

30 października 2008 r.

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych

Wchodząca w życie 24 października 2008 r. nowelizacja Prawa zamówień publicznych wprowadziła wiele istotnych zmian w procedurze przetargowej. Przede wszystkim przywróciła możliwość wnoszenia odwołań na niektóre nieprawidłowości dotyczące zamówień o wartości poniżej progów unijnych, które dotąd były poza kontrolą instancyjną.

Usługi po nowemu

Pierwszą rzeczą, na którą zwracamy uwagę, czytając nowelizację ustawy, jest zmiana definicji usług. Według niej przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami wymienionymi w załączniku II do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi lub w załącznikach XVII A i B do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Mniejsze rygory przy zamówieniach częściowych

W przypadku gdy zamawiający zdecyduje się udzielić zamówienia w częściach, nowelizacja wprowadza zasadę, że do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia (będą to przepisy mniej rygorystyczne, bo dotyczące zamówień o wartości poniżej progów unijnych). Aby było to jednak możliwe, muszą być spełnione dwa warunki: wartość tej części zamówienia musi być mniejsza niż równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, a łączna wartość tych części musi wynosić nie więcej niż 20 proc. wartości zamówienia.

Zmiana ogłoszenia

Kolejną nowością jest możliwość zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych poprzez opublikowanie w tymże biuletynie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Dotychczas zmianie nie podlegał opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert, warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełniania; po wejściu w życie noweli ograniczenia ten nie będą obowiązywały.

Możliwość zmiany ogłoszenia przewidziano także w odniesieniu do ogłoszeń opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - w tym wypadku zamawiający powinien przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania zgodnie z formą i procedurami określonymi w dyrektywie.

Konsekwencją zmiany ogłoszenia jest konieczność przedłużenia przez zamawiającego terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach.

Jeżeli zmiana ogłoszenia jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania i

dotyczy zamówień przekraczających wartość 133 000/206 000 euro - dla dostaw i usług oraz 5 150 000 euro - dla robót budowlanych, zamawiający przedłuża termin składania:

- ofert o co najmniej 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (przetarg nieograniczony),

- wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o co najmniej 30 dni (a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, o 10 dni) od dnia przekazania zmian,

- zgłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (przetarg ograniczony lub negocjacje z ogłoszeniem).

Obowiązkiem zamawiającego jest także niezwłocznie zamieszczenie informacji o zmianach w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej.

Wystarczy pisemne zapewnienie

Dotychczas warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było posiadanie niezbędnego potencjału technicznego i kadrowego do wykonania zamówienia. Brak takiego potencjału przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości skorzystania z podwykonawców zmuszał wykonawców do występowania w przetargach wspólnie z innymi w ramach tzw. konsorcjum. Nowelizacja PZP daje możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcy, który przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Takie pisemne zapewnienie będzie wystarczające do potwierdzenia posiadania przez wykonawcę zdolności wykonania zamówienia.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na inny przepis nowelizacji, który gwarantuje wykonawcom prawo do korzystania z usług podwykonawcy przy realizacji zamówienia, ale także uprawnienie zamawiającego do wyłączenia tej możliwości poprzez odpowiedni zapis w SWIZ.

Powstaje w związku z tym pytanie, czy w sytuacji gdy zamawiający wyłączył możliwość udziału podwykonawców w wykonaniu zamówienia, wykonawca może potwierdzić fakt posiadania potencjału technicznego lub kadrowego, przedkładając pisemne zapewnienie udostępnienia mu takiego potencjału przez inny podmiot (czyli podwykonawcę).

Szkoda musi być stwierdzona wyrokiem

Do tej pory ustalenie, czy dane zachowanie wykonawcy wywołało szkodę i było zawinione, a więc czy zaistniała przesłanka wykluczenia wykonawcy, należało do zamawiającego. Nowelizacja zmienia ten stan rzeczy, dając możliwość wykluczenia wykonawcy jedynie na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu wydanego w okresie trzech lat, z którego to wynika obowiązek naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. W przypadku uzyskania takiego orzeczenia nowelizacja nakłada na zamawiających obowiązek przekazania jego odpisu prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

Uzupełnienie dokumentów

Istotne zmiany nowelizacja wprowadza w procedurze uzupełniania dokumentów i oświadczeń, które wykonawca ubiegający się o zamówienie musi dołączyć zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ. Nareszcie brak pełnomocnictwa lub załączenie do oferty wadliwego pełnomocnictwa nie będzie skutkowało

nieważnością oferty. Nowelizacja zakłada bowiem możliwość uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa na takich samych zasadach, jak uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Ta korzystna dla wykonawców zmiana przeplata się z inną, już mniej korzystną, zgodnie z którą złożone w odpowiedzi na wezwanie o uzupełnienie dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu wyznaczonym na dzień składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Do tej pory był to dzień wyznaczony przez zamawiającego jako dzień uzupełnienia ofert. Konsekwencją takiego zapisu będzie możliwość uzupełnienia jedynie dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu istniejących w dacie składania ofert, a które nie zostały z różnych względów dołączone do oferty. Oznacza to, że jeżeli wykonawca nie doczytał specyfikacji, z której wynikał obowiązek załączenia np. zaświadczenia z urzędu skarbowego o braku zaległości podatkowych, a nie posiada aktualnego zaświadczenia, nie będzie mógł skutecznie uzupełnić dokumentacji o to zaświadczenie, ponieważ będzie one wydane po dniu składania ofert.

Modyfikacja specyfikacji

Zmianie uległ tryb modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Znowelizowane przepisy pozwalają dokonać takiej modyfikacji w uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert. Tak jak dotychczas o dokonanej zmianie zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza informacje o zmianie na tej stronie. Jeżeli zmiana specyfikacji prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, dodatkowo konieczne jest opublikowanie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (zamówienia poniżej 133 000/206 000 euro - dla dostaw lub usług oraz 5 150 000 euro) lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (zamówienia powyżej tej wartości).

Niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W przypadku gdy zmiana treści specyfikacji nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, a mimo to niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający ma obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, o czym informuje wykonawców, którym przekazano specyfikację, oraz umieszcza stosowną informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja jest tam udostępniana.

Wadium

Drobne korekty wprowadzono w zakresie wadium. Zniesiona została dolna granica, od której naliczane jest wadium (do tej pory było to 0,5 proc.). Oznacza to, że w przypadku zamówień o znacznej wartości zamawiający może nie wyznaczać wadium w ogóle albo wyznaczyć je na bardzo niskim poziomie (np. 0,05 proc.). W przypadku zamówień uzupełniających kwotę wadium ustala się od wartości zamówienia podstawowego.

Ważną zmianą jest upoważnienie zamawiającego do zatrzymania kwoty wadium wraz odsetkami w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełni dokumentów lub pełnomocnictwa, chyba że udowodni, iż nieuzupełnienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od niego. Z tego wniosek, że aby nie stracić wadium, należy uzupełnić ofertę, nawet jeżeli to uzupełnienie nie będzie skuteczne (np. o stare zaświadczenie z Krajowego Rejestru Sądowego); przepis wprowadza bowiem sankcję w postaci zatrzymania wadium w razie niezłożenia dokumentów, a nie niezłożenia prawidłowych dokumentów.

Wniosek po terminie w przetargu ograniczonym

Zgodnie z nowelizacją w przypadku złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po

terminie zamawiający niezwłocznie zawiadamia o tym wykonawcę, a następnie zwraca wniosek po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu.

Liczba wykonawców zaproszonych do negocjacji

Odnosnie trybu negocjacji bez ogłoszenia usunięty został zapis, który podnosił do siedmiu limit podmiotów zaproszonych do negocjacji dla zamówień o znacznej wartości. Po zmianie przepisów zamawiający będzie zapraszał do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż pięć, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż dwa.

Korekta przesłanki udzielania zamówień uzupełniających

Obowiązujące jeszcze przepisy PZP pozwalają na udzielenie zamówienia uzupełniającego w zakresie robót budowlanych i usług, jeżeli zamawiający zastrzegł to w SIWZ. Po wejściu w życie noweli udzielenie zamówień uzupełniających będzie możliwe, jeżeli informacja o tym znajdzie się w ogłoszeniu o zamówieniu.

Licytacja elektroniczna

Tu warto odnotować dwie istotne zmiany. Po nowelizacji będzie można udzielić zamówienia w trybie licytacji elektronicznej bez względu na przedmiot zamówienia (a więc także na roboty budowlane), jeżeli wartość zamówienia nie przekracza 133 000/206 000 euro - dla dostaw lub usług oraz 5 150 000 euro. Do tej pory zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie licytacji elektronicznej, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych.

Druga zmiana wiąże się z rozszerzeniem obowiązku publikacji ogłoszenia o licytacji elektronicznej również na Biuletyn Zamówień Publicznych.

Związanie ofertą

W wyniku nowelizacji o przedłużeniu okresu związania ofertą decydować będzie samodzielnie wykonawca. Zamawiający może jedynie zwrócić się do wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie oferty to tylko raz, na okres nie dłuższy jednak niż 60 dni. Wniosek powinien zostać przekazany wykonawcy na co najmniej trzy dni przed upływem terminu związania ofert (takiego wymogu nie było wcześniej). Przyznanie wykonawcy uprawnienia do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą umożliwi zawarcie ważnej umowy w postępowaniach, w których zamawiający z różnych powodów nie zwraca się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą.

Poprawienie omyłek

Radykalne zmiany nastąpiły w kwestii zasad poprawiania omyłek. Skreślony został art. 88 PZP, regulujący kazuistycznie przypadki, w których zamawiający mógł dokonać poprawek w ofercie. Według nowych zasad zamawiający poprawia w ofercie:

- oczywiste omyłki pisarskie,
- oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jednocześnie na mocy ostatniej nowelizacji zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca w terminie trzech dni (dotychczas siedmiu) od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją. Zgodnie z nowelą powodem odrzucenia oferty będzie także stwierdzenie w jej treści błędu w obliczeniu ceny.

Zasady zawierania umów

Nowelizacja PZP rozszerzyła z siedmiu do 10 dni okres, który musi upłynąć, aby zamawiający mógł skutecznie zawrzeć umowę dla zamówień o wartości przekraczającej 133 000/206 000 euro -- dla dostaw lub usług oraz 5 150 000 euro. Przy mniejszych zamówieniach okres ten nadal będzie wynosił siedem dni od dnia zawiadomienia wykonawców o wyborze najlepszej oferty.

Jednocześnie przewidziano, że zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem tych terminów, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona tylko jedna oferta.

Ważna modyfikacja dotyczy wyjątków od zakazu dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dotychczas możliwość taka istniała w razie wystąpienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego. Po 24 października zmiana będzie dopuszczalna, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Środki odwoławcze

Chyba najistotniejszą zmianą, jaką przynosi nowelizacja, jest przywrócenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości mniejszej niż 133 000/206 000 euro, przy czym chodzi tylko o rozstrzygnięcia protestów, które dotyczą:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę,
- opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
- odrzucenia oferty.

Dzięki temu wykonawcy zyskają instrument za pomocą, którego będą mogli eliminować najpoważniejsze uchybienia także w postępowaniach, gdzie wartość zamówienia jest niewielka; do tej pory usunięcie nawet najpoważniejszej nieprawidłowości w tych postępowaniach zależało od dobrej woli zamawiającego.

Terminy wnoszenia protestów i odwołań

Nowela wydłużyła termin wnoszenia protestów w przypadków zamówień o znacznej wartości (powyżej 133 000/206 000 euro - dla dostaw lub usług oraz 5 150 000 euro - dla robót budowlanych). Wynosi on 10 dni, licząc od dnia, w którym wykonawca powziął lub przy należytej staranności mógł powziąć wiadomość będącą podstawą wniesienia protestu. W przypadku zamówień o niższej wartości termin ten wynosi siedem dni. Jednocześnie nowe przepisy precyzują, że protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł do zamawiającego w taki sposób, że tamten mógł zapoznać się z jego treścią.

Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony, protest na treść specyfikacji wnosi się w zależności od tego, czy zamówienie przekracza wartość progów unijnych, w terminie siedmiu lub 10 dni od dnia jej doręczenia, jednak nie później niż trzy dni przed upływem składania ofert.

Zmienia się także termin wnoszenia odwołań, który przy zamówieniach powyżej progów unijnych wynosić będzie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu i siedem dni dla zamówień o niższej wartości. W odróżnieniu od protestu do zachowania terminu na wniesienie odwołania wystarczy nadanie go przed upływem tego terminu w placówce pocztowej.

Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Po wejściu w życie noweli uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu rozstrzygnięcia wszystkich protestów należeć będzie nie do prezesa UZP, a Krajowej Izby Odwoławczej. Wniosek zamawiającego zostanie uwzględniony, jeżeli izba uzna, że niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Na postanowienie izby w tym przedmiocie nie przysługuje już skarga do sądu.

Podstawa prawna:

Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058).

Adam Palowski

(Autor jest aplikantem radcowskim, współpracuje z działem szkoleń www.podatki.pl jako trener)

www.gazetapodatnika.pl