

Nowe - przetargowe

Dodano: 21.10.2019

Czy nowe Prawo zamówień publicznych, które ma uprościć i usprawnić procedury przetargowe, ograniczy uprawnienia zamawiającego w zakresie kar umownych?



We wrześniu bieżącego roku zostało uchwalone nowe Prawo zamówień publicznych. Ustawa przeszła przez Senat bez żadnej poprawki, co pokazuje determinację większości parlamentarnej w przyjęciu regulacji przed końcem kadencji. Czy nowe prawo jest rewolucyjne?

Przygotowania aktu prawnego trwały kilkanaście miesięcy. Sposób procedowania nad dokumentem jest godny uznania. Urząd Zamówień Publicznych i Ministerstwo Przedsiębiorczości, które pilotowały projekt, organizowały w całej Polsce otwarte spotkania konsultacyjne. Każdy, kto miał w tym jakikolwiek interes, mógł przyjść i wyrazić swoje zdanie o tym, jak aktualna ustawa powinna się zmienić. Sam brałem udział w jednej z takich konferencji i z moich obserwacji wynika, że zjawili się tam przedstawiciele świata nauki prawa, praktycy, przedstawiciele zamawiających i wykonawców. Dobre i dostatecznie kompetentne grono, aby tworzyć nowe prawo.

Ustawa, jak zaplanowano, wejdzie w życie 1 stycznia 2021r. Założeniem prawodawcy było, aby: umożliwić zamawiającym lepsze przygotowanie zamówień, wprowadzić uproszczenia proceduralne, w szczególności w odniesieniu do zamówień poniżej wartości progów unijnych (w branży leśnej ?

rzadkie przypadki), zwiększyć konkurencyjność i rozszerzyć dostęp do rynku zamówień, zrównoważyć pozycję zamawiających i wykonawców, zwiększyć transparentność postępowań, zaproponować mechanizm pozasądowego rozwiązywania sporów, wprowadzić zmiany dotyczące umów o zamówienia, w tym nieco poskromić zapędy zamawiających w odniesieniu do kar umownych.

Na szczegółową analizę ustawy przyjdzie jeszcze czas. W chwili obecnej zaledwie zatem kilka wybranych uwag dotyczących ostatniego z wymienionych powyżej zagadnień.

Podejrzewam, że właściciele firm leśnych marzą, aby ustawodawca wykazał większą ingerencję w umowy projektowane przez nadleśnictwa, ograniczając silną pozycję zamawiającego. Przyjrzyjmy się zatem dla przykładu nowemu artykułowi 433. Klauzula stanowi, że "postanowienia umowy z wykonawcą nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia".

W tym miejscu wyjaśnienie: "opóźnienie" to w języku prawnym wykonanie po terminie bez winy wykonawcy, "zwłoka" to z kolei wykonanie po terminie z winy wykonawcy. Uchwalona ustawa zakazuje zatem obciążania wykonawcy karą za to, że zrealizował usługę po terminie, ale nie ze swojej winy. Za zawinione działanie tak czy owak odpowiedzialność ponosi.

Czy to w praktyce coś zmieni w życiu firm leśnych? Nie sędzę. Po pierwsze: aktualne postanowienia umów z nadleśnictwami nie przewidywały karania zuli za opóźnienia (bez winy wykonawcy), ale za zwłokę (z winy wykonawcy). Taka jest zresztą reguła wynikająca z kodeksu cywilnego.

Ci, którzy zmierzili się z problemem kar dobrze wiedzą, że spór z zamawiającymi na tym tle to zwykle kłótnia nie o prawo i treść umowy, ale o fakty: czy zul nie zrealizował zlecenia, bo źle zorganizował swoją pracę (wtedy ponosi winę), czy zul nie zrealizował zlecenia, bo było załamanie pogody i nie mógł wejść na pozycję (wtedy winy nie ponosi). Jeżeli ktoś sędzi, że nowa ustawa cokolwiek zmieni, to moim zdaniem myli się. Przepisy prawa nie mają często wiele wspólnego z oceną rzeczywistości na gruncie konkretnej umowy. Ewentualne spory tak czy owak będzie zatem rozstrzygał sąd.

Po drugie: zwróćmy uwagę, że druga część cytowanego przepisu brzmi: "chyba, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia". Ten fragment wręcz napawa mnie obawami.

Czy Lasy Państwowe nie zechcą uznać, że gwarancyjna odpowiedzialność zula (czyli także za niewykonanie bez winy) nie jest wymagana okolicznościami? Nie sędzę, aby tak się stało. Taki, ewentualny i ostry ruch zmusi branżę do poddania wzoru umowy pod ocenę KIO na etapie ogłoszenia postępowania i opublikowania dokumentacji przetargowej, w tym wzoru umowy.

Podobne rozważania można wysnuć przyglądając się innej części tego samego art. 433 nowej ustawy. W pkt 3. przepisu mowa o tym, że „postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”. Tu także nie oczekuję rewolucyjnych zmian. Wszakże aktualne wzory umów funkcjonujące w nadleśnictwach wcale takiej odpowiedzialności firmy leśnej nie przewidują. W problematycznych przypadkach i tak może dojść do sporu, czy niewykonanie zlecenia w terminie to odpowiedzialność tylko zula (za mało ludzi, za niskie kwalifikacje, zła organizacja, awaryjny sprzęt itp.) czy może jednak tylko zamawiającego (zlecenia prac w sposób dezorganizujący działanie wykonawcy, zbyt duża masa na jednym zleceniu, zbyt późno przekazane zlecenie itp.).

Doświadczenie uczy, że prawda zwykle leży gdzieś po środku. Jak widać, także w tym wypadku nowa ustawa to dla nas żadna rewolucja.

W kontekście postanowień umownych i ich mocy prawnej pojawia się jednak istotna zmiana, sygnalizowana zresztą na etapie prac przygotowawczych. Otóż przepisy dotyczące odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej zostały napisane w sposób dopuszczający możliwość zaskarżenia postanowień wzoru umowy.

Obecnie taka możliwość nie jest powszechnie akceptowana i zapadały w tym zakresie sprzeczne orzeczenia. Po wejściu w życie ustawy przedstawiciele branży leśnej będą mogli sięgnąć po prawo do odwołania po to, aby podjąć próbę wyeliminowania szczególnie dotkliwych zapisów. W przypadkach skrajnych, to bardzo dobra droga do korygowania propozycji Lasów Państwowych i walki o interes słabszego kontrahenta – wykonawcy w ramach wzajemnych praw i obowiązków.

Granice swobody zamawiającego będziemy zapewne badać z punktu widzenia zasady proporcjonalności wynikającej z przepisów nowej ustawy i mającej zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W ostatecznym rozrachunku i tak liczyć się będzie rozsądek sędziego, a nie sama tylko ustawa. Kto bezgranicznie wierzy w omnipotencję litery prawa może czuć się rozczarowany.



Łukasz Bąk, adwokat

Wspólnik w Kancelarii Jaskot, Bąk ? Adwokaci

Komentarze (0)

Nie dodano jeszcze żadnego komentarza.