

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Jacek Sadowy*

UZP/DPIO-MSZI 28368 / 12.1149 / 09

Warszawa, 2009-07-03

GABINET MARSZAŁKA SENATU

wpłynęło dn. 6.07.09.

nr. 3763, podpis *Borusiewicz*

Szanowny Pan

Bogdan Borusewicz

Marszałek Senatu RP

SEKRETARIAT  
Biura Prac Senackich  
Wpłynęło dn. 7.07.09.  
nr. 4784, podpis *u*

*Szanowny Panie Marszałku,*

W odpowiedzi na przekazane pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. znak: BPS/DSK-043-1732/09 oświadczenie senatora Ryszarda Knosale w sprawie postulatów do zmian ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), uprzejmie informuję, co następuje.

1. Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie stosuje się jej do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro. Po przeliczeniu według kursu określonego w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1763), zamawiający nie stosuje ustawy – Prawo zamówień publicznych do równowartości kwoty 54 279,40 zł netto. Powyższe kwoty są na tyle wysokie, że z jednej strony pozwalają na elastyczne zawieranie umów o stosunkowo niskiej wartości, z drugiej zaś zapewniają, że środki przeznaczone na sfinansowanie zamówień o znaczącej wartości, których udzielenie może powodować istotny wpływ na sytuację finansową podmiotów działających na rynku, będą wydatkowane z zastosowaniem procedur określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Podwyższenie progu, zgodnie z przedstawionym postulatem, spowodowałoby wyłączenie spod obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych zamówień o znacznej jak na polskie warunki wartości. Mogłoby to prowadzić do obniżenia efektywności procesu udzielania zamówień oraz do powstawania patologii w prowadzonych postępowaniach wynikającej z braku przejrzystości stosowanych procedur.

Podwyższenie progu zagrażałoby również efektywności wydatkowania środków unijnych. Podkreślić należy, że chociaż do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne nie mają zastosowania przepisy dyrektyw unijnych o zamówieniach publicznych, to jednak zgodnie z prawem unijnym należy do nich stosować zasady traktatowe, takie jak zasada przejrzystości, niedyskryminacji, uczciwej konkurencji czy równego traktowania. Podwyższenie progu stosowania przepisów o zamówieniach publicznych mogłoby prowadzić do konieczności zwrotu środków unijnych ze względu na naruszenie zasad traktatowych przy ich wydatkowaniu. Ponadto zauważyć należy, że zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych w postępowaniach od 14 tys. euro do progów unijnych obowiązują znacznie złagodzone rygory, w szczególności dotyczące krótszych terminów składania ofert (7 lub 20 dni w przetargu nieograniczonym), ograniczenia możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej czy też możliwości odstąpienia od żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Mając to na uwadze zasadne jest utrzymanie obecnie obowiązującego progu stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

2. Zasadne jest, aby w sytuacji, gdy przedmiotem wniesienia środka ochrony prawnej jest kwestia pozostająca bez wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej, środek taki nie podlegał uwzględnieniu. Dostrzegając powyższe, w nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r. (która weszła w życie z dniem 24 października 2008 r.) została wprowadzona zmiana do art. 191 ust. 1a, zgodnie z którą „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania”. Tym samym, wszelkie kwestie proceduralne nie wpływające na wynik postępowania (a więc na wybór oferty najkorzystniejszej), nie mogą prowadzić do uwzględnienia odwołania. W takim przypadku Izba jest zobligowana do oddalenia odwołania.

Jednocześnie, nie jest celowe wyposażenie organu odwoławczego w prawo odrzucenia środka ochrony prawnej dotyczącego kwestii pozostającej bez wpływu na wynik postępowania już na wstępie, przed otwarciem rozprawy z udziałem stron. Podkreślić bowiem należy, że kwestia, czy wniesiony środek odwoławczy rzeczywiście dotyczy czynności, która nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania, jest kwestią merytoryczną, której organ odwoławczy nie jest w stanie rozstrzygnąć bez dokładnego zbadania istoty sprawy. Tym samym, kwestia ta powinna być rozstrzygana na rozprawie, w drodze orzeczenia rozstrzygającego spór co do istoty sprawy.

Nie jest jasne, jaki kształt miałyby przyjąć propozycja ograniczenia możliwości wnoszenia odwołań wyłącznie w celu utrudnienia lub uniemożliwienia skutecznego przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności wątpliwości budzi to, jaki podmiot miałby decydować, czy dany środek został w takim właśnie celu wniesiony. Ustalenie, czy celem wniesienia środka ochrony prawnej jest wyłącznie utrudnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy w istocie oceny zasadności danego środka i dlatego musi być dokonana z uwzględnieniem wszystkich

okoliczności danej sprawy. Mając to na uwadze, nie jest możliwe dokonanie takiej oceny a priori, bez przeprowadzania rozprawy.

3. Podniesienie progu kwotowego, od którego istnieje możliwość wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej do poziomu progów unijnych (206 000 euro w przypadku jednostek samorządu terytorialnego dla dostaw i usług oraz 5 150 000 dla robót budowlanych) prowadziłoby w istocie do pozbawienia wykonawców jakiegokolwiek ochrony prawnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości poniżej progów unijnych. Tymczasem procedury odwoławcze, chociaż z jednej strony przedłużają prowadzone postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak stanowią podstawowy instrument ochrony praw wykonawców i wpływają w sposób zasadniczy na zachowanie prawidłowości czynności dokonywanych przez zamawiających. Stąd też, niezmiernie istotne jest zagwarantowanie wykonawcom możliwości efektywnego zaskarżenia decyzji podejmowanych przez zamawiającego godzących w ich podstawowe prawa.

Podkreślić należy, że na skutek przyjęcia nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. w chwili obecnej możliwość wnoszenia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne jest ograniczona do niezbędnego minimum zapewniającego ochronę wykonawców w tych sytuacjach, w których ich prawa są w największym stopniu zagrożone. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w postępowaniach takich odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz 4) odrzucenia oferty.

Jednocześnie należy zauważyć, że dyrektywy regulujące zasady wnoszenia środków ochrony prawnej obowiązują dla zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub większej niż 5 150 000 euro a dla dostaw i usług od 133 000 euro lub 206 000 euro. Poniżej ww. progów prawo europejskie dopuszcza zatem ograniczenie rygorystów związanych ze środkami odwoławczymi. Jednocześnie jednak Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zwraca uwagę na konieczność zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie z postępowania czy też odrzucenie oferty. Takie stanowisko znalazło wyraz w *Komunikacie wyjaśniającym KE dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z dnia 1 sierpnia 2006 r.* Rozwiązanie przyjęte obecnie w polskim systemie zamówień publicznych stanowi prawidłową realizację prawa europejskiego, gwarantując tym samym właściwe wydatkowanie środków unijnych.

Warto również podkreślić, że przygotowywana obecnie nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych zakłada wprowadzenie istotnych zmian w systemie środków ochrony

prawnej, obejmujących między innymi usunięcie instytucji protestu. Powyższe rozwiązanie skróci czas trwania procedur odwoławczych o 20 dni powodując, że maksymalny okres trwania zakazu zawarcia umowy dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne wyniesie tylko 25 dni (a nawet 20 dni, jeżeli zamawiający przekazuje informacje wykonawcom faksem lub drogą elektroniczną). Prowadzić to będzie do znacznego przyspieszenia procedur o udzielenie zamówienia publicznego.

4. Przyjęty w ustawie – Prawo zamówień publicznych miesięczny termin na rozpatrzenie skargi przez sąd okręgowy jest terminem stosunkowo krótkim. Mając na uwadze wysoki stopień skomplikowania spraw dotyczących zamówień publicznych, a jednocześnie szeroki zakres przedmiotowy kognicji sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, realne możliwości wydania orzeczenia w terminie krótszym niż 1 miesiąc wydają się mało prawdopodobne.

Jednocześnie warto zauważyć, że wniesienie skargi do sądu okręgowego nie wstrzymuje w żaden sposób postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 182 zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, którym jest, zależnie od okoliczności faktycznych w danej sprawie, wydanie postanowienia kończącego postępowania odwoławczego albo wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą. Stąd też, wniesienie skargi na orzeczenie Izby na skutek zmian wprowadzonych nowelą z dnia 4 września 2008 r. nie wstrzymuje dziś prawa zawarcia umowy.

5. Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Określenie kryteriów oceny ofert jest dla zamawiającego instrumentem pozwalającym uzyskać przedmiot zamówienia, który najbardziej będzie odpowiadał jego potrzebom. W określonych sytuacjach osiągnięcie tego celu jest możliwe właśnie poprzez określenie jednoznacznych, obiektywnie przeliczalnych kryteriów lub nawet zastosowanie jako jedyne kryterium – najniższej ceny. Dlatego w mojej ocenie nie jest możliwe ograniczanie w jakikolwiek sposób prawa zamawiającego do ustalania kryteriów oceny ofert bądź narzucanie mu konkretnych rozwiązań.

Jednocześnie warto zauważyć, że w ostatnich latach odnotowany został sukcesywny wzrost średniej ilości stosowanych przez zamawiających kryteriów (2,69 w roku 2008, przy 2,31 w roku 2007 oraz 2,24 w roku 2006). Powyższe potwierdza, że problem stosowania ograniczonej liczby kryteriów nie ma swojego źródła w ustawie, lecz jest związany wyłącznie z praktyką udzielania zamówień publicznych.

6. Odnosząc się do kwestii skrócenia terminu składania ofert, uprzejmie informuję, że w obecnie przygotowywanym przez Urząd Zamówień Publicznych projekcie nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych przewiduje się skrócenie terminów składania ofert do 22 dni w postępowaniach powyżej progów unijnych. W związku ze skróceniem terminów składania ofert w postępowaniach powyżej progów unijnych proponujemy również skrócenie

terminu składania ofert w postępowaniu na roboty budowlane poniżej progów unijnych z 20 do 14 dni. Propozycje te niewątpliwie przyczynią się do przyśpieszenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, wychodząc naprzeciw postulatowi jednostek samorządu terytorialnego.

7. W chwili obecnej zamawiający ma obowiązek wzywać wszystkich wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw albo złożyli dokumenty, oświadczenia lub pełnomocnictwa zawierające błędy, do ich złożenia bądź uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga, że propozycja ograniczenia tego obowiązku do wzywania tylko wykonawcy, który zaproponował najkorzystniejszą ofertę mogłaby w pewnych okolicznościach prowadzić do przedłużenia procedur udzielania zamówień. Należy bowiem pamiętać, że wezwany w pierwszej kolejności wykonawca mógłby w odpowiedzi na żądanie zamawiającego przedstawione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie przedstawić prawidłowych dokumentów potwierdzających wymagania podmiotowe i przedmiotowe zamawiającego. Prowadziłoby to do konieczności powtórzenia całej procedury, być może nawet wielokrotnie, w odniesieniu do kolejnych wykonawców, powodując tym samym znaczne jej wydłużenie. Ponadto, nie sposób nie zauważyć, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia dochodzi do sytuacji, w których wykonawca składający ofertę najkorzystniejszą zostaje następnie wykluczony z postępowania, czy to na skutek uwzględnienia wniesionego środka ochrony prawnej, czy też z inicjatywy samego zamawiającego. Mogłoby to powodować konieczność wzywania do uzupełnienia dokumentów kolejnych wykonawców. Stąd też, w mojej opinii korzystniejszym rozwiązaniem w kontekście zapewnienia sprawności procedur zamówień publicznych będzie zachowanie obecnie stosowanego równoległego wzywania do uzupełnienia dokumentów wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem tych wykonawców, których oferta podlegałaby odrzuceniu niezależnie od uzupełnienia dokumentów.

8. Nie jest możliwa zmiana zasad szacowania wartości zamówień na roboty budowlane w zakresie umożliwienia odrębnego szacowania każdego projektu unijnego. Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowią prawidłową implementację postanowień dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE. Postanowienia ww. dyrektyw w zakresie szacowania wartości zamówienia nie pozwalają na odstępstwa od reguł w nich wyznaczonych. Zgodnie z art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy. Tym samym przyjęcie należy, że wprowadzenie proponowanego rozwiązania dotyczącego możliwości odrębnego szacowania wartości części zamówień dotyczących poszczególnych projektów prowadziłoby do sprzeczności prawa polskiego z regulacjami unijnymi w tym zakresie i mogłoby spowodować konsekwencje w postaci podjęcia przez Komisję Europejską postępowania przeciwko Polsce w trybie art. 226 TWE.

9. Ograniczenie możliwości zmiany umowy przewidziane w art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wprowadzone nowelizacją z dnia 4 września 2008 r., jest bezpośrednim wynikiem zarzutu zgłoszonego przez Komisję Europejską dotyczącego niezgodności wcześniejszego brzmienia tego przepisu z prawem unijnym. W piśmie z dnia 9 czerwca 2008 r. Komisja Europejska wyraźnie wskazała, że nawet w sytuacji, gdy zmiana jest niezbędna i wynika z okoliczności niezależnych od stron umowy, których nie można było przewidzieć, zmiana taka wciąż może skutkować obowiązkiem publikacji ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. Zdaniem Komisji, zmiana treści umowy może być dopuszczalna bez ogłoszenia nowego przetargu jedynie wówczas, gdy nie jest ona istotna, a także wówczas, gdy, choć jest ona równoznaczna z udzieleniem nowego zamówienia, jednak w danym przypadku dyrektywa nie przewiduje obowiązku ogłoszenia. Komisja Europejska podniosła również, że zgodnie z interpretacją Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, przedstawioną w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta*, zmiana niektórych warunków, na których zamówienie zostało udzielone, jest dopuszczalna „ze szczególnych powodów” jedynie wówczas, gdy zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej modyfikacji. Warunkiem koniecznym takiej modyfikacji, zgodnie z przywołanym orzeczeniem, jest określenie nie tylko okoliczności, z których wynika, ale również dokładny opis przewidywanej zmiany i jej dopuszczalny zakres.

Mając to na uwadze, nie jest możliwe uwzględnienie Pańskiej propozycji odnośnie zmiany art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia przez zamawiającego.

10. Ograniczenia w możliwości udzielania zamówień dodatkowych i uzupełniających również wynikają z postanowień prawa unijnego. Ograniczenia te, przewidziane w art. 67 ust 1 pkt 5-7 ustawy – Prawo zamówień publicznych, stanowią odzwierciedlenie wymagań określonych w art. 31 pkt 4 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 40 pkt 3 lit. g dyrektywy 2004/18/WE i w związku z tym nie mogą być uchylone.

*Zgromadzenie*

