

*Prawne i ekonomiczne
aspekty prawa zamówień publicznych
w inwestycjach drogowych*

*Aspekty prawne rynku zamówień publicznych
w drogownictwie
w świetle oczekiwań środowiska drogowców*

Wadium art.46 ust.4 a ustawy Prawo zamówień publicznych

4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

*Zmiana podstawy wniesienia środka ochrony
prawnej – zmiana pojęcia interesu prawnego
art.179 ust.1 („duża nowelizacja”)*

*„Art. 179. 1. Środki ochrony prawnej określone
w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,
uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi,
jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia
oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku
naruszenia przez zamawiającego przepisów
niniejszej ustawy.”*

Ograniczenie dostępności środków ochrony prawnej („duża nowelizacja”)

- Zamówienia podprogowe – ograniczony zakres możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej
- Zamówienia nadprogowe – zakres pełny
- Zniesienie protestów
- Wniesienie wpisu od odwołania pod rygorem zaniechania rozpoznania
- Koszt skargi

*Wadliwe przygotowania postępowania
przez Zamawiającego, a skrócenie terminów na zadawanie
pytań do siwz („mała nowelizacja”)
i terminów składania ofert („duża nowelizacja”)*

- art. 38 ust.1 – mała nowelizacja – Dz. U. Nr 206 z dnia 7.12.2009r. poz. 1591

„Art.38. 1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- *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 kwoty określone w przepisach wydanych na*
podstawie art. 11 ust. 8”

*Wadliwe przygotowania postępowania
przez Zamawiającego, a skrócenie terminów na zadawanie
pytań do siwz („mała nowelizacja”)
i terminów składania ofert („duża nowelizacja”)
cd.*

- — *pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.*
- *1a. Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął po upływie terminu składania wniosku, o którym mowa w ust. 1, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania.*
- *1b. Przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku, o którym mowa w ust. 1.;*

*Wadliwe przygotowania postępowania
przez Zamawiającego, a skrócenie terminów na zadawanie
pytań do siwz („mała nowelizacja”)
i terminów składania ofert („duża nowelizacja”)
cd.*

Art.43.1 – określa termin złożenia oferty w przetargu nieograniczonym:

Po „dużej nowelizacji”:

- Zamówienia podprogowe na roboty budowlane – termin nie krótszy niż 14 dni
- Zamówienia nadprogowe:
 - a) 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji drogą elektroniczną
 - b) 47 dni w przypadku przekazania ogłoszenia inną drogą

*Wadliwe przygotowania postępowania
przez Zamawiającego, a skrócenie terminów na zadawanie
pytań do siwz („mała nowelizacja”)
i terminów składania ofert („duża nowelizacja”)
cd.*

Ale, w przypadku zamówień nadprogowych, jeżeli informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym i zawierało ono wszystkie informacje zawierane w tym ogłoszeniu, w takim zakresie, w jakim one były dostępne w tym momencie i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu odpowiednio, nie krótszy niż:

- a) **22 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji drogą elektroniczną**
- b) **29 dni w przypadku przekazania ogłoszenia inną drogą**

*Wadliwe przygotowania postępowania
przez Zamawiającego, a skrócenie terminów na zadawanie
pytań do siwz („mała nowelizacja”)
i terminów składania ofert („duża nowelizacja”)
cd.*

I odpowiednio dla przetargu ograniczonego (art.52) od daty przekazania siwz :

- Zamówienia podprogowe – 14 dni
- Zamówienia nadprogowe – 40 dni
- Ale, w przypadku zamówień nadprogowych, jeżeli informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym i zawierało ono wszystkie informacje zawierane w tym ogłoszeniu, w takim zakresie, w jakim one były dostępne w tym momencie i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu odpowiednio, nie krótszy niż **22 dni od dnia przekazania siwz, ale z możliwością skrócenia do nawet 10 dni w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia**

Znaczne ograniczenie środków ochrony prawnej

„Duża nowelizacja”

- Zniesienie protestu
- Odwołanie
 - a) dla zamówień podprogowych brak możliwości wniesienia odwołania na opis przedmiotu zamówienia, czy też warunki umowy
 - b) dla zamówień nadprogowych - wprowadzenie obowiązku wniesienia wpisu pod rygorem nierozpatrzenia odwołania

Znaczne ograniczenie środków ochrony prawnej – praktyczna likwidacja skarg

*„Mała nowelizacja” – art.2 ustawy z dnia 5 listopada 2009r/ o zmianie ustawy -
Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach
cywilnych*

- *„1.Od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu
Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności
wpisu od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga z zastrzeżeniem ust.2.*
- *2. Jeżeli skarga, o której mowa w ust.1, dotyczy czynności w postępowaniu o
udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, pobiera się
opłatę stosunkową w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w
postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 000 000 złotych”.*

Ograniczenie dostępności zamówienia - art.22 ust.2 – „mała nowelizacja”

„Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego



Art.26 ust.2b i ust.2c – „mała nowelizacja”

„2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”

Art.26 ust.2b i ust.2c – „mała nowelizacja”

„2c. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku”.

Zmiany w treści umowy - Art.144 ust.1 – „mała nowelizacja”

„1. 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.”

Zmiany w treści umowy - Art.144 ust.2 – „duża nowelizacja”

„2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 podlega unieważnieniu”.

Warunki FIDIC jako kodeks dobrych praktyk

**Celowość implementacji zasad FIDIC
do zamówień publicznych, jako dokumentu
stanowiącego kodeks dobrych praktyk
w zakresie umów o roboty budowlane.**

Warunki FIDIC jako kodeks dobrych praktyk orzecznictwo w sprawach umów

1. **Ustawowym uprawnieniem Zamawiającego jest prawo do kształtowania istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ma on zatem prawo do zabezpieczenia swoich potrzeb i wymagań w sposób dla siebie dogodny.**
2. **2. Stosowanie „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” czy też „Warunków kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych, inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” opracowanych przez FIDIC przy zawieraniu umów o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dla Zamawiającego obowiązkowe. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oznacza to, że Zamawiający może dowolnie zmieniać ten dokument, poprzez wykreślanie poszczególnych warunków, ich modyfikację lub wprowadzając zupełnie nowe postanowienia umowne.**

Warunki FIDIC jako kodeks dobrych praktyk orzecznictwo w sprawach umów cd.

1. **Pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest wyraźnie uprzywilejowana w stosunku do wykonawcy, poprzez zapisy ustawy Prawo zamówień publicznych,.**
2. **Jedynie ograniczenia dla Zamawiającego, poza normą wyrażoną w Prawie zamówień publicznych, stanowi zakaz naruszania nadużywania prawa podmiotowego wyrażony w jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego, zapisanej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.**
3. **Praktycznie jedynym wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz wykonawca, jest możliwość niezawarcia umowy z zamawiającym – zaniechania złożenia oferty. Zamawiający zobowiązany jest natomiast zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach przez siebie określonych w siwz i nie wolno mu jest zawrzeć tej umowy bez przeprowadzenia wymaganej przepisami procedury.**

Warunki FIDIC jako kodeks dobrych praktyk orzecznictwo w sprawach umów cd.

1. **Nie można też pominąć wpływu opinii organów kontrolujących i nadzorujących Zamawiającego na kształt umowy, które dążą do przeniesienia wszelkich możliwych ryzyk na wykonawcę.**
2. **Rezultatem takich działań Zamawiającego jest niestety zazwyczaj wyższy koszt realizacji projektu i często trudności przy jego realizacji. No i oczywiście przewlekłe i kosztowne postępowania przed sądami cywilnymi, w których wykonawcy dochodzą należnych im w ich opinii kwot. A płacą za to wszyscy podatnicy.**

Zaliczki na poczet wykonania zamówienia - art..151 a – „mała nowelizacja”

Art. 151a. 1. Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Zaliczki mogą być udzielane, jeżeli:

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.

Ograniczenie to nie dotyczy jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków oraz innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego.


Zaliczki na poczet wykonania zamówienia - art..151 a – „mała nowelizacja” - cd.

- 3. Zamawiający nie może udzielić zaliczki, jeżeli wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki.*
- 4. Zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek.*
- 5. Zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2.*

Problemy ze stosowaniem przepisów ustawy

1. Duża częstotliwość zmiany przepisów
2. Likwidacja protestów
3. Ograniczenie składu Izby rozpatrującego odwołanie do jednej osoby – art. 188 ust.1 – „duża nowelizacja”
4. Rozbieżne orzecznictwo KIO np. w zakresie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych

Rażąco niska cena – czy istnieje możliwość jej wykazania?


COVEC

中国海外工程有限责任公司波兰公司
CHINA OVERSEAS ENGINEERING GROUP CO. LTD Sp. z o.o. Oddział w Polsce

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2009 r.

- 1) China Overseas Engineering Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie
- 2) Shanghai Construction (Group) General Co. z siedzibą w Szanghaju
- 3) China Railway Tunnel Group Co., Ltd. z siedzibą w Luoyang
- 4) DECOMA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

*PKK
19.08.09. 19 [signature]*

do: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**
ul. Żelazna 59
00-848 Warszawa

Stamp: GENERALNA DYREKCJA DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD
OTRZYMANO NR. 19697
dnia 19. 08. 2009
SKIEROWANO DO: [signature] pion. [signature] dla [signature] wydział. [signature] dnia [signature]

Warszawa 15.12.2009 r. ref: GDDKiA/DRI/2009/R/2/BP/Ce

A 2 Stryków – Konotopa

Kontrakty typu DB

1. Odcinek 1: A 2 365+261,42 do 394+500
 - Wykonawca: China Overseas
 - Oferta: 25,8 mln PLN za 1 km przy 61,2 PLN szacowanej przez inwestora (odpowiednio 6,2 mln euro i 14,77 mln euro)
2. Odcinek 2: A 2 394+500 do 411+465,8
 - Wykonawca: Mostostal
 - Oferta: 49,7 mln PLN za 1 km przy 61,3 mln PLN szacowanej przez inwestora
(odpowiednio: 12,0 mln euro i 14,79 mln euro)
3. Odcinek 3 A 2 : 411,465,8 do 431,500
 - Wykonawca: China Overseas
 - Oferta: 26,69 mln PLN za 1 km przy 54,9 mln szacowanej przez inwestora (odpowiednio 6,43 mln euro i 13,25 mln euro)
4. Odcinek 4: A 2 431+500 do 449+100
 - Wykonawca: Strabag
 - Oferta: 36,6 mln PLN za 1 km przy 56,8 mln PLN szacowanej przez inwestora (odpowiednio 8,8 mln euro i 13,7 mln euro)
5. Odcinek 5: A 2 449+100 do 456+239,67
 - Wykonawca Budimex Dromex
 - Oferta: 59,6 mln PLN przy 93,7 mln PLN szacowanej przez inwestora (odpowiednio 14,4 mln euro i 22,6 mln euro)

Projekty PPP - Kontrakty DBOT

- A 1 Nowe Marzy - Toruń 15,1 mln euro za 1 km
 - A 2 Nowy Tomyśl - Świecko 12,2 mln euro za 1 km
 - A 1 Stryków - Pyrzowice 9,6 mln euro za 1 km
- Kurs euro: 4,1437 PLN (11.12.2009r.)

Inne przykładowe problemy

- 1. Gwarancja zapłaty za roboty budowlane*
- 2. Zabezpieczenie płatności dla członka konsorcjum*
- 3. Umowa z podwykonawcą – w imieniu wszystkich członków konsorcjum czy pojedynczego partnera i w tym kontekście ochrona podwykonawcy na podstawie uregulowań art.. 647¹ kc*

Dziękuję za uwagę

