

## OPINIE

# Nowe prawo o przetargach, czyli papier jest cierpliwy

Wojciech Hartung, 28.05.2015      aktualizacja: 28.05.2015, 08:01

**Gdy nie definiujemy oczekiwań, łatwo mówić o ich zaspokojeniu. Pokazuje to projekt o zamówieniach publicznych – pisze ekspert Wojciech Hartung.**

Po ponad roku od opublikowania w Dzienniku Urzędowym UE nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych ukazał się projekt ustawy rzekomo implementującej ich postanowienia. Wprowadzone dyrektywami regulacje nie doczekały się dotychczas w Polsce poważniejszej analizy, a bez tego trudno mówić o tym, że w ogóle wiemy, co „implementujemy”. Przedstawiam kilka przykładów (z bardzo wielu) braku zrozumienia regulacji unijnych i problemów generowanych przez nowe propozycje.

## Podstawy systemowe

W projekcie zapisano obowiązek traktowania wszystkich wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i równy. Innymi słowy, tak samo ma być traktowany wykonawca polski, niemiecki czy np. chiński. Równocześnie przewidziano zasadę, że wykonawcy z państw stron GPA (Porozumienia w sprawie zamówień rządowych) powinni być traktowani nie mniej korzystnie niż ci z siedzibą w UE. Problem w tym, że projektodawca zrobił „kopiuj-wklej” z art. 18 dyrektywy 2014/24/UE i nie zauważył, że obowiązek traktowania wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i równy dotyczy jedynie tych mających siedzibę w państwach UE oraz tych ze stron GPA. Nie mówi nic o równym traktowaniu wykonawców z państw trzecich.

Skoro wszystkich wykonawców mamy traktować tak samo, nie ma znaczenia, czy są oni z UE, z państwa strony GPA, czy państwa trzeciego. Sens zapisów unijnych jest inny. Chodzi o to, czy właściwe i uzasadnione byłoby odmienne traktowanie wykonawców z państw trzecich, a jeśli nawet, to czy w każdym postępowaniu i czy ewentualna decyzja w tym zakresie nie powinna pozostawać w gestii zamawiającego. Projektowany przepis nowej

polskiej ustawy takiej możliwości nie przewiduje.

### **Rozwiązania, które już są**

Ekscytację budzi instytucja JEDZ (jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Ma służyć uelastycznieniu procesu oraz ułatwieniu wykonawcom ubiegania się o zamówienia. Zamiast wszystkich dokumentów, wykonawcy na etapie składania wniosków lub ofert będą przedstawiali JEDZ zawierającego ich zaktualizowane oświadczenie własne. To żadna nowość. Analogiczne rozwiązanie (choć bez szumnej nazwy) funkcjonuje już od 2009 r. w ustawie o koncesji na roboty budowlane.

JEDZ nie jest żadnym ułatwieniem dla wykonawców, lecz wyłącznie dla zamawiających. Wykonawcy tak czy inaczej są zobowiązani zgromadzić wszystkie niezbędne dokumenty, tyle że zamawiającemu przedstawia je wyłącznie jeden z nich – ten, który uzyska zamówienie.

Diabeł oczywiście tkwi w szczegółach, ale by je odnaleźć, trzeba zrozumieć, o co chodzi w JEDZ. Otóż, o ile znajdzie on zastosowanie w przetargu nieograniczonym, o tyle już w procedurach dwuetapowych kluczowe będą dwie kwestie. Trzeba ustalić konsekwencje sytuacji, w której wybrany wykonawca nie przedstawi wymaganych dokumentów lub z dokumentów tych nie będzie wynikało, że spełnia on wymagane warunki. Chodzi o konsekwencje dla postępowania, a szczególnie dla wykonawców, którzy nie zostali zakwalifikowani do drugiego etapu, w którym powinni się znaleźć kosztem tego, który złożył niewiarygodne JEDZ. Ma to kluczowe znaczenie dla badania zachowania zasady równego traktowania podczas procedury wyboru wykonawców i poza niekorzystnymi skutkami dla niezakwalifikowanych wykonawców może prowadzić do kwestionowania prawidłowości wydatków ponoszonych z budżetu UE w związku z nieprawidłowym przeprowadzeniem postępowania i tym samym do nakładania korekt finansowych na zamawiających.

Przy obecnej konstrukcji, w celu uniknięcia wszelkich wątpliwości, zamawiający będą już na etapie kwalifikacji korzystać z możliwości domagania się wszystkich lub wybranych dokumentów od wszystkich kwalifikowanych do drugiego etapu wykonawców, jaką również daje im projekt ustawy. W rezultacie instytucja JEDZ stanie się, przynajmniej częściowo, pusta i nikomu niczego ułatwiać nie będzie.

Po drugie, trzeba ustalić termin, na kiedy dokumenty mają być aktualne – czy ma to być

data składania wniosków czy data składania ofert, a może dokumenty powinny być aktualne w obu datach – gdyby tak miało być, okazałoby się, że zwiększy się liczba zbieranych przez wykonawców dokumentów.

## **Kryteria oceny ofert**

Przykładem braku zrozumienia i wykorzystywania możliwości wynikających z przepisów unijnych jest postulowana od dawna przez wykonawców kwestia przewidzenia oceny ofert na podstawie kwalifikacji osób zaproponowanych konkretnie przez wykonawcę dla wykonania danego zamówienia. Rozwiązanie takie znalazło się w projekcie, bo to rzekomo dopiero nowe dyrektywy na nie pozwalają. Nic bardziej mylnego! Trybunał w wyroku z 26 marca 2015 r. potwierdził taką możliwość na gruncie starych przepisów, co jest oczywiste, bo wystarczy sprawdzić, na podstawie jakich kryteriów udziela zamówienia sama Komisja Europejska. Skoro uznajemy, że rozwiązanie takie jest słuszne, zgodne ze starymi przepisami unijnymi, dlaczego nie wprowadziliśmy go wcześniej w krajowych przepisach? Byłby to krok naprzód!

## **Co otrzymaliśmy**

Zamiast poważniejszej refleksji, której wymaga np. fakt, że przez te nowe przepisy przepływać będzie znaczna część środków z nowej unijnej perspektywy finansowej na lata 2014–2020, doczekaliśmy się potworka-hybrydy składającego się z jednej strony z powtórzenia przepisów starego prawa, z drugiej – z bezrefleksyjnego powielenia metodą kopiuj-wklej nowych zapisów unijnych. Nowa ustawa rzekomo wychodzi naprzeciw oczekiwaniom wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Ciekawe, dlaczego projekt nie zawiera jednego z kluczowych „oczekiwań”, tj. pełnego uwzględnienia zgodności specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zasadami współżycia społecznego.

Autor jest counselem w praktyce infrastruktury i energetyki w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka



Wojciech Hartung  
foto: materiały prasowe