



Anna Banaszewska, 2016-07-28 09:41

Anna Banaszewska:

## Zmiany w prawie zamówień publicznych – co nowego czeka szpitale od 28 lipca 2016? Część II



Anna Banaszewska

Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 roku wchodzi w życie z dniem 28 lipca 2016 roku. Co oznacza, że nowe przepisy obowiązują od dzisiaj. To druga część materiału dedykowanego zmianom w prawie zamówień publicznych.

**Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 roku wchodzi w życie z dniem 28 lipca 2016 roku.** Co oznacza, że nowe przepisy obowiązują od dzisiaj. To druga część materiału dedykowanego zmianom w prawie zamówień publicznych.

W tej części materiału dotyczącego zamówień publicznych zostaną omówione zmiany w przepisach określających:

- przesłanki wykluczenia z postępowania,
- dokumenty jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia,
- dozwolone zmiany w umowach zawieranych w sprawach zamówień publicznych.

### **Przesłanki wykluczenia z postępowania.**

Wykluczenie jest czynnością zamawiającego, eliminującą wykonawcę z postępowania jako niedającego rękojmi należytego wykonania zobowiązania (wyrok KIO z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 267/12). Ofertę wykluczonego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. Lista przesłanek wykluczenia jest zawarta w przepisie art. 24 ustawy prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku i stanowi katalog zamknięty. Dotychczas wystąpienie którejkolwiek z przesłanek nakładało na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy. Analizując nowe przepisy trzeba zwrócić uwagę na kilka istotnych kwestii: zmieniono katalog przesłanek obligatoryjnych, dodano listę przesłanek fakultatywnych, oraz wprowadzono instytucję „self-cleaningu”.

W katalogu przesłanek obligatoryjnych nowe są między innymi przesłanki związane z wykluczeniem wykonawcy który: który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Poszerzono także wykaz przestępstw w przypadku których skazanie prawomocnym wyrokiem stanowi przesłankę wykluczającą wykonawców będących osobami fizycznymi. Wykluczeniu również będą podlegali wykonawcy wobec których zastosowano zakaz o ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego jako środek zapobiegawczy (dotychczas wyłącznie w przypadku zakazu prawomocnie orzeczonego jako karę za popełnione przestępstwo, obecnie również środek zapobiegawczy na czas toczącego się postępowania karnego). Zamawiający ma również obowiązek wykluczyć wykonawcę, który:

- w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,
- w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Zamawiający nie może zaniechać sprawdzenia, czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, a wystąpienie którejkolwiek przesłanki obligatoryjnej nakłada na zamawiającego obowiązek podjęcia czynności zmierzających do wykluczenia.

Kolejną bardzo istotną zmianą jest wprowadzenie katalogu przesłanek fakultatywnych, czyli takich których stosowanie jest wyborem i przywilejem Zamawiającego. Jeżeli jednak zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie przesłanek nieobligatoryjnych, musi podstawy wykluczenia wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a następnie sprawdzić czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu na skutek wystąpienia wskazanych przez Zamawiającego podstaw. Do katalogu fakultatywnych przyczyn wykluczenia zostały przeniesione przesłanki związane z likwidacją, nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia leżące po stronie wykonawcy w tym wynikające z naruszenia obowiązków zawodowych. Zamawiający może w określonych w ustawie okolicznościach wykluczyć wykonawcę

wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa pracy, przeciw środowisku.

Bardzo korzystnym rozwiązaniem jest również wprowadzenie instytucji „*self-cleaningu*” polegającej na tym, że w określonych w ustawie przypadkach Wykonawca ma prawo przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Jeśli Zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna przedstawione dowody za wystarczające Wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Instytucji „*self-cleaningu*” nie stosuje się w przypadku wykonawców wobec których prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne.

### **Dokumenty jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców.**

W tym zakresie wprowadzono również istotne i pozytywne zmiany, zarówno dla Zamawiających jak i Wykonawców.

Wraz z wejściem w życie nowych przepisów Zamawiający będzie mógł żądać od Wykonawcy oświadczeń i dokumentów niezbędnych do potwierdzenia zarówno spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spełniania przez oferowane towary, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, a z wejściem w życie nowelizowanego przepisu art. 25 ustawy prawo zamówień publicznych, także - braku podstaw wykluczenia.

Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawca dostarcza, aktualne na dzień składania, oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w przypadku przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego - oświadczenia o spełnieniu kryteriów selekcji. W przypadku postępowań powyżej progu UE oświadczenie jest składane w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie oświadczenie składa każdy z tych wykonawców.

Zamawiający w przypadku postępowań powyżej progu UE wzywa, a w przypadku postępowań poniżej progu - może wezwać, Wykonawcę którego oferta została oceniona najwyżej do złożenia aktualnych na dzień składania, dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodność oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia. Przy czym Wykonawca, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami, nie będzie miał obowiązku dostarczania tych dokumentów, które zamawiający posiada lub może uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych.

Dotychczas częstym kłopotem zarówno Zamawiających jak i wykonawców były niekompletne, błędne lub wzbudzające wątpliwość dokumenty, w takim przypadku Zamawiający będzie wzywał Wykonawcę do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień wskazując termin, dopiero brak złożenia poprawionych dokumentów lub wyjaśnień w tym terminie będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Trzeba podkreślić, że Zamawiający będzie miał możliwość wezwania wykonawców do złożenia wszystkich lub dowolnych dokumentów na każdym etapie postępowania, wówczas gdy istnieją uzasadnione podstawy, że złożone dokumenty są już nieaktualne.

Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane określa w drodze rozporządzenia Minister Rozwoju.

## Zmiany w umowach zawieranych w sprawach zamówień publicznych.

Trzeba pamiętać, że postanowienie umowne zmienione z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych podlega unieważnieniu. A zgodnie z nowym brzmieniem przepisu na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu. Jednym z celów nowelizacji ustawy jest -wprowadzenie bardziej elastycznych rozwiązań w zakresie modyfikacji umów o zamówienia publiczne, stąd w przepisie art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych nastąpiły szerokie zmiany. Zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, stanowi zasadę generalną. Natomiast katalog przesłanek uprawniających wprowadzenie dozwolonych zmian w zawartych umowach został znacznie poszerzony, ale i doprecyzowany. To bardzo korzystna dla stron modyfikacja przepisu. Niemniej stosując przesłanki uprawniające wprowadzanie zmian w zawartych umowach trzeba pamiętać, że interpretacja wyjątków od zasad generalnych powinna być zawsze dokonywana ściśle i raczej zawężająco.

Dopuszcza się zmiany umowy, niezależnie od ich wartości (zmian), jeśli nie są istotne. Jednocześnie ustawodawca doprecyzował pojęcie „*istotna zmiana umowy*”, co należy oceniać bardzo pozytywnie. Otóż zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli:

- zmienia ogólny charakter umowy, w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu;
- nie zmienia ogólnego charakteru umowy i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: