

Projekt zmian do ustawy Prawo zamówień publicznych

Założenia do nowelizacji (cz. 2)

Przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych założenia do kolejnej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wynikają z obowiązku implementacji do prawa polskiego tzw. dyrektywy obronnej.

Agnieszka Zaborowska

Prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC

Poza przedstawionymi w poprzednim numerze miesięcznika planowanymi zmianami przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: pzp, Urząd Zamówień Publicznych przygotował również założenia implementacji dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (DzUrz UE L 216 z dnia 20 sierpnia 2009 r.), dalej: dyrektywa obronna.

Obowiązek implementacji

Implementacja dyrektywy obronnej ma przede wszystkim na celu wypełnienie przez Polskę obowiązku wynikającego z postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TUE). Ponadto, w art. 72 ust. 1 dyrektywy obronnej

określono, iż transpozycja zawartego w niej prawa do krajowych porządków prawnych powinna nastąpić w ciągu 24 miesięcy od dnia jej publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Termin ten upływa 21 sierpnia 2011 r. W przypadku niewdrożenia lub nieprawidłowego wdrożenia dyrektywy obronnej w ww. terminie Komisja Europejska może skierować skargę do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który – po jej uwzględnieniu – ma prawo nałożyć karę pieniężną.

Zakres podmiotowy i przedmiotowy

Podmiotami zobowiązanymi do stosowania znowelizowanych przepisów pzp w zakresie obronności i bezpieczeństwa będą podmioty określone w art. 3 ust. 1-4 pzp. Natomiast zakres przedmiotowy będzie obejmował:

- 1) dostawy sprzętu wojskowego i sprzętu newralgicznego, w tym także ich części, komponentów i podzespołów oraz roboty budowlane, dostawy i usługi związane z ww. sprzętem,
- 2) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgicznych robót budowlanych i usług.

Propozycja UZP

Urząd Zamówień Publicznych proponuje, aby znowelizowane przepisy zostały umieszczone w nowym rozdziale pzp – rozdziale 4a „Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”. Przepisy, które tam się znajdą będą stanowiły *lex specialis* w stosunku do przepisów pzp dotyczących udzielania zamówień publicznych.

Progi unijne

W przypadku zamówień z obszaru obronności i bezpieczeństwa, tak jak w przypadku zamówień klasycznych, przepisy pzp będą miały zastosowanie przy udzielaniu zamówień o wartości równej lub większej od tzw. progów unijnych. Jednocześnie proponuje się, aby zamawiający udzielający zamówień z obszaru obronności i bezpieczeństwa o wartości niższej od progów unijnych stosował procedury uproszczone, które będą polegały na:

- 1) skróceniu terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert,

- 2) obowiązku zamieszczania ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- 3) dowolności w żądaniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 4) dowolności w powoływaniu komisji przetargowej,
- 5) dopuszczalności zastosowania trybu licytacji elektronicznej,
- 6) skróceniu terminów związania z ofertą oraz terminów standstill,
- 7) ograniczeniu dopuszczalności wnoszenia odwołań wyłącznie w odniesieniu do czynności zamawiającego określonych w art. 180 ust. 2 pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu

Czynnikiem wpływającym na rozwój – w tym otwarcie rynku (zwłaszcza unijnego) zamówień publicznych w zakresie obronności i bezpieczeństwa – polskich przedsiębiorców ma być obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowej dziedzinie w DzUrz UE albo BZP. Planuje się także, aby zamawiający miał możliwość przekazywania do DzUrz UE lub zamieszczania na swojej stronie internetowej informacji o planowanych zamówieniach. Zamawiający będą mogli tego dokonać po zatwierdzeniu lub uchwaleniu planu finansowego. W przypadku zamawiających, którym statuty lub umowy nie nakazują sporządzania planów finansowych – zamieszczenie informacji o planowanych zamówieniach będzie miało miejsce raz w roku.

Przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny

Urząd Zamówień Publicznych wskazał, iż podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych będą przetarg ograniczony oraz negocjacje z ogłoszeniem (dyrektywa obronna nie przewiduje bowiem możliwości stosowania przetargu nieograniczonego). Dodatkowo proponuje się, aby znowelizowane przepisy dopuszczały stosowanie aukcji elektronicznej w trybie przetargu

Wyłączenia w zakresie stosowania przepisów pzp

Obowiązek stosowania procedury zamówień publicznych nie będzie obejmował:

1. postępowań ujawniających informacje sprzeczne z interesami bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej,
2. działalności wywiadowczej związanej z bezpieczeństwem ekonomicznym kraju albo bezpieczeństwem wewnętrznym państwa,
3. zamówień udzielanych w państwie trzecim, w tym zamówień cywilnych realizowanych podczas rozmieszczania sił poza terytorium UE,
4. zamówień udzielanych przez polski rząd innemu rządowi w przypadkach, które zostaną określone w pzp,
5. zamówień z zakresu uzbrojenia, sprzętu wojskowego oraz amunicji, którego wykaz określi Rada Ministrów na wniosek ministra obrony narodowej w drodze rozporządzenia – jeżeli będą zachodzić okoliczności wskazane w Traktacie,
6. usług finansowych z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych.

Ponadto wyłączenia w stosowaniu pzp będą dotyczyły zamówień, które podlegają zasadom proceduralnym zgodnie z umowami międzynarodowymi lub porozumieniami zawartymi pomiędzy Rzeczypospolitą Polską a państwem niebędącym członkiem UE lub związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium państw członkowskich UE lub krajów trzecich.

Jednocześnie UZP przewiduje wdrożenie do przepisów pzp zasady określonej w art. 11 dyrektywy obronnej, zgodnie z którą „nie można korzystać z zasad, procedur, programów, układów, porozumień lub zamówień, o których mowa w niniejszej sekcji w celu omijania postanowień niniejszej dyrektywy”.

ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Po przeprowadzeniu postępowania przy zastosowaniu ww. trybów podstawowych możliwe będzie również zawarcie umowy ramowej, przy czym art. 55 pzp nie będzie miał zastosowania.

Ponadto, dozwolone będzie również stosowanie dialogu konkurencyjnego na takich samych zasadach, jak w przypadku zamówień klasycznych (art. 60b pzp).

W przypadku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego zamawiający będzie zobligowany do zaproszenia nie mniej niż trzech wykonawców spełniających warunki udziału w danym postępowaniu. Jednocześnie, jeżeli uzna, że ich liczba jest zbyt niska, żeby zapewnić uczciwą

konkurencję, będzie miał możliwość zawieszenia postępowania i ponownego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku wystąpienia takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość zaproszenia wykonawców wybranych po pierwszej i drugiej publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub też będzie miał prawo unieważnić postępowanie i wszcząć kolejne.

Negocjacje bez ogłoszenia

Uregulowana zostanie również możliwość udzielania zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli wystąpi jedna z następujących okoliczności:

- 1) przypadek określony w art. 62 ust. 1 pkt 3 pzp,
- 2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego



nie wpłynęły żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostanie złożona żadna oferta lub wszystkie oferty zostaną odrzucone, a także zostaną stwierdzone nieprawidłowości w złożonych ofertach lub zostaną złożone jedynie oferty niemożliwe do przyjęcia,

- 3) zajdzie pilna potrzeba udzielenia zamówienia wynikająca z sytuacji kryzysowej i niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub też inna pilna potrzeba niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a potrzeb tych nie można było przewidzieć, w związku z czym nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem,
- 4) przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy będzie przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych – innych niż te, o których mowa w art. 4 pkt 3 lit. f pzp,
- 5) w przypadku zamówień dotyczących usług transportu lotniczego i morskiego dla sił zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej związanych z uczestnictwem w misji zagranicznej.

Zamówienia z wolnej ręki

Dopuszczalne będzie również zastosowanie trybu z wolnej ręki w następujących przypadkach:

- 1) zajścia okoliczności określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b oraz pkt 5, 8, 9 pzp,
- 2) zaistnienia sytuacji kryzysowej, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a także ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, których wcześniej nie można było przewidzieć, a wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, przy czym nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia,

Wejście w życie nowych przepisów

Do postępowań wszczętych przed wejściem w życie implementowanej dyrektywy obronnej zastosowanie będą miały przepisy dotychczas obowiązujące. W mocy pozostaną umowy zawarte przed wejściem w życie znowelizowanych przepisów pzp.

nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem,

- 3) w przypadku udzielenia w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze,
- 4) w przypadku udzielenia w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień.

Podwykonawstwo

Istotne odstępstwa od zamówień klasycznych przewidziane są również w zakresie podwykonawstwa. Zaproponowano bowiem rozwiązanie, zgodnie z którym wybór podwykonawcy będzie podlegał procedurze określonej w znowelizowanych przepisach pzp – jeżeli wykonawca jest podmiotem wskazanym w art. 3 ust. 1-4 pzp, a także jeżeli wykonawcy zostało udzielone zamówienie o wartości równej lub

przekraczającej kwotę, która zostanie określona w przepisach wydanych na podstawie przepisów upoważniających, a które zostaną zawarte w znowelizowanych przepisach pzp. Innymi ważnymi odrębnościami będą:

- możliwość zobowiązania wykonawców do powierzenia podwykonawcom co najmniej 30% zamówienia,
- w przypadku zobligowania wykonawcy przez zamawiającego do zawarcia umowy o podwykonawstwo, zamawiający będzie zmuszony do określania przedziału wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent wartości zamówienia,
- możliwość niewyrażenia zgody przez zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę.

Ochrona bezpieczeństwa państwa

Ważne jest, aby implementowanie dyrektywy nie zaburzyło bezpieczeństwa państwa polskiego. Z tego powodu planuje się, aby ochronę bezpieczeństwa zapewniały takie regulacje, jak:

- brak dostępu do informacji o szczególnych zamówieniach,
- pewność dostaw w sytuacjach kryzysowych,
- rozszerzenie przesłanek umożliwiających zamawiającemu wykluczenie wykonawcy i podwykonawcy, w tym przesłanki uznania wykonawcy lub podwykonawcy za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia bezpieczeństwa dla państwa,
- rozszerzenie katalogu przesłanek odrzucenia oferty oraz przesłanek unieważnienia postępowania, a także umożliwienie zamawiającemu określania pozaustawowych ww. przesłanek,
- możliwość stosowania elastycznych procedur w przypadku zamówień z zakresu badań i rozwoju, w tym projektów współpracy państw członkowskich,

– upoważnienie KIO do uchylania zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli niezawarcie umowy spowodowałoby negatywne skutki dla interesu Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie obronności i bezpieczeństwa.

Jedną z najbardziej kontrowersyjnych regulacji, mającą zapewnić bezpieczeństwo interesów krajów członkowskich, jest umożliwienie zamawiającemu – zarówno na etapie powadzenia postępowania, jak i na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego – weryfikacji pracowników wykonawców, a także odsunięcie danych pracowników od wykonywanych obowiązków w zakresie, w jakim mieliby oni brać udział w realizacji zamówienia.

Ponadto, istotną kwestią jest zapewnienie ochrony informacji niejawnych. Urząd Zamówień Publicznych sugeruje, żeby nałożyć na zamawiającego powinność informowania wykonawców o ciążyących na nich obowiązkach ochrony informacji niejawnych, udostępnionych wykonawcy na potrzeby prowadzonego postępowania. Dodatkowo, taki sam obowiązek będzie ciążył na wykonawcy względem podwykonawców. Także KIO będzie zobligowana do zachowania poufności informacji niejawnych.

Cel: oszczędności i rozwój

Projektowana nowelizacja ma prowadzić do zmiany systemu wydatkowania środków publicznych poprzez oszczędność, efektywność i celowość w zakresie udzielania zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Takiemu stanowi rzeczy mają pomóc wskazane przez UZP: określenie jednolitych procedur udzielania zamówień publicznych w omawianej dziedzinie, zapewnienie koordynacji polskich procedur z procedurami unijnymi dotyczącymi udzielania zamówień publicznych, stworzenie unijnego wyposażenia obronnego, a także

Nowe definicje

Obecny słowniczek ustawy, zawarty w art. 2, zostanie poszerzony o następujące definicje:

1. sprzęt wojskowy – przez co należy rozumieć sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicję lub materiały wojenne,
2. newralgiczny sprzęt – przez co należy rozumieć sprzęt do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagających ich wykorzystania lub je zawiera,
3. newralgiczne roboty budowlane – przez co należy rozumieć roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagających ich wykorzystania lub je zawierają,
4. newralgiczne usługi – przez co należy rozumieć usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagających ich wykorzystania lub je zawierają,
5. sytuacja kryzysowa – przez co należy rozumieć jakąkolwiek sytuację w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie trzecim, w której wystąpiło zdarzenie szkody, wyraźnie przekraczające swoim rozmiarem zdarzenia szkody mające miejsce w codziennym życiu, a przy tym w znacznej mierze naraziło życie i zdrowie wielu ludzi, lub mające poważne następstwa dla dóbr materialnych lub wymagające podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych dla życia; sytuacja kryzysowa ma miejsce także wówczas, gdy takie zdarzenie należy uznać za nieuchronne; konflikty zbrojne i wojny stanowią sytuacje kryzysowe,
6. cykl życia produktu – przez co należy rozumieć wszelkie możliwe kolejne fazy istnienia danego produktu, tj. badania i rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcję, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie, logistykę, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie,
7. zakupy cywilne – przez co należy rozumieć zamówienia inne niż określone w art. 131a, obejmujące zamówienia na produkty niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych.

zwiększenie zakresu europejskiej bazy dostawców w dziedzinie obronności.

Wydaje się, iż w perspektywie długoterminowej na oszczędności wpłynie również zmiana kryteriów oceny ofert, bowiem oprócz kryteriów wskazanych w art. 91 ust. 2 pzp będą dopuszczalne również takie jak:

- 1) koszt cyklu życia produktu,
- 2) rentowność,
- 3) serwis i pomoc techniczna,
- 4) stałość dostaw,
- 5) interoperacyjność,
- 6) właściwości operacyjne.

Dzięki implementacji dyrektywy obronnej zwiększą się nie tylko oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych oraz środków unijnych w zakresie obronności i bezpieczeństwa, ale również kontrolna nad ich zarządzaniem. ▀

Niniejszy artykuł został przygotowany w oparciu o „Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych” przygotowany przez Urząd Zamówień Publicznych.