

Mity o zamówieniach publicznych



EduStrefa

Roczna opieka prawna
i merytoryczna

Autor publikacji- Katarzyna Wińska-Rużewicz

Zamówienia publiczne to materia spędzająca wielu osobom sen z powiek. Jest to płaszczyzna obciążona ryzykiem – to fakt. Natomiast wbrew powszechnemu przekonaniu, nie jest materia trudną. Rozpoczynamy program oddemonizowania zamówień publicznych. Dziś mity o zamówieniach publicznych – część pierwsza.

1. MIT: Szacowanie wartości zamówienia wg CPV

To, z czym się jeszcze spotykam, chociaż już nie tak często jak jeszcze kilka lat temu, to pomysł, by szacować wartość zamówienia (właściwie oceniać czy zamówienia są jednym zamówieniem) wg kodów CPV -czyli odwołanie do kodów CPV, przynależność bądź nie do danych grup czy kategorii, jest wyznacznikiem czy dane zamówienia są tym samym rodzajem i należałoby łącznie szacować ich wartość. Warto w miejscu tym podkreślić, iż to, czy dane zamówienia są tym samym rodzajem zamówień, zależy od tego, czy są kierowane do tego samego kręgu podmiotów -wykonawców, też wskazywanym jest – czy służą tym samym celom. CPV może być pomocne, ale zadaniem CPV jest opisanie przedmiotu zamówienia. Możemy pomocniczo posiłkować się CPV, ale ocena czy dane zamówienia są jednym zamówieniem, jest dokonywana przy uwzględnieniu zastosowania nabywanych rzeczy i możliwości ich nabycia u tych samych wykonawców, biorąc pod uwagę zwyczajową ofertę handlową podmiotów. Powszechnie przywoływane są tożsamości co do czasu udzielania, podmiotu, przedmiotu.

2. MIT: równe traktowanie wykonawców to pozwolenie wszystkim na ubieganie się o zamówienie

Powyższe można odwrócić – jeśli zamawiający wszczyna postępowanie, w którym nie mogą uczestniczyć wszystkie podmioty danej branży (z uwagi na OPZ, warunki udziału), to zamawiający narusza przepisy, zasady systemu zamówień publicznych, nierówno traktuje wykonawców, uniemożliwia udział i konkurowanie wszystkim wykonawcom na rynku. Otóż jak wskazuje treść art. 18 Dyrektywy klasycznej: *Zamówienia nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji.*

Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Zamawiający jest uprawniony do określenia przedmiotu zamówienia wg swoich potrzeb. Następnie bada, ocenia, jakie jego zdaniem powinien mieć cechy podmiot, który byłby w stanie wykonać zamówienie na właściwym poziomie, wykonawca o jakich cechach daje gwarancje należytego wykonania zamówienia. Oczywistym jest, iż tworzenie OPZ, ustalanie warunków udziału wg powyższych założeń, może doprowadzić do ograniczenia kręgu wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o zamówienie publiczne. Dopóki jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, przedmiotem zamówienia, ograniczenie kręgu wykonawców nie stanowi naruszenie zasad systemu. Co więcej – dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, którzy nie dają gwarancji należytego wykonania zamówienia, nie mają zasobów, wiedzy do jego wykonania, oraz pozwolenie im na konkurowanie z podmiotami dającymi gwarancję wykonania zamówienia, jest swoistym nierównym traktowaniem wykonawców i naruszeniem zasad, na jakich powinni konkurować.

3. MIT: Brak odwołań to dobrze prowadzone postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Etap wnoszenia środków ochrony prawnej jest elementem procedury udzielenia zamówienia. Możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej jest prawem wykonawcy. Brak odwołań w naszych postępowaniach może wskazywać, że dokonując czynności w postępowaniu zamawiający postępował zgodnie z litera prawa, której wykładnia jest jednolita, ale także że na tyle uzasadnienie czynności (lub ich braku) były uzasadnione i czytelne, że wykonawcy uznali je za prawidłowe i bezsporne. To ideał, do którego dążymy. Brak odwołań może też oznaczać, że zamawiający postępuje zachowawczo, dopuszczając do udziału wszystkich zainteresowanych postępowaniem (również tych którzy niekoniecznie posiadają zasoby do wykonania zamówienia), a opis przedmiotu zamówienia umożliwia sprzedaż produktów przez wszystkich wykonawców, którzy chcieliby nam swój towar sprzedać, nawet jeśli produkty te nie odpowiadają potrzebom zamawiającego. Nie zawsze jest to dobra droga – postępowania powinno się prowadzić w sposób

zapewniający zamawiającemu możliwość kupienia jedynie tego, czego potrzebuje, na poziomie jakościowym, funkcjonalnym jemu niezbędnym, od wykonawcy który daje posiada wiedzę i zasoby do jego należytego wykonania. Sytuacją naturalną jest to że gdy zamawiający określi OPZ wg swoich potrzeb, to nie wszystkie podmioty będą mogły zaoferować swoje produkty, a to może stać się przyczyną złożenia odwołania, którego uwzględnienie bądź nie będzie zależało od argumentowania swoich racji.

4. MIT: Brak możliwości dopytania o kwestie wskazane w wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny

Ustawa w art. 90 Pzp wskazuje procedurę wyjaśniania prawidłowości obliczenia ceny. Gdy zamawiający ma wątpliwości dot. wysokości ceny, a właściwie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, pytają. Utało się przekonania że pytają tylko raz, a wykonawca odpowiada i ma to zrobić w sposób wyczerpujący, wraz z potwierdzeniem wyjaśnień dowodami, tak by zamawiający wiedział że wykonawca wyjaśnił że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. A co w sytuacji w której wykonawca odpowiedział, wskazał kalkulację, ale zamawiający ma wątpliwości co do treści wskazanej w wyjaśnieniach?

Oczywiście w takiej sytuacji zamawiający może dopytać np. wykonawca wskazał że zakupy dany półprodukt za wskazaną cenę, lub przedłożył kalkulację, a zamawiający dopytuje – wskaż mi elementy danej pozycji w kalkulacji, albo dopytuje: gdzie został ujęty dany element. Granicą wyjaśniania będą niedozwolone negocjacje. O możliwości dopytania również KIO

5. MIT: Nie można stosować kryterium cenowego o wadze wyższej niż 60 %

Można.

Wprowadzenie w art. 91 ust 1 Pzp wskazuje jedynie że kryterium ceny o wadze wyższej niż 60 % wskazujemy w sytuacji w której wszystkie istotne elementy określiliśmy już w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym nie pozostawiamy swobody wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zupełnie innego, a jeśli zaproponuje lepszego niż nasze wskazane minimum, to zamawiający nie będzie tego dodatkowo punktował bo nie

jest to dla niego na tyle znaczące lub nie zamierza za to dodatkowo płacić. Zamawiający wskazuje że wystarczy mu przedmiot zgodny z OPZ, a ten został określony z uwzględnieniem całego życia produktu tzn. zamawiający zastanawiając się nad przedmiotem zamówienia i formułowaniem jego opisu, brał pod uwagę koszty eksploatacji, zużycie. Jest to odpowiedź na sygnały rynku zamówień publicznych, wskazujące że zamawiający kupując w zamówieniach publicznych biorą pod uwagę jedynie cenę zakupu, bez zastanowienia nad późniejszą eksploatacją i jej kosztem, kosztami powiązаныmi.

Warto tu przywołać wypowiedź Prezes UZP w Gazecie Prawnej:

„(...) choć nowe brzmienie art. 91 ust. 2a ustawy – Prawo zamówień publicznych rzeczywiście wprowadza limit wagowy, jeśli chodzi o stosowanie kryterium ceny, to jednocześnie wiele osób nie zauważyło alternatywy zawartej w tym przepisie. Zamawiający może bowiem wybierać ofertę na podstawie ceny, o ile określi standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykaże, w jaki sposób uwzględnił koszty życia produktu. Innymi słowy, teraz zamawiający będą mieli wybór: albo dobrze opisać przedmiot zamówienia, zwracając uwagę na jego jakość, albo też zastosują inne niż cena kryteria oceny ofert, co również ma pozwolić na osiągnięcie efektu lepszej jakości. Mam nadzieję, że takie rozwiązanie ukróci praktykę stosowania pozacenowych kryteriów pro forma, tylko po to, by wypełnić obowiązek ustawowy”

<http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/962516,prezes-urzedu-zamowien-publicznych-cena-moze-byc-jedynym-kryterium.html>

6. MIT: Wprowadzenie kryterium opustu cenowego na poziomie 40% i cena na 60% wyczerpuje art. 91 Pzp o wskazaniu ceny na poziomie nie wyższym niż 60%

Nie. Opust to element ceny. W przypadku kryteriów: cena – 60%, upust – 40%, nadal zamawiający wskazuje kryterium ceny na poziomie 100 %, a jedynie rozbitą na poszczególne elementy.

7. MIT: Aby wypełnić obowiązek z art. 29 ust 3a Pzp wystarczy wskazać w przypadku robót budowlanych, że np. kierownik budowy ma być zatrudniony na umowę o pracę.

Na umowę o pracę powinny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę wszystkie osoby, które realizując zamówienie świadczą pracę w myśl kodeksu pracy. Natomiast akurat w przypadku kierownika budowy – tu należy rozważyć czy wykonywanie przez niego czynności musi odbywać się na podstawie umowy o pracę.