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu.

W trzecim przypadku KIO może nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

• Środki ochrony prawnej

Jedną z ważniejszych zmian jest rezygnacja z instytucji protestu, podyktowana potrzebą skrócenia okresu prowadzenia postępowania w trybach otwartych. Zgodnie z założeniami ustawodawcy, likwidacja protestu, ma skrócić czas trwania postępowania nawet o 20 dni. Po wejściu w życie nowych przepisów okres procedury odwoławczej w zamówieniach o wyższych wartościach ulegnie skróceniu do 25 dni. Przedsiębiorca, który będzie miał uzasadnione podstawy by przypuszczać, że Zamawiający naruszył przepisy prawa, ma co do zasady od 5 do 15 dni, (w zależności od wartości przedmiotu zamówienia, czynność objętej odwołaniem a nawet formy poinformowania Wykonawcy o czynności) na decyzję o wniesieniu odwołania do Prezesa KIO. W niektórych wypadkach okres ten będzie wynosił nawet 6 miesięcy (!). Na rozpatrzenie odwołania KIO ma termin 15 dni, sama zaś rozprawa będzie toczyła się przed składem jednoosobowym (jedynie w sprawach szczególnie zawiłych lub precedensowych możliwy jest skład trzyosobowy). Odwołanie może dotyczyć każdej czynności i jedynie przy zamówieniach poniżej tzw. „progów unijnych” prawo to ograniczone jest do wybranych czynności. Odwołanie będzie

można wnieść w formie pisemnej lub elektronicznej z bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu.

W celu zapewnienia sprawnego przebiegu tego postępowania, jeśli Zamawiający będzie się zgadzał z podniesionymi zarzutami, jeszcze przed rozprawą będzie mógł uwzględnić wszystkie zarzuty odwołania. W takim wypadku KIO umorzy postępowanie odwoławcze ale tylko w sytuacji, gdy żaden z Wykonawców przystępujących po stronie Zamawiającego mnie zgłosi opozycji wobec stanowiska Zamawiającego. W takim wypadku koszty postępowania odwoławczego będą znosić się wzajemnie.

Starając się złagodzić skutki likwidacji protestów, Ustawodawca wprowadził możliwość informowania Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechaniu podjęcia czynności, do której zobowiązuje go ustawa. W przypadku uznania takiej informacji za zasadną, Zamawiający będzie zobowiązany powtórzyć czynność albo dokonać czynności bezprawnie zaniechanej.

Ustawa weszła w życie w dniu **29 stycznia 2010 r.**

Zgodnie z przepisami przejściowymi zawartymi w „dużej” nowelizacji do postępowań i konkursów wszczętych przed wejściem w życie nowelizacji oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań będą stosowane przepisy dotychczasowe. Konsekwentnie do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji oraz zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przed tym dniem, zastosowanie znajdą przepisy dotychczasowe.