

16 września 2008



Wkrótce przetargi na nowych zasadach

Nowe zasady uzupełniania dokumentów, możliwość poprawiania nieistotnych błędów i samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą – to tylko niektóre zmiany w przepisach o zamówieniach publicznych.

Nowe zasady uzupełniania dokumentów, możliwość poprawiania nieistotnych błędów i samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą – to tylko niektóre zmiany w przepisach o zamówieniach publicznych.

Wynikają one z uchwalonej niedawno przez Sejm nowelizacji prawa zamówień publicznych. Ustawa czeka już tylko na podpis prezydenta. Wejdzie w życie po upływie 30 dni od ogłoszenia. Warto jednak już teraz przygotować się na zmiany. Część przepisów znajdzie bowiem zastosowanie do przetargów, które dziś są ogłaszane czy nawet już trwają (bardziej szczegółowo piszemy o tym na sąsiedniej stronie).

Uzupełnianie dokumentów

Przedsiębiorcy przyzwyczaili się już do tego, że jeśli nie złożą na czas wszystkich dokumentów czy oświadczeń, mogą to później nadrobić. Pozwala na to art. 26 ust. 3 ustawy o prawie zamówień publicznych. Początkowo miał się zmienić tylko na tyle, żeby dopuszczać możliwość uzupełniania pełnomocnictw. W trakcie prac w Senacie pojawiła się jednak dużo bardziej radykalna poprawka, którą następnie zaakceptowali posłowie.

Dzisiaj, wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, zamawiający wyznacza termin dostarczenia nowych. I muszą one potwierdzać spełnianie warunków w terminie wyznaczonym na uzupełnienie.

W praktyce może to oznaczać, że niektórzy wykonawcy nie będą mogli wziąć udziału w postępowaniu. I to nie zawsze ze swojej winy. Urzędy skarbowe np. z reguły wydają zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami, które potwierdzają stan na dzień wystawienia. Zgodnie z przepisami można wnioskować o potwierdzenie stanu w dowolnej dacie, ale w praktyce zależeć to będzie od urzędnika. Z kolei wydobycie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego odnoszącego się do innej daty niż ta, z którą jest wystawiane, może być w

ogóle niemożliwe.

Pełnomocnictwo też można donieść

Nowością jest możliwość uzupełniania nie tylko oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, ale również pełnomocnictw. Dotychczas jeśli w trakcie badania okazywało się, że pełnomocnictwo było wadliwe lub go brakowało, zamawiający nie miał wyboru i musiał uznać, że ofertę złożyła osoba nieuprawniona. Teraz wezwie do uzupełnienia tego dokumentu.

Można stracić pieniądze

Z uzupełnianiem dokumentów wiąże się jeszcze jedna istotna zmiana. Jeśli wezwany wykonawca nie uzupełni brakujących lub wadliwych papierów, straci wadium (art. 46 ust. 4a pzp). Jedynym sposobem obrony będzie udowodnienie, że nie może uzupełnić dokumentów, oświadczeń czy pełnomocnictw z przyczyn od siebie niezależnych.

Sprostowanie ogłoszenia

Zamawiający będą mogli zmieniać treść ogłoszeń, i to także w zakresie warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert (art. 11 ust. 4 i art. 12 ust. 4 pzp). Dzisiaj w takiej sytuacji muszą rozpoczynać przetarg od początku. Zmiana ogłoszenia będzie się wiązać z przedłużeniem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny wykonawcom do uwzględnienia poprawek. W razie zmian istotnych, w szczególności dotyczących określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, czas ten nie będzie mógł być krótszy niż 22 lub 30 dni, jeśli wartość zamówienia będzie co najmniej równa tzw. progom unijnym.

Progi unijne

Są to kwoty, od których jest uzależniony obowiązek przesyłania ogłoszeń o zamówieniach Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Wynoszą one:

- 133 tys. euro – dla dostaw i usług (administracja centralna),
- 206 tys. euro – dla dostaw i usług (administracja samorządowa),
- 412 tys. euro – dla dostaw i usług (zamówienia sektorowe),
- 5,15 mln euro – dla robót budowlanych (wszyscy zamawiający).

Co to oznacza dla wykonawców? Będą musieli regularnie sprawdzać w Internecie, czy

ogłoszenie o zamówieniu, którym są zainteresowani, nie zostało zmienione. Może się bowiem zdarzyć, że przygotowywana przez nich oferta czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie wymagać korekty.

Wadium bez minimum

Tak jak to jest dzisiaj, zamawiający będzie musiał żądać wadium, gdy wartość zamówienia jest co najmniej równa tzw. progom unijnym. Do tych progów ma prawo sam zdecydować, czy jest potrzebne, czy też nie. Zmieni się natomiast przepis dotyczący wysokości wadium (art. 45 ust. 4 pzp).

Maksymalną granicą pozostanie

3 proc. wartości zamówienia. Zniesione natomiast zostanie minimum. Dzisiaj, jeśli zamawiający już żąda wadium, to jego kwota nie może być mniejsza niż 0,5 proc. wartości zamówienia. Po nowelizacji dolna granica zależeć będzie wyłącznie od woli zamawiającego.

Negocjacje bez ogłoszenia

Przy dużych negocjacjach (10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych) zamawiający, prowadząc negocjacje bez ogłoszenia, musi zaprosić do nich co najmniej siedmiu wykonawców. Ustawodawca uznał, że liczba ta jest zbyt wysoka. Dlatego nawet przy tak dużych zamówieniach wystarczy zaproszenie pięciu wykonawców.

Termin związania ofertą

Od wielu lat bolączką przedsiębiorców był art. 85 ust. 2 pzp. Czytając go literalnie, można było dojść do wniosku, że przedłużenie terminu związania ofertą przez wykonawcę jest możliwe tylko po wezwaniu zamawiającego. Prowadziło to do patologii. Zamawiający, który z jakichś względów nie chciał podpisać umowy ze zwycięskim wykonawcą, celowo przeciągał procedury i nie zwracał się do przedsiębiorców o przedłużenie terminu związania ofertą. A gdy ten upływał, unieważniał postępowanie.

Firmy próbowały się przed tym bronić, samodzielnie składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Tyle że wielu zamawiających uznawało to za niedopuszczalne. Co prawda ostatnio zapadło kilka wyroków, w których sądy okręgowe dopuszczały możliwość przedłużenia terminu związania ofertą bez wezwania zamawiającego, ale problem ten wciąż budził spore kontrowersje. Nowe brzmienie art. 85 ust. 2 pzp rozwiewa wszelkie wątpliwości. Zgodnie z nim wykonawca będzie przedłużać termin związania ofertą samodzielnie lub na wniosek zamawiającego.

Zdaniem eksperta: Hanna Niedziela, prezes firmy doradczej Centrum Obsługi Zamówień Publicznych

Wiele z przyjętych przez ustawodawcę zmian należy ocenić pozytywnie, zarówno patrząc od strony wykonawców, jak i zamawiających. Nieporozumieniem był obowiązek rozpoczynania od nowa wszystkich procedur, gdy zamawiający musiał coś zmienić w ogłoszeniu. Stąd też cieszy możliwość dokonywania zmian w ogłoszeniach i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet tych dotyczących warunków czy kryteriów oceny ofert.

Takim samym nieporozumieniem była konieczność odrzucania korzystnych ofert z powodu mało istotnych, często wręcz śmiesznych błędów. Teraz takie omyłki będą wreszcie mogły być poprawiane.

Sporym utrudnieniem dla obydwu stron kontaktów będą natomiast nowe reguły dotyczące ewentualnych zmian w umowach. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 144 ust. 1 pzp takie zmiany będą możliwe tylko wówczas, gdy zamawiający przewidzi możliwość ich dokonania w ogłoszeniu lub w specyfikacji oraz określi ich warunki. Innymi słowy, zamawiający powinien przewidzieć, kiedy zajdzie potrzeba zmian postanowień umowy. Problem w tym, że nie da się przewidzieć wszystkiego – życie zawsze niesie ze sobą niespodzianki. I może się okazać, że strony będą musiały realizować umowę, chociaż – obiektywnie patrząc – należałoby ją zmienić.

NIEWIELKI BŁĄD NIE BĘDZIE DYSKWALIFIKOWAŁ OFERTY

Nowelizacja przepisów pozwoli na poprawianie nie tylko omyłek pisarskich i rachunkowych. Będzie też można skorygować inne uchybienia w ofercie

To zmiana, którą od dawna postulowali zarówno sami zamawiający, jak i przedsiębiorcy. Dzisiejsze przepisy są na tyle rygorystyczne, że nawet najmniejsza różnica pomiędzy wymaganiami specyfikacji a treścią oferty wyklucza firmę z przetargu. Efekt? Zamawiający nierzadko musi wybrać ofertę o wiele milionów złotych droższą, gdyż w tej korzystniejszej znalazł się nieistotny błąd.

Co będzie można skorygować

Zgodnie z art. 87 ust. 2 zamawiający będzie poprawiał nie tylko oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, ale również błędy polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją. Pod jednym jednak warunkiem. Omyłki te (a w zasadzie ich korekta) nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty.

Więcej powodów do protestów

Ponieważ nowy przepis nie zawiera zamkniętego katalogu, lecz jedynie wprowadza możliwość poprawiania omyłek, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, można się spodziewać, że będzie powodem dodatkowych protestów (a następnie odwołań i skarg). Firmy zaczną się domagać poprawiania każdego błędu, a jeśli zamawiający odmówi, złożą protest, odwołanie, a na końcu skargę do sądu. Z kolei inni wykonawcy mogą podważać każdą poprawkę, przekonując, że ma istotne znaczenie dla oferty. – Zdaję sobie sprawę, że przepis pozostawia luz decyzyjny zamawiającemu, ale nie można w ustawie wyliczyć wszystkich sytuacji, do których może dojść. Już dzisiaj wykonawcy odwołują się w takich okolicznościach. Musieliśmy coś zrobić, aby dobre oferty nie były odrzucane z błahego powodu – przekonuje Jacek Sadowy, prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Czego nie wolno zmieniać

Pojawia się pytanie, czego nie wolno zmieniać w treści oferty. Odpowiedź na nie zależy będzie od sytuacji. Nieuwzględnienie 100 desek przy budowie dużego obiektu może być nieistotne, ale przy remoncie niewielkiego budynku może decydować o konkurencyjności oferty.

Od kiedy zaczną obowiązywać zmiany

Ustawa wejdzie w życie po upływie 30 dni od chwili opublikowania jej w Dzienniku Ustaw. Co do zasady nowelizacja obejmie postępowania wszczęte po tym terminie. Są jednak wyjątki. Część nowych przepisów znajdzie zastosowanie w już toczących się postępowaniach. Chodzi o te dotyczące zmiany ogłoszeń, treści specyfikacji, poprawiania omyłek w ofertach oraz przesłanek odrzucenia ofert.

Co to oznacza w praktyce? Załóżmy, że dziś ogłaszany jest przetarg, ale oferty będą badane po wejściu w życie nowelizacji. Zamawiający nie będzie już musiał odrzucić oferty, w której znalazły się niewielkie błędy. Będzie mógł je poprawić, jeśli nie zmieni to istotnie treści oferty.

Podobnie rzecz się ma z ewentualnym sprostowaniem ogłoszenia. Z dniem publikacji ustawy zamawiający uzyska prawo do zmiany jego treści, nawet gdy przetarg będzie już trwał.

Ułatwienia i utrudnienia w składaniu odwołań

Przedsiębiorcy zyskają prawo do wnoszenia odwołań nawet w małych przetargach. Niestety, tylko w ograniczonym zakresie

Dzisiaj wykonawca może się odwołać do Krajowej Izby Odwoławczej tylko wtedy, gdy wartość zamówienia wynosi co najmniej 133 tys. euro lub 206 tys. euro (w zależności od tego, kto organizuje przetarg: administracja centralna czy samorządowa). Poniżej tych progów przysługuje mu jedynie prawo do składania protestów. Te jednak są rozstrzygane przez samego zamawiającego, który na dodatek może w ogóle pozostawić je bez odpowiedzi (protest uważa się wówczas za oddalony).

Odwołania od 14 tys. euro

Wielu przedsiębiorców uważa, że od czasu wprowadzenia barier kwotowych mniejsze zamówienia publiczne są praktycznie poza kontrolą. Urząd Zamówień Publicznych doszedł do wniosku, że także w nich wykonawcy powinni mieć prawo dochodzić swoich racji.

Dlatego też po wejściu w życie zmienionej ustawy przedsiębiorcy będą mogli składać odwołanie także przy mniejszych zamówieniach – od 14 tys. euro. Odwołania te będą jednak musiały się ograniczać do wybranych kwestii. Wolno będzie podważać wybór jednego z trzech niekonkurencyjnych trybów (negocjacje bez ogłoszenia, wolną rękę lub zapytanie o cenę), niewłaściwy opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bezpodstawne wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty. W pozostałym zakresie odwołania nie będą przysługiwały. Firmy nie będą więc mogły podważać poprawności specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy wytykać błędów w ofertach innych wykonawców. Będą natomiast miały prawo bronić własnych ofert, jeśli zamawiający chciałby je bezpodstawnie odrzucić.

Przy mniejszych zamówieniach firmy nie będą mogły podważać poprawności ofert konkurencyjnych wykonawców

Tylko powyżej progów

W pełnym zakresie odwołania wolno będzie składać dopiero od tzw. progów unijnych, czyli 133 tys. i 206 tys. euro przy zamówieniach na dostawę lub usługi oraz 5,15 mln euro przy robotach budowlanych. Dopiero od tych kwot można więc będzie się spierać, czy oferta konkurencji jest poprawna czy też nie.

Co to oznacza w praktyce? O ile sytuacja firm startujących w przetargach na dostawę czy usługi poprawi się, o tyle firmy budowlane będą miały mniej praw. Dopiero od 5,15 mln euro będą miały szansę wykazać przed KIO, że konkurencyjna oferta powinna zostać odrzucona, gdyż zawiera błędy.

Liczy się data protestu

Zmienione przepisy działu VI „Środki ochrony prawnej” będzie się stosować do wszystkich protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie nowelizacji. Nie będzie więc miało znaczenia, czy przetarg został rozpoczęty wcześniej. Liczyć się będzie data wniesienia protestu. Ta sama data będzie przesądzać, jakie przepisy należy stosować do odwołań i skarg. Jeśli protest wniesiony zostanie przed wejściem w życie noweli, to do skarg i odwołań znajdą zastosowanie dotychczasowe przepisy; jeśli po – będzie się stosować nowe regulacje. Art. 184 ust. 1a prawa zamówień publicznych po zmianie.

W postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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;
- 4) odrzucenia oferty.

Co jeszcze zmieni się w przepisach

Nowelizacja umożliwi:

- uzupełnianie wadliwych lub brakujących pełnomocnictw,
- samodzielne przedłużanie przez firmy terminu związania ofertą,
- wykluczanie wykonawcy, który nienależycie wykona zamówienie, jeśli potwierdzi to prawomocne orzeczenie sądowe,
- prostowanie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych i ogłoszeń unijnych,
- ubieganie się w KIO o zniesienie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem protestu.
- składanie odwołań poniżej tzw. progów unijnych (w ograniczonym zakresie; w pełnym będzie to możliwe od progu 5,15 mln euro),
- zatrzymywanie wadium wpłaconego przez firmę, która nie uzupełni dokumentów,
- uczestnictwo w licytacji elektronicznej bez bezpiecznego podpisu elektronicznego,
- organizowanie licytacji elektronicznych na roboty budowlane,
- rezygnację z obligatoryjnych kontroli uprzednich (będą przeprowadzane obowiązkowo tylko przy zamówieniach współfinansowanych ze środków unijnych),
- zmianę treści specyfikacji także w zakresie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert.