

Poprawić rynek wykonawców

Katarzyna Dziaćko

ekspert ds. zamówień publicznych, Kancelaria Wawrzynowicz i Wspólnicy

19.10.2014 r. weszła w życie nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzając wiele zmian dotyczących zarówno zamawiających, jak i wykonawców, które będą miały duży wpływ na funkcjonowanie branży energetycznej, zwłaszcza w zakresie projektów inwestycyjnych.

Powyższa nowelizacja zbiera pozytywne opinie, ponieważ jest odpowiedzią na wiele postulatów branży, które dotyczyły choćby możliwości waloryzacji wynagrodzenia w trakcie realizacji zadań inwestycyjnych czy zobowiązania zamawiających do stosowania kryteriów oceny ofert innych niż tylko cena.

Najważniejsze dla branży energetycznej

Za szczególnie istotne należy uznać następujące zmiany:

W art. 29 ust. 4 PZP wprowadzono możliwość określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, dodając pkt 4) o następującej treści: „Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące (...) 4) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności”.

W przypadku skomplikowanych projektów inwestycyjnych oraz zadań związanych z eksploatacją sieci elektroenergetycznych, ciepłych czy gazowych, zasadne będzie postawienie przez zamawiającego wymagania, aby przynajmniej osoby kluczowe dla realizacji zamówienia były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Zgodnie z art. 26 ust. 2e PZP powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego skutkuje po nowelizacji co do zasady powstaniem solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podmiotu użyczającego swój potencjał za szkody zamawiającego powstałe na skutek niedostępności zasobów. Podmiot trzeci nie będzie ponosił solidarnej odpowiedzialności wówczas, gdy niedostępność zasobów nie było przez niego zawinione (1). W branży energetycznej sytuacji korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, np. w zakresie doświadczenia czy potencjału osobowego, zdarzają się stosunkowo często. Po zmianie przepisów podmiot udostępniający zasoby będzie ponosił większą odpowiedzialność wobec zamawiającego.

W art. 91 PZP wprowadzono zmiany w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający uzyskał bardziej precyzyjne wytyczne, kiedy należy wszcząć procedurę rażąco niskiej ceny (odniesienie do wartości szacunkowej czy średniej złożonych ofert), a ciężar dowodu przeniesiono na wykonawcę, który złożył ofertę, co do której zachodzi podejrzenie, że zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 oraz nowym ust. 2a PZP ograniczono możliwość zastosowania kryterium cenowego jako jedyne kryterium oceny ofert – „Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe”, natomiast w art. 91 ust. 2 PZP rozszerzono przykładowy katalog kryteriów oceny ofert o aspekty środowiskowe, społeczne i innowacyjne, które mogą znaleźć

zastosowanie w przetargach z branży energetycznej.

I wreszcie jedna z najważniejszych w praktyce zmian, która zostanie szerzej omówiona poniżej – nowy art. 142 ust. 5 PZP, dotyczący obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Wprowadzenie obowiązku waloryzowania umów długoterminowych ma tak duże znaczenie, ponieważ może wywołać największe skutki ekonomiczne na rynku wykonawców.

Obowiązek waloryzacji umów długoterminowych

Obowiązek ten występuje niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z umową na dostawy, usługi czy roboty budowlane, na świadczenia ciągłe, czy też jednorazowe, o ile kontrakt zawarty jest na okres przekraczający 12 miesięcy

(co oznacza, że umowy z okresem obowiązywania wynoszącym dokładnie jeden rok, nie są objęte obowiązkiem określonym w art. 142 ust. 5 PZP).

Umowy długoterminowe mają zawierać postanowienia o zasadach waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany:

- stawki podatku VAT,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub też wysokości stawki składki na którekolwiek z tych ubezpieczeń.

Konieczność uwzględnienia w umowie zapisów o możliwości

ZAGROŻENIE DLA DUŻYCH FIRM
Nierentowność kontraktów, ujawniająca się po podpisaniu umów lub w związku z ryzykiem, którego wykonawca nie uwzględnił, składając ofertę, była jedną z przyczyn upadłości dużych firm, których pozycja rynkowa wydatowała się wcześniej stabilna



modyfikacji wynagrodzenia istnieje jednak tylko wówczas, jeżeli powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. W praktyce zatem regulacja ta będzie się odnosić głównie do umów na roboty budowlane i usługi.

Przepisy przejściowe

Bardzo ważne są także przepisy przejściowe (2), dotyczące obowiązujących umów długoterminowych, zawartych przed wejściem w życie nowelizacji – a zatem uzdrawiające sytuację rynkową także w odniesieniu do umów zawartych wcześniej. Każda ze stron takiego kontraktu (w praktyce najczęściej będzie to wykonawca), w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 PZP, może zwrócić się do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej modyfikacji wynagrodzenia.

Dotychczasowe możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego

W stanie prawnym obowiązującym przed dniem wejścia w życie omawianej nowelizacji, zmiany przepisów dotyczących podatku od towarów i usług, płacy minimalnej czy ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, nie miały bezpośredniego wpływu na zmianę wynagrodzenia wykonawcy, chyba że zamawiający uwzględnił stosowne zapisy w dokumentacji przetargowej i w umowie. Z kwestią podatku VAT zamawiający radzili sobie najczęściej wpisując wprost w umowie, że należne wynagrodzenie podlega automatycznej waloryzacji o kwotę podatku VAT wynikającą ze stawki tego podatku, obowiązującą w chwili powstania obowiązku podatkowego. Natomiast w pozostałym zakresie zapisy umożliwiające zwiększenie wynagrodzenia wprowadzane były do umowy stosunkowo rzadko (zarówno jako automatyczna waloryzacja, jak i możliwość zmiany umowy), mimo

że przepisy PZP nie stały na przeszkodzie, aby w oparciu o art. 358¹ § 2 k.c. strony zastrzegły w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości (np. wskaźnik inflacji, klauzula waluty) (3). Zamawiający mógł również przewidzieć w ogłoszeniu lub w SIWZ możliwość i warunki dokonania zmiany wynagrodzenia w formie aneksu do umowy.

Aneksowanie umów o zamówienie publiczne

Warto w tym miejscu wspomnieć, że kwestia aneksowania umów o zamówienie publiczne uregulowana jest w art. 144 ust. 1 PZP: „Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”.

W temacie istotności zmiany wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych: „Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy PZP będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie, lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 ustawy PZP uzasadnia wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtagentur, w którym TSUE wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiły-

by dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia” (4).

Waloryzacja wynagrodzenia niewątpliwie należy do kategorii modyfikacji istotnych, a zatem jeśli zamawiający nie przewidzi waloryzacji już przy wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stronom pozostaje jedynie sądowa zmiana umowy, nawet jeśli zgodnie potwierdzałyby zasadność zwiększenia wynagrodzenia. Zmiana taka możliwa byłaby zatem jedynie na podstawie art. 357¹ Kodeksu cywilnego: „Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy”.

Przyczyny i skutki niestosowania zapisów o waloryzacji wynagrodzenia

Rzadkie stosowanie zapisów umożliwiających zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy z przyczyn płynących ze zmiany np. płacy minimalnej, wskaźnika inflacji czy też kursu określonych walut, wynikało najczęściej z obowiązującego u zamawiających systemu planowania budżetowego – dzięki stałemu wynagrodzeniu bez możliwości waloryzacji kwota wynagrodzenia nie ulegała zmianom na przestrzeni czasu, a zatem ułatwiała precyzyjne planowanie wydatków, zwłaszcza w przypadku zawarcia umów długoterminowych.

Z punktu widzenia wykonawców taka praktyka była jednak niekorzystna. Aby złożyć ofertę

z możliwie najniższą ceną (skoro w przypadku większości postępowań cena była jedynym kryterium oceny ofert), wykonawcy przykładowo ograniczali zatrudnianie osób wykonujących zamówienie na podstawie umowy o pracę lub też składali oferty nieuwzględniające wszystkich kosztów, co w przypadku umów długoterminowych wiązało się z dużym ryzykiem utraty płynności finansowej.

Doświadczenie pokazuje, że nierentowność kontraktów, która ujawniła się już po podpisaniu umów lub w związku z ryzykiem, którego wykonawca nie uwzględnił składając ofertę, była jedną z przyczyn upadłości dużych firm, których pozycja rynkowa wydawała się wcześniej stabilna.

Oczywiście art. 142 ust. 5 PZP ma zastosowanie również w sytuacji, gdy wynagrodzenie wykonawcy miałyby ulec obniżeniu – jednak w świetle dotychczasowych i planowanych zmian prawnych, zwiększających obciążenia przedsiębiorców np. z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne czy zdrowotne, taki scenariusz na razie jest mało prawdopodobny.

Nowelizacja ustawy PZP w powyższym zakresie jest zatem korzystna dla wykonawców i stanowi kolejny krok, po zmianach w odniesieniu do podwykonawstwa (wprowadzonych nowelizacją ustawy PZP z dnia 8 listopada 2013 r.), w kierunku poprawy sytuacji podmiotów realizujących umowy o zamówienie publiczne, zwłaszcza na roboty budowlane. W świetle licznych planowanych zmian legislacyjnych zwiększa to bezpieczeństwo kontraktów i w pewnym stopniu zmniejsza ryzyko upadłości wykonawców na skutek niekorzystnych i nieelastycznych umów o zamówienie publiczne.

Obowiązki zamawiających i wykonawców

Aby jednak cel ten został osiągnięty, konieczne jest świadome działanie obu stron. Przede wszystkim zamawiający powinien rozsądnie korzystać ze wszystkich

narzędzi przewidzianych ustawą PZP, przykładowo:

- zamawiający muszą pamiętać o uwzględnieniu w umowach zapisów dotyczących waloryzacji wynagrodzenia – przy czym nie muszą ograniczać się tylko do przesłanek waloryzacji wskazanych w PZP,

” Wprowadzenie obowiązku waloryzowania umów długoterminowych ma tak duże znaczenie, ponieważ może wywołać największe skutki ekonomiczne na rynku wykonawc

- stosowanie innych niż cena kryteriów oceny ofert również powinno być przemyślane – aby skutkiem była możliwość wyboru rzeczywistnie najkorzystniejszej dla zamawiającego oferty, zarówno cenowo, ale też pod względem np. innowacyjności czy wpływu na środowisko, a nie tylko samo spełnienie wymogów PZP.

Z drugiej jednak strony także wykonawcy mogą mieć znaczny wpływ na poprawienie swojej sytuacji na rynku kontraktów związanych z zamówieniami publicznymi:

- powinni kontrolować zamawiającego, czy przewidział we wzorze umowy klauzule waloryzacyjne, jeśli spełnione były przesłanki z art. 142 ust. 5 PZP – w przypadku niedopełnienia tego obowiązku wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej określone w Dziale VI ustawy PZP,
- w przypadku zmiany przepisów prawa stanowiących podstawę waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z art. 142 ust. 5 PZP – powinni niezwłocznie (ale nie później niż w ciągu 30 dni od dnia wejścia w życie tych przepisów), zwrócić się do zamawiającego o renegotiację obowiązujących umów długoterminowych, o ile oczywiście zmiany te mają wpływ na ich koszty wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę całokształt zmian, tzn.:

- obowiązkowe klauzule waloryzacyjne,
- możliwość określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,

- stosowanie innych niż cena kryteriów oceny ofert,
- i wreszcie bardziej czytelne przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny.

Regulacje te mogą prowadzić do bardziej prawidłowego kształtowania rynku wykonawców w branży energetycznej, m.in. poprzez bardziej realne ceny za wykonawstwo, zwiększenie przy realizacji kontraktów zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę i ograniczenie szarej strefy.

Przypisy

- (1) Szerzej w opinii UZP „Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego używającego swój potencjał, za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów”, <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;3052>
- (2) Art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.
- (3) Na podstawie: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2012.
- (4) Na podstawie opinii UZP „Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)”, <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1555>