

# Kres handlu referencjami?

Przy okazji ostatniej nowelizacji prawa zamówień publicznych istotnie zmieniono zasady odpowiedzialności podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

W dniu 19 października 2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp.). Wraz z wejściem w życie tej nowelizacji, która uchyliła m.in. art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. (→ "Koniec epoki *Lex Alpine*"), wprowadzono do polskiego porządku prawnego solidarną odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby.

## Handel referencjami

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp., umożliwiający wykonawcom poleganie na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących ich z nimi stosunków, **pojawił się w polskim prawie pod koniec 2009 r.** Został on wprowadzony w celu zwiększenia konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez dopuszczanie do udziału w nich możliwie jak najszerszego kręgu potencjalnych wykonawców. Miał on być korzystny zwłaszcza dla małych i średnich przedsiębiorstw, które poprzez możliwość powoływania się na wiedzę, doświadczenie, zasoby ekonomiczne i finansowe innych podmiotów, mogły częściej brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia i wchodzić na nowe rynki. **W praktyce, wprowadzenie art. 26**

**ust. 2b Pzp. doprowadziło do powstania zjawiska zwanego "handel referencjami"**, czyli do odpłatnego lub nieodpłatnego wystawiania niedoświadczonym lub małym wykonawcom niemającym zrealizowanych zamówień referencyjnych, zaświadczeń o posiadaniu stosownego *know-how* lub zasobów ekonomicznych przez dużych i bardziej doświadczonych wykonawców niezainteresowanych braniem udziału w postępowaniu, w którym startował wykonawca otrzymujący od nich referencje.

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp. umożliwił udzielenie zamówienia wykonawcy, który, mimo spełniania kryteriów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia za sprawą "pożyczonych" albo "kupionych" referencji, okazywał się później niezdolny do samodzielnej realizacji tego zamówienia z powodu braku zasobów.

Na gruncie europejskiego systemu prawa zamówień publicznych, możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów innego podmiotu stanowi wyjątek od zasady przewidującej konieczność samodzielnego dysponowania przez wykonawcę odpowiednimi zasobami. W polskim systemie zamówień

publicznych, z powodu bardzo liberalnego podejścia ustawodawcy, wyjątek stał się jednak regułą.

Powszechna krytyka tego zjawiska skłoniła ustawodawcę do zmian w przepisach Pzp.

## Realność zasobów

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 26 ust. 2b Pzp., wykonawca obowiązany będzie udowodnić zamawiającemu, że będzie mógł dysponować zasobami podmiotu trzeciego, na które się powołuje, **w trakcie realizacji zamówienia.** Chociaż literalnie zmiana wprowadzona do art. 26 ust. 2b Pzp. mogłaby przejść wręcz niezauważona – dotychczas wykonawca musiał bowiem udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami "niezbędnymi" do realizacji zamówienia – oznacza ona fundamentalną zmianę systemową. Nowy przepis wprowadził bowiem **konieczność wykazywania przez wykonawców powołujących się na zasoby osób trzecich, że możliwość korzystania z tych zasobów będzie miała charakter realny, a przy tym gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.**

Dowodem potwierdzającym realne dysponowanie udostępnionymi zasobami ma być, jak dotychczas, **pisemne zobowiązanie** podmiotu udostępniającego zasoby do oddania tych zasobów do dyspozycji

wykonawcy. Szkoda, biorąc pod uwagę dość niejedolite orzecznictwo sądów okręgowych dotyczące ww. pojęcia "zobowiązania", że prawodawca nie zdecydował się na dokładne sprecyzowanie, co jest wystarczające do udowodnienia dysponowania zasobami, i określenie charakteru stosunku prawnego, który musi łączyć wykonawcę z osobą trzecią w tym zakresie.

## Solidarna odpowiedzialność

Powoływanie się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu wciąż nie będzie oznaczać obligatoryjnego udziału tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia publicznego. Jednakże, od dnia 19 października 2014 r., w związku z treścią nowego art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, **podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów w celu wykazania przez wykonawcę zdolności do realizacji zamówienia, może ponosić solidarną odpowiedzialność wraz z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą na skutek nieudostępnienia zasobów.**

Oznacza to, że w razie zaistnienia przesłanek odpowiedzialności, o której mowa w tym przepisie, **zamawiający będzie mógł żądać naprawienia całości lub części szkody zarówno od wykonawcy, jak i od podmiotu udostępniającego**, a naprawienie szkody przez jeden z tych podmiotów będzie skutkowało tym, że drugi podmiot zostanie z odpowiedzialności względem zamawiającego zwolniony.

Zgodnie z art. 366 kodeksu cywilnego, obydwie podmioty będą pozostawać zobowiązane aż do całkowitego

naprawienia szkody powstałej w majątku zamawiającego.

## Stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Ze względu na doniosłość zmian, Prezes UZP już 20 października 2014 r., a więc dzień po wejściu w życie nowelizacji (!), opublikował na stronach internetowych UZP opinię prawną *"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"*.

Prezes UZP w opinii podjął próbę wyjaśnienia, kiedy podmiot udostępniający nie będzie ponosić solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą wobec zamawiającego za szkodę powstałą na skutek nieudostępnienia zasobów.

**Po pierwsze**, podmiot udostępniający nie będzie ponosić odpowiedzialności solidarnej, jeżeli nieudostępnienie zasobów nie było przez niego zawinione. **Zdaniem Prezesa UZP**, w praktyce ten przypadek może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca wykonywał zamówienie przy udziale innych zasobów mimo gotowości udostępnienia zasobów przez podmiot udostępniający. Wydaje się zatem, iż Prezes UZP stwierdza, iż o ile wykonawca nie zwróci się do podmiotu udostępniającego zasoby z żądaniem ich udostępnienia, odpowiedzialność podmiotu udostępniającego nie powstanie. To raczej oczywista

konkluzja. Należy jednak przyjąć, że jest jedynie kwestią czasu, że zamawiający zaczną wprowadzać do zawieranych przez nich umów w sprawie zamówienia klauzule dające im uprawnienie do wzywania, w imieniu wykonawcy, podmiotu udostępniającego, do udostępnienia zasobów.

**Po drugie**, podmiot udostępniający nie będzie ponosił odpowiedzialności na podstawie art. 26 ust. 2e Pzp., jeżeli nie będzie zachodzić związek przyczynowo-skutkowy między nieudostępnieniem zasobów a szkodą dla zamawiającego. **Zdaniem Prezesa UZP**, w praktyce taka sytuacja będzie mieć miejsce w przypadku, gdy wykonawca wadliwie zrealizował część umowy, do wykonania której posłużył się udostępnionymi mu zasobami, w okolicznościach za które sam ponosi odpowiedzialność, to także raczej stosunkowo oczywista konkluzja.

## Luka w prawie?

Prezes UZP pomija w opinii inny ciekawy wątek, a mianowicie, czy art. 26 ust. 2e Pzp. znajduje zastosowanie w przypadku, **gdy podmiot trzeci udostępnił zasoby wykonawcy**, jednak na etapie realizacji zamówienia okazało się, że udostępnione zasoby są obarczone wadą lub udostępniono je w sposób nienależyty.

**Literalne brzmienie** przepisów Pzp., przewidujących odpowiedzialność jedynie za **"nieudostępnienie"** zasobów może sugerować, że art. 26 ust. 2e Pzp. nie dotyczy takiej sytuacji.

**Wydaje się jednak**, że, biorąc w szczególności pod uwagę cele, jakie sobie założył prawodawca (racjonalizacja procesu udostępniania zasobów wykonawcom przez podmioty trzecie), oraz regułę

interpretacyjną *a maiori ad minus*, **możliwa jest interpretacja, że skoro podmiot trzeci, zdaniem ustawodawcy, ma odpowiadać za nieudostępnienie zasobów, to powinien także ponosić odpowiedzialność za nienależyte ich udostępnienie.** Niewątpliwie kwestia ta będzie budzić wątpliwości (wystarczy wskazać, że na gruncie polskiego prawa cywilnego rozróżnia się niewykonanie od nienależytego wykonania zobowiązania). Dopóki na stosowną interwencję nie zdecyduje się prawodawca, z powyższym problemem interpretacyjnym będą musieli zmierzyć zamawiający, a za nimi zapewne judykatura.

### Nowelizacja a projekty partnerstwa publiczno-prywatnego (ppp)

Nowy przepis będzie także stosował się do procedur wyboru partnera prywatnego prowadzonych na podstawie przepisów Pzp. (i do umów ppp zawieranych w wyniku przeprowadzenia tych procedur). Wydaje się to oznaczać istotne komplikacje dla rynku ppp, ze względu na niedopasowanie tego przepisu do specyfiki projektów partnerstwa. Przepis powyższy wydaje się bowiem uniemożliwiać stosowanie w projektach ppp, w których wyboru partnera prywatnego dokonano na podstawie przepisów Pzp., jednej z podstawowych zasad, na których projekty te się opierają. Chodzi tu o zasadę oddzielenia ryzyka projektu inwestycyjnego realizowanego zazwyczaj przez spółkę celową od pozostałej

działalności inwestora branżowego czy inwestorów kapitałowych, którzy powyższą spółkę założyli. Wspólnicy spółki celowej (którzy, zazwyczaj są zobowiązani do dostarczenia tej spółce jako uczestnikowi postępowania referencji oraz oświadczenia, że będzie ona posiadać zasoby finansowe umożliwiające jej realizację planowanego projektu ppp), chcą odpowiadać w projektach ppp za ich należyłą realizację tylko w zakresie z góry przez nich uzgodnionym z podmiotem publicznym, nie chcą natomiast brać na siebie pełnej odpowiedzialności z tytułu następstw nienależytego wykonywania umowy ppp przez spółkę celową. Przepis art. 26 ust. 2 Pzp. zdaje się przekreślać taką możliwość, ponieważ o ile tylko prywatni sponsorzy i inwestorzy kapitałowi będą chcieli, aby ich spółka celowa zakwalifikowała się do procedury wyboru partnera prywatnego będą musieli oświadczyć, że posiada ona odpowiednie, oczekiwane przez zamawiającego zasoby. A jeżeli to zrobią, muszą liczyć się z ryzykiem, że w przyszłości zostaną wezwani przez spółkę celową, np. po jej przejęciu przez finansujących, do udostępnienia spółce zasobów niezbędnych do realizacji umowy ppp (*verba legis* – zamówienia). Inwestorzy mogą obawiać się także możliwości podnoszenia przez podmiot publiczny twierdzeń, że umowa ppp nie jest czy nie była należycie wykonywana, ponieważ wspólnik nie wyposażył jej w odpowiednie zasoby zgodnie ze swoimi pierwotnymi deklaracjami (niezależnie czy został do tego

formalnie wezwany przez spółkę). Niepewność co do ryzyk, które może dla wspólników oznaczać stosowanie w projektach ppp przepisu art. 26 ust. 2 Pzp. może w najbliższym czasie zniechęcić inwestorów branżowych oraz kapitałowych do udziału w projektach ppp w Polsce. Nie można oczywiście wykluczyć, iż rynek zacznie poszukiwać alternatywnych rozwiązań służących wyeliminowaniu tego problemu, takich jak np. kaskadowe udzielanie zasobów.

### Co mówią przepisy przejściowe?

Na zakończenie warto wspomnieć o przepisach przejściowych. Zgodnie z art. 3 ustawy zmieniającej, do postępowañ o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji (tj. **18 października 2014 roku**) oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowañ stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte (z reguły będzie to data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym) przed dniem 18 października 2014 roku, to do oceny udostępnionych zasobów osób trzecich (ich realności) oraz zasad odpowiedzialności tych osób stosuje się art. 26 ust. 2b w dotychczasowym brzmieniu i nie stosuje się art. 26 ust. 2e, **nawet jeżeli udostępnienie zasobów nastąpiło po 18 października 2014 r.**

## Kontakt

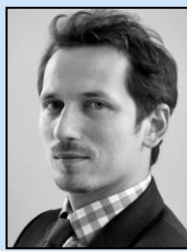


**Marcin Bejm**

Counsel

T: +48 22 429 9473

E: marcin.bejm@cliffordchance.com



**dr Piotr Bogdanowicz**

Senior Associate

T: +48 22 429 9528

E: piotr.bogdanowicz@cliffordchance.com

Niniejszy Client Briefing nie omawia wszystkich aspektów przedstawianych zagadnień i nie stanowi porady prawnej ani porady innego rodzaju.

Norway House, ul. Lwowska 19, 00-660 Warsaw, Poland

© Clifford Chance 2014

Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiołkiewicz i wspólnicy spółka komandytowa

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta\* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

\*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.