

Maciej Łysakowski, adwokat, Wierzbicki Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. k.

Zamówienia publiczne na tle wyzwań sektora energetycznego w Polsce

Jedną z fundamentalnych zasad postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest wymóg zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - wynikający z art. 7 PZP ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013, poz. 907 ze zm., dalej jako „PZP”). W tym kontekście, w odniesieniu do zamówień publicznych sektora energetycznego, pojawia się kwestia zasad traktowania w zamówieniach publicznych ofert składanych przez podmioty z państw, niebędących stronami Porozumienia w sprawie zamówień rządowych z dnia 15 kwietnia 1994 r. (dalej jako „GPA”), które to porozumienie wyznacza pewne standardy równego traktowania w zamówieniach publicznych oraz ma gwarantować swobodny dostęp przedsiębiorców z państw-sygnatariuszy do rynku zamówień publicznych.



Problem ten jest przy tym istotny z uwagi na zbieg dwóch czynników. Z jednej strony mamy do czynienia z deklarowanym (i obserwowanym, również w sektorze energetycznym) powrotem chińskich gigantów do walki o rynek europejskich zamówień publicznych. W Polsce, po spektakularnym niewywiązaniu się z kontraktu przez konsorcjum COVEC, wykonawcy z Państwa Środka traktowani są z dużą nieufnością - chociażby ze względu na fakt, że wygzekwowanie kar umownych z aktywów na terenie Chin leży raczej w sferze teorii niż praktyki dostępnej dla zamawiających z sektora publicznego. W sektorze energetyki dochodzi również czynnik skutków ewentualnego niewywiązania się z kontraktu - znaczące przedłużenie się inwestycji w nowe źródła energii, czy infrastrukturę przesyłową - jest zdecydowanie niepożądane wobec prognozowanych problemów z dostawami energii - czego przykład mieliśmy już latem 2015 r. Z drugiej strony, należy również uwzględnić skalę wyzwań inwestycyjnych - a więc również środków do rozdysponowania w polskim sektorze energetycznym w nadchodzących latach.

Niezależnie przy tym od oceny, czy

działania zamawiających zmierzające do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców z dalekiego wschodu, uznamy za uzasadnione czy też nie, należy pamiętać, iż zamawiający ci zobligowani są do stosowania przepisów PZP - w tym do zapewnienia warunków uczciwej konkurencji. Jak się okazuje, również dla wykonawców z Państw, które niekoniecznie deklarują wzajemność.

Na tle wieloletniego stosowania art. 7 doszło do wykształcenia jednolitej praktyki orzeczniczej oraz dorobku doktryny, w których podkreśla się potrzebę zagwarantowania możliwie szerokiego dostępu do rynku zamówień publicznych - a co za tym idzie, konieczność ścisłej interpretacji przepisów, wprowadzających ograniczenia w możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Co istotne, również w dyrektywach europejskich - zarówno w warstwie legislacyjnej, jak i w uzasadnieniach - regulujących zamówienia publiczne, podkreśla się konieczność zagwarantowania szerokiego dostępu do rynku zamówień publicznych. Ma to zarówno umożliwić przedsiębiorcom dostęp do rynku, ale również - poprzez zaostrenie konkurencji - dać zamawiającemu większe możliwości wyboru.

W komentarzu do art. 7 PZP „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” (red. J. Pieróg, Warszawa 2015 r.) wskazano między innymi:

„Postanowieniami w zakresie warunków udziału w postępowaniu zamawiający może spowodować wyeliminowanie wykonawców mogących złożyć ofertę, ale niespełniających wymagań podmiotowych. Tego typu działanie jest dopuszczalne, ale ograniczeniem swobody zamawiającego jest właśnie zasada uczciwej konkurencji. Ma ona zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność postępowania. Wprawdzie z Prawa zamówień publicznych znikną znajdujący

się wcześniej zapis zakazujący zamawiającemu określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (dawny art. 22 ust. 2), ale w to miejsce wprowadzono zapisy pozytywne, które określają, jak należy opisać warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny (art. 22 ust. 4 i 5).”

„Zasada równego traktowania, oznaczająca m.in. zakaz nieuzasadnionego preferowania niektórych ofert, doznaje pewnego ograniczenia w zamówieniach sektorowych. Artykuł 138c ust. 1 pkt 4 i ust. 2 przewidują tzw. preferencje wspólnotowe dla ofert proponujących towary pochodzące z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Nie są to preferencje podmiotowe, w związku z czym każdy, kto zaproponuje preferowane towary, będzie traktowany na równi z innymi wykonawcami oferującymi takie towary.”

Spośród orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej warto przytoczyć wyrok z 20.06.2013 r. (KIO 1314/13):

„Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszenia konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekraczające jakąkolwiek konkurencję.”

Na tym tle trudno sobie wyobrazić, aby wykluczenie oferentów mających siedziby w określonych rejonach geograficznych wyłącznie ze względu na pochodzenie, bez zagłębiania się w indywidualną sytuację każdego z nich, mogło być w przekonujący sposób uzasadnione obiektywnymi potrzebami i interesami zamawiającego. W szczególności próby wykazywania



takich potrzeb i interesów w postaci gwarancji należytego wykonania zamówienia będą trudne do obrony. Po pierwsze, zamawiający ma inne narzędzia w tym celu (wymogi dotyczące doświadczenia, zabezpieczenie należytego wykonania umowy). Po drugie, samo pochodzenie wykonawcy niczego nie gwarantuje: oponenti takiego rozwiązania bez problemu będą w stanie wykazać (przy odpowiednim doborze porównywanych wykonawców i realizowanych kontraktów), że wykonawcy z Chin mogą być bardziej rzetelni i doświadczeni niż rodzimi gracze.

Należy również pamiętać, że próba wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców, mających siedzibę w określonych państwach, niezależnie od przyjętego mechanizmu, stanowiłaby w istocie kryterium podmiotowe udziału w postępowaniu - w związku z czym należy uwzględnić dorobek doktryny i orzecznictwa w tym zakresie, w szczególności w odniesieniu do art. 22 PZP.

W komentarzu wskazano między innymi:

„Warunki udziału w postępowaniu, czyli tzw. warunki podmiotowe, powinny być związane z przedmiotem zamówienia. Powinny też być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, czyli tak naprawdę do jego zakresu lub wartości. Tego rodzaju przepis po nowelizacji z 5.11.2009 r. znalazł się w ustawie, ale wcześniej tego rodzaju zasadę wypracowało orzecznictwo i doktryna. Określając warunki udziału w postępowaniu, należy więc brać pod uwagę nie interesy zamawiającego, lecz rodzaj zamówienia, jego przedmiot, zakres i wartość, sposób wykonania i sposób płatności przewidziany w projekcie umowy.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza ich wartościową lub terminową adekwatność do zamawianego przedmiotu. Jak stwierdziła KIO w wyr. z 9.04.2013 r. (KIO 720/13, Legalis), warunek proporcjonalny to taki, który bezpośrednio nawiązuje do zdolności wykonawcy do wykonania całego zlecanego zakresu

zamówienia. W innym wyroku KIO określiła, że zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia (wyr. z 14.12.2012 r., KIO 2636/12, Legalis). Nie należy więc żądać doświadczenia w realizacji zamówień o wartości znacząco przewyższającej wartość zamówienia. Nie należy też oczekiwać doświadczenia w realizacji umów długoterminowych, jeżeli przedmiot zamówienia nie ma takiego charakteru. Natomiast zaniżenie warunków udziału w postępowaniu nie ogra-

”

(..) w odniesieniu do zamówień publicznych sektora energetycznego, pojawia się kwestia zasad traktowania w zamówieniach publicznych ofert składanych przez podmioty z państw, niebędących stronami Porozumienia w sprawie zamówień rządowych z dnia 15 kwietnia 1994 r. (...)

nicza dostępu do zamówień, a wprost przeciwnie, umożliwia szerszą konkurencję, stąd też sytuacja taka nie może być kwalifikowana jako naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych (tak KIO w wyr. z 12.04.2013 r., KIO 738/13, Legalis).”

Co istotne, art. 22 PZP daje podstawy do formułowania warunków udziału w postępowaniu jedynie w zakresie wskazanym w tym przepisie, dotyczących zagadnień wskazanych w ustawie. Teoretycznie jest to furtka do takiego

skonstruowania warunków, aby znacząco utrudnić wybranym kategoriom wykonawców możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia. Takie ograniczenie musi być jednakże zgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, oraz z zasadą proporcjonalności.

W zakresie określonym w art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP zamawiający określają konkretne warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, iż żądanie wykazania się określonym doświadczeniem jest chyba najczęściej stawianym wymogiem w postępowaniach o zamówienie publiczne.

Ustawa nie reguluje, a orzecznictwo wręcz nie pozwala na ograniczanie warunku wiedzy i doświadczenia zdobyciem go w realizacjach na rzecz konkretnych zamawiających. Co więcej, w doktrynie przyjmuje się, że nie jest ponadto dozwolone ograniczanie tego warunku także pod względem terytorialnym, np. tylko w Polsce (tak Jerzy Pieróg, Komentarz do Ustawy Prawo zamówień publicznych, 2015 r. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1639/14).

Powyższe stanowisko, w zakresie braku możliwości wprowadzenia do treści SIWZ wymogu posiadania przez wykonawcę doświadczenia jedynie na określonym obszarze geograficznym, potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 20.03.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 29/12. Zgodnie z wykładnią przepisów zaprezentowaną w Uchwale, KIO uznała, że nie jest dopuszczalne ograniczanie obszaru geograficznego, gdzie uzyskane zostało doświadczenie, w celu zagwarantowania spełniania przez przedmiot zamówienia konkretnych parametrów.

W komentowanej uchwale Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzono, że wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia sformułowany w sposób ograniczający możliwość wykazania się przez wykonawcę określonym doświadczeniem prowadzi do naruszenia zasady

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dalszej kolejności wskazać należy, iż warunkiem udziału w postępowaniu może być również dysponowanie odpowiednim potencjałem kadrowym rozumianym jako dysponowanie osobami posiadającymi odpowiednie wykształcenie i kwalifikacje zawodowe. Przez odpowiednie kwalifikacje należy rozumieć zarówno niezbędne uprawnienia do dokonywania danych czynności, jak i posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia osób wykonujących określone czynności.

Odnosząc się do wymogu odpowiedniego doświadczenia osób, za pomocą których wykonawca będzie realizował zamówienie, w doktrynie wskazuje się, że PZP nie ogranicza doświadczenia niezbędnego do wykonywania zamówień wyłącznie do doświadczeń nabytych w pracach na rzecz sektora publicznego (szerzej - na rzecz zamawiających) lub na określonym terenie - Polski czy Europy. Istotą posiadania doświadczenia jest wykazanie się wykonywaniem określonych czynności, a nie ich wykonywanie dla określonego odbiorcy lub w określonym miejscu (W. Dzierżanowski, *Komentarz do Prawa zamówień publicznych*, wyd. VI, LEX 2014).

W kontekście wskazanych uwag i orzecznictwa pragniemy zauważyć, że arbitralne wyłączenie wykonawcom z danego kraju (jak np. z Chińskiej Republiki Ludowej) możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, najprawdopodobniej zostałyby uznane za rozwiązanie nieproporcjonalne.

Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę, iż spełnienie warunku dysponowania określonym potencjałem kadrowym nie musi oznaczać pozostawania wykonawcy w stosunku pracy z osobami za pomocą których wykonawca wykona zamówienie.

Wymóg w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym następuje przez wykazanie dysponowania osobami, np. na podstawie stosun-

ku prawnego wynikającego z zawartych umów cywilnoprawnych, Określenie „dysponować”, użyte w art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP nie posiada legalnej definicji, jednak wydaje się, że należy je definiować jako realną możliwość zaangażowania poszczególnych osób w realizację zamówienia. Z uwagi na powyższe, w praktyce często zdarza się, że zagraniczny wykonawca wyko-

”

(...) wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia sformułowany w sposób ograniczający możliwość wykazania się przez wykonawcę określonym doświadczeniem prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

nuje zamówienie za pomocą podmiotów znajdujących się (mających miejsce zamieszkania) w miejscu wykonania przedmiotu zamówienia.

Powyższe uwagi odnoszą się do aktualnego stanu prawnego. Należy bowiem pamiętać, że w parlamencie procedowany jest projekt daleko idącej nowelizacji PZP. Jak wynika z dotychczas opublikowanych druków sejmowych, zmianie ma ulec katalog okoliczności, do których mogą się odnosić warunki udziału w postępowaniu - przy czym zamawiający może całkowicie zrezygnować z takich warunków. Ich znaczenie może z kolei zostać przesunięte na etap oceny ofert, gdzie przedmiotem oceny mogą być organizacja, kwalifikacje i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Jest to odejście od obowiązującej dotychczas zasady, przestrzeganej również na gruncie

orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w myśl której kwestie podmiotowe dotyczące wykonawcy nie mogą mieć wpływu na ocenę oferty: oceniany ma być produkt/usługa, nie zaś podmiot który będzie realizował zamówienie - co miało prowadzić do większej obiektywności zamawiających.

Nie wiadomo jak będzie wyglądała praktyka stosowania nowych rozwiązań. Można oczekiwać, że zamawiający będą podchodzili do tej kwestii z pewną rezerwą, bowiem zastosowanie kryteriów pozacenowych wymaga od nich ustalenia zasad oceny tych kryteriów, które muszą być obiektywnie usprawiedliwione. Zwłaszcza kryteria kosztu i walorów podmiotowych wykonawcy mogą być dla zamawiających problemem, z uwagi na całkowity brak orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Z drugiej jednak strony, w chwili obecnej przewagę wykonawców z Chin stanowi przede wszystkim niższa cena - którą uzasadniają on z reguły możliwością samodzielnego finansowania inwestycji, bez ponoszenia kosztów takiego finansowania. Według projektowanych reguł, kryterium ceny ma mieć wagę maksymalnie 40%. Nie jest wykluczone, że odpowiednie sformułowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert nie doprowadzi do sytuacji, w której przewaga finansowa wykonawców z dalekiego wschodu, zostanie zredukowana.

Na tym tle pojawia się pytanie o istniejące preferencje dla państw członkowskich Unii Europejskiej oraz sygnatariuszy GPA. Należy uznać, że jedyne preferencje, które można stosować to te, które wprost przewidziane są w PZP - wprowadzanie nowych rozwiązań, które faktycznie dyskryminowałyby wykonawców z państw, które nie przystąpiły do GPA, następowałyby bez podstawy prawnej i jako sprzeczne z art. 7 PZP, najprawdopodobniej zostałyby zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Preferencje dla państw - stron GPA na gruncie PZP są przy tym na-

der skromne i przejawiają się w dwóch narzędziach, jakie ustawodawca udostępnił zamawiającym sektorowym.

Zgodnie z art. 138c pkt 4 PZP, zamawiający może zastrzec w SIWZ - ale jedynie w przypadku zamówienia na dostawy - że udział towarów pochodzących z państw Unii Europejskiej lub innych stron GPA powinien przekraczać 50% - pod rygorem odrzucenia oferty. Przy tym odnośnie kwestii „pochodzenia” towarów warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.05.2012 r. (KIO 823/12):

„Skoro odwołujący wprost oświadczył, że montaż najważniejszych komponentów, z których powstanie produkt będzie miał miejsce w Chinach, to oznacza, że ostatnia istotna, ekonomicznie uzasadniona obróbka lub przetworzenie, które powoduje wytworzenie nowego produktu lub stanowi istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu będzie miała miejsce w Chinach. Zatem miejscem pochodzenia są Chiny. Izba podziela także stanowisko, iż czynność montażu, instalacji uruchomienia w Polsce nie może zostać uznana za czynność decydującą o pochodzeniu rękawów, gdy z technicznego punktu widzenia nie stanowi ona decydującego stadium produkcji. (...) Zgodnie z art. 23 ust. 1 Rozporządzenia Rady (EWG) nr 2913/92 z 12.10.1992 r. ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Celny (dalej zwane Rozporządzenie Rady), towarami pochodzącymi z danego kraju są towary całkowicie uzyskane w tym kraju. Natomiast towar, w którego produkcję zaangażowany jest więcej niż jeden kraj, jest uznawany za pochodzący z kraju, w którym został poddany ostatniej istotnej, ekonomicznie uzasadnionej obróbce lub przetworzeniu, które spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu (art. 24 Rozporządzenie Rady). Stosownie do art. 25 Rozporządzenia Rady, przetworzenie lub obróbka, co do których zostało ustalone lub stwierdzone fakty

potwierdzają przypuszczenie, że ich jedynym celem było obejście przepisów stosowanych we Wspólnocie wobec towarów z określonych państw, nie mogą być w żadnym przypadku uznane za nadające, w rozumieniu art. 24, towarom otrzymanym w ten sposób pochodzenie kraju, w którym zostały one przetworzone”.

Dodatkowo należy wspomnieć o preferencji wynikającej z art. 138c ust. 2 PZP:

„Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidziano odrzucenia oferty zgodnie z ust. 1 pkt 4, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4, nie przekracza 3%”.

Powyższy przepis reguluje mechanizm, w myśl którego, jeżeli:

- I. zamawiający nie przewidział limitu pochodzenia towarów (co już ogranicza zastosowanie tego mechanizmu wyłącznie do dostaw),
- II. różnica między najkorzystniejszymi ofertami nie przekracza 3%,
- III. jedna z najkorzystniejszych ofert dotyczy dostawy produktów wytworzonych w ponad 50% poza państwami - stronami GPA, wówczas Zamawiający wybiera ofertę złożoną przez wykonawcę z państwa sygnatariusza GPA, nawet jeżeli jest ona ofertą sklasyfikowaną niżej w rankingu (oczywiście w granicach wskazanej 3% różnicy).

Preferencja związana z GPA, o której mowa w art. 138c ust. 2 PZP jest obligatoryjna - jednakże stosuje się ją wyłącznie w postępowaniach na dostawy.

Podsumowując, w zakresie sektora energetycznego, w kontekście zamówień publicznych na wykonanie robót

budowlanych nie ma obecnie skutecznych narzędzi, które pozwoliłyby ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców wyłącznie do przedsiębiorców z państw członkowskich Unii Europejskiej oraz sygnatariuszy GPA. Dopiero ewentualna zmiana PZP i przesunięcie takich kwestii jak doświadczenie, potencjał organizacyjny, itp. na etap oceny ofert, może dać zamawiającym pewne pole do stosowania preferencji - przy czym należy i w tym zakresie zachować ostrożność.

Niezależnie od powyższych rozważań, cały czas pozostaje aktualne pytanie, czy wykonawców z Chin należy się obawiać? Wszak mamy przykłady inwestycji zrealizowanych przez tamtejszych przedsiębiorców na terenie Europy bez problemów, jak również mamy przykłady polskich wykonawców, cieszących się renomą, których upadłość w trakcie realizacji zamówienia publicznego doprowadziła do niemięjszych problemów, niż było to w przypadku COVEC.

□