

Stanowisko ZPP ws. zmiany ustawy o zamówieniach publicznych

Uwagi do Projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych w wersji z dnia 2013.05.10 autorstwa Posła Adama Szejnfelda

1. Zmiana w art. 3 ust. 3 Pzp:

Zmiana polegająca na powiązaniu przepisu art. 3 ust. 3 Pzp z progiem stosowania ustawy określonym w art. 4 pkt 8 wydaje się racjonalna.

2. Zmiana w art. 4 pkt 8 – zmiana progu stosowania Pzp:

Zmiana polegająca na podwyższeniu kwoty określającej dolny próg stosowania przepisów Pzp z równowartości 14.000 Euro do równowartości 50.000 Euro tj. przy obecnym sztywnym kursie Euro liczonym na potrzeby zamówień publicznych z kwoty 56.274,4 zł do kwoty 200.980,00 zł. **Sama idea podwyższenia progu stosowania ustawy Pzp wydaje się godna akceptacji**, by wspomnieć tylko o większej możliwości zawierania umów z osobami prowadzącymi indywidualną działalność gospodarczą, które z tego tytułu wykonują swoje usługi na mocy umów cywilnoprawnych. Tym niemniej **tak znaczne zwiększenie przedmiotowego limitu nie wydaje się słuszne**. Wyjęcie z rygorów zamówień publicznych tak poważnych wydatków – bo zamówienie rządu 200 tys. zł. za takie bez wątpienia można uznać – dają zamawiającym nieuzasadnioną swobodę w zakresie wydatkowania środków publicznych. W skali całego kraju (ok. 14 tys. zamawiających) wyłączymy w ten sposób z systemu zamówień publicznych wiele miliardów złotych.

Argumenty przywołane w uzasadnieniu przedłożonego projektu nie są dość przekonujące. Przykłady rozwiązań w niektórych państwach UE – nawet tych z obszaru Europy Środkowo-Wschodniej – nie odpowiadają społecznym oczekiwaniom w Polsce. Dziś dość wyraźnie akcentowane są przez społeczeństwo postulaty transparentności procesu wydatkowania środków publicznych. Wyjęcie spod zasad jawności, równości, uczciwej konkurencji zamówień o wartości nawet do 200 tys. zł. będzie się sytuować w dość oczywistej sprzeczności z tymi oczekiwaniami, w tym z postulatami bardzo wielu pracodawców.

3. Zmiana w art. 5 ust. 1a – rozszerzenie stosowania trybów niekonkurencyjnych przy usługach niepriorytetowych:

Istotnie, jak podają w uzasadnieniu autorzy przedłożonego projektu tzw. dyrektywa klasyczna (2004/18/WE) dość oszczędnie reguluje kwestie usług niepriorytetowych. Trudno jednak zgodzić się z wnioskami, jakie na tej podstawie sformułowali projektodawcy, iż dla usług niepriorytetowych należy zwiększyć swobodę zamawiających w zakresie wyboru wykonawców. Warto pamiętać, iż usługi niepriorytetowe to m.in. usługi prawnicze, bezpieczeństwa, edukacyjne, szkoleniowe, społeczne, zdrowotne, rekreacyjne, kulturalne i inne. A projektowana zmiana powoduje *de facto*, iż przedmiotowe zamówienia o wartości – w zależności od statusu zamawiających – do kwoty ok. 530 tys. zł. lub ok. 800 tys. zł. mogą być zlecane przez zamawiających dość dowolnie np. bez zachowania ustawowych przesłanek do przeprowadzenia zamówienia z wolnej ręki. Dlatego też **wyduje się, że projektowana zmiana zmierza za daleko w definiowaniu swobody dla zamawiających w wydatkowaniu środków**

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Rada Nadzorcza: Robert Gwiazdowski – przewodniczący, Damian Rutkowski – zastępca przewodniczącego
Członkowie: Jolanta Wiśniewska, Zbigniew Sulewski, Marcin Maj
Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, Tomasz Pruszczyński – wiceprezes

publicznych, stąd należy ocenić ją krytycznie. Tu wypada jeszcze raz przywołać powyższe argumenty o społecznej recepcji takich zmian i oczekiwaniach środowisk pracodawców. Ponadto należy zauważyć, iż nowe brzmienie art. 5 ust. 1a mocno ograniczałoby stosowanie przepisu ust. 1b.

4. Zmiana w art. 8 ust. 3 – ujawnianie informacji podawanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

Na tym etapie konsultacji **projektowana zmiana nie budzi kontrowersji.** Wypada podzielić argumenty zawarte w uzasadnieniu przedłożonego projektu zmiany ustawy Pzp, iż warunki, na podstawie których zamawiający kwalifikują wykonawców do udziału w postępowaniu winny być jawne dla wszystkich uczestników postępowania. Trudno przyjąć, by ujawnienie przedmiotowych danych naruszałoby interes określonego wykonawcy.

5. Zmiany w art. 24 ust. 1 – pkt 1 i pkt 1a – przesłanki szczególne (dotyczące nierzetelności) wykluczenia wykonawców:

Sama propozycja dyskusji na temat przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a jest cenna. Zmiany poczynione w ostatnich latach w przedmiotowym zakresie stały się przedmiotem licznych krytycznych opinii wyrażanych m.in. przez środowiska zrzeszające pracodawców. Niestety, **przedłożona propozycja zmian wydaje się tylko kolejną próbą rekonstruowania wadliwie skonstruowanych norm.**

Otrzymujemy w ten sposób przepisy, które teoretycznie mogłyby wychodzić naprzeciw oczekiwaniom i zamawiających i wykonawców, ale nie definiują jednak dobrych instrumentów prawnych, dzięki którym zamawiający mogliby w sposób nie naruszający praw wykonawców dokonywać wykluczeń z postępowania. A przecież przywoływane w uzasadnieniu orzeczenie ETS daje doskonałą okazję do ułożenia tych przepisów na nowo. Tu warto dodatkowo zauważyć, iż w projekcie brak jest odważnej, a oczekiwanej powszechnie przez wykonawców propozycji skreślenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 1a. Tym niemniej, uważnie analizując omawiane propozycje można odnieść wrażenie, jakby projektodawcy chcieli zrekompensować przedsiębiorcom wcześniejsze niekorzystne zmiany w przedmiotowym zakresie. I tak, możliwość wykluczenia danego wykonawcy z postępowania została obłożona dodatkowym warunkiem, by wcześniejsze wyrządzenie przez niego szkody stanowiące podstawę wykluczenia nastąpiło z winy umyślnej lub z przyczyny rażącego niedbalstwa. To – biorąc pod uwagę postulaty i interesy wykonawców – na pewno postęp w stosunku do obecnej treści wzmiankowanych przepisów; nasuwa się tylko pytanie, jak zamawiający przyjmą tak definiowane propozycje. **Na poparcie zasługuje na pewno pomysł zwiększenia limitu szkody we wcześniejszym zamówieniu z 5 do 10% wartości zamówienia.**

Ponadto w treści projektowanego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 wkradł się błąd – w ostatnim wersie przepisu pojawia się niespójne do treści słowo „na”. Wydaje się właściwe jego skreślenie przed przystąpieniem do procesu legislacyjnego.

6. Zmiana w art. 26 ust. 2b – procedura potwierdzenia dysponowania przez wykonawcę zasobami innych podmiotów:

Proponowana zmiana nie wydaje się być uzasadniona. Jak wskazują sami projektodawcy normy dyrektywy unijnej nie determinują konieczności wprowadzenia zmian w przedmiotowym zakresie. I obie modyfikacje omawianego przepisu tj. doprecyzowanie procedury potwierdzenia dysponowania przez wykonawcę zasobami konkretnego podmiotu, a także określenie obowiązku przekazania zasobów przez ich gwaranta na żądanie zamawiającego, nie rozwiązują jakiegokolwiek problemu w tym zakresie. Pierwsza, świetle treści przepisu, nie wnosi realnie nic do zasad legitymowania się przez wykonawcę

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Rada Nadzorcza: Robert Gwiazdowski – przewodniczący, Damian Rutkowski – zastępca przewodniczącego
Członkowie: Jolanta Wiśniewska, Zbigniew Sulewski, Marcin Maj
Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, Tomasz Pruszczyński – wiceprezes

zasobami osób trzecich. Druga natomiast tworzy dodatkową regulację, która *de facto* nie staje się niczym więcej, nad niepotrzebną ingerencją zamawiającego w relacje między wykonawcą, a gwarantem zasobów.

7. Zmiana w art. 26 ust. 3 – uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków:

Projekt noweli skreśla zdanie zawierające normę, iż uzupełniane dokumenty w trybie tegoż przepisu powinny potwierdzać stosowne okoliczności na dzień upływu terminu składania ofert lub upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Taka ingerencja ustawodawcy oznaczałaby, że uzupełniane dokumenty potwierdzałyby określone okoliczności prawne na dzień złożenia tych dokumentów. Należy zauważyć, iż formułowano już postulaty w tym zakresie. Tym niemniej **bez jednoznacznej oceny projektowanej zmiany.**

8. Zmiany w art. 29 – ust. 3 i nowy przepis – ust. 3a – łagodzenie zakazu opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych etc. :

Projektowane zmiany mają w zamyśle złagodzić zakaz opisywania przedmiotu zamówienia „przez wskazane znaków towarowych, patentów lub pochodzenia” do postępowań powyżej tzw. progów unijnych. Autorzy starają się usprawiedliwić taką zmianę oczekiwaniami Komisji Europejskiej, która wskazuje, że przedmiotowy zakaz nie może być stosowany bez wyraźnego uzasadnienia. Trudno bez uwag przyjąć taką argumentację, biorąc pod uwagę, jak bardzo opis przedmiotu zamówienia stanowi problem dla zamawiających i jak często art. 29 ust. 3 w obecnym brzmieniu staje się najlepszym gwarantem prowadzenia postępowania w warunkach uczciwej konkurencji i równości wszystkich wykonawców. Wprawdzie nowy przepis ust. 3 przewiduje, iż przy postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych przedmiotowy zakaz byłby dalej aktualny, ale już nie dla postępowań, gdzie przedmiot zamówienia jest „powszechnie dostępny lub jest to uzasadnione obiektywną potrzebą zamawiającego”. Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż przedmiotowe zmiany zmierzają za daleko, stąd **projekt noweli w tym zakresie nie wydaje się być uzasadniony.**

9. Zmiana w art. 32 ust. 4 – określanie wartości zamówienia przy zamówieniach częściowych:

Propozycja wydaje się być godna przyjęcia. Na marginesie warto zauważyć, iż w uzasadnieniu do przedłożonego projektu ustawy, jest mowa o propozycji nowego przepisu art. 32 ust. 2a. W samym projekcie ustawy brak tego przepisu.

10. Skreślenie art. 46 ust. 4a – określającego jedną z przesłanek zatrzymania wadium: Przedłożona propozycja zmiany w opisanym zakresie zasługuje na pozytywną ocenę. Przepis od dawna krytykowany, jako że stanowi źródło dla wielu zamawiających do wzbogacania się kosztem wykonawców. Przewidziana w nim sankcja tj. utrata wadium przez wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych dokumentów jest nieadekwatna do stopnia ich wadliwego postępowania, a cel jego wprowadzenia tj. przeciwdziałanie znowom wykonawców nie wydaje się być realizowany w sposób wystarczający.

11. Zmiany w art. 90 – procedura postępowania z ofertą z rażąco niską ceną:

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Rada Nadzorcza: Robert Gwiazdowski – przewodniczący, Damian Rutkowski – zastępca przewodniczącego
Członkowie: Jolanta Wiśniewska, Zbigniew Sulewski, Marcin Maj
Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, Tomasz Pruszczyński – wiceprezes

Próba zmian w art. 90 Pzp wpisuje się w bardzo żywą dyskusję na temat problemu „rażąco niskiej ceny”. I tak, ciekawym rozwiązaniem wydaje się próba wprowadzenia do modyfikowanego ust. 1 opisu, kiedy z taką ofertą możemy mieć do czynienia. **Ten zapis wydaje się racjonalny.** Natomiast nie specjalnie zrozumiałe jest wykreślenie z treści ust. 1 słów określających obowiązek odpowiedzi przez wykonawcę zobowiązanego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny „w określonym terminie”. Tej opinii nie zmienia fakt, iż niektórzy zamawiający mogli nadużywać tej normy prawnej do ograniczania praw wykonawców (prze określanie bardzo krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień).

Za to, jako **zbędna jawi się zmiana w art. 90 ust. 2.** Przepis ten w obecnej treści już wydaje się nazbyt rozbudowany, szczególnie że zawiera katalog otwarty okoliczności mogących mieć wpływ na uznanie danej oferty za zawierającą „rażąco niską cenę”. Dodanie zapisu o kosztach pracy, jako przesłanki uznania oferty za zaniżoną cenowo może w przyszłości stanowić pretekst dla zamawiających do zbyt dużej ingerencji w kształt ofert wykonawców, choć oczywiście należy pamiętać, że wykonawcy nie mogą kształtować kosztów pracy, jako elementu wpływającego na wysokość oferty w sposób sprzeczny z odrębnymi przepisami definiującymi minimalny koszt wynagrodzenia. Próba opisu „dumpingu socjalnego”, jakkolwiek interesująca i nawet, jeżeli skierowana przeciw nieuczciwym wykonawcom mogącym wytwarzać część prac poza granicami Polski (w uzasadnieniu podnosi się przykład kosztów pracy w państwach Dalekiego Wschodu) nie uzasadnia chyba wystarczająco przedmiotowej propozycji.

Zmiana w art. 90 ust. 3 też wydaje się nie w pełni godna aprobaty. Z jednej strony **uzasadnione jest wykreślenie słów** stanowiących, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, którego wyjaśnienia potwierdziły, iż zawiera ona „rażąco niską cenę”, ponieważ były *de facto* powtórzeniem delegacji z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. **Jednakże wykreślenie delegacji dla zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wymaganych wyjaśnień wydaje się złą koncepcją.** Natomiast **sama konstrukcja normy zawartej w proponowanym przepisie art. 90 ust. 3, by to wykonawca udowodniał, iż jego oferta nie zawiera „rażąco niskiej ceny” jest dość logicznym rozwiązaniem.** Reasumując wątek zmian w art. 90 Pzp, należy stwierdzić, iż wyżej omawiane propozycje nie stanowią – a szkoda – próby choćby kompleksowego rozwiązania problemu „rażąco niskiej ceny” w polskim systemie zamówień publicznych.

12. Nowy przepis art. 91 ust. 2a – cena, jako jedyne kryterium wyboru oferty, obwarowane dodatkowym warunkiem.:

Dyskusja o cenie, jako jedynym kryterium wyboru oferty, podobnie jak wspomniana powyżej o „rażąco niskiej cenie” toczy się od lat, choć trzeba przyznać, że w ostatnich miesiącach zyskała nowej dynamiki determinowanej problemami z dużymi projektami infrastrukturalnymi. Zgłaszane są więc różne pomysły w tym zakresie. **Przedłożony projekt nie wydaje się, niestety, dobrym rozwiązaniem tego problemu.** Wprowadza dość dziwną procedurę, na mocy której zamawiający muszą udowodniać w protokole z postępowania, że „zastosowanie innych kryteriów nie przyczyni się do zmniejszenia wydatków (...) w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”. Można podnosić różne argumenty przeciw takiemu rozwiązaniu, ale można ograniczyć się tylko do pytania, jaką metodologię mieliby stosować zamawiający przy takiej analizie? Jakie miałyby być te inne kryteria, jak wyceniać wtedy wartość potencjalnej alternatywnej umowy? Wreszcie, kto i w jaki sposób, by to weryfikował? Wydaje się, że projektodawcy nałożyliby w ten sposób na zamawiających obowiązek niezwykle trudny do zrealizowania, a także generujący dodatkowy czas, i pewnie koszty, przeprowadzenia postępowania.

Na marginesie warto jeszcze zapytać, dlaczego tylko niektórzy zamawiający mieliby być obłożeni takim obowiązkiem. Bo jeżeli, z rygoru tego przepisu mieliby być wyłączeni zamawiający sektorowi – co sugeruje treść uzasadnienia – to przedmiotowy przepis powinien brzmieć nieco inaczej i określać obowiązek w stosunku przynajmniej do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a (ewentualnie dodając zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 7).

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Rada Nadzorcza: Robert Gwiazdowski – przewodniczący, Damian Rutkowski – zastępca przewodniczącego
Członkowie: Jolanta Wiśniewska, Zbigniew Sulewski, Marcin Maj
Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, Tomasz Pruszczyński – wiceprezes

O kryterium ceny warto rozmawiać, warto szukać instrumentów dzięki którym, zamawiający mogliby być zobowiązani w niektórych postępowaniach do rzetelniejszej analizy okoliczności prowadzenia postępowania, ale akurat ten pomysł wydaje się chybiony.

13. Nowy przepis art. 142 ust. 5 – klauzule umożliwiające zmiany w umowach:

Jak wiadomo wprowadzanie klauzul waloryzacyjnych do umów o wykonanie zamówień publicznych jest pod pewnymi warunkami dopuszczalne. Jednakże napotyka to na ogromny opór zamawiających, którzy obawiają się, iż takie działanie może naruszać postanowienia art. 144 ust. 1 Pzp, co może wywołać później przykre konsekwencje. A praktyka wskazuje, że klauzule takie mogą zabezpieczać interesy stron w sytuacji jakichkolwiek zmian w okolicznościach towarzyszących realizacji zamówienia.

„Rozładowują” też w pewnym sensie problem ryzyka, dziś w pełni przerzucanego na wykonawców.

Projektowana zmiana, jak można przypuszczać, ma stanowić krok w kierunku zachęty dla zamawiających do bardziej elastycznego spojrzenia na konieczność zdefiniowania warunków stosunku obligacyjnego. **W takim zakresie, przedmiotową propozycję należy uznać za właściwą**, choć raczej niewystarczającą.

Ale przede wszystkim wypada mieć nadzieję, że może w ten sposób uruchomiona zostanie dyskusja o kształtowaniu warunków umów, szczególnie w zakresie dużych projektów infrastrukturalnych, czy umów wieloletnich.

Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Rada Nadzorcza: Robert Gwiazdowski – przewodniczący, Damian Rutkowski – zastępca przewodniczącego
Członkowie: Jolanta Wiśniewska, Zbigniew Sulewski, Marcin Maj
Zarząd: Cezary Kaźmierczak – prezes, Tomasz Pruszczyński – wiceprezes