



Fot. Simone Colob/Corbis

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych – rewolucja czy ewolucja?

Do 18 kwietnia musi zostać wdrożona nowelizacja Prawa zamówień publicznych i niektórych innych ustaw. Szykuje się sporo nowości. Nowelizacja niesie wiele pozytywnych zmian, ale przynajmniej w początkowej fazie będzie się wiązała z dużą ilością pracy zarówno po stronie zamawiających, jak i po stronie szpitali. Będzie również wymagała innego podejścia ze strony organów kontrolnych oraz wypracowania nowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej.

Poddajemy analizie projekt ustawy o zmianie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw, w wersji numer 25, z 7 marca 2016 r. (zwany dalej „projektem nowelizacji”). Nowelizacja musi zostać wdrożona 18 kwietnia. Ma ona na celu wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady: Dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (zwanej dalej: „dyrektywą klasyczną”) oraz Dyrektywy 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (zwanej dalej: „dyrektywą sektorową”). Terminy implementacji zgodnie z art. 90 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz art. 106 ust. 1 dyrektywy sektorowej upływają, z pewnymi wyjątkami, 18 kwietnia 2016 r.

Uwzględniając projekt, nie można mieć wątpliwości, że jest to największa nowelizacja tych przepisów w ostatnich latach. Na uwagę zasługuje fakt, że w poprzedniej kadencji sejmu implementacja dyrektyw klasycznej i sektorowej planowana była poprzez wprowadzenie nowej ustawy. Już ten fakt pokazuje oczekiwaną skalę zmian.

Zasada *best value for money*

Najbardziej istotne w analizowanej nowelizacji jest to, że odzwierciedla ona wyraźną tendencję w wydatkowaniu środków publicznych zgodnie z zasadą *best value for money*, czyli nabywania najlepszych dóbr i usług na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach.

W opracowaniu „Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych” dr Paweł Nowicki wskazał, że Bank Światowy wśród podstawowych zasad sprawnych zamówień publicznych wyróżnia zasadę ekonomii oraz zasadę skuteczności (efektywności). O ekonomii zamówień publicznych mówimy dlatego, że są one procesem, którego głównym celem jest zapewnienie zamawiającemu udzielenia zamówienia zgodnie z zasadą *best value for money*. Z kolei przez skuteczne zamówienia publiczne Bank Światowy rozumie takie, które są udzielane szybko, bez zbędnych problemów i opóźnień. Autor publikacji stwierdził również, że w doktrynie prawa zamówień publicznych można także znaleźć inne podejście, oparte na zasadzie tzw. efektywności kosztowej (ang. *cost-effectiveness*). Zwiększenie efektywności kosztowej oznacza, że w ramach posiadanych zasobów zamawiający może uzyskać więcej dóbr bądź że ta sama ilość dóbr kosztuje mniej. W tym sensie efektywność kosztowa jest de facto synonimem efektywności ekonomicznej.

Z kolei w „Białej Księdze Zamówień Publicznych – sprawozdaniu z konsultacji z uczestnikami systemu zamówień publicznych poświęconych ocenie funkcjo-

„ Nowelizacja Prawa zamówień publicznych z października 2014 r. miała na celu przeciwdziałanie powszechnie krytykowanemu dyktatowi ceny w zamówieniach publicznych ”

nowania prawa zamówień publicznych w Polsce” opublikowanej przez Ministerstwo Gospodarki 15 stycznia 2015 r. można przeczytać: „Jednym z podstawowych narzędzi umożliwiających realizację zasady *best value for money* są kryteria oceny ofert. Nowa dyrektywa klasyczna już w preambule podkreśla znaczenie kryteriów oceny ofert w wyborze oferty gwarantującej najlepszy bilans ceny i jakości”.

Najkorzystniejsza oferta, czyli co?

Odzwierciedla to już nowa definicja wskazana w art. 2 pkt 5 projektu nowelizacji, zgodnie z którą przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę: „a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, lub b) najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała, lub c) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, albo d) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiot nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący”.

Cena już nie rządzi

Należy przypomnieć, że już nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z października 2014 r. miała na celu przeciwdziałanie powszechnie krytykowanemu „dyktatowi ceny” w zamówieniach publicznych. Zgodnie z treścią tej ustawy w nadal obowiązującym kształcie zamawiający może zastosować jako jedyne kryterium cenę, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe.

Artykuł 91 ust. 2 projektu nowelizacji brzmi: „Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne,
- 2) dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników,



Fotmagr.Zoo/Corbis

„ W dotychczasowej praktyce nierzadko się zdarzało, że najkorzystniejsza oferta w danym postępowaniu podlegała odrzuceniu z powodu braku dokumentów lub ich błędnego uzupełnienia ”

- 3) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników,
- 4) aspekty środowiskowe,
- 5) aspekty innowacyjne,
- 6) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia,

7) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji”.

Wskazany przepis ma ogromne znaczenie wobec toczącej się od lat dyskusji dotyczącej pozacenowych kryteriów oceny ofert. Proponowany projekt nowelizacji wskazuje wprost na te kryteria, oczywiście nie zamykając ich katalogu, na co wskazują słowa „w szczególności”.

Projekt nowelizacji idzie jednak znacznie dalej, ograniczając możliwość posłużenia się przez zamawiających kryterium ceny: „Kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli wskażą standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia” [art. 91 ust. 2a projektu nowelizacji].

Wątpliwości co do cyklu życia

Posłużenie się ceną jako jedynym kryterium lub kryterium o wadze powyżej 60 proc. będzie zatem możliwe dla zamawiającego tylko wówczas, gdy wskaże on standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia i dodatkowo wykaże (w załączniku do protokołu postępowania), w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Przepis ten nakłada na zamawiającego poważne obowiązki, które muszą być spełnione kumulatywnie. W związku z analizowaną zmianą projekt nowelizacji zakłada przededefiniowanie pojęcia „cykl życia”, które odmiennie niż w obecnie obowiązującym stanie prawnym nie będzie się odnosiło wyłącznie do produktu, lecz także do dostawy, usługi, robót budowlanych, gdyż zgodnie z art. 2 pkt 1a projektu nowelizacji, przez cykl życia należy rozumieć „wszelkie możliwe kolejne i powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności: badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie”.

Tu jednak pojawiają się istotne wątpliwości. Po pierwsze można sobie wyobrazić takie dostawy i usługi, dla których określenie cyklu życia *ipso facto* będzie trudne lub wręcz niemożliwe. Po drugie cykl życia będzie inny w przypadku takich samych usług lub dostaw, jednak zamawianych przez różnych zamawiających, znajdujących się w innej sytuacji faktycznej i prawnej.

Można odnieść wrażenie, że takie ujęcie możliwości stosowania kryterium ceny w projekcie nowelizacji zmierza wręcz do zniechęcenia zamawiającego do jego stosowania jako jedynego kryterium lub kryterium o wadze powyżej 60 proc.

W projekcie nowelizacji jest jeszcze jeden interesujący przepis: „Zamawiający może ustalić stałą cenę lub koszt. W takim przypadku kryteriami oceny ofert są inne kryteria” [art. 91 ust. 2b]. Powstaje pytanie, w przypadku jakich zamówień będzie można ustalić stałą cenę lub koszt.

Żądania zamawiającego wobec wykonawcy

Analizując przepisy projektu, trudno się oprzeć wrażeniu, że pojęcie ekonomiki zamówień publicznych dotyczy nie tylko wyboru oferty, lecz obejmuje proces udzielania zamówień jako całość. Bez wahania można stwierdzić, że projekt nowelizacji zmienia całą filozofię procesu organizacji postępowań, dostosowując go do zasady *best value for money*.

„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności

wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału mogą dotyczyć: uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej” [art. 22 ust. 1a, 1b projektu nowelizacji].

W tym kontekście należy przeanalizować pojęcie proporcjonalności w dwóch aspektach: wymagań i środków dowodowych, w tym dokumentów, jakich może żądać zamawiający. Najważniejsze jest jednak zdefiniowanie pojęcia proporcjonalności. Warto zacytować definicję proporcjonalności sformułowaną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości: „przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu” [wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, nr sprawy: C-414/97].

Oceniając w świetle zasady proporcjonalności wymagania zamawiającego, np. dotyczące doświadczenia zawodowego, Trybunał formułuje następującą tezę: „naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia” [wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 27 października 2005 r. w sprawie Conste SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria, nr sprawy: C-234/03]. Należy podkreślić, że zamawiający ma prawo określić wymagania wobec wykonawcy wyłącznie w takim zakresie, w jakim są one niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie ustawodawca, dążąc do zachowania równowagi, staje na straży interesu zamawiającego: „Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia” [art. 22d projektu nowelizacji].

Dokumenty, jakich ma prawo żądać zamawiający od wykonawcy

Podobnie należy rozumieć zasadę proporcjonalności w kontekście dokumentów, jakich zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” [art. 25 ust. 1 zd. 1 projektu nowelizacji]. Ponadto wykonawca, jeśli z uzasadnionej przyczyny nie może złożyć dokumentów (dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej) wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób



Fot. Boris Lyubner/illustration Works/Corbis

potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji [art. 26 ust. 2c projektu nowelizacji]. Zgodnie z projektem nowelizacji wykonawca nie będzie zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, w sytuacji gdy zamawiający posiada dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych. W dotychczasowej praktyce nierzadko się zdarzało, że najkorzystniejsza oferta w danym postępowaniu podlegała odrzuceniu z powodu braku dokumentów lub ich błędnego uzupełnienia. Obecnie takie sytuacje wpływają nie tylko na ekonomikę wyboru oferty, lecz także na ekonomikę całego procesu, gdy pozostałe oferty również podlegały odrzuceniu, ponieważ na przykład znacznie przekraczały kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację danego zamówienia. Taka sytuacja w obecnym

stanie prawnym powoduje konieczność powtórzenia postępowania. Ustawodawca rozwiązuje ten problem, wprowadzając zasadę wzywania wykonawcy do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ta sama zasada dotyczy niezłożonych lub złożonych wadliwie pełnomocnictw [art. 26 ust. 3 i 3a projektu nowelizacji]. Takie rozwiązanie zdecydowanie należy ocenić jako korzystne.

Ocena oferty czy żądanie dokumentów?

W obecnym stanie prawnym odpowiedź wydaje się oczywista – zamawiający najpierw sprawdza, którzy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, następnie ustala, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a dopiero na końcu ocenia oferty, wybierając tę najkorzystniejszą. Projektowane zmiany odwracają wskazany proces. Przede wszystkim należy wskazać, że wyko-

nawca wraz z ofertą składa jednolity elektroniczny dokument zamówienia, czyli deklarację, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału i na tym etapie nie przedstawia dokumentów.

Zgodnie z przepisami projektu nowelizacji zamawiający na tej podstawie ocenia złożone oferty, a przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych dokumentów potwierdzających wskazane okoliczności. Zamawiający najpierw ocenia zatem oferty, a dopiero później wykonawcę. Tak zaprojektowana zmiana może ułatwić, ale również znacznie utrudnić przebieg postępowania. Ustawodawca, działając w obronie interesu zamawiającego, wprowadza przepis umożliwiający zamawiającemu (gdy jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia) na każdym etapie postępowania wezwanie wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Jeżeli natomiast istnieją podstawy do uznania, że złożone uprzednio dokumenty nie są już aktualne, zamawiający może wezwać do złożenia aktualnych dokumentów [art. 26 ust. 2f projektu nowelizacji].

Opinia prezesa UZP?

Projekt nowelizacji przyznaje nową kompetencję prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych – wydawanie opinii zawierających interpretacje przepisów Prawa zamówień publicznych przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów, Trybunału Konstytucyjnego lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wskazane rozwiązanie ma zapewniać ujednoczenie stosowania Prawa zamówień publicznych, zmniejszając tym samym liczbę sporów wynikających z niejednolitej interpretacji przepisów. Istotne jest, że opinia prezesa UZP będzie wydawana nie tylko z urzędu, lecz także na wniosek, przy czym wnioskodawcą nie może być organ administracji publicznej.

Wniosek powinien zawierać uzasadnienie obejmujące w szczególności: przedstawienie zagadnienia, wskazanie przepisów ustawy wymagających wydania opinii prezesa UZP, wskazanie niejednolitego stosowania przepisów ustawy w określonych postępowaniach w takich samych stanach faktycznych oraz w takich samych stanach prawnych [art. 154c ust. 3 projektu nowelizacji]. Należy podkreślić, że redakcja powyższego przepisu umożliwia złożenie wniosku zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom. Czym zatem jest opinia?

Opinia prezesa UZP powinna zawierać w szczególności opis zagadnienia, w związku z którym jest dokonywana interpretacja przepisów ustawy, oraz wyjaśnienie zakresu i sposobu stosowania interpretowanych przepisów do opisanego zagadnienia wraz z uzasadnieniem prawnym [art. 155c ust. 2 projektu ustawy].

W tym kontekście w sposób naturalny powstaje pytanie, czy opinia prezesa UZP będzie miała taką moc jak interpretacja indywidualna, np. dyrektora izby skarbowej. Zasady wydawania indywidualnych interpretacji przepisów normuje art. 10 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej: „Przedsiębiorca może złożyć do właściwego organu administracji publicznej lub państwowej jednostki organizacyjnej wniosek o wydanie pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, w jego indywidualnej sprawie”. Należy jednak podkreślić, że wskazany przepis jednoznacznie ogranicza zakres wnioskowanej interpretacji do zagadnień prawnych dotyczących danin publicznych oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Tym samym w sposób oczywisty przepis ten nie znajduje zastosowania w przypadkach związanych z prawem zamówień publicznych. Niemniej warto się posłużyć wskazanym przykładem, porównując moc wiążącą opinii obu tych instytucji, tj. prezesa UZP zawierającej interpretację oraz organu skarbowego. Porównując oba instrumenty, należy wskazać, że w przypadku organu skarbowego ustawodawca dokładnie unormował zagadnienie związania interpretacją indywidualną: „Interpretacja nie jest wiążąca dla przedsiębiorcy, jednakże przedsiębiorca nie może być obciążony jakimikolwiek daninami publicznymi, sankcjami administracyjnymi, finansowymi lub karami w zakresie, w jakim zastosował się do uzyskanej interpretacji. Interpretacja jest wiążąca dla organów administracji publicznej lub państwowych jednostek organizacyjnych właściwych dla przedsiębiorcy i może zostać zmieniona wyłącznie w drodze wznowienia postępowania. Nie zmienia się interpretacji, w wyniku której nastąpiły nieodwracalne skutki prawne” [art. 10a ust. 2 i 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej]. W przypadku opinii prezesa UZP w projekcie nowelizacji brakuje przepisów normujących explicite zakres związania interpretacją. Niemniej należy wskazać co najmniej dwa skutki wydania interpretacji przez prezesa UZP. Po pierwsze wydana opinia będzie miała moc wiążącą w stosunku do organu, który ją wydał, co będzie miało znaczenie w przypadku kontroli przeprowadzanych przez UZP. Po drugie opinia prezesa UZP będzie mogła stanowić dowód w postępowaniu przed KIO lub w postępowaniu sądowym, że uczestnik postępowania działał w zaufaniu do organu administracji publicznej.

*Michał Modro, Anna Banaszewska
Autor jest radcą prawnym i członkiem zarządu
Fundacji Centrum Inicjatyw. Gospodarka i Zdrowie.
Autorka jest prezesem zarządu Fundacji Centrum Inicjatyw.
Gospodarka i Zdrowie, a także dyrektorem zarządzającą
Polskiej Federacji Szpitali.*