

Prekwalifikacja w przetargu ograniczonym

Do etapu składania ofert w przetargu ograniczonym nie można zaprosić więcej niż dwudziestu wykonawców. Stąd wybór tego trybu nie zawsze jest korzystny, ze względu na możliwość ograniczania konkurencji.

Przetarg ograniczony uregulowany w ustawie Prawo zamówień publicznych jest postępowaniem dwuetapowym. W odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy, których zamawiający zaprosi do składania ofert. W pierwszym etapie zamawiający sprawdza czy wykonawcy, którzy zgłosili swój udział w postępowaniu spełniają wymagania ustawowe, w szczególności zawarte w art. 24 ustawy PZP, oraz pozostałe dokładnie przez niego określone wymogami.

Istotą przetargu ograniczonego jest dopuszczenie do dalszego etapu postępowania jedynie określonej liczby wykonawców. Ustawodawca przewidział dla tego trybu możliwość zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu, w liczbie nie mniejszej niż pięciu i nie większej niż dwudziestu. Z tego względu zamawiający jest zobowiązany określić w ogłoszeniu sposób, w jaki będzie wyłaniał wykonawców, którzy przejdą do kolejnego etapu, w sytuacji gdy wykonawców jest więcej, niż liczba określona w ogłoszeniu (w doktrynie i praktyce udzielania zamówień publicznych określany jako system prekwalifikacji). Zgodnie z treścią art. 51 ust. 2 ustawy PZP zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. W praktyce zamawiający często mają problem z przyjęciem właściwego systemu prekwalifikacji.

Obiektywny, niedyskryminacyjny, związany z przedmiotem zamówienia

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że sposób wyłonienia wykonawców nie może być arbitralny ani dyskryminujący. Niemniej jednak zdarza się, że choć kryteria oceny są na pierwszy rzut oka niedyskryminacyjne i obiektywne, to nie prowadzą do wyłonienia wykonawców, którzy dają gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia za rozsądną cenę. Zamawiający powinien pamiętać, aby sposób oceny wykonawców był związany z przedmiotem danego postępowania. Niecelowe jest premiowanie wykonawców, którzy mają duże doświadczenie w realizacji dowolnych wielomilionowych przedsięwzięć budowlanych, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest realizacja specjalistycznej inwestycji np. basenu. Taki sposób oceny będzie co do zasady obiektywny i niedyskryminacyjny, ale może prowadzić do wykluczenia z postępowania wykonawców doświadczonych w realizacjach głównie basenów, czy aquaparków.

W przypadku, gdy zamawiający przyjmie jako kryterium oceny doświadczenie wykonawców należy pamiętać o treści rozporządzenia sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty

mogą być składane. Wprawdzie przyjmuje się, że do punktacji wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w przetargu ograniczonym, nie stosuje się ograniczeń zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 w/w rozporządzenia, ale niecelowe jest wyróżnianie wykonawców, którzy mogą pochwalić się doświadczeniem nawet sprzed przeszło 10 lat. Na rynku mogą bowiem funkcjonować podmioty, które posiadają doświadczenie w realizacji zamówień wykonywanych przy użyciu najnowszych technologii i w konkretnym postępowaniu może być zasadne wzięcie pod uwagę takiego rodzaju doświadczenia. Zamawiający powinien więc pamiętać, aby ograniczyć punktowanie doświadczenia wykonawcy w przypadku dostaw i usług do 3 lat, a robót budowlanych do 5 lat.

Wybór przetargu ograniczonego

Zamawiający przed wyborem trybu przetargu ograniczonego powinien zastanowić się, czy ten rodzaj postępowania jest dla niego najwłaściwszy. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że do etapu składania ofert nie może być zaproszonych więcej niż dwudziestu wykonawców. Przy zamówieniu na dostawę towarów powszechnie dostępnych ten tryb postępowania może się okazać niecelowy, gdyż ogranicza grono potencjalnych wykonawców. Za nieprawidłową praktykę stosowaną przez zamawiających należy uznać ograniczanie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert do pięciu podmiotów, przy jednoczesnym niedbale przyjętym kryterium punktacji. Takie postępowanie może prowadzić w konsekwencji do ograniczenia konkurencyjności w przetargu i nieefektywnego wydatkowania środków publicznych. Przyjęcie minimalnej liczby wykonawców, którzy przejdą do dalszego etapu, upraszcza postępowanie i nie jest zgodne z ustawą, ale ponieważ celem zamawiającego jest przeprowadzenie do następnego etapu tych podmiotów, które dają gwarancję najlepszej realizacji danego rodzaju zamówienia, to zbytne ograniczanie liczby wykonawców może się okazać dla zamawiającego niekorzystne.

Potencjał podmiotu trzeciego

Kwestią budzącą najwięcej kontrowersji w praktyce jest możliwość powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w celu zajęcia lepszego miejsca na liście rankingowej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający różnie podchodzili do kwestii stosowania art. 26 ust. 2b ustawy PZP w systemie prekwalfikacji. W judykaturze wskazywano, że zamawiający jest uprawniony do podjęcia samodzielnej decyzji czy przyjąć zasady weryfikacji wykonawców w oparciu o własne możliwości wykonawcy, albo też dopuścić możliwość powoływania się w tym zakresie na potencjał podmiotu trzeciego.

Analiza ostatniego orzecznictwa KIO pozwala przyjąć, że utrwalone zostało stanowisko, zgodnie z którym stosowanie art. 26 ust. 2b ustawy PZP w systemie prekwalfikacji jest wyłączone.

W wyroku z dnia 1 lipca 2015 r. (sygn. akt 1298/15) Izba podkreśliła, że „zamawiający ma obowiązek zastosowania art. 26 ust. 2b PZP wyłącznie na

potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż tylko na tym etapie postępowania przepis ten znajduje zastosowanie. (...) najlepszym doświadczeniem jest doświadczenie własne i nie do przyjęcia jest preferowanie doświadczenia obcego przy prekwalifikacji, kosztem wykonawców mających doświadczenie własne.

Linia orzecznicza, w tym zakresie, zapewne ulegnie zmianie ze względu na planowane skreślenie art. 26 ustawy PZP w obecnym kształcie.

Kryteria selekcji

W projekcie nowelizacji ustawy PZP, nad którym prowadzone są obecnie intensywne prace, została wprowadzona nowa instytucja – kryteria selekcji. Z nowego brzmienia art. 51 ust. 2 wynika, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający będzie zapraszał do składania ofert wykonawców wyłonionych na podstawie obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów, zwanych kryteriami selekcji.

W art. 26d ust. 1 projekt nowelizacji przewiduje zaś, że wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji może polegać na zdolnościach innych podmiotów, chyba że zamawiający zastrzegł konieczność osobistego wykonania zamówienia.

Ponadto planowane jest wprowadzenie w art. 26c ust. 1 zgodnie z którym, „jeżeli wykonawca nie złożył jednolitego dokumentu lub dokumentów wymaganych przez zamawiającego potwierdzających brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub złożony jednolity dokument lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia, poprawienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów w terminie przez siebie wskazanym”. Z projektu nowelizacji wynika więc, że ustawodawca będzie dopuszczać uzupełnianie dokumentów dotyczących kryteriów selekcji w przetargu ograniczonym. Do tej pory dominowało stanowisko, że dyspozycja art. 26 ust. 3 nie obejmuje dokumentów, jakie wykonawca składa w przetargu ograniczonym w celu uzyskania odpowiedniej punktacji, służącej zakwalifikowaniu do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert. W wyroku z dnia 20 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 242/15 Izba stwierdziła, że ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 PZP sprowadzało się do tego, aby umożliwić wykonawcom, którzy w wyniku niedopatrzania, nie wykazali odpowiednimi dokumentami spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, choć na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. W ocenie KIO powyższy przepis nie może mieć zastosowania do innych sytuacji, niż wykazanie minimalnych warunków udziału w postępowaniu, w tym uzupełnienia dokumentacji dla uzyskania wyższej punktacji w systemie prekwalifikacji, zatem jakiegokolwiek odstępstwo od tej zasady musiałoby znaleźć odzwierciedlenie w odpowiednich przepisach. Wydaje się, że planowana nowelizacja w art. 26 c ust. 1 wprowadzi jako zasadę możliwość uzupełniania

brakujących lub nieprawidłowych dokumentów, również w postępowaniach dwuetapowych.

Analiza została oparta o tekst projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw - z dnia 19.01.2016 r. wersja 01 oraz uzasadnienia do projektu. Zawarte w artykule wnioski mogą stać się nieaktualne w razie zmiany projektu, nie tylko przepisów wprost wymienionych w artykule.

Autor: Maria Witkowska, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz, Norek i Wspólnicy