

Nr
3/2011

ANALIZY
RAPORTY
EKSPERTYZY

Karol Kościński

WARUNKI DOTYCZĄCE LOKOWANIA
I PROWADZENIA OŚRODKÓW DLA
UCHODźCÓW
A PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

OPINIA PRAWNA

Stowarzyszenie
Interwencji
Prawnej

SPIS TREŚCI

1. Zamiast wstępu	3
2. Warunki jakie musi spełniać opis przedmiotu zamówienia usługi, polegającej na prowadzeniu ośrodka dla uchodźców	3
2.1. Uwarunkowania prawne	3
2.2. Warunki uwzględniane dotychczas w opisie przedmiotu zamówienia	4
2.3. Podsumowanie	5
3. Kryteria, które musi spełniać specyfikacja istotnych warunków zamówienia usługi, polegającej na prowadzeniu ośrodka dla uchodźców	5
3.1. Uwarunkowania prawne	5
3.2. Kryteria wykorzystywane dotychczas przy ocenie ofert podmiotów zainteresowanych prowadzeniem ośrodków dla uchodźców	6
3.3. Podsumowanie	7
4. Lista dodatkowych warunków, które mogą spełniać ośrodki dla uchodźców, w świetle wymagań związanych z treścią i formą opisu przedmiotu zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia	8
4.1. Lista warunków, których spełnienia można potencjalnie wymagać od ośrodków dla uchodźców	8
4.2. Oceny wyżej wymienionych warunków z punktu widzenia wymagań, jakie musi spełniać opis przedmiotu zamówienia oraz SIWZ w zakresie zasad oceny złożonych ofert	9
4.3. Potencjalne skutki posłużenia się warunkami niezgodnymi z przepisami Prawa zamówień publicznych	12
SUMMARY	13

1. Zamiast wstępu

Poddanie procedury wyboru ośrodków dla uchodźców reżimowi ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) sprawia, że prowadzenie ośrodka dla uchodźców staje się usługą, traktowaną zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. (Dz. U. 2010 r., Nr 12, poz. 68) jako odmiana usługi hotelarskiej i restauracyjnej. W ten sposób procedura wyłaniania przez Urząd ds. Cudzoziemców podmiotów mogących prowadzić tego rodzaju ośrodki musi być zgodna z wymaganiami wynikającymi z ustawy Prawo zamówień publicznych – dotyczy to m.in. odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia oraz stworzenia precyzyjnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której opis przedmiotu zamówienia jest najistotniejszą częścią.

2. Warunki jakie musi spełniać opis przedmiotu zamówienia usługi, polegającej na prowadzeniu ośrodka dla uchodźców

2.1. Uwarunkowania prawne

Opis przedmiotu zamówienia jest sporządzany po to, by uczestnicy przetargu dokładnie wiedzieli, jaką usługę i o jakim standardzie zamawiający chce uzyskać. W praktyce, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia uczestnicy przetargu przygotowują oferty. Powinien więc z niego wynikać pełny zakres zamawianej usługi oraz warunki jej realizacji.

Przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia należy uwzględnić kryteria, dotyczące formy opisu, wynikające z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji opis sporządzany przez Urząd ds. Cudzoziemców, jak i przez każdego zamawiającego usługę, winien być jednoznaczny i wyczerpujący, a więc:

- musi być sporządzony przy pomocy sformułowań jasnych, używanych w dziedzinie, której dotyczy zamówienie, tak by był zrozumiały dla wszystkich podmiotów potencjalnie zainteresowanych składaniem ofert (w opisie nie mogą się zatem pojawić określenia niezrozumiałe dla potencjalnych wykonawców, czyli dla przeciętnego podmiotu świadczącego określone usługi lub też sformułowania wprowadzające w błąd),
- powinien uwzględniać wszystkie cechy zamawianej usługi istotne dla zaspokojenia obiektywnych potrzeb zamawiającego oraz istotne okoliczności mogące mieć wpływ na składających oferty, w tym również wymagania wynikające z przepisów prawa czy decyzji administracyjnych.

Ponadto, jak wynika jednoznacznie z treści art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, opis przedmiotu zamówienia powinien przedstawiać usługę w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. W najbardziej przystępnej formie powyższą zasadę wyjaśnił Sąd Okręgowy w Lublinie w uzasadnieniu wyroku z 9 listopada 2005 r.¹ pisząc: „Istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieustraszniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę lub eliminowałyby pewnych wyko-

¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sprawa o sygn. II Ca 587/05.

nawców, uniemożliwiając im złożenie ofert, lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Posługując się najbardziej jaskrawym przykładem, niedopuszczalne jest więc, aby sam opis przedmiotu zamówienia wskazywał na jeden konkretny podmiot, który może świadczyć zamawianą usługę. Nie jest więc prawnie dopuszczalne opisanie przedmiotu zamówienia cechami czy parametrami, których użycie sprawiłoby, że w praktyce, już na etapie formułowania opisu przedmiotu zamówienia, byłoby oczywiste, że prowadzi to do nawet potencjalnego² ograniczenia kręgu podmiotów, które są w stanie przystąpić do przetargu i wykonać zamówienie.

Należy jednak pamiętać, że zamawiający, także poprzez określony sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, ma prawo chronić swój zobiektywizowany interes³. Ma więc pełne prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, by zamówiona usługa zaspokajała jego rzeczywiste, obiektywne, potrzeby oraz miała odpowiednią jakość. Oznacza to, że jest możliwe w opisie przedmiotu zamówienia formułowanie kryteriów trudnych do spełnienia, o ile tylko można je uzasadnić faktycznymi potrzebami zamawiającego i celem, któremu ma służyć⁴ usługa. Nie jest natomiast możliwe żądanie, by usługa miała cechy konieczne wyłącznie według subiektywnych odczuć zamawiającego.

2.2. Warunki uwzględniane dotychczas w opisie przedmiotu zamówienia

Warunki dotyczące organizacji ośrodków dla uchodźców uwzględniane dotychczas przez Urząd ds. Cudzoziemców wynikają z przepisów prawa:

a) w przypadku warunków, jakie muszą spełniać budynki, w których lokowane są ośrodki:

- rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, które powinny spełniać budynki i ich lokalizacja (Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.),
- rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r., Nr 22, poz. 169), w tym załącznika nr 7 – Minimalne wymagania co do wyposażenia dla innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie cz. III-V,

b) w wypadku zasad żywienia uchodźców ustawy z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr 171, poz. 1225).

Dodatkowo formułuje się inne warunki dotyczące samych budynków (np. ogrodzenia obiektu, istnienia odpowiednio dostosowanych pomieszczeń socjalno-bytowych, kuchennych, świetlicowych itp.), sposobu zarządzania obiektem (np. zapewnienie dozoru obiektu przez licencjonowaną agencję ochrony, utrzymanie czystości, wyznaczenie administratora obiektu) oraz zapewnienia uchodźcom określonych udogod-

² Okoliczność, że inny wykonawca rzeczywiście złożył ofertę zgodną z założeniem zamawiającego pozostaje bez znaczenia, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 grudnia 2008 r., sygnatura akt KIO/UZP 1463/08.

³ Wyrok Zespołu Arbitrów z 4 kwietnia 2003 r., UZP/ZO/0-348/03, A. Kurowska, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów*, Warszawa 2006, s. 80.

⁴ Wyrok KIO z 13 stycznia 2009 r., sygnatura KIO/UZP 1502/08.

nień (np. wymiana pościeli z określoną częstotliwością, istnienie placu zabaw dla dzieci, boiska sportowego itp.).

Spełnienie wymagań, którym musi odpowiadać przedmiot zamówienia, należy w odpowiedni sposób udokumentować. Najprostszym dla oferenta sposobem jest złożenie oświadczeń o spełnianiu określonych wymagań – tego rodzaju oświadczenia mogą podlegać weryfikacji w trakcie postępowania przetargowego.

2.3. Podsumowanie

Podsumowując, zamawiający usługę polegającą na prowadzeniu ośrodka dla uchodźców powinien:

a) zdecydować, które z potencjalnych warunków, jakie powinien spełniać ośrodek:

- są uzasadnione w świetle jego obiektywnych potrzeb (mając na względzie cel, jakiemu ma służyć tworzenie tego rodzaju ośrodków),

- można obiektywnie zweryfikować,

- oferent może udokumentować przynajmniej poprzez złożenie odpowiednich oświadczeń,

b) zdecydować, czy potencjalne warunki nie narzucają zbyt wysokich wymagań, co mogłoby spowodować nierozstrzygnięcie przetargu i niewybranie podmiotu do prowadzenia ośrodka⁵,

c) ująć wybrane warunki w sposób wyczerpujący i jasny przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia⁶.

3. Kryteria, które musi spełniać specyfikacja istotnych warunków zamówienia usługi, polegającej na prowadzeniu ośrodka dla uchodźców

3.1. Uwarunkowania prawne

Podstawowym celem specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) jest – najogólniej rzecz ujmując – określenie warunków udziału w postępowaniu przetargowym, sposobu jego przeprowadzenia, elementarnych zasad realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przede wszystkim kryteriów oceny złożonych ofert. SIWZ w postępowaniu jest na tyle znaczące, że zamawiający jest w trakcie postępowania związany postanowieniami tego dokumentu, winien go więc prawidłowo przygotować przed datą wszczęcia postępowania.

Obligatoryjne elementy specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wymienione w art. 36 ust.

1 Prawa zamówień publicznych. Wśród nich kluczowe są – poza wskazanym opisem przedmiotu zamówienia – kryteria oceny składanych ofert, które także wiążą zamawiającego w dalszym postępowaniu.

⁵ Zgodnie z tezą wyroku KIO z 11 lutego 2010 r. w sprawie o sygn. KIO 2270/10, LEX nr 736365 „wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia: ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przesłubiły wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia”.

⁶ Trudno tutaj wskazać jedną konkretną formułę – zgodnie z wyrokiem KIO z 7 stycznia 2011 r. o sygn. UZP 2752/10, LEX nr 698035, pojęcia „jednoznaczny”, „wyczerpujący”, „za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego i należy je odnosić zarówno do użytych przez zamawiającego określeń, jak i do braku określeń.

Obowiązek zamawiającego polega na podaniu wszystkich kryteriów, jakie będą obowiązywać przy ocenie ofert wraz z ich opisem polegającym na wyraźnym określeniu, jak zamawiający rozumie kryteria, którymi się posługuje. W SIWZ zamawiający podaje także znaczenie tych kryteriów (zamawiający przypisuje wagi, tzn. odpowiednią liczbę punktów do kryteriów wybranych dla danego postępowania) i opis sposobu dokonywania oceny przy danym kryterium. W ramach kryteriów zamawiający może także wyróżnić podkryteria oraz przypisać im określone wagi, których suma składa się na ogólną wagę przypisaną danemu kryterium.

Zamawiający ma co do zasady swobodę w ustaleniu kryteriów ocen (jedynym kryterium obowiązkowym jest cena) oraz wag dla poszczególnych kryteriów, czyli *de facto* sam określa, jakie cechy mają dla niego największe znaczenie i jaka oferta jest najkorzystniejsza. Jednakże opis kryteriów powinien być na tyle jasny, by zasady przyznawania punktów były przejrzyste, a co za tym idzie podstawa wyboru najkorzystniejszej oferty była jednoznaczna. Preferuje się stosowanie kryteriów opisanych wzorami matematycznymi albo kryteriów tabelarycznych, gdzie podaje się liczbę punktów za poszczególne oceniane parametry. Całość punktacji dla każdej ocenianej oferty jest przeliczana względem oferty z najwyższą liczbą punktów w ramach danego kryterium z uwzględnieniem założonych wag procentowych.

Zamawiający nie może także poprzez dobór kryteriów naruszać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich oferentów, np. niejawnie faworyzując jednego z nich. Zamawiający winien dążyć do wyeliminowania dowolności ocen oraz zapewnienia oferentom możliwości ich zweryfikowania⁷ – powinien więc powstrzymać się od ocen całkowicie subiektywnych, a subiektywizm kryteriów i ocen jest dopuszczalny o tyle, o ile daje się pogodzić z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co do zasady nie jest więc wykluczone posługiwanie się kryteriami niemierzalnymi (np. kryterium funkcjonalności zamawianego urządzenia), o ile posłużenie się tym kryterium nie będzie prowadzić do całkowicie dowolnej i niepodlegającej weryfikacji oceny ofert.

3.2. Kryteria wykorzystywane dotychczas przy ocenie ofert podmiotów zainteresowanych prowadzeniem ośrodków dla uchodźców

Kryteriami dotychczas wykorzystywanymi przez Urząd ds. Cudzoziemców⁸ były zazwyczaj (przypisane wagi mają charakter przykładowy):

⁷ Wyrok KIO z 23 października 2010 r., sygn. KIO/UZP 1680/10, LEX nr 621748.

⁸ Autor opinii opiera się na SIWZ dotychczas wykorzystywanych przez Urząd ds. Cudzoziemców w przeprowadzanych przetargach, dostęp: <http://www.udsc.gov.pl/Archiwum,zamowien,publicznych,1338.html>

a) kryterium ceny ważone jako 50% (w ramach tego kryterium możliwe są np. dwa podkryteria: koszt dziennej stawki za zakwaterowanie jednego cudzoziemca – (ranga 65%) oraz koszt dziennej stawki tzw. kosztów przygotowania i wydania wyżywienia dla jednego cudzoziemca (ranga 35%). Oceny tych podkryteriów w czasie postępowania dokonuje się na podstawie kwot wskazanych w ofertach,

b) kryterium warunków lokalowych ważone jako 50% (w ramach tego kryterium możliwe jest np. posłużenie się takimi podkryteriami jak: stan pomieszczeń biurowych z wymaganym wyposażeniem (ranga 15%), stan pomieszczeń ambulatoryjnych z wyposażeniem (ranga 15%), stan aneksów kuchennych z wyposażeniem (ranga 20%), stan pomieszczeń ogólnego przeznaczenia jak świetlice, przedszkola, sale lekcyjne (ranga 20%), stan zagospodarowania terenu przyległego z wymaganym wyposażeniem (ranga 10%), stan sanitariatów (ranga 20%).

Oceny tego rodzaju okoliczności dokonuje się po przeprowadzeniu wizji lokalnych w potencjalnych ośrodkach, po której członkowie komisji przetargowej przyznają za spełnienie poszczególnych kryteriów określoną liczbę punktów mieszczącą się w przedziale od 1 do 10. Punkty przeliczane są następnie według wzorów, które muszą być wskazane w treści SIWZ.

Tytułem przykładu⁹ można wskazać na dotychczas stosowany przez Urząd ds. Cudzoziemców sposób obliczania punktów i tym samym oceny ofert dla kryterium warunków lokalowych.

Pierwszym etapem jest obliczenie wartości punktowej kryterium według wzoru:

Wartość punktowa kryterium = $W_d \times (d_n / d_{max}) \times 100$, gdzie:

W_d – waga podkryterium

d_n – liczba punktów przyznana przez członków komisji w danym podkryterium dla badanego obiektu

d_{max} – maksymalna liczba punktów przyznana przez członków komisji w danym podkryterium ze wszystkich ofert w badanym zadaniu częściowym

Ogólna wartość punktowa kryterium warunki lokalowe (standard) jest obliczana według wzoru:

Wartość punktowa kryterium = $W_c \times (W_1 + W_2 + W_3 + W_4 + W_5 + W_6)$, gdzie:

W_c – waga kryterium

Ostatecznie suma punktów uzyskanych za wszystkie kryteria oceny (w analizowanym przypadku kryterium ceny i warunków lokalowych) stanowi końcową ocenę danej oferty.

3.3. Podsumowanie

Podsumowując, zamawiający usługę polegającą na prowadzeniu ośrodka dla uchodźców powinien:

⁹ Więcej informacji na temat stosowanego instrumentarium matematycznego zawierają poszczególne SIWZ, udostępnione na stronie Urzędu ds. Cudzoziemców.

- a) ustalić kryteria, według których będzie dokonywał oceny ofert i przypisywał im określone wagi, sprawdzając, czy kryteria te nie są całkowicie dowolne, ale nadają się do obiektywnej weryfikacji,
- b) określić przejrzystą metodę obliczania wartości kryteriów,
- c) w jasny sposób opisać w SIWZ kryteria, wagi i metodę ich obliczania.

4. Lista dodatkowych warunków, które mogą spełniać ośrodki dla uchodźców, w świetle wymagań związanych z treścią i formą opisu przedmiotu zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia

4.1. Lista warunków, których spełnienia można potencjalnie wymagać od ośrodków dla uchodźców

Poza minimalnymi warunkami, których spełnienia Urząd ds. Cudzoziemców wymagał dotychczas od podmiotów prowadzących ośrodki dla uchodźców, możliwe jest także określenie listy potencjalnych warunków „idealnego” ośrodka, do których należałyby:

1. bliskość określonych instytucji (szkół, placówek medycznych, OPS, PCPR),
2. dostępność komunikacyjna ośrodka (odległość od przystanku komunikacji publicznej i sieć połączeń z tego przystanku);
3. dostępność organizacji pozarządowych służących pomocą uchodźcom;
4. dostępność tanich mieszkań do wynajęcia,
5. niski poziom bezrobocia w regionie,
6. pozytywne nastawienie społeczności lokalnej do cudzoziemców,
7. możliwość prowadzenia przez uchodźców własnego gospodarstwa domowego w ośrodku (stworzenie warunków sanitarnych umożliwiających przechowywanie produktów żywnościowych i samodzielne przygotowywanie posiłków) – zamiast żywienia zbiorowego,
8. dodatkowe elementy wyposażenia polepszające warunki zamieszkania w ośrodku – do wskazania przez oferenta (np. telewizja, dostęp do Internetu dla mieszkańców, większa powierzchnia pokoi, infrastruktura sportowa – np. boisko, plac zabaw, świetlica do zabaw dla dzieci, wyposażenie dla niemowląt typu: łóżeczka, przewijaki, wanienki, odpowiedni sprzęt w umywalniach, itp.),
9. dodatkowe wsparcie integracyjne dla cudzoziemców (np. w postaci prowadzenia zajęć opłacanych przez oferenta),
10. zatrudnianie przez oferenta do obsługi ośrodka pracowników cudzoziemców (wywodzących się z kręgu/kręgów kulturowych mieszkańców ośrodka).

Powyższe warunki można podzielić na pięć grup:

- związane z podniesieniem standardów budynków przeznaczonych na ośrodki dla uchodźców (warunki nr 7 i 8),

- związane z dostępnością samego ośrodka oraz instytucji, z których pomocy najczęściej korzystają mieszkańcy ośrodka (warunki nr 1, 2, 3),
- związane z sytuacją społeczną w okolicy (warunki nr 4, 5),
- związane z zapewnieniem dodatkowych udogodnień służących integracji uchodźców (warunki nr 9, 10),
- związane z nastawieniem społeczności lokalnej do cudzoziemców (warunek nr 6).

4.2. Oceny wyżej wymienionych warunków z punktu widzenia wymagań, jakie musi spełniać opis przedmiotu zamówienia oraz SIWZ w zakresie zasad oceny złożonych ofert

Przed przejściem do analizy poszczególnych warunków wskazanych na liście zawartej w pkt 4.1. warto zaznaczyć, że jest w pełni uprawnione – jak czyni to dotychczas Urząd ds. Cudzoziemców – ograniczanie zakresu terytorialnego organizowanych przetargów na prowadzenie ośrodków w określonych województwach lub lokalizowanie kilku ośrodków na terenie jednego województwa. Tego typu ograniczenia są dopuszczalne do czasu, kiedy konieczność otwierania określonej liczby ośrodków na danym terenie jest uzasadniona potrzebami zamawiającego i wynika z określonej polityki lokowania ośrodków, np. tam gdzie uchodźców jest potencjalnie najwięcej. Niedopuszczalne byłoby natomiast ograniczenie terytorialne w zakresie lokowania ośrodków, które prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, przede wszystkim przez taki wybór lokalizacji dla ośrodka oraz stworzenie innych warunków, które musiałaby spełniać usługa polegająca na jego prowadzeniu, by nawet pośrednio umożliwić tylko jednemu podmiotowi wygranie przetargu lub przynajmniej jeden podmiot z przetargu *de facto* wykluczyć. Stanowisko powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 732/11), w którego uzasadnieniu stwierdzono, że *Izba co do zasady nie kwestionuje prawa podmiotów zamawiających do określenia miejsca realizacji usługi, jednakże powyższa okoliczność winna uwzględniać jej specyfikę, istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu*. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jednak wprost, że Urząd ds. Cudzoziemców musi przynajmniej uprawdopodobnić istnienie okoliczności, które uzasadniają terytorialne ograniczenie realizacji usług polegających na prowadzeniu ośrodków dla uchodźców. Dodatkowo zamawiający nie może w sposób nieuprawniony i nieracjonalny różnicować w ramach SIWZ kryteriów oceny składanych ofert, gdyż narusza w ten sposób zasadę uczciwej konkurencji między poszczególnymi oferentami.

Oznacza to, że obecnie Urząd ds. Cudzoziemców może całkowicie zrezygnować z ograniczania terytorialnego prowadzonych przetargów, pozbawiając się w praktyce wpływu na terytorialne rozmieszczenie ośrodków dla uchodźców w skali Polski. Wówczas określałby wyłącznie warunki przedmiotowe, których spełnienia wymaga od oferentów chcących prowadzić ośrodki. Urząd może także spróbować wypracować kryteria odpowiadające zasadom określonym przez KIO w uzasadnieniu do wyroku z 18 kwietnia 2011 r., tj. ująć je w taki sposób, aby jasno, wyczerpująco i bez naruszenia zasady uczciwej konkurencji uzasadnić potrzebę lokowania ośrodków na terenie konkretnych województw czy w określonej odległości od Warszawy.

Każdy z warunków wymienionych na liście w pkt 4.1. – czasem po ich doprecyzowaniu – można uznać za racjonalny w świetle uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Służą one bowiem celowi zasadniczemu, jaki mają spełniać ośrodki dla uchodźców, a więc stworzeniu warunków do zamieszkania i wstępnej integracji tej grupy osób z polskim społeczeństwem.

W ten sposób oceny potencjalnych warunków powinno dokonywać się pod kątem tego, czy:

- a) warunki te są możliwe do jasnego opisanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia,
- b) spełnienie warunków jest możliwe do udokumentowania przez oferenta przynajmniej poprzez złożenie odpowiednich oświadczeń,
- c) spełnienie warunków jest możliwe do obiektywnej weryfikacji,
- d) możliwe jest porównanie stopnia spełnienia tych warunków przez oferentów w oparciu o jasne i wymierne kryteria nadające się do ujęcia w treści SIWZ, a oceny poszczególnych ofert dokonane przez zamawiającego mogą być zweryfikowane przez oferentów.

W świetle danych przedstawionych powyżej nie budzi wątpliwości, że opisanym wymaganiom niewątpliwie odpowiadają warunki:

- związane z podniesieniem standardów budynków przeznaczonych na ośrodki dla uchodźców (warunki nr 7 i 8). Między tą grupą warunków a warunkami lokalowymi dotychczas uwzględnianymi przez Urząd ds. Cudzoziemców w świetle wymagań wskazanych w pkt. IV 2.1. a-d nie ma żadnych zasadniczych różnic,
- związane z dostępnością samego ośrodka oraz instytucji, z których pomocy najczęściej korzystają mieszkańcy ośrodka (warunki nr 1, 2, 3). Są one możliwe do łatwego udokumentowania, obiektywnej weryfikacji, łatwo można także porównać, który z potencjalnych ośrodków ze względu na swoją lokalizację najlepiej je spełnia. Warunki odwołują się do obiektywnie mierzalnych cech – odległości lub liczby oraz kierunku połączeń komunikacyjnych z przystanku najbliższego do ośrodka (w przypadku warunku 3),
- związane z sytuacją społeczną w okolicy (warunek nr 5). Warunek ten łatwo udokumentować, w tym także przy użyciu informacji statystycznych zebranych i udostępnianych przez władze publiczne (stopień bezrobocia w gminie lub powiecie), obiektywnie zweryfikować i porównać w przypadku poszczególnych ofert.

Niektóre z powyższych warunków wymagałyby dookreślenia. Są to warunki:

- związane z sytuacją społeczną w okolicy (warunek nr 4). Warunek ten stwarza jedną zasadniczą trudność – konieczne jest dookreślenie, jakie obiektywne cechy decydują o dostępności tanich mieszkań w okolicy (przykładowo można wskazać średnią wysokość czynszów za wynajęcie lokali w okolicy, liczbę dostępnych lokali socjalnych). Podstawowy problem w przypadku tego warunku wiąże się z koniecznością wskazania w możliwie jak najbardziej wyczerpujący sposób poddających się obiektywnej weryfikacji cech jak wymienione wyżej – być może pomocne w tym względzie mogłyby być informacje zbierane przez wydziały zasobów lokalowych w urzędach gminy,

- związane z zapewnieniem dodatkowych udogodnień służących integracji uchodźców (warunek nr 9). Warunek ten, by spełnić wymagania określone w pkt IV 2.1. a-d, wymagałby bardziej precyzyjnego ujęcia, np. poprzez wskazanie rodzaju zajęć, do których prowadzenia/opłacenia oferent byłby zobowiązany. Powinny to być zajęcia służące integracji uchodźców lub przynajmniej przygotowaniu ich do funkcjonowania w polskim społeczeństwie – w przeciwnym wypadku narzucenie ich jako warunku spotkałby się z uzasadnionym zarzutem, że warunek taki jest nieracjonalny z punktu widzenia obiektywnych i uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

W przypadku pewnych warunków wydaje się niemożliwe ich uwzględnienie w ramach procedur przetargowych. Są to warunki:

- związane z zapewnieniem dodatkowych udogodnień służących integracji uchodźców (warunek nr 10). Warunek ten budzi zastrzeżenia nie tylko z punktu widzenia procedur przetargowych (choćby konieczny byłby arbitralny wybór, jaką narodowością/pochodzeniem mają się legitymować pracownicy, np. ze względu na dominujące grupy narodowościowe, z których pochodzą uchodźcy z danego ośrodka – a to akurat może się dość szybko zmieniać). Przede wszystkim jednak sformułowanie takiego warunku wydaje się niezgodne z przepisami kodeksu pracy, który wprost w treści art. 18^{3a} § 1 zakazuje dyskryminacji w zatrudnieniu m.in. ze względu na narodowość, rasę, religię, pochodzenie etniczne oraz wyznanie. Jedyny wyjątek w tym względzie formułuje art. 18^{3b} § 4 kodeksu pracy, pozwalając związkom zawodowym, kościołom oraz organizacjom zatrudniać osoby wyznające określoną religię lub światopogląd, o ile jest to konieczne dla wykonywania przez pracowników określonych czynności. W konsekwencji sformułowanie takiego warunku przez Urząd ds. Cudzoziemców narażałoby potencjalnych oferentów, dążących do zatrudnienia osób określonej narodowości czy pochodzenia, by podnieść swoje szanse w przetargu na prowadzenie ośrodka, na zarzut pośredniej dyskryminacji, a więc zarzut złamania norm prawa pracy,

- związanych z nastawieniem społeczności lokalnej do cudzoziemców (warunek nr 6). Trudno wyobrazić sobie, w jaki sposób i w oparciu o jakie cechy warunek ten mógłby być opisany w ramach opisu przedmiotu zamówienia, jego spełnienie udokumentowane przez oferentów, poddane obiektywnej weryfikacji oraz porównane w przypadku poszczególnych ofert.

Zasadniczym problemem jest to, że wszystkie warunki opisywane uprzednio odnoszą się do pewnych cech ilościowych lub wręcz faktów łatwych do obiektywnego zweryfikowania. Tymczasem warunek nr 6 ma charakter jakościowy i odnosi się do pewnych właściwości mentalnych określonej społeczności (poziomu jej tolerancji wobec uchodźców (ew. cudzoziemców) lub poziomu prezentowanych postaw ksenofobicznych). Tego rodzaju cechy są trudne do mierzenia i weryfikowania, a przynajmniej można to robić według różnych metod i przy użyciu różnych wskaźników, co obarcza wyniki takich pomiarów dużą dozą subiektywizmu.

Ewentualna próba uwzględnienia w przyszłości tego rodzaju warunku wymagałaby:

- a) dookreślenia treści takiego warunku, np. poprzez wskazanie, że chodzi o poziom tolerancji wobec uchodźców (ew. cudzoziemców) na danym obszarze lub poziom postaw ksenofobicznych wraz ze zdefiniowaniem, co zamawiający rozumie przez pojęcia abstrakcyjne, który się posługuje (samo określenie „stosunek/nastawienie społeczności wobec cudzoziemców” mogłoby funkcjonować jako nazwa kryterium oceny ofert),
- b) posłużenia się przy mierzeniu poziomu tolerancji czy ksenofobii wskaźnikami uznawanymi przez większość badaczy tego rodzaju zjawisk – z punktu widzenia metodologii badań socjologicznych – za miarodajne (dodatkowo oferent musiałby mieć realną możliwość wskazania, przynajmniej poprzez stosowne oświadczenia, jak na terenie, na którym chce prowadzić ośrodek, kształtuje się poziom tych wskaźników),
- lub
- posłużenia się już przeprowadzonymi wynikami badań poziomu tolerancji wobec uchodźców (ew. cudzoziemców) na danym obszarze lub poziomu postaw ksenofobicznych, które są uznawane przez większość badaczy tego rodzaju zjawisk za przeprowadzone poprawnie metodologicznie, a w rezultacie wiarygodne (wówczas oferent mógłby złożyć stosowne oświadczenie z odwołaniem się do wyników badań ujętych w treści konkretnego dokumentu),
- c) w treści SIWZ konieczne byłoby wyraźne wskazanie sposobu, w jaki zamawiający weryfikowałby, czy informacje zawarte w oświadczeniach oferentów są prawdziwe oraz oceniałby spełnienie tego warunku przez poszczególnych oferentów,
- d) zamawiający musiałby zapewnić, żeby wszystkie oferty w zakresie spełnienia warunku nr 6 były oceniane przy użyciu tych samych wskaźników lub przy użyciu tego samego dokumentu, zawierającego wyniki przeprowadzonych badań postaw wobec uchodźców (ew. cudzoziemców).

Z praktycznego punktu widzenia wygodniejsze – z względu na łatwiejsze przygotowanie przez oferenta koniecznej dokumentacji oraz potwierdzoną niezależnie wiarygodność już przeprowadzonych badań – wydaje się posłużenie się opublikowanymi wynikami niezależnych badań socjologicznych. Warto jednak pamiętać, że po pewnym czasie wymagałyby one aktualizacji.

Spełnienie wskazanych powyżej warunków, które nadają się do uwzględniania jako warunki przedmiotu zamówienia – tzn. wymagane przez zamawiającego cechy usługi polegającej na prowadzeniu ośrodka dla uchodźców – winno być następnie oceniane zgodnie z kryteriami wynikającymi z SIWZ. Ich spełnienie może być oceniane bądź poprzez stworzenie dodatkowych podkryteriów w ramach kryterium warunków lokalowych (szczególnie dotyczy to warunków związane z podniesieniem standardów budynków przeznaczonych na ośrodki dla uchodźców, warunki nr 7 i 8) lub poprzez dodanie dodatkowych kryteriów do SIWZ z określeniem przypisanej im wagi. Konieczne jest jednak odpowiednie wyważenie wag poszczególnych kryteriów tak, by potencjalni oferenci nie skupiali się wyłącznie na spełnieniu warunków, za które mogą dostać

największą liczbę punktów i nie lekceważyli tych warunków, za których spełnienie liczba punktów jest zbyt niska.

4.3. Potencjalne skutki posłużenia się warunkami niezgodnymi z przepisami Prawa zamówień publicznych

Posłużenie się warunkami, które wymaganiami wskazanym w pkt. IV 2.1. a-d nie sprostają, naraża Urząd ds. Cudzoziemców na uzasadnione zarzuty złamania zasady obiektywizmu i uczciwej konkurencji, a więc zasad – w świetle art. 7 ust 1 i 2 Prawa zamówień publicznych – podstawowych dla całego systemu zamówień publicznych. W konsekwencji jest wówczas prawdopodobne użycie przez oferentów przysługujących im środków ochrony prawnej – odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie od jej rozstrzygnięcia do sądu powszechnego. Ubocznym, bardzo dotkliwym skutkiem może być więc niemożność skutecznego wyłonienia podmiotów przygotowanych do prowadzenia ośrodków.

Natomiast kwestią odpowiedniej polityki – zależną od wcześniejszego monitoringu warunków lokowych na terenie, na którym ma powstać ośrodek oraz możliwości finansowych Urzędu ds. Cudzoziemców – pozostaje taki dobór warunków i określenie przypisanych im wag, by rozstrzygnięcie przetargu było realnie możliwe tzn. by na danym terenie były podmioty, które mogą i chcą wskazane warunki spełnić.

SUMMARY

According to the provisions of Polish law (The Public Procurement Law) running centers for asylum seekers is treated as a service and subjects which want to run such a center (economic operators) must be appointed in a public contract award procedure.

In such a procedure the awarding entity must state in the description of the object of the contract all the conditions which economic operators have to fulfill if they want their offer to be selected as the best tender. On the one hand the awarding entity should describe the object of the contract in an unequivocal and exhaustive manners by means of sufficiently precise and comprehensive wording, also taking into consideration all requirements and circumstances which could influence the preparation of the offer. Moreover the object of the contract cannot be described in a manner which could – even potentially – restrict fair competition. On the other hand the awarding entity has a right to protect his own interest and state such conditions (for example concerning quality of the service) which are necessary to fend its objective needs. The awarding entity should be also able to verify whether economic operators fulfill the above mentioned conditions in a manner which can be checked at the end of contract awards procedure by other subjects and recognized by them as unbiased.

The description of the object of the contract is crucial part of the specification of essential terms of the contract which bind the awarding entity during the whole contract award procedure. In the same doc-

ument the awarding entity describes criteria which it will apply in selecting the tender, especially specifies the importance of particular criteria and the method of evaluation which allows to compare offers in objective way.

The requirements mentioned above cause in practice that not every condition or method of evaluation can be recognized as acceptable in contract award procedure according to the provisions of The Public Procurement Law.


Until now – during the evaluation of offers from subjects which want to run centers for asylum seekers – Polish Office for Foreigners takes into consideration only two conditions: price and conditions of apartment. However the list of desirable conditions can be much longer All of them can be acknowledged as necessary to fend objective needs of Polish Office for Foreigners but only some will in practice fulfill the requirements which derive from the provisions of The Public Procurement Law. According to them Polish Office for Foreigners cannot in contract award procedure impose on the subjects which want to run centers duty to:

- engage only foreigners of specific nationality in centre for refugees (because it can be recognized as discrimination);
- locate centers in specific location where local societies are more tolerant for foreigners in order to facilitate their integration (due to lack of objective criteria which could examine such vague conditions as level of tolerance).

Infringement of restrictions mentioned above would lay Polish Office for Foreigners open to the charge that it breached the principle rules of public contract award procedure: fair competition and objectivity.

NOTA O AUTORZE

Karol Kościński – radca prawny, doktorant w Katedrze Prawa Finansowego UMCS, absolwent Szkoły Prawa Brytyjskiego i Europejskiego Uniwersytetu w Cambridge oraz dziennikarstwa na Uniwersytecie Warszawskim, autor artykułów naukowych, popularnonaukowych i poradnikowych z zakresu prawa podatkowego, administracyjnego, cywilnego i prawa pracy.

 <p>FUNDACJA BATOREGO IM. STEFANA</p>	<p>Opinia powstała w ramach projektu pt. „Analiza i rekomendacje zmian polityki dotyczącej wyboru i lokalizacji ośrodków dla uchodźców” realizowanego przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i Fundację Polskie Forum Migracyjne, finansowanego ze środków Fundacji im. Stefana Batorego.</p>
---	---

Analizy, Raporty, Ekspertyzy 2011, nr 3 (39), czerwiec 2011 r.

Komitet redakcyjny: Witold Klaus (przewodniczący), Aleksandra Chrzanowska, Agnieszka Kwaśniewska, Maria Nieńczna, Dagmara Woźniakowska-Fajst.

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej
al. 3 Maja 12 lok. 510
00-391 Warszawa
tel./fax. 22 621 51 65
e-mail: biuro@interwencjaprawna.pl