

Poniżej opisujemy najważniejsze ze zmian, jakie niesie za sobą nowe prawo zamówień, a także wskazujemy, na co trzeba zwrócić szczególną uwagę w postępowaniach na nowych zasadach.

1. Nowy próg wartościowy dla zamówień publicznych

Od 2021 r. próg podstawowy stosowania nowego p.z.p. jest wartością stałą, wyrażoną w złotych na poziomie 130 tys. zł netto.

2. Obowiązkowa elektronizacja zamówień uproszczonych

Po 1 stycznia br. oferty muszą być obligatoryjnie składane elektronicznie.

Zatem przedsiębiorcy – co bardzo ważne – muszą zaopatrzyć się w odpowiednie podpisy elektroniczne. Przepisy są bowiem bezwzględne: złożenie oferty w formie papierowej będzie skutkowało jej odrzuceniem.

Jak pokazuje doświadczenie i praktyka, najwięcej problemów sprawia podpis elektroniczny. A dokładniej sprawdzenie tego, czy jest on kwalifikowany i nadal ważny.

Zweryfikować podpis elektroniczny można w aplikacjach zewnętrznych lub korzystać z opcji zintegrowanych w systemach do wspierania postępowań publicznych (np. eZamawiający).

Usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych może świadczyć wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania (aktualnie w Polsce jest 5 takich podmiotów).

Zewnętrzne oprogramowania

- Krajowa Izba Rozliczeniowa, Szafir
- PWPW, SigillumSIGN
- Asseco, proCertum SmartSign
- Madkom, SAWPE
- Walidator dostępny na platformie ePUAP

3. Po terminie związanie ofertą tylko za zgodą

Nowa ustawa utrzymuje w postępowaniach uproszczonych dotychczasowy maksymalny 30-dniowy termin związania ofertą, jakiego może wymagać od wykonawców zamawiający. Jednocześnie nowe p.z.p. zobowiązuje zamawiającego przed jego upływem (tu niestety przepisy nie wskazują, z jakim wyprzedzeniem) do wezwania wykonawców do przedłużenia związania ofertą z ewentualnym przedłużeniem wadium, przy czym może to zrobić jeden raz maksymalnie o kolejnych 30 dni. W przypadku, gdyby jednak wybór oferty nie nastąpił w terminie związania, nowe p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do wezwania najwyższej ocenionego wykonawcę do wyrażenia zgody na wybór jego oferty po terminie związania – pod rygorem odrzucenia oferty.

4. Niższe wadia

Znaczne zmiany dotyczą także wadiów. Co szczególnie ucieszy wykonawców – nowe p.z.p. ogranicza prawo zamawiających do żądania wadiów w postępowaniach uproszczonych (krajowych) wyłącznie do 1,5 proc. wartości zamówienia (wcześniej było to do 3 proc.). W przypadku postępowań unijnych granicą jest 3 proc. wartości zamówienia netto. Żądanie wadium leży już tylko w gestii zamawiającego

5. Opis przedmiotu zamówienia

Nowe p.z.p. zasadniczo utrzymuje dotychczasowe zasady dokonywania przez zamawiających opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności podtrzymuje się zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Nowe regulacje dopuszczają możliwość posługiwania się nazwami własnymi w celu opisu przedmiotu zamówienia, jednocześnie ustawa nakłada na zamawiającego dodatkowe obowiązki z tym związane. Dotychczas formalnie był zgodny z p.z.p. już sam opis przedmiotu zamówienia z użyciem nazwy własnej uzupełniony o wyrazy „lub równoważne”. Po wejściu w życie nowego p.z.p. zamawiający jest zobowiązany uwzględnić w opisie także kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Ta zmiana to realizacja postulatów UZP oraz wynikających z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w których podkreślano, że choć wykonawca oferujący rozwiązania równoważne musi udowodnić równoważność, to realizację tego obowiązku warunkuje zdefiniowanie przez zamawiającego zamkniętego katalogu kryteriów oceny równoważności w specyfikacji. Wykonawcy muszą przy tym pamiętać, że dowody równoważności stanowią treść oferty i muszą być składane wraz z nią. To oznacza w szczególności niedopuszczalność uzupełniania tych dowodów po złożeniu ofert.

6. Jakościowe kryteria oceny ofert: większe znaczenie ceny

Nowe p.z.p. zasadniczo utrzymuje w odniesieniu do zamówień klasycznych obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert na poziomie co najmniej 40 proc. Wprowadza jednak możliwość stosunkowo łatwego przejścia na stosowanie ceny jako jedynego kryterium oceny, względnie o wartości ponad 60 proc. Nowe przepisy przy skorzystaniu z takiej możliwości wymagają jedynie od zamawiającego uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

7. Otwarcie ofert już nie na żywo

Nowa regulacja nie przewiduje już czynności publicznego i jawnego otwarcia ofert znanego z dotychczasowych przetargów, a jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek udostępnienia informacji na ten temat na stronie internetowej. Dodatkowo nowe przepisy ograniczają zakres informacji, jakie muszą zostać udostępniane po otwarciu ofert na stronach internetowych – wyłącznie do danych wykonawcy oraz zaoferowanej przez niego ceny ofertowej.

8. Większa jawność złożonych dokumentów

Na zamawiających nałożono obowiązek niezwłocznego udostępnienia ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie przepisy obligują ich do przekazania tych ofert w konkretnym terminie, tj. trzech dni od otwarcia. Dodatkowo – w celu uniknięcia dotychczasowych wątpliwości – przepisy wyraźnie wskazują na obowiązek udostępnienia w ten sposób nie tylko samych ofert, lecz także złożonych do nich załączników. W szczególności będą nimi formularze JEDZ, gwarancje wadialne czy też pełnomocnictwa i zobowiązania podmiotów trzecich, które są składane wraz z ofertami.

Choć przepisy utrzymują jako zasadę jawność postępowań, to jednocześnie uprawniają jednak, na zasadzie wyjątku, do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy – pod warunkiem, że informacje zostaną wyraźnie zidentyfikowane przez przedsiębiorcę jako chronione oraz już przy ich złożeniu w postępowaniu wykonawca wykaże przed zamawiającym uzasadnienie dla ich ochrony.

9. Poszerzony obowiązek składania oświadczeń o bezstronności

W celu zagwarantowania, że postępowanie o zamówienie będzie prowadzone przez osoby gwarantujące bezstronność i obiektywizm, rozszerzono obowiązek składania oświadczeń o bezstronności – nie tylko przez osoby, które są odpowiedzialne po stronie zamawiającego za dokonywanie czynności w postępowaniu. Nowe p.z.p. wskazuje wprost również na osoby udzielające w imieniu zamawiającego zamówienia publicznego, czyli zawierające umowę jako zobowiązane do złożenia oświadczeń o braku konfliktu interesów.

A zatem np. kierownik zamawiającego, który zawiera jedynie umowę o zamówienie publiczne, także będzie musiał składać oświadczenie o bezstronności. Ponadto ustawa określa czas, w jakim złożenie takich oświadczeń jest konieczne, w zależności od treści oświadczenia. Te zawierające informacje o istnieniu okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania trzeba teraz składać niezwłocznie

po powzięciu wiadomości o ich istnieniu, a oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności – nie później niż przed zakończeniem postępowania.

Dodatkowo rozszerzeniu ulega również podstawa do wyłączenia się z postępowania. Obejmuje ona obecnie także przypadki, gdy osoba pozostaje z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do jej bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem z uwagi na to, że ma ona bezpośredni lub pośredni interes finansowy, ekonomiczny lub osobisty w określonym rozstrzygnięciu danego postępowania.

10. Przesłanki wykluczenia wykonawców trzeba przewidzieć

Ustawa utrzymuje podział na obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania. Jednocześnie część dotychczasowych przesłanek obligatoryjnych przesunięto do kategorii przesłanek fakultatywnych – chodzi o te związane z podaniem przez wykonawcę nieprawdziwych bądź wprowadzających w błąd informacji odnoszących się do podstaw wykluczenia, spełnienia warunków bądź np. kryteriów oceny ofert.

Oznacza to, że jeśli zamawiający nie przewidzi w konkretnym postępowaniu zastosowania tych fakultatywnych podstaw wykluczenia, to nie znajdą one zastosowania.

Warto zwrócić także uwagę na zmianę dotyczącą okresu trwania podstawy wykluczenia wykonawcy w związku z podaniem nieprawdziwych informacji. Dotychczas przepisy nie określały żadnej cezurę czasowej dla tej podstawy wykluczenia. Nowe p.z.p. wskazuje na rok obowiązywania podstawy wykluczenia od ujawnienia takiego przypadku.

11. Podstawy odrzucenia ofert

Ustawa modyfikuje katalog podstaw odrzucenia ofert, a część dotychczasowych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania czyni podstawą odrzucenia.

Przesądzone jednoznacznie, że oferty złożone po wyznaczonym terminie podlegają odrzuceniu – w dotychczasowym stanie prawnym przepisy nie rozstrzygały, co się z nimi powinno dzieć.

Nową przesłanką odrzucenia oferty będzie także sytuacja, gdy zostanie ona złożona bez odbycia wizji lokalnej albo bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego. Przy czym zamawiający będzie mógł odrzucić taką ofertę, jeżeli uzależnił złożenie oferty od spełnienia tych wymogów.

Kolejną nową przesłanką odrzucenia oferty będzie niewyrażenie przez wykonawcę pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania nią. Jednocześnie ustawa zezwala na udzielenie w takiej sytuacji zamówienia, a więc pomimo upływu terminu związania daną ofertą, pod warunkiem, że wykonawca wyrazi zgodę na wybór jego oferty pomimo upływu terminu.

Odrębną przesłanką odrzucenia oferty będzie sporządzenie lub przekazanie jej w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonych przez zamawiającego.

Nowe p.z.p. przewiduje także odrzucenie ofert wykonawców podlegających wykluczeniu czy też wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału bądź nie złożyli wymaganych dokumentów.

12. Milcząca akceptacja dla poprawek innych nieistotnych omyłek

Nowe p.z.p. przesądza również konsekwencje dla wykonawcy w razie poprawienia w treści jego oferty przez zamawiającego tzw. innej nieistotnej omyłki. Przesądzone, że w takim przypadku oferta podlega odrzuceniu wyłącznie wtedy, gdy wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie takiej omyłki. Przepisy usankcjonowały w tym przypadku milczący akcept – zatem brak reakcji wykonawcy na wezwanie będzie oznaczał zgodę na poprawienie omyłki. Dodatkowo nowe p.z.p.

pozwala zamawiającemu na samodzielne wyznaczenie terminu na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki – dotychczas były to sztywne trzy dni.

13. Badanie cen i ocena ofert

Ustawa utrzymuje procedurę badania rażąco niskich cen, modyfikując przy tym jedynie te elementy, które wymagały zmian. Nadal wskaźnikiem zobowiązującym zasadniczo do badania cen są oferty z odchyleniem o ponad 30 proc. względem ubruttowionej wartości zamówienia, a także średniej arytmetycznej ofert.

Jednak podstawą ustalenia tego ostatniego wskaźnika będą jedynie oferty złożone w terminie, a dodatkowo wyłącznie takie, które nie podlegają odrzuceniu. W ten sposób podstawą ustalenia wskaźnika są tylko oferty mające szansę na uzyskanie zamówienia, nie zaś wszystkie, jakie zostały złożone. Utrzymano jednocześnie uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od badania rażąco niskiej ceny mimo przekroczenia wskaźnika, o ile wynika to zdaniami zamawiającego z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia (przykładowo przeszacowana wartość zamówienia czy też rażąco wygórowana cena konkurencyjnej oferty).

Nowe p.z.p. przewiduje analogicznie jak stare p.z.p. możliwość zastosowania odwróconej procedury oceny ofert. Trzeba wyraźnie zaznaczyć, że procedura odwrócona może być zastosowana wyłącznie w przypadku zamówień powyżej progów unijnych. Doprecyzowano również, że w przypadku, gdy najwyżej oceniony wykonawca nie wykaże spełnienia warunków lub braku podstaw wykluczenia, zamawiający ma obowiązek ponowienia czynności badania i oceny pozostałych ofert. A zatem musi skierować wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych do kolejnego wykonawcy i musi kontynuować tę procedurę aż do udzielenia zamówienia bądź unieważnienia postępowania.

Nowością będzie także możliwość żądania w takim przypadku JEDZ nie wraz z ofertami wykonawców, ale dopiero na wezwanie adresowane do najwyżej ocenionego wykonawcy. Warunkiem zastosowania tej procedury jest przewidzenie jej w dokumentacji zamówienia przez zamawiającego.

14. Wszyscy poznają wynik w tym samym czasie

Nowe p.z.p. przywraca zasadę koncentracji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ewentualnego odrzucenia ofert. Dotychczas stare p.z.p. pozwalało zamawiającym na dokonywanie czynności odrzucenia poszczególnych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na raty. Nowe przepisy wskazują na obowiązek dokonania jednoczesnego powiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (z informacją na temat przyznanej punktacji w kryteriach oceny) wraz z przekazaniem informacji o odrzuceniu ofert.

15. Klauzule zakazane oraz obligatoryjne zaliczki lub częściowe płatności

Istotne zmiany w stosunku do dotychczas obowiązujących przepisów dotyczą umów o zamówienie publiczne. Celem jest przede wszystkim zrównoważenie pozycji stron umów, określenie zasad kształtowania stosunków między nimi m.in. poprzez wprowadzenie katalogu klauzul zakazanych oraz wskazanie obowiązkowych postanowień umów i nowych obowiązkowych zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, jak również ewaluacji realizacji umowy.

Szczególnie istotne dla wykonawców jest to, że nowe przepisy wprowadzają obowiązek stosowania przez zamawiających zaliczek lub częściowych płatności w przypadku umów trwających powyżej 12 miesięcy. Nowe p.z.p. zrywa z koniecznością oczekiwania na zapłatę za wykonanie pracy aż do końca umowy. Dzięki temu, że w przypadku dłuższej trwających umów wykonawcy będą otrzymywać zaliczki lub wynagrodzenie płatne w częściach za wykonanie poszczególnych etapów zamówienia, poprawi się ich płynność finansowa.

Nowa ustawa wprowadza ponadto w szczególności:

- obowiązek współdziałania stron w celu należytej realizacji zamówienia,

- katalog niedozwolonych postanowień umownych – do tej kategorii zalicza się m.in. zakazy ustalania co do zasady odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
- zasady określania terminu wykonania zamówienia jako jednostki czasu, nie zaś wskazywania konkretnych dat,
- klauzule waloryzacyjne umów na roboty i usługi powyżej 12 miesięcy,
- obowiązkową ewaluację umów w przypadkach określonych w ustawie.

16. Prawo opcji jednoznacznie i precyzyjnie opisane

Nowe p.z.p. doprecyzowało instytucję prawa opcji. W dużym uproszczeniu chodzi o uprawnienie przyznane zamawiającemu do (najczęściej) rozszerzenia zakresu zamówienia. Po wejściu nowych przepisów skorzystanie z opcji jest możliwe, pod warunkiem, że była ona przewidziana i skonkretyzowana w ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia. Przy czym dokumentacja winna określać: rodzaj i maksymalną wartość opcji, okoliczności skorzystania z niej z jednoczesnym zakazem modyfikacji ogólnego charakteru umowy. W przypadku realizacji opcji z naruszeniem tych zasad czynności takie będą podlegać unieważnieniu.

17. Niższe zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Nowe p.z.p. ogranicza co do zasady do 5 proc. ceny próg wysokości zabezpieczenia, jakiego może żądać zamawiający. Wyjątkowo ustawa daje możliwość zastosowania poziomemu 10 proc. zabezpieczenia, ale wyłącznie wtedy, gdy jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem opisanego w dokumentacji ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Przepisy przewidują zwrot 30 proc. kwoty zatrzymanej dopiero po upływie rękojmi lub gwarancji (dotychczas było to możliwe tylko przy rękojmi). Nowe przepisy wskazują wprost, że zamawiający może dokonać zwrotu pełnego zabezpieczenia już po wykonaniu zamówienia. Zamawiający może także dokonać częściowego zwrotu zabezpieczenia po wykonaniu części zamówienia, jeśli przewidział taką możliwość (czego stare p.z.p. nie przewidywało).

18. Konsorcja na nowych zasadach

Po 1 stycznia uczestnikom konsorcjum trudniej jest skorzystać z doświadczenia partnera startującego wspólnie w przetargu. Zamówienie publiczne wymagające określonych referencji będzie mógł zrealizować tylko ten przedsiębiorca, który te doświadczenie faktycznie nabył. Nowością jest także wprowadzenie obowiązku składania przez konsorcja już na etapie przedstawiania oferty (lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) nowego odrębnego oświadczenia dotyczącego kompetencji konsorcjantów. Zgodnie z art. 117 nowego p.z.p. w przypadku, gdy zamawiający wymaga posiadania uprawnień zawodowych czy też wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, a warunki udziału w postępowaniu spełniają tylko poszczególni konsorcjanci, konsorcja będą musiały dołączyć do oferty oświadczenie, z którego wynikać będzie, jakie konkretnie roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają określone wykonawcy. A więc: kto co konkretnie zrobi w trakcie wykonywania zamówienia.

19. Podmioty trzecie: trudniej skorzystać z doświadczenia partnera

Zmieniły się też zasady korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Przypomnijmy: instytucja ta polega na tym, że wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu może wykazać, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, które udostępnią mu inne podmioty nieubiegające się o to zamówienie. Nowe p.z.p. utrzymuje prawo wykonawców do powoływania się na potencjał podmiotów trzecich. Jednocześnie wprost zakazuje wykonawcy składającemu ofertę czy też wniosek, który powołuje się przy tym na potencjał podmiotu trzeciego, zmiany pierwotnej decyzji w tym zakresie później – już w trakcie postępowania, gdy zostanie wezwany do uzupełnienia oferty. W starym p.z.p. takiego zakazu wprost nie ma. Nowe przepisy (art. 123 p.z.p.) zatem już jednoznacznie zakazują wykonawcom takiego swoistego wprowadzania podmiotów trzecich w trakcie postępowań.

20. Nowe p.z.p. wymaga, by dokumenty potwierdzające zgodność z wymogami (tzw. dokumenty przedmiotowe) były przedkładane już na etapie składania oferty (wraz z nią) – o ile zamawiający tego wymaga – a nie dopiero po wezwaniu. Tak więc obowiązek ich przygotowania będą mieli wszyscy wykonawcy, a nie tylko najwyżej oceniony. To istotna zmiana. Wcześniejsze przepisy przewidywały, że dokumenty potwierdzające, iż dana oferta spełnia określone w dokumentach przetargowych wymogi, wykonawcy składać powinni dopiero na wezwanie zamawiającego. Dzięki temu zamawiający będzie mógł zweryfikować zgodność treści każdej oferty z warunkami zamówienia, co dla wykonawców oznacza większe wyzwanie. Mając na uwadze nowe wymogi, muszą odpowiednio wcześniej je przygotować. Co więcej, w praktyce oznacza to, że dokumenty będą musiały być składane przez każdego z wykonawców, a nie tylko przez najwyżej ocenionego przed udzieleniem zamówienia, jak było dotychczas. Jak wynika z definicji, zawartej w art. 7 pkt 20 p.z.p., przedmiotowe środki dowodowe mają służyć do potwierdzania zgodności przedmiotu oferty z:

- opisem przedmiotu zamówienia,
- kryteriami oceny ofert,
- wymaganiami odnoszącymi się do realizacji zamówienia.

21. Czy zamawiający może dopełnić obowiązek w postaci wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części poprzez zawarcie stosownych informacji w notatce stanowiącej załącznik do protokołu postępowania?

Zgodnie z art. 91 ust. 2 n.p.z.p., „Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części”. Jak stanowi art. 7 pkt 3 n.p.z.p., „Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o (...) dokumentach zamówienia - należy przez to rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań”. Jednocześnie, zgodnie z art. 7 pkt 19 n.p.z.p., „Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o (...) protokole postępowania - należy przez to rozumieć dokument sporządzany przez zamawiającego, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia”.

Przez pojęcie dokumentów zamówienia n.p.z.p. rozumie wszystkie dokumenty, które ze strony zamawiającego służą prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności określeniu lub opisaniu warunków zamówienia. Są to zarówno te dokumenty, które sporządził sam zamawiający, jak i te, których zamawiający wprowadził sam nie przygotował, ale do których odwołuje się na użytek prowadzonego postępowania. Do dokumentów zamówienia należą przede wszystkim sporządzone przez zamawiającego: specyfikacja warunków zamówienia albo opis potrzeb i wymagań, ale również np. dokumenty planistyczne czy normy, które wprowadził nie zostały sporządzone przez zamawiającego, jednak zamawiający do nich odsyła, w celu doprecyzowania swoich wymagań. Do dokumentów zamówienia nie należą zatem dokumenty składane przez wykonawców w związku z ich udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pojęcie dokumentów zamówienia należy odróżnić od pojęcia dokumentacji postępowania czy dokumentowania przebiegu postępowania. Dwa ostatnie pojęcia odnoszą się zarówno do dokumentów zamówienia sporządzonych przez zamawiającego, jak również do wszystkich innych dokumentów wytworzonych przez zamawiającego albo dostarczonych zamawiającemu w związku z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności do protokołu postępowania i do załączników do tego protokołu.