

OPINIE EKSPERTÓW

W związku ze skierowaniem do publicznych konsultacji projektu nowego Prawa zamówień publicznych w lutowym numerze Doradcy rozpoczęliśmy publikację opinii, które, na naszą prośbę, po zapoznaniu się z nim zostały przedstawione przez czołowych ekspertów – wybitnych praktyków, naukowców, doradców prawnych z wieloletnim doświadczeniem oraz ugruntowanym autorytetem w systemie zamówień publicznych. Kontynuując tę inicjatywę w dzisiejszym numerze zamieszczamy kolejne wypowiedzi i stanowiska ekspertów.

OGÓLNOPOLSKIE STOWARZYSZENIE KONSULTANTÓW ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Stowarzyszenie pozytywnie ocenia nową systematykę ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prostsze brzmienie przepisów, uszczegółowienie i uzupełnienie procedur oraz to, że treść Projektu jest napisana językiem bardziej zrozumiałym dla praktyków. Niestety, skutkiem tego Projekt jest bardzo obszernym aktem prawnym, który nie zachęca do czytania, szczególnie dotyczy to zamawiających i wykonawców działających na rynku zamówień o wartościach poniżej progów unijnych.

W ocenie Stowarzyszenia uczestnicy rynku zamówień publicznych za „wadę” Projektu uznawać będą niejednoznaczność wielu pojęć czy zwrotów, używanie zarówno pojęć i języka prawnego właściwego dyrektywom unijnym jak i krajowemu prawodawstwu, wprowadzenie nowych pojęć, a także odmienny od dotychczasowego sposób usystematyzowania poszczególnych regulacji. Zmiany te, przynajmniej w początkowej fazie sto-

sowania ustawy, mogą spowodować sporo trudności.

Jest to istotny mankament nowego Prawa zamówień publicznych, bowiem głównymi użytkownikami opiniowanej przez nas regulacji są przedsiębiorcy oraz urzędnicy, którzy w większości nie są prawnikami. Z tego względu Stowarzyszenie w przekazanych Prezesowi UZP uwagach i propozycjach szczegółowych główny nacisk położyło na zwiększenie jasności i jednoznaczności norm, które określa Projekt.

Za korzystne dla rynku MŚP uznajemy propozycje odrębnych uregulowań dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, fakultatywność żądania wadium, obniżenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, za zgodą wykonawcy po upływie terminu związania ofertą i zmiany przepisów w zakresie

warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Członkowie Stowarzyszenia reprezentujący zamawiających z zadowoleniem przyjęli przepisy pozwalające unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nawet przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione, uregulowanie przepisów dotyczących usług społecznych, powierzenie Krajowej Izbie Odwoławczej prowadzenia koncyliacji w spornych sprawach cywilnych powstałych na tle zamówień publicznych o dużej wartości, powołanie jednego sądu ds. zamówień publicznych, powołanie Komitetu ds. kontroli w zamówieniach publicznych, w postaci forum współpracy wszystkich instytucji kontrolujących zamówienia, zarówno związanych z krajowymi środkami jak i pochodzącymi z UE, umożliwienie zamawiającym wystąpienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli uprzedniej dokumentów w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne innych niż zamówienia, w których kontrola uprzednia jest obowiązkowa.

Martwi brak przepisów dotyczących certyfikacji wykonawców i stworzenia integracji rejestrów w formie Punktu Informacji dla Przedsiębiorców; to ostatnie jest szczególnie potrzebne w dobie elektronicznej zamówień publicznych.

Proponowana certyfikacja przewidziana w koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych jako nieodpłatna, przewidująca badanie zdolności wykonawców poza siedzibą zamawiającego, bez rygoru utraty wadium byłaby, zdaniem Stowarzyszenia, atrakcyjna dla rynku MŚP. Certyfikacja to także standaryzacja warunków udziału w postępowaniu i skrócenie drogi do wybrania najkorzystniejszej oferty, bo kwalifikacja podmiotowa odbywa się poza samym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i nie przedłuża, a skraca czas trwania postępowania.

Niestety Projekt nie zawiera tych przepisów, a w zamian przewiduje wydłużenie terminów związania ofertą dla zamówień o wartościach równych lub przekraczających progi unijne, które wynoszą odpowiednio, licząc od dnia upływu terminu składania ofert: 90 dni (jako zasada) oraz odpowiednio 120 dni (w przypadku, gdy wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro).

Stowarzyszenie z niepokojem przyjęło brak zobowiązania strony rządowej do uruchomienia nowoczesnego e-portalu zamówień publicznych. Jest to szczególnie ważne dla małych jednostek i gmin, gdzie nie prowadzi się wielu postępowań lub gmin, których nie stać na kupno rozwiązań komercyjnych. Taki portal powinien być nieodpłatny, ogólnodostępny i jednakowy dla wszystkich zamawiających, tym samym także łatwiejszy do korzystania dla wykonawców, szczególnie MŚP. Należy przy tym rozważyć integrację z systemem EZD-RP, który powstanie w 2022 roku. Brak też informacji w związku z komunikatem Komisji Europejskiej informującym, że serwis ESPD będzie stopniowo zamykany od kwietnia 2019 r., czy strona rządowa taki portal uruchomi.

OSKZP zdaje sobie sprawę z niezwyklej trudności, jaką sprawia opracowanie nowego aktu prawnego - ustawy Prawo zamówień publicznych, stawiającej sobie za cel wprowadzenie rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług.

Popieramy ten cel, z tego też względu opracowaliśmy propozycje zmian szczegółowych i przekazaliśmy je Prezesowi UZP. Zgłaszając je pragneliśmy zapewnić nowemu Prawu zamówień publicznych możliwie jak największą spójność i jednoznaczność.

MARZENA JAWORSKA

JMGJ Kancelaria prawna
Jaworska, Matusiak, Grześkowiak-Stojek, Jarnicka

Rozwiązania proponowane w projekcie nowej ustawy w większości oceniam pozytywnie. Jednak sposób ich wdrożenia wzbudza dość duże zdumienie. Odnoszę wrażenie, że powszechnie zgłaszana potrzeba kompleksowego uregulowania procesu udzielania zamówień publicznych przyniosła dwa rezultaty: pozytywny – przejrzysta, przemyślana systematyka przepisów i negatywny – projekt w wielu miejscach bardziej przypomina szczegółową instrukcję postępowania, niż przepisy o randze ustawy, a przez to jest nadmiernie rozbudowany i trudny do stosowania.

Osobiście zdecydowanie jestem zwolenniczką zasady minimalizmu, tj. formułowania takich regulacji ustawowych, które są niezbędne do prawidłowego stosowania prawa w drodze jego jednolitej wykładni a nie kazuistycznych, które krok po kroku wytyczają szczegółowo ścieżkę postępowania. Przy tym ścieżka ta tylko pozornie wydaje się prosta. W rzeczywistości przez stosowanie w wielu przepisach nieprecyzyjnych, niezdefiniowanych, typowo ocennych pojęć, a przez to dających szerokie pole do możliwych interpretacji (zwłaszcza jeśli są one zgromadzone wielowarstwowo w jednym przepisie, jak np. w art. 68 ust. 2 dotyczącym dopuszczenia komunikacji ustnej: „wyłącznie w odniesieniu do..., o ile treść przekazywanych informacji lub jej streszczenie znajduje odzwierciedlenie w..., w szczególności..., która może mieć wpływ na treść i ocenę oferty”), może wręcz utrudniać prawidłowe stosowanie ustawy małym przedsiębiorcom, a zamawiających narazić na zarzuty organów kontrolujących, odmiennie oceniających określony stan faktyczny.

Przykładem takiej regulacji jest obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny, czy zamówienie o wartości pomiędzy 50 tys. zł a 30 tys. euro – ze względu na swój rodzaj lub charakter – może być skierowane do szerokiego

grona wykonawców. Udzielenie takiego zamówienia wymaga uprzedniego zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wydaje się, że takie rozwiązanie – podyktowane, co do zasady, słusznym dążeniem do zwiększenia konkurencyjności oraz przejrzystości postępowania – nie zostało zbilansowane z interesami zamawiających. Oczywiście jest, że w taką ocenę wpisana jest niepewność w stosowaniu prawa, a to znacząco przełoży się na obniżenie sprawności i efektywności udzielania takich zamówień, uznawanych od wielu lat za wyłączone ze stosowania ustawy ze względu na ich bagatelną wartość. W praktyce w wielu sytuacjach próg bagatelności zostanie z ostrożności zamawiających obniżony do 50 tys. zł.

Całkowicie zbędne jest też powtarzanie niektórych regulacji (jak np. zdefiniowanie w art. 8 pkt 17 postępowania o udzielenie zamówienia jako kończącego się z chwilą zawarcia umowy albo unieważnienia postępowania przy jednoczesnym wiernym powtórzeniu tej regulacji w art. 280, określającym chwilę zakończenia postępowania) albo zamieszczanie regulacji oczywistych, dających się łatwo wyinterpretować z innych przepisów (jak np. art. 253: „Zamawiający bada czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu” lub art. 112 uprawniający zamawiającego do korzystania ze wzorów umów, regulaminów oraz innych dokumentów przygotowywanych i upowszechnianych przez Prezesa UZP).

Jednoznacznie pozytywnie oceniam warstwę merytoryczną projektu w jego podstawowych założeniach. Przede wszystkim słuszne jest i długo wyczekiwane wyodrębnienie, uproszczenie oraz uelastycznienie przepisów dotyczących udzielania zamówień o wartości poniżej progów unijnych. Wydaje się przy tym, że celowe byłoby rozważenie dalszego uproszczenia tej procedury poprzez np. okre-

ślenie jednolitego sposobu określania warunków zamówienia i zakresu dopuszczalnych negocjacji treści ofert, a także zmniejszenie lub uproszczenie liczby odesłań do innych przepisów. Również wyraźne dążenie do zwiększenia efektywności udzielanych zamówień jest dobrym kierunkiem.

Wątpliwości może jednak budzić, czy służące temu przepisy – skierowane wyłącznie do zamawiających, dotyczące czynności przygotowania postępowania oraz późniejszej oceny jego realizacji – powinny znaleźć się w tej ustawie, zwłaszcza że zawarte w nich obowiązki są dość oczywiste lub wynikają z innych przepisów prawa, np. zasad dokonywania wydatków publicznych, określonych w przepisach ustawy o finansach publicznych. Inną sprawą jest to, czy celowe jest w każdym postępowaniu o wartości unijnej nakładanie na zamawiających obowiązku dokonywania analizy potrzeb, zwłaszcza w postępowaniach na usługi czy dostawy powtarzające się okresowo. W praktyce w takich przypadkach realizacja tego obowiązku może zostać sprowadzona jedynie do formalnego jego zrealizowania poprzez powtórzenie wypracowanych z czasem schematów postępowania i biurokratyczne przygotowywanie odpowiednich dokumentów.

Bez wątpienia docenić należy również znaczące poprawienie sytuacji wykonawców, przede wszystkim przez zakaz kształtowania praw i obowiązków stron umowy w sposób rażąco nieproporcjonalny (choć postulowalibyśmy usunięcie słowa: „rażąco”) do rodzaju zamówienia i ryzyk związanych z jego realizacją, wprowadzenie obowiązkowej zapłaty ceny w częściach lub udzielania zaliczek, a także waloryzacji umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy oraz zasady przeliczania ceny, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert. Rozwiązania te zrównoważą pozycje stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, odpowiednio do jej cywilnoprawnego charakteru, pozwolą na oszacowanie ryzyka związanego z uczestnictwem w postępowaniach i znacząco je zminimalizują, a tym samym wymiennie przyczynią się do zwiększenia konkurencyjności postępowań.

Również pozytywnie odnotowuję otwarcie drogi do składania odwołań w pełnym zakresie w postępowaniach o wartości niższej od progów unijnych (w tym na usługi społeczne), rozstrzygnięcia odwołań przez składy trzyoso-

bowe w postępowaniach o wartości unijnej lub w sprawach bardziej skomplikowanych oraz wyznaczenia jako właściwego do postępowań skargowych jednego sądu okręgowego.

Niektóre nowe rozwiązania oceniam jednak jako niepotrzebne lub odnoszące przeciwny skutek w stosunku do zakładanych celów projektu.

W pierwszej grupie umiejscawiam przede wszystkim wprowadzenie nowej procedury rozpoznawania sporów powstałych na etapie realizacji zamówień w postępowaniach koncyliacyjnych, zwłaszcza, że w przypadku poważniejszych spraw jest ona obligatoryjna przed skierowaniem sprawy do sądu. Wydaje się, że cele tej procedury efektywnie są realizowane za pomocą już dostępnych środków (np. mediacji czy zawezwania do próby ugodowej), a jej obowiązkowy charakter może wydłużyć rozstrzygnięcie sporu. Również zbędne, a wręcz szkodliwe jest wprowadzenie obowiązku zorganizowania przed podpisaniem umowy zebrania wszystkich wykonawców na wnioski wykonawcy, który nie zdobył zamówienia. Z projektu nie sposób wyczytać celu, dla którego takie zebrania miałyby być organizowane. Jeśli intencją było zwiększenie przejrzystości prowadzonych postępowań i zapewnienie obrony interesów wykonawców, to cele te realizowane są w stopniu dostatecznym i nieuciążliwym nadmiernie dla zamawiających przez zasadę jawności postępowania oraz prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W drugiej grupie przykładowo można wskazać wprowadzenie zasady, że tę część zamówienia – dla której wymagane są określone zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia – może wykonać wskazany członek konsorcjum, na którego zdolnościach konsorcjum polega. W mojej ocenie rozwiązanie to nie tylko jest zbyt zbliżone do instytucji korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale przede wszystkim sprzeczne z ideą i celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zdecydowanie też nie sprzyja konkurencyjności i rozwojowi małych i średnich przedsiębiorców, zwłaszcza przy uwzględnieniu orzecznictwa unijnego, w świetle którego w kolejnych postępowaniach można wykazać się wiedzą i doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum, o ile faktycznie wykonawca realizował zamówienie związane z wymaganym w tym postępowaniu potencjałem.

ALEKSANDRA SOŁTYSIŃSKA

Uniwersytet Jagielloński

Przyjęcie projektu nowego Prawa zamówień publicznych spotkało się z dużym zainteresowaniem w środowisku uczestników rynku zamówieniowego. Propozycje nowych rozwiązań zostały przecież poprzedzone licznymi konsultacjami społeczno-zawodowymi, a ich uczestnicy śledzili z zainteresowaniem, czy przedstawiane koncepcje i rozwiązania systemowe zostały uwzględnione w projekcie nowej ustawy.

Jednym z celów nowej regulacji jest uporządkowanie istniejących instytucji prawnych oraz rozwiązań implementowanych z prawa unijnego. Na aprobatę zasługuje wprowadzenie pewnych zmian w zakresie środków ochrony prawnej, a zwłaszcza zmiany dotyczące dopuszczalności wnoszenia odwołania przy tzw. zamówieniach krajowych. Pozytywnym rozwiązaniem jest również zwiększanie profesjonalizacji kadr rozstrzygających spory oraz przywrócenie trzyosobowych składów orzekających w KIO.

W projekcie ustawy poprawiono implementację dyrektyw odwoławczych w zakresie odnoszącym się do przesłanek unieważnienia umowy. Obecnie obowiązujący przepis art. 146 ust. 1 niepotrzebnie wyszczególnia rozmaite przypadki przesłanki „udzielenia zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu” wprowadzając niepotrzebne zamieszanie, natomiast art. 146 ust. 2 ogranicza prawo zamawiającego do korzystania z instytucji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* wyłącznie do przypadku zastosowania z naruszeniem przepisów ustawy trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

Propozycja zawarta w projekcie ustawy porządkuje przesłanki unieważnienia oraz prawidłowo implementuje dyrektywy odwoławcze w zakresie ochrony zamawiają-

cych przed negatywnymi skutkami zawarcia umowy bez ogłoszenia o zamówieniu przy wykorzystaniu instytucji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*.

Pozostając przy przesłankach unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego należałoby jeszcze uporządkować przepisy umożliwiające unieważnienie postanowień modyfikujących zamówienie publiczne. Słusznie ustawodawca wprowadził sankcję unieważnienia w przypadku niezgodnej z ustawą modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tego rodzaju modyfikacja stanowi przecież udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Wprowadzając środek ochrony prawnej ustawodawca nie wskazał jednak forum rozstrzygania sporów w tym przedmiocie. Projekt nowej ustawy nie uporządkował dotychczasowych rozwiązań – brak jest przepisu przyznającego kompetencję KIO, co sprawia, że zainteresowany wykonawca i sąd rozpoznający sprawę będą się borykać z dużymi trudnościami praktycznymi.

Po pierwsze, niezgodna z ustawą modyfikacja umowy stanowi udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia i brak jest podstaw do zmiany forum rozstrzygania sporów z KIO na sąd.

Po drugie, nawet jeśli to sąd miałby być właściwy do rozstrzygania sporów w tej dziedzinie, pojawia się pytanie o dopuszczalność utrzymania w mocy zmodyfikowanych postanowień umownych ze względu na nadrzędny interes publiczny oraz ewentualnie stosowania kar alternatywnych.

Po trzecie, pojawia się pytanie o dopuszczalność korzystania z ochrony przewidzianej w związku z publikacją ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*.

Wprowadzając nowe Prawo zamówień publicznych należałoby dalej uporządkować i ujednoczyć przesłanki i forum rozstrzygnięcia sporów w zakresie unieważnienia umowy, tym bardziej jest to pożądane, że nie zwiększy liczby przepisów. Nie można przy tym zapominać o sankcji unieważnienia umowy w części wykraczającej poza określenia przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pomimo utrzymania różnych kategorii środków ochrony prawnej brakuje w projekcie ustawy określenia wzajemnej relacji pomiędzy przedmiotowymi instrumentami ochrony praw wykonawców. Korzystne z punktu widzenia finansów publicznych byłoby przyznanie pierwszeństwa środkiem zmierzającym do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed roszczeniami odszkodowawczymi w sytuacji, gdy nie minął jeszcze termin na skorzystanie z tego pierwszego środka ochrony prawnej. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów taka relacja nie została określona, a zatem do wykonawcy należy wybór jednego z dopuszczalnych środków, co może doprowadzić do sytuacji, że podlegająca unieważnieniu umowa będzie realizowana i finansowana ze środków publicznych, a jednocześnie zamawiający będzie obowiązany wypłacić odszkodowanie wykonawcy.

Kolejne zagadnienie odnoszące się do wzajemnej relacji środków ochrony prawnej obejmuje skutki wyroku wydanego przez KIO i stwierdzającego naruszenie prawa przez zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 365 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego sądy cywilne są związane prawomocnymi orzeczeniami wydanymi przez sąd – powstaje zatem pytanie, czy sąd cywilny rozpoznający powództwo o odszkodowanie jest związany ustaleniami dokonanyymi przez KIO, a nawet czy droga odwoławcza przed KIO jest wymagana dla skutecznego dochodzenia odszkodowania. Obecna ustawa Pzp nie wprowadza obowiązku uchylenia decyzji zamawiającego jako warunku wstępnego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, lecz niektóre sądy przyjmują w praktyce, że wniesienie odwołania jest warunkiem koniecznym do ubiegania się o odszkodowanie.

W proponowanej ustawie brakuje regulacji odnoszących się do roszczeń odszkodowawczych, gdy tymczasem takie postulaty pojawiały się podczas konsultacji, ponieważ nie ma wątpliwości, że obecnie obowiązujące zasa-

dy dochodzenia odszkodowań w zamówieniach publicznych, wykorzystujące reguły odpowiedzialności kontraktowej oraz deliktowej są niezgodne z prawem unijnym co najmniej w dwóch aspektach: wymogu przesłanki zawinienia oraz braku pełnej rekompensaty. Brak takich regulacji budzi zdziwienie, skoro nawet rządowa „Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych” przewidywała nowe rozwiązania w zakresie zryczaltowanych odszkodowań.

Trafnie natomiast uwzględniono bardzo potrzebne postulaty odnoszące się do etapu wnoszenia skargi do sądu okręgowego: utworzenie jednego sądu okręgowego do spraw zamówień publicznych oraz wydłużenie terminu na złożenie skargi. Projekt ustawy wspomina o „sądzie zamówień publicznych” i należy mieć nadzieję, że faktycznie będzie to wydział zajmujący się wyłącznie sprawami z zakresu zamówień publicznych, co pozwoli nie tylko na profesjonalizację kadry orzekającej, lecz również na respektowanie zasady szybkości.

Projekt kończy, szczęśliwie, dyskusję dotyczącą dopuszczalności wniesienia skargi na orzeczenia wydawane przez Prezesa Izby. Dobrym rozwiązaniem jest również przywrócenie skargi kasacyjnej dla stron i uczestników postępowania skargowego. Szkoda tylko, że nie został wydłużony zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu upływu terminu do wniesienia skargi do sądu okręgowego oraz do czasu rozpoznania wniosku o zabezpieczenie, jeśli w skardze zawarto taki wniosek. Wydłużenie zakazu czyniłoby skargę znacznie bardziej efektywnym środkiem ochrony prawnej, a jednocześnie byłoby proporcjonalne w stosunku do zakładanych rezultatów.

Na koniec warto pozytywnie ocenić inicjatywę wprowadzenia alternatywnych sposobów rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych na etapie realizacji umowy. Wykonawcy wielokrotnie podnosili, że zamawiający niechętnie podejmuje się rozwiązań polubownych, obawiając się zarzutów naruszenia prawa. Tymczasem procedury koncyliacyjne stanowią „zielone światło” dla zamawiających i wskazują, że tego rodzaju sposób rozwiązywania sporów może znaleźć zastosowanie także na rynku zamówień publicznych. Można się jednak zastanowić, czy droga przed organem niesądowym powinna mieć charakter obligatoryjny.

MICHAŁ ROGALSKI

Ekspert Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji

Czytając projekt nowej ustawy, w pierwszej kolejności zwraca uwagę liczba artykułów. Sześćset osiemdziesiąt dwa artykuły robią wrażenie, tym bardziej, że dotychczas obowiązująca ustawa po odliczeniu działów „Zmiany w przepisach obowiązujących” i „Przepisy przejściowe i końcowe” oraz artykułów uchylonych – to „zaledwie” ok. 334 artykuły. Wprawdzie w projekcie znalazły się całkiem nowe uregulowania dotyczące postępowania koncyliacyjnego, ale to zaledwie 34 artykuły. Uwzględniając powyższe, ustawa rozrosła się o blisko 80%.

Po dość pobieżnym zapoznaniu się z treścią nowych uregulowań należy stwierdzić, że projekt nowego Prawa Zamówień Publicznych w znacznym stopniu zasługuje na poparcie. Tym niemniej istnieje wiele zapisów, które powinny być preredagowane, bądź doprecyzowane. Trudno również oprzeć się wrażeniu, że istnieje pewien chaos w podziale na jednostki systematyczne. Zastrzeżenia budzi przyjęta przez autorów kolejność oraz zawartość działów. Układ ustawy jest jej trwałym elementem i praktyczne nie jest możliwa jego zmiana w wyniku przyszłych nowelizacji. Wydaje się zatem, że autorzy w tym zakresie powinni dążyć do pewnej doskonałości, a mam wrażenie, że tak się nie stało.

DEFINICJE POJĘĆ

Istnieje wiele przypadków, w których zamiast użycia zdefiniowanego wcześniej pojęcia ustawa odsyła do przepisu zawierającego definicję. Utrudnia to istotnie korzystanie z ustawy. Przykładem tego są liczne odwołania do kolejnych ustępów art. 6 ustawy. Wydaje się celowe wprowadzenie definicji pojęcia „działalność sektorowa” jako działalności, o której mowa w art. 6. Pozwoli to na uniknięcie wielokrotnych odwołań do tego artykułu.

W art. 8 pkt 32 zdefiniowano pojęcie „zamówienia publicznego”, a dodatkowo w art. 9 wprowadzono pojęcie

„zamówienia”, nadając mu identyczne znaczenie. Autorem projektu chodziło zapewne o skrócenie tekstu ustawy przez zaniechanie wielokrotnego powtarzania przymiotnika „publiczne”. To słuszne rozwiązanie, jednak wątpliwości budzi umieszczenie tej drugiej definicji w art. 9, zamiast w art. 8 zawierającym definicję agregatową.

W art. 5 ust. 1 projektu poszczególne punkty definiujące zamawiających sektorowych odwołują się do definicji działalności sektorowych zawartych art. 6, a te odwołują się zwrótnie do definicji zamawiających sektorowych zawartych w komentowanym ustępie.

ODWOŁANIA DO PRZEPISÓW

Wydaje się zbędne wielokrotne odwoływanie się do przepisów zawartych w dziale „Przepisy ogólne”, gdyż, jeśli nie wskazano inaczej, mają one z racji usytuowania zastosowanie w całej ustawie.

Ustawa odwołuje się kilkanaście razy do działu II, co rodzi przypuszczenie, że część zawartych w nim przepisów powinna być przeniesiona do przepisów ogólnych. Przeniesienie takie wydaje się sensowne szczególnie w odniesieniu do rozdziałów pierwszego – „Przygotowanie postępowania”, drugiego – „Kwalifikacja podmiotowa wykonawców” i szóstego „Badanie i ocena ofert”. Zmiana polegająca na przeniesieniu tych i wielu innych przepisów do przepisów ogólnych poprawiłaby istotnie czytelność ustawy.

PODZIAŁ PRZEPISÓW ZE WZGLĘDU NA WARTOŚĆ ZAMÓWIENIA

Wydaje się zasadne ujednoczenie tytułów działów II oraz VI poprzez zatytułowanie działu II – „Zamówienia klasyczne o wartości równej lub przekraczającej progi unij-

ne”. Warto także rozważyć przeniesienie działu VI, tak by następował on bezpośrednio po dziale II. Wówczas przepisy dotyczące zamówień klasycznych, niezależnie od ich wartości znalazłyby się bezpośrednim sąsiedztwie, a po nich przepisy dotyczące szczególnych instrumentów i procedur, zamówienia sektorowe i dalej Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

POLITYKA ZAKUPOWA PAŃSTWA

Przepis art. 22 ust 1 jest niejasny. Nie do końca wiadomo, co ma dokładnie określać polityka zakupowa państwa, ani jaki będzie stopień jej szczegółowości. Przykładowy katalog działań zamawiających wskazuje wyłącznie zakup innowacyjnych lub zrównoważonych produktów oraz usług. Wydaje się, że lista przykładowych działań powinna być szersza. Z przepisu art. 26 ust. 1 wynika, że strategia zarządzania, do sporządzania której zobowiązani będą zamawiający będący centralnym organem administracji rządowej, zawiera wyłącznie listę zamówień o charakterze kluczowym. Jaki jest związek takiej listy z tytułowym zarządzaniem? Czy użycie pojęcia strategia jest właściwe dla listy zamówień? Jaki jest cel sporządzania strategii, skoro nie jest ona nigdzie publikowana? Nie określono także kiedy i jak często opracowywana jest strategia. W mojej opinii przepisy dotyczące polityki zakupowej państwa wymagają doprecyzowania.

ANALIZA POPRZEDZAJĄCA WSZCZĘCIE POSTĘPOWANIA

Wprowadzenie obowiązku przeprowadzenia tzw. analizy potrzeb zamawiającego jest zdecydowanie rozwiązaniem godnym poparcia. Dostrzeżono prawdopodobnie, że udzielenie jakiegokolwiek zamówienia bez przeprowadzenia analizy, o której jest mowa w art. 92, obejmującej ocenę jego celowości, określenia potrzeb, które mają być zaspokojone, oceny ryzyk oraz oceny spodziewanych kosztów jest działaniem nieodpowiedzialnym, stawiającym pod znakiem zapytania właściwe stosowanie przepisów o finansach publicznych. Jak pokazuje doświadczenie, pominięcie takich analiz może mieć nawet katastrofalne skutki dla realizowanego zamówienia. Pracochłonność związana z przeprowadzeniem analizy w przypadkach mniejszych zamówień bywa znikoma. Dlatego wydaje się, że wyłączenie obligatoryjności takiej analizy

w przypadku zamówień o mniejszej wartości, które wprowadzono treścią art. 409, nie jest rozwiązaniem właściwym.

KONSULTACJE RYNKOWE

Przepisy dotyczące konsultacji rynkowych, nie dają wykonawcy biorącemu udział w konsultacjach żadnych gwarancji, że nie zostanie on wyłączony z możliwości ubiegania się o zamówienie na podstawie art. 97 ust. 2 lub art. 123 ust. 1 pkt 8. Takie zagrożenie niewątpliwie osłabi zainteresowanie wykonawców udziałem w konsultacjach.

Ewentualną przyczyną wykluczenia wykonawcy jest nieujawnienie wszelkich informacji, które zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania. Należy w tym miejscu podkreślić, że to nieujawnienie stanowi zaniechanie zamawiającego, a jego skutki nie powinny obciążać wykonawcy. Zamawiający do upływu terminu składania ofert może ponadto naprawić swój błąd uzupełniając treść SWZ o niezbędne informacje. Jeśli tego nie uczyni - właściwym, choć bez wątplenia drastycznym rozwiązaniem, jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 281 pkt 6.

OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Sposób opisu przedmiotu zamówienia określony został w projektowanej ustawie w dwóch miejscach – osobno dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (dział II rozdział 1 oddział 5) i osobno dla pozostałych zamówień klasycznych (dział VI rozdział 3). W przypadku tych drugich zamówień ustawodawca nakazuje stosowanie przepisów działu II rozdziału 1 oddziału 5, z pewnymi zmianami. Moim zdaniem wprowadzane zmiany nie są w pełni czytelne i mogą sprawiać trudności interpretacyjne tym wykonawcom i zamawiającym, którzy są mniej obeznani z zasadami techniki prawodawczej. Przykładowo – mogą oni mieć wątpliwości, czy w zamówieniach klasycznych o wartości mniejszej, niż progi unijne, zważywszy na treść art. 417 i 418 ma nadal zastosowanie art. 113 ust. 2?

Wydaje się, że przeniesienie artykułów 113–121 (określających sposób opisu przedmiotu zamówienia) do przepi-

sów ogólnych ustawy poprawiłoby istotnie jej czytelność. Przeniesienie takie musiałby się oczywiście wiązać z wprowadzeniem koniecznych wyjątków związanych z wartością zamówienia.

PUBLIKACJA OGŁOSZEŃ

Dobrym pomysłem usprawniającym znacznie wyszukiwanie ogłoszeń, który znalazł się w założeniach do projektu było udostępnienie wszystkich ogłoszeń w jednym miejscu niezależnie od ich wartości. Rozwiązanie to niestety nie zostało zaimplementowane w projekcie. Zamawiający powinien dokonywać wyboru publikatora przez zaznaczenie odpowiedniej opcji i zależnie od wyboru powinien być mu udostępniany formularz właściwy ze względu na zastosowany tryb i miejsce publikacji. Wykonawcy poszukując okazji biznesowych mieliby wszystkie ogłoszenia w jednym miejscu, a nie jak wynika z projektu – nadal w dwóch osobnych publikatorach.

WNIOSKI O WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ

W projekcie nowej ustawy wprowadzono przepisy wzorowane na dotychczasowych uregulowaniach dotyczące składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ (art. 151), treści regulaminu konkursu (art. 433), a także treści opisu potrzeb i wymagań. Nadal utrzymano sposób określania terminu w jakim mogą być składane wnioski. Termin ten określony jako koniec dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert od dawna budził zastrzeżenia. Szczególnie dotyczą one zamówień o mniejszej wartości, w których termin ten jest zaledwie kilkudniowy.

Dodatkowe utrudnienie pojawia się w sytuacji, gdy połowa terminu składania ofert wypada w dzień ustawowo wolny od pracy lub w sobotę. Nowa ustawa jest dobrą okazją do usunięcia dotychczasowych niedoskonałości. Przypuszczam, że wprowadzenie obowiązku wskazania przez zamawiającego konkretnej daty, do której wykonawcy mogą kierować wnioski o wyjaśnienie, rozwiązywałaby w znacznym stopniu problem. Ustawa w takim przypadku powinna zobowiązywać zamawiającego do wyznaczenia tego terminu w ten sposób, by obejmował on pewną minimalną liczbę dni roboczych.

TERMIN SKŁADANIA OFERT

Minimalne terminy składania ofert, poza jednym przypadkiem nie budzą wątpliwości. W art. 155 ust. 1 nie ma mowy o uwzględnieniu czasu niezbędnego na sporządzenie oferty, a czas ten powinien być bezwzględnie brany pod uwagę przy ustalaniu terminu. Ponadto, jak pokazuje doświadczenie, zamawiający w ogromnej większości przypadków stosują minimalne terminy składania ofert i to niezależnie od liczby dni wolnych od pracy, które obejmuje wyznaczony termin. Negatywne skutki takiej praktyki są szczególnie odczuwalne w zamówieniach o wartości mniejszej, niż progi unijne. Uwzględniając powyższe wydaje się celowe wprowadzenie w art. 432 dodatkowego wymagania, by termin składania ofert, podobnie jak termin składania wniosków o wyjaśnienie SWZ, obejmował pewną minimalną liczbę dni roboczych.

KRYTERIA OCENY OFERT

Jak pisałem w jednym z moich wcześniejszych artykułów, uważam za całkowicie nieuzasadnione utrzymanie sztywnej, określonej przez ustawodawcę maksymalnej wagi kryterium ceny (art. 244). Wprowadzenie takiej „wskazówki” skłania wielu zamawiających do stosowania kryteriów całkowicie pozornych. Uważam, że funkcję instruktarsową powinny pełnić powszechnie dostępne wzorce i dobre praktyki, a nie przepis ustawy, tym bardziej, że wprowadzenie normy określającej maksymalny udział kryterium ceny dotychczas nie przyniosło oczekiwanych rezultatów.

Mówiąc o kryteriach oceny ofert warto zwrócić uwagę na pewne niedociągnięcia w treści przepisów. Na przykład treść art. 235, może sprawiać trudności interpretacyjne. Wątpliwa wydaje się celowość wprowadzenia nowego pojęcia „wartość oferty”, które to pojęcie może być mylone z ceną ofertową.

W art. 239 ust. 1 wymienia się dwie podstawy wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie w ust. 4 jest mowa o trzecim sposobie wyboru – wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych (stała cena).

W projekcie utrzymano dotychczasowe nazewnictwo. Ustawa mówi o kryterium ceny, kryterium kosztu oraz

o kryteriach jakościowych. Wśród kryteriów jakościowych w art. 239 ust. 2 wymienia się m.in. kryteria odnoszące się do aspektów społecznych, warunków dostawy i terminu realizacji, które są bardzo luźno związane z powszechnym rozumieniem słowa jakość.

Ustawodawca w art. 236 ust. 1 zabrania stosowania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, a jednocześnie wśród kryteriów jakościowych wymienia kryteria odnoszące się do kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Art. 236 ust. 3 jest moim zdaniem nie do końca zrozumiałą. Zamawiający mogą co najwyżej domniemywać jaki obowiązek wynika z jego treści. Konieczne wydaje się preredagowanie przepisu. W art. 239 ust. 4 i art. 241 wprowadzono, zaczerpnięte zapewne z dyrektywy, pojęcie „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie”. Wydaje się, że w tych przepisach właściwsze byłoby użycie stosowanego przecież wielokrotnie pojęcia „oferta najkorzystniejsza”. Wprowadzenie pewnego ładu i konsekwencji w opisie kryteriów wydaje się celowe ze względu na czytelność i jednoznaczność przepisów.

ZAMÓWIENIA *IN-HOUSE*

Autorzy nowej ustawy nie wdrożyli niestety uregulowań, które mogłyby się okazać naprawdą skuteczną ochroną rynku. Wprowadzone zmiany są kosmetyczne, chociaż moim zdaniem zmierzają we właściwym kierunku.

Wprowadzono przepis art. 231 ust. 7, który stanowi zmodyfikowaną wersję dotychczasowego przepisu art. 36a ust. 2a. Słusznie poszerzono w nim zakres przepisu obejmując zakazem powierzania podwykonawstwa wszelkie usługi, a nie jak dotychczas wyłącznie usługi użyteczności publicznej. Niedookreślone dotychczas pojęcie „kluczowe części” zostało zastąpione niestety równie niejednoznacznym pojęciem „część, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia”. Wydaje się potrzebne odpowiednie doprecyzowanie użytego pojęcia.

Niejasny wydaje się powód, dla którego w art. 233 ust. 1 ustalono, że w przypadku zamówień *in-house* publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy następuje, niezależnie od wartości zamówienia w Biuletynie Zamówień

Publicznych. Osoby zainteresowane takimi ogłoszeniami z pewnością przeoczą szereg ogłoszeń, nim zauważą istnienie wyjątku wprowadzonego tym przepisem.

UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Wprowadzenie do ustawy szeregu przepisów dotyczących zasad obowiązujących przy sporządzaniu umów należy ocenić pozytywnie. Zważywszy, że wykonawca będący stroną umowy pozbawiony był praktycznie wpływu na jej treść, dodatkowe instrukcje dla zamawiających dotyczące klauzul umownych należy uznać za potrzebne. O potrzebie tej świadczy niezbita lektura znacznej części umów proponowanych dotychczas w SIWZ przez zamawiających. Pozytywnie należy ocenić przepis wprowadzający obowiązek kształtowania umów w sposób proporcjonalny.

Zastrzeżenia budzi jednak użycie w treści art. 462 ust. 1 słowa „rażąco”. Z treści przepisu można bowiem wywnioskować, że umowy mogą jednak kształtować prawa i obowiązki zamawiającego oraz wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją, oby ta nieproporcjonalność nie była rażąca. Nie dostrzegam wyraźnego powodu, dla którego w projekcie dopuszcza się jakąkolwiek nieproporcjonalność. Myślę, że wykreślenie słowa „rażąco” poprawiłoby jednoznaczność omawianego przepisu.

PODSUMOWANIE

Sądzę, że znaleźliśmy się dopiero na samym początku drogi prowadzącej do powstania naprawdą dobrego, jednoznacznego i przejrzystego aktu prawnego. Niezależnie od wielu naprawdą dobrych rozwiązań jest jeszcze wiele do poprawienia. Uważam przy tym, że wyznaczony termin 21 dni na konsultacje tak obszernego aktu prawnego jest zdecydowanie za krótki. Będzie to bez wątpienia przyczyną, dla której przedstawione uwagi będą mało szczegółowe, mogą nie wyjaśniać do końca sugerowanych zmian, a także pomijać istotne, a w pośpiechu niedostrzeżone niedoskonałości projektu. Krótki termin skutkować będzie również tym, że ogromna część uwag zgłaszanych będzie dopiero podczas prac odpowiedniej komisji sejmowej, co z pewnością wydłuży czas jej prac nad ustawą.

WOJCIECH HARTUNG

Kancelaria Domański Zakrzewski Palinka

Niewątpliwie projekt nowego Pzp zdaje się uwzględniać zasadniczy postulat podnoszony od dłuższego czasu przez środowisko osób zajmujących się zamówieniami publicznymi. Chodzi o podniesienie konkurencyjności i zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych. Przewidziane są w tym zakresie nowe rozwiązania, w tym analizy przedrealizacyjne, zespoły projektowe, czy wreszcie polityka zakupowa państwa.

Dostrzeżono także konieczność wprowadzenia do przepisów regulacji dotyczących proporcjonalności postanowień umowy, przewidzenia klauzul waloryzacyjnych czy większej elastyczności przy rozwiązywaniu sporów pojawiających się na etapie realizacji umowy.

Pojawia się jednak szereg pytań, czy szczegółowe przepisy, które starają się te wszystkie kwestie rozwiązywać, spełniają oczekiwania.

To jeden obszar zagadnień, które wymaga omówienia. Drugim, równie ważnym jest fakt, że w dalszym ciągu pozostaje szereg zagadnień, które wymagają regulacji, a które nie zostały zaadresowane lub których propozycje zapisów wydają się niewystarczające.

Zacznę od tego drugiego i zmian, które określiłbym jako systemowe. W ich ramach wskażę trzy, choć od razu zaznaczę, że nie jest to lista zamknięta.

Po pierwsze – rozszerzenie zakresu orzekania Krajowej Izby Odwoławczej przy zachowaniu jej kompetencji do spraw z zakresu Prawa zamówień publicznych. Za konieczne uważam wprowadzenie do przepisów projektu postanowień potwierdzających

w sposób jednoznaczny, iż wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia do Krajowej Izby Odwoławczej odwołań od decyzji zamawiającego o udzielaniu zamówienia z pominięciem przepisów ustawy jak również w odniesieniu do zmian zawartych umów.

Po drugie – Izba Koncyliacyjna – propozycja alternatywna do przedstawionej w projekcie nowego Pzp. Co do zasady, wszelkie rozwiązania, które mają na celu usprawnienie procesu realizacji umowy i zapobieganie poddawaniu powstałych sporów długotrwałym postępowaniom sądowym, uważam za pożądane. Jednak przedstawiona w projekcie instytucja Izby Koncyliacyjnej nie zapewni, moim zdaniem, osiągnięcia postulowanego celu, m.in. z uwagi na zakres spraw, którymi miałyby się zajmować nowa Izba. Wydaje się, że poza (a może nawet zamiast) postępowania koncyliacyjnego właściwe byłoby doprecyzowanie istniejących przepisów poprzez jednoznaczne wskazanie, że Krajowa Izba Odwoławcza orzeka co do zgodności z prawem zamówień publicznych zmian do umów. Nowe przepisy powinny przyznać również stronom umowy o zamówienie publiczne uprawnienie do występowania do KIO z wnioskiem o rozstrzygnięcie tego, czy proponowana zmiana umowy (jeszcze przed jej zawarciem) jest zgodna z przepisami Pzp. Ponadto, podobną funkcję do proponowanej izby koncyliacyjnej mogłaby spełniać przewidziana obowiązkowo w umowie komisja rozjemcza, na wzór rozwiązań zawartych we wzorcach FIDIC.

Po trzecie – regulacje dotyczące tzw. zamówień *in-house*. Zamówienia *in-house* jako niekonkurencyjny mechanizm realizacji zadań publicznych powinny być, moim zdaniem, stosowane jedynie wyjątkowo, w jasno i ściśle określonych sytuacjach. Za takie

uważam przypadki, gdy pozwala to na efektywniejsze wydatkowanie środków publicznych w stosunku do modelu konkurencyjnego, stanowiącego przecież podstawę rozwiązań przyjętych w przepisach dotyczących zamówień publicznych. Tu brakuje mi w projekcie rozwiązań, które by to wyraźnie podkreślały. Ponadto, wbrew zapowiedziom, które znalazły się choćby w Koncepcji nowego Pzp, nie przewidziano rozwiązań, które eliminowały obserwowane obecnie sytuacje nadużyć w stosowaniu tego mechanizmu.

Poza rozwiązaniami o charakterze systemowym, konieczne jest wprowadzenia szczegółowych zapisów usprawniających i porządkujących procedurę udzielania zamówienia. Wśród nich wskazałbym na:

- wprowadzenie zapisów zapewniających proporcjonalności warunków umowy oraz właściwie skonstruowane klauzule waloryzacyjne;
- wprowadzenie zasady przewidywalności działań zamawiającego;
- doprecyzowanie przesłanek wykluczenia, aby eliminacja wykonawcy była rzeczywiście proporcjonalna do zarzucanego mu przewinienia;
- wprowadzenie pojęcia „oferty niewiarygodnej”, a nie jedynie „rażąco niskiej”;
- ograniczenie możliwości dyskrecyjnego unieważnienia postępowania.

JÓZEF ANDRZEJ LASKOWSKI

Kwestor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Wprzedstawionej przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych koncepcji nowej regulacji dotyczącej zamówień publicznych znalazła się zapowiedź uporządkowania i odchudzenia przepisów ustawy. Jak trudno czyta się aktualny tekst ustawy wie każdy, kto stosuje ją na co dzień, więc zapowiedź została przyjęta pozytywnie.

Wśród zapowiadanych zmian porządkujących i odchudzających akt prawny zwróciłem szczególnie uwagę na przeniesienie zagadnień związanych z udzielaniem zamówień publicznych w sektorze zbrojeniowym do odrębnej regulacji. Tymczasem w przygotowanym projekcie nowego Prawa zamówień publicznych zagadnienia te pozostawiono w treści ustawy. W konsekwencji powiększono roz-

miar projektu w stosunku do aktualnie obowiązującego Prawa zamówień publicznych.

Nie służy to zwiększeniu przejrzystości przepisów. Uwzględnienie specyfiki zamówień związanych z bezpieczeństwem państwa jest bezwzględnie konieczne, przy czym bardzo często wartość zamówień zbrojeniowych jest ogromna, jednak stanowi obszar specjalistyczny, obsługiwany przez niewielki udział zamawiających. Jakie w związku z tym jest uzasadnienie do utrzymywania w treści Prawa zamówień publicznych obszernych regulacji, dotyczących bardzo specyficznego sektora?

Odnosząc się do zagadnienia przejrzystości projektu zwrócić należy uwagę, iż z całą pewnością nie służy jej wprowadzenie do projektu ustawy progu 50 000 zł. Dotychczas w przepisach określających

progi wartościowe w zamówieniach publicznych stosowano zasadę wskazywania ich wartości w walucie euro. Wprowadzenie odrębnego sposobu określania progów wartościowych może rodzić negatywne skutki, między innymi dla wykorzystywanych do obsługi zamówień systemów informatycznych. Ponadto, proponowane rozwiązanie zakłada tymczasowość nowej regulacji. Chyba że stanowi sygnał, iż aktualne władze państwowe nie traktują poważnie deklaracji na temat wejścia Polski do strefy EURO.

Na marginesie zwrócić trzeba uwagę, że nie całkiem jasna jest intencja ustawodawcy co do zawartego w art. 415 obowiązku publikowania ogłoszenia o zamówieniach przekraczających wartość 50 000 zł.

Mam też wątpliwości, czy odrębne uregulowanie zamówień o wartości nie przekraczającej progów unijnych w zaprezentowanej formie również wpływa na zwiększenie przejrzystości dokumentu i będzie poprawiać komfort uczestników postępowań o zamówienia publiczne.

W kwestiach szczegółowych natomiast chciałbym zwrócić uwagę, iż środowisko akademickie jest zaniepokojone, iż w propozycji zrezygnowano z wypracowanych przez wiele lat doświadczeń rozwiązań zawartych w art. 4d ust 1 pkt. 1 i 2 aktualnego Prawa zamówień publicznych. Przepis ten pozwala wyłączyć z obowiązku stosowania ustawy zamówienia, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

W aktualnie obowiązujących przepisach rozwiązanie takie dotyczy zamówień o wartościach nie przekraczających progów unijnych. Wyłączenia te były wynikiem wieloletnich zabiegów uczelni wyższych, realizowanych w celu uwzględnienia w przepisach specyfiki działań związanych z realizacją badań naukowych.

Warto zwrócić uwagę, że z jednej strony zakres przedmiotowy zamówień w realizowanych w tym obszarze jest bardzo różnorodny. Wynika to z faktu, że zagadnienie dotyczy uczelni i instytucji badawczych działających w bardzo wielu obszarach. Mamy uczelnie techniczne, medyczne, rolnicze, ekonomiczne czy interdyscyplinarne uniwersytety. Na uczelniach spotkać można wydziały informatyczne, chemiczne, fizyczne, biologiczne, towaroznawcze, psychologiczne, prawnicze itd. W każdej z wymienionych dziedzin prowadzone są badania naukowe. Ich specyfika wpływa na zakres usług i dostaw służących do ich realizacji.

Przy rozważaniach obejmujących problematykę zamówień publicznych nie można też pominąć, że w zależności od typu uczelni różna będzie wielkość środków wydatkowanych na prace badawcze i rozwojowe. W planie zamówień publicznych jednej z większych uczelni technicznej znajduje się przykładowo pozycja układy scalone za kwotę znacząco przekraczającą progi europejskie. Jednocześnie w przypadku prac w zakresie towaroznawstwa, czy jak aktualnie wynika z przepisów o dyscyplinach naukowych – zarządzania jakością, badania dotyczą np. porównania jakości artykułów spożywczych od różnych producentów, przy czym skala wartości jest tu zupełnie inna.

Natomiast z drugiej strony cechą wspólną zakupów realizowanych dla potrzeb badań naukowych istotny jest czas realizacji zakupów oraz ich częstotliwość i konieczność pewnej elastyczności, pozwalającej dokonywać zakupy zróżnicowanych materiałów o różnorodnym stopniu jakości. Konieczność stosowania procedur ustawowych może sparaliżować realizację działalności badawczej, a co najmniej utrudniać uzyskanie optymalnych efektów prac.

Przedstawiciele środowiska akademickiego z projektem ustawy wiązali raczej nadzieje na zwiększenie zakresu uwzględnienia specyfiki działalności uczelni wyższych niż ich ograniczanie, szczególnie biorąc pod uwagę deklarowane przez Rząd wspieranie rozwoju innowacyjności.

Chciałbym również zwrócić uwagę, że część rozwiązań zawartych w projekcie należy wskazać, jako obszar do dokładniejszego przemyślenia. Chcę zwrócić uwagę choćby na przykład wyłączenia obowiązku stosowania ustawy przy nawiązaniu stosunku pracy w sytuacji, gdy obecnie zwolnienie dotyczy zawierania umów z zakresu prawa pracy. Jak w takim razie będzie traktowana np. zmiana warunków pracy?

Innym przykładem jest wprowadzenie obowiązku sporządzania analiz potrzeb i wymagań zawarte w art. 92 ust. 1 projektu. Stanowi to nieuzasadnione zwiększenie wymagań formalno-proceduralnych. Biorąc pod uwagę, że z założenia przygotowując plany finansowe czy następnie plany zamówień publicznych, podmiot publiczny analizuje zgodność planowanych wydatków z wymaganiami ustawy o finansach publicznych dotyczących celowości i gospodarności.

To zwiększenie wymagań formalno-proceduralnych stoi w sprzeczności z uproszczeniami wymagań zawartych w art. 129 projektu, dotyczących badania sytuacji finansowej wykonawców. Uproszczenia stosowane w zakresie badania sytuacji finansowej świadczą o braku profesjonalizmu autorów projektu. Ograniczanie się w zakresie sprawozdania finansowego do oceny porównania aktywów i zobowiązań w przypadku zamówień długookresowych, o dużej wartości jest niewystarczające. Przy wydatkowaniu środków finansowych na poziomie np. 100.000.000 zł. brak solidnej analizy finansowej był powodem zrywania licznych kontraktów z uwagi na kłopoty finansowe wykonawców. Jeszcze bardziej porażają wymogi dotyczące posiadania polisy ubezpieczeniowej. Chciałbym podkreślić, że posiadanie polisy ubezpieczeniowej w żaden sposób nie świadczy o posiadaniu odpowiedniej sytuacji finansowej. Brak profesjonalizmu zamawiających w zakresie analizy finansowej nie można sankcjonować poprzez uproszczenie wymagań zawartych w przepisach.

Przy okazji przygotowania nowej ustawy warto zastanowić się nad wprowadzeniem rozwiązań pozwalających faktycznie zwiększyć efektywność realizacji zamówień publicznych.

Dla przykładu wskazać należy na niejednoznacznie unormowany zakres przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia. Być może warto w zapisach ustawy wprowadzić jednoznaczną definicję przedmiotu zamówienia (jego zakresu) niezbędnego do prawidłowego szacowania zamówienia publicznego. Próby określania w interpretacjach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedmiotu jednego zamówienia poprzez kryteria czasu, jedności przedmiotu, jednego dostawcy bardzo często były interpretowane w sposób uzależniony od woli interpretującego. Ponadto były to wyłącznie interpretacje. Warto przy okazji zmiany przepisów bardziej pochylić się nad tym zagadnieniem, które stanowi spory problem dla zamawiających.

Chciałbym zwrócić uwagę także na potrzebę sprecyzowania określeń zawartych w art. 37 projektu, dotyczących wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego, posiadających samodzielność finansową. Z punktu widzenia wyższych uczelni, jednostek o bardzo różnorodnej i skomplikowanej strukturze organizacyjnej, zdefiniowanie tych pojęć jest bardzo oczekiwane.

Zagadnieniem które warto na nowo uregulować jest przepis dotyczący udostępniania zasobów podmiotów trzecich. Szczególnie w obszarze sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Aktualne rozwiązanie sprzyja bowiem nieuczciwym praktykom wykonawców, którzy często powołując grupy kapitałowe wykorzystują do składania ofert firmy zależne, nie posiadające zasobów ekonomicznych, lecz powołujących się na udostępnienie zasobów innych członków grupy kapitałowej w trakcie weryfikacji ofert. W ten sposób w praktyce uniemożliwiają dochodzenia roszczenia w przypadku nienależytego wykonania zamówienia, bowiem udostępnianie zasobów dotyczy realizacji zamówienia, nie zaś roszczeń w przypadku nienależytego wykonania zamówienia.

Przedstawiając kilka uwag chciałbym sprowokować do głębszej refleksji nad zapisami ustawy, aby nowe przepisy faktycznie przyczyniły się do poprawy efektywności gospodarowania publicznymi środkami.

ANDRZEJ WARWAS

Warszawskie Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB

Wstępna analiza skierowanego do uzgodnień projektu nowego Prawa zamówień publicznych według mojej oceny, niestety, nie pozwala na jednoznaczną, pozytywną ocenę, między innymi z tego powodu, że nie wnosi istotnych, oczekiwanych i sygnalizowanych niejednokrotnie postulatów dotyczących konieczności zmiany dotychczas obowiązujących i wprowadzenia nowych, szczególnych regulacji w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane, uwzględniających specyfikę tego rodzaju zamówień.

W projekcie nie dokonano zmiany kontrowersyjnego i krytykowanego rozwiązania polegającego na oderwaniu pojęcia zakresu przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane od definicji znajdujących się w innych krajowych aktach prawnych, w szczególności w ustawie Prawo budowlane. Jedyna zmiana ma charakter czysto formalny i polega na bezpośrednim przywołaniu dla potrzeb określenia robót budowlanych załącznika z dyrektywy zamiast pośrednio poprzez rozporządzenie w sprawie wykazu robót.

Bez jakichkolwiek zmian pozostawiono natomiast definicję obiektu budowlanego. Jednocześnie w projekcie pozostawiono bez zmian dotychczasowe regulacje zawarte w art. 31 i art. 33 obowiązującej obecnie ustawy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz szacowania wartości zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane ale w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Tym samym w dalszym ciągu mają obowiązywać regulacje, które odnosiły się do stanu prawnego,

gdy w ustawie roboty budowlane oznaczały wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

To powoduje, niestety, chaos pojęciowy i skutkuje tym, że wiele przepisów w projekcie ustawy jest niejednoznacznych i będzie wymagało licznych interpretacji, gdyż pojęcie robót budowlanych w rozumieniu Pzp nie jest tożsame z pojęciem robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego.

W projekcie ustawy przewidziano wprowadzenie trzeciego sposobu ustalenia wartości zamówienia na realizację obiektu za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w oparciu o kosztorys inwestorski i planowane koszty oraz inne wiarygodne dokumenty.

Jednocześnie przewidziano, że minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia oprócz metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego oraz obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym również metody i podstawy obliczania wartości zamówienia na roboty budowlane dla trzeciego wariantu (realizacja obiektu budowlanego) na podstawie wymienionych dokumentów.

W projekcie nie doprecyzowano jednakże, jak należy rozumieć określenie „realizacja obiektu bu-

dowlanego za pomocą dowolnych środków zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego” a w uzasadnieniu stwierdzono jedynie, że: „Ten trzeci typ robót budowlanych, w którym podkreśla się dowolność środków służących realizacji obiektu budowlanego, w założeniu ma uwzględniać wszystkie „nietypowe” roboty budowlane, tj. inne niż wykonanie obiektu przez zamawiającego w oparciu o posiadany projekt lub zaprojektowanie i wykonanie obiektu” co wydaje się zdecydowanie niewystarczające.

Za istotną wadę należy uznać to, że projekt nie przewiduje określenia rodzajów opracowań wymaganych dla opisu tego specyficznego zamówienia na roboty budowlane.

Poważne wątpliwości budzi również treść art. 92 projektu ustawy, zgodnie z którym zamawiający w przypadku udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi UE, powinien poprzedzić udzielenie zamówienia publicznego analizą potrzeb i między innymi dokonać wstępnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia w przedstawionych wariantach dotyczących możliwość zastosowania alternatywnych sposobów i środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego. W projekcie brak jest bowiem jakichkolwiek wytycznych dotyczących zasad i podstaw takiego wstępnego szacowania wartości przedmiotu zamówienia, co może generować problemy, gdyż nie uwzględniono tego, że przedmiotem zamówienia może być wykonanie, zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub realizacja obiektu budowlanego.

Krytycznie należy również ocenić proponowany art. 475 z którego wynika obowiązek sporządzenia przez zamawiającego raportu z realizacji zamówienia w określonych ustawą przypadkach, który ma zawierać między innymi porównanie kwoty wydatkowanej na realizację zamówienia z kwotą wynikającą z szacowania wartości zamówienia. Rozwiązanie takie jest niewłaściwe w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane, jeżeli w istotny sposób nie zostaną zmienione w rozporządzeniu metody i podstawy sporządza-

nia kosztorysu inwestorskiego i planowanych kosztów.

Bardzo kontrowersyjne i niezrozumiałe jest rozwiązanie zaproponowane w Dziale VI „Zamówienia klasyczne o wartości mniejszej niż progi unijne” zwalniające zamawiającego z obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych lub programu funkcjonalno-użytkowego przy jednoczesnym obowiązku szacowania wartości zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego lub planowanych kosztów robót budowlanych i prac projektowych.

Przedstawione wyżej szczegółowe uwagi dotyczą jedynie dwóch zagadnień szczególnie istotnych dla robót budowlanych a mianowicie określenia i opisu przedmiotu zamówienia oraz szacowania wartości.

Krytyczne oceny można sformułować natomiast do wielu innych projektowanych przepisów istotnych dla zamówień na roboty budowlane, w tym przede wszystkim dotyczących podwykonawstwa, umów, waloryzacji wynagrodzenia, postępowania konsyliacyjnego, kryteriów oceny ofert oraz rażąco niskiej ceny.

Ponadto wymaga podkreślenia, że w projekcie, niestety, nie uwzględniono szeregu postulatów dotyczących wprowadzenia nowych rozwiązań ważnych w zamówieniach na roboty budowlane, w tym między innymi zawartych w piśmie „Stanowisko Zarządu Głównego PZITB w sprawie kierunków rozwoju systemu cenowego budownictwa w Polsce” przesłanym do Ministra Infrastruktury i Budownictwa. W wystąpieniu tym wnioskowano o „wykorzystanie możliwości ustawy Pzp (art. 36 ust.1 pkt 12 obowiązującej ustawy) poprzez wydanie rozporządzenia wykonawczego określającego zamawiającemu minimalny zestaw problemów, które powinien rozstrzygnąć w odniesieniu do danego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie „opisu sposobu obliczenia ceny”.

ZBIGNIEW LESZCZYŃSKI

Urząd Miasta Częstochowa

Skierowany do konsultacji społecznych projekt nowego Prawa zamówień publicznych generalnie należy uznać za dobry. Za jego plusy należy uznać:

1. obowiązek ogłaszania postępowań o wartościach od 50 000 zł do 30 000 euro (art. 2 ust. 2). Progi finansowe, do których ustawy nie stosowało się zmieniały się kilkakrotnie (1 000 ecu, 3 000 euro, 6 000 euro, 14 000 euro). Niestety daje się zauważyć tendencję, że wzrost progów prowadzi do sztucznego wzrostu wartości umów w tym przedziale, a więc do nieracjonalnego wydawania środków. Upublicznianie tych zamówień na pewno spowoduje wzrost konkurencji i będzie pozytywnie oddziaływać na małe firmy;
2. wprowadzenie do Pzp postępowania koncyliacyjnego (art. 620–651), tj. rozstrzygnięcia przez KIO sporów na etapie realizacji umów. Niestety postępowania sądowe są bardzo długotrwałe, a więc całkowicie nieskuteczne. Postępowanie koncyliacyjne z zasady będzie zawieszало realizację zamówienia, a więc proponowane terminy powinny być znacznie krótsze, np. o połowę;
3. próbę unormowania tzw. „opcji” (art. 470 ust. 1). „Opcja” ostatnio stała się modna, a moim zdaniem praktyka jej stosowania budzi poważne wątpliwości. Przykład opcji zastosowany w praktyce: zamówienie gwarantowane: 100 specjalistycznych ubrań, opcja – dokupienie 200 lub 300 lub 400 ubrań. W SIWZ zamawiający podaje, że do połowy terminu realizacji umowy zdecyduje, z którego wariantu opcji skorzysta albo nie skorzysta wcale. Powód stosowania „opcji”: posiadanie w planie finansowym pieniędzy tylko na

część gwarantowaną. Jeżeli zamawiający pozyska dodatkowe pieniądze w trakcie trwania umowy na zakres gwarantowany to rozszerzy zamówienie o którąś z opcji. Takie „opcje” powodują, że wykonawca podpisując umowę nie wie co jest jej przedmiotem. Musi mieć potencjał wykonawczy do uszycia 500 ubrań, a tak naprawdę to tych ubrań może być tylko 100. Ofert nie mogła złożyć wykonawcy posiadający potencjał wystarczający na uszycie tylko 100 ubrań bo zamawiający zechce aby uszyć ich 500. Uważam, że to dyskryminowanie małych firm. Moim zdaniem takie postępowanie narusza aktualnie obowiązujące przepisy zawarte w artykułach: 7 ust. 1 (uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców oraz zasada proporcjonalności); 22 ust. 2 (warunki udziału w postępowaniu proporcjonalne do przedmiotu zamówienia”); 32 ust. 4 – dlaczego nie są to zamówienia udzielane w częściach?; art. 67 ust. 1 pkt 6 lub 7 Pzp – dlaczego nie są to zamówienia „uzupełniające? Czy nie jest to zaciąganie zobowiązań bez pokrycia w planie finansowym, a więc naruszana jest ustawa o finansach publicznych? Aby takie patologiczne sytuacje nie występowały należy uregulować „opcję” jeszcze bardziej szczegółowo niż występuje to w art. 470 ust. 1 projektu Pzp;

4. wprowadzenie raportu z realizacji zamówienia (art. 475). Najważniejszy etap systemu zamówień publicznych to etap realizacji umowy. Nie jest on kontrolowany przez wykonawców, którzy ubiegali się o zamówienie, a więc tych, którzy wiedzieli jak i z czego przedmiot zamówienia ma być wykonany. Bardzo często wykonawcy tuż po podpisaniu umowy występują o zamianę materiałów (urządzeń), a nawet technologii wykona-

nia zamówienia. Raport na pewno zwiększy biurokrację, ale może powstrzyma strony umowy przed niedozwolonymi zmianami umowy;

5. wprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów (art. 468) odnośnie umów na roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Jednak należy dopracować te przepisy i rozszerzyć także na dostawy;
6. rezygnację z wprowadzenia odnośnie szacowania zamówień z tzw. „tożsamości”, co przewidywała „Koncepcja nowego Pzp” z czerwca 2018 r;
7. rezygnację z podawania kryteriów „równoważności” odnośnie opisywania przedmiotu zamówienia co przewidywała ww. Koncepcja;
8. rezygnację ze zryczałtowanego odszkodowania płaconego przez zamawiającego wykonawcy, który po wyroku sądu powinien otrzymać zamówienie, a zamawiający, zgodnie z ustawą, podpisał umowę po wyroku KIO, co przewidywała ww. Koncepcja.

Należy zastanowić się nad rezygnacją z przepisów, które dotyczą następujących rozwiązań:

1. „analizy potrzeb i wymagań” (art. 92 ust. 1). Obowiązek przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań dopiero przed wszczęciem postępowania należy uznać za spóźniony. Jeżeli analizy takie powinny być prowadzone to powinno to nastąpić przed „wpisaniem” danego zadania do budżetu (planu finansowego)? Przecież Pzp to przepis wykonawczy wskazujący jak należy wydawać pieniądze, a nie czy należy je wydawać. Jeżeli taka „analiza” ma obowiązywać, a wydaje się zasadna, to powinna się odbyć przed „wpisaniem” zamówienia do planu finansowego, a więc przepis ten powinien się znaleźć np. w ustawie o finansach publicznych;
2. zakazu zmiany treści SWZ wpływającej na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia – art. 102 ust. 3 (zmiany ogłoszeń),

art. 153 ust. 2 (zmiany SWZ). Praktycznie każda zmiana warunków udziału w postępowaniu wpływa na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, także zmiany w opisach przedmiotów zamówień zmieniają charakter zamówienia;

3. ograniczenia stosowania kryterium ceny jako jedyne albo o wadze powyżej 60% (art. 244). Po pierwsze: dyskryminuje to zamawiających publicznych. Po drugie: jego stosowanie doprowadziło do wymyślania przez zamawiających fikcyjnych kryteriów po to tylko aby spełnić wymóg Pzp. Walka ustawodawcy z jedynym kryterium ceny ma być antidotum na złą jakość zamówień. Zła jakość jest bezpośrednim skutkiem obowiązku wyboru firm, które nie mają żadnego potencjału technicznego (obecny art. 22a, a w omawianym projekcie art. 132) oraz realizacji umów niezgodnie z treścią wybranych ofert;
4. obowiązku wzywania do wyjaśnień „rażąco niskiej ceny” (art. 255 ust. 2). Stosowanie tego przepisu powoduje wzrost biurokracji i jest przyczyną do manipulowania wynikami postępowania (za brak wyjaśnień nie grozi utrata wadium). Najtańsi wykonawcy nie składają wyjaśnień i wchodzą w zmwowę z droższymi. Za nieprawdziwy należy uznać mit, że wykonawca z wyższą ceną lepiej wykona zamówienie niż ten z niższą. Wykonawcy po to wykonują zamówienia, aby mieć zysk. Prezes firmy, który mógł osiągnąć większy zysk, a nie osiągnął go, działa na szkodę własnej firmy, a więc dopuszcza się przestępstwa. Wymuszanie na zamawiających odrzucania ofert z najniższymi cenami lub zmuszanie ich do stosowania innych kryteriów niż cena nie uleczy jakości wykonywanych zamówień, a jedynie podraża ich wartość. Najważniejszy element systemu zamówień publicznych to realizacja zamówienia. Na tym etapie rozstrzyga się problem rażąco niskiej ceny, jak i jakość wykonywanych zamówień. Jedynym rozwiązaniem problemu rażąco niskiej ceny jest postawa zamawiającego na etapie realizacji umowy – musi on konsekwentnie egzekwować od wykonawcy realizację przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ,

a więc nie dopuszczać do zamiany produktów, zmiany technologii wykonania itp.;

5. obowiązku konkursu, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki odnośnie zamówień na usługi projektowania architektonicznego (art. 308). Z doświadczenia wynika, że konkurs powinien być stosowany w odniesieniu do obiektów, reprezentacyjnych, bardzo ważnych pod różnymi względami, a więc ogólnie raczej w wyjątkowych sytuacjach. Poza tym „usługi architektoniczne” są częścią zamówienia na opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego a także roboty budowlanej polegającej na jej zaprojektowaniu i wykonaniu. Czy w takiej sytuacji także musiałyby być poprzedzane konkursem lub negocjacjami bez ogłoszenia?;
6. spotkania z wykonawcami przed zawarciem umowy na wniosek wykonawcy, którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą (art. 279). Żadnego skutku merytorycznego to nie przyniesie. Wprowadzi chaos, wydłuży termin zawarcia umowy oraz zwiększy biurokrację.

Należy zastanowić się nad zmianą następujących rozwiązań:

1. definicji „roboty budowlane” (art. 8 pkt 21) – należałoby powrócić do odniesienia do polskiego Prawa budowlanego, tak jak to miało miejsce do 19 lutego 2013 r. Stosowanie załącznika do Dyrektywy powoduje, że pewne przedmioty zamówień nie objęte tym załącznikiem są robotami budowlanymi wg. Prawa budowlanego i nawet wymagają uzyskania pozwolenia na budowę („wznoszenie kompletnych prefabrykowanych obiektów budowlanych z samodzielnie wytworzonych elementów innych niż betonowe”; „wznoszenie elementów stalowych innych niż własnej produkcji”) a „wynajem sprzętu wraz z obsługą operatorską” to robota budowlana w rozumieniu Pzp;
2. przeniesieniem ciężaru dowodu odnośnie rażąco niskiej ceny lub kosztu z wykonawcy oferującego tę cenę na zamawiającego lub wykonawców, którzy tę cenę kwestionują (art. 255 ust. 5), czyli zachowanie obecnego stanu. Jest to sprzeczne z art. 6 Kc oraz, moim zdaniem, z treścią art. 69 ust. 3 Dyrektywy klasycznej, a obowiązuje od 19 października 2014 r. Gdyby zamawiający ściśle stosowali ustawę to oferty z najniższymi cenami powinny być masowo odrzucane ponieważ w sytuacji, gdy zamawiający nie wie czy wyjaśnienia potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska to musi odrzucić ofertę. Moim zdaniem ani zamawiający ani KIO ani sądy nie posiadają wystarczającej wiedzy aby być przekonanym, że wyjaśnienia potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska? Skutkuje to tym, że oferta uczciwego wykonawcy mającego siedzibę tuż obok placu budowy i oferującego cenę realną powinna być odrzucana bo z zasady powinna być tańsza. Kto na tym korzysta? Czy walcząc z niskimi cenami nie popieramy firm w teczkach, a niszczymy uczciwych wykonawców posiadających swój potencjał wykonawczy?;
3. udostępnianiem zasobów (art. 132 ust. 1) w kontekście obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań (art. 135). Warunki udziału są po to aby wykonawca miał potencjał do wykonania zamówienia, a nie tylko do wygrania przetargu. Skoro wykonawca ma osobiście wykonać kluczową część zamówienia to musi osobiście spełnić warunek zawierający kluczową część. Nie może się więc posłużyć zasobami innego podmiotu. Należy więc zmienić treść art. 132 ust. 1 dopisując na jego końcu: Przepis ten nie ma zastosowania do warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zawierających kluczową część zamówienia, a zamawiający skorzystał z okoliczności, o której mowa w art. 135”;
4. obowiązkiem wykonania przez podmiot trzeciej części zamówienia (art. 132 ust. 2) w kontekście rezygnacji z tego podmiotu (art. 491 ust. 6). Jak podmiot ma zrealizować część zamówienia w sytuacji gdy wykonawca może z niego zrezygnować? Aby ten paradoks nie występował należy na końcu art. 491 ust. 6 dopisać: „Na przedmiotową zmianę albo rezygnację musi wyrazić zgodę podmiot, na którego zasoby wykonawca po-

woływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia”;

- zamianą podmiotów udostępniających zasoby w trakcie oceny ofert (Art. 136 i 137). Przepisy te powodują, że wykonawca może wskazać w ofercie fikcyjny podmiot „udostępniający”, a więc z założenia nie spełniający warunków, a gdy ma szansę wygrania postępowania zastępuje go podmiotem spełniającym warunek. Jeżeli natomiast wykonawca sądzi, że osobiście spełnia warunek, a więc nie korzysta z podmiotu „udostępniającego”, a okaże się, że warunku nie spełnia to podlega wykluczeniu bo nie może skorzystać z podmiotu „udostępniającego. Aby ta patologia nie występowała należy z art. 136 wykreślić „zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo”;

Ponadto:

Za złe rozwiązanie należy uznać możliwość składania odwołań od wszystkich czynności zamawiającego w zamówieniach do progów unijnych. Należy przywrócić obecny stan, który umożliwia wykonawcom interwencję w sytuacji gdy zamawiający popełnił błąd. Musi on być usunięty ponieważ zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Zwykle takie pisma składane są także do organów nadrzędnych zamawiającego, kontrolnych (w tym UZP), a nawet

prasy. Nie jest więc zamawiający bezkarny w tym zakresie.

Za błąd należy uznać usunięcie obecnie występujących przepisów zawartych w art. 140 ust. 1 oraz 140 ust. 3 Pzp. Przepisy te nawiązują do pojęcia „zobowiązanie” występującego w Kc w definicjach umów: „dostawy” (art. 605); „o dzieło” (art. 627); „o roboty budowlane” (art. 647); „zlecenia” (art. 734). Są pomocne do właściwej interpretacji innych przepisów Pzp dot. najważniejszego zagadnienia, tj. co jest przedmiotem zamówienia i ile należy za niego zapłacić.

W odniesieniu do „podwykonawstwa” należałoby wprowadzić przepisy, które jednoznacznie rozstrzygałyby, że nieprzedłożenie zamawiającemu kopii zawartych umów o podwykonawstwo w terminie 7 dni od ich zawarcia zwalnia zamawiającego z solidtarnej odpowiedzialności za brak zapłaty wynagrodzenia należnej podwykonawcy. Poza tym zamawiający powinien bezpośrednio płacić podwykonawcom z pominięciem wykonawcy, a więc powinna obowiązywać zasada „płacić temu który zrobił”. To podwykonawcy ponoszą koszty, a więc im jak najszybciej należy zapłacić. Należy się zastanowić nad rezygnacją z podwykonawstwa na dostawy i usługi w ramach zamówień na roboty budowlane, tak, jak ma to miejsce w art. 647¹ Kodeksu cywilnego. Dlaczego zamawiający ma płacić za leżące na placu budowy materiały czy urządzenia?

http://www.zamowieniapublicznedoradca.pl/o-nas.html

Zamówienia publiczne DORADCA Prestiżowy miesięcznik adresowany do zamawiających i wykonawców

STRONA GŁÓWNA **O NAS** REDAKCJA SZKOŁA DORADCY PRENUMERATA ARCHIWUM

Zapraszamy do odwiedzenia naszej strony internetowej

www.zamowieniapublicznedoradca.pl