



OIGD 34/2019

Kraków, Warszawa dnia 14 lutego 2019r.

Pani Jadwiga Emilewicz
Minister Przedsiębiorczości i Technologii

Szanowna Pani Minister,

**Dotyczy: Uwagi Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa do projektu
z dnia 21.01.2019 r. ustawy Prawo zamówień publicznych**

Projekt nowego Prawa zamówień publicznych stanowi długo oczekiwaną odpowiedź na zapotrzebowanie całego rynku zamówień publicznych. Rozwiązania w nim zawarte idą w dobrym kierunku i mogą pozwolić przynajmniej częściowo na sprawniejszą realizację zamówień publicznych, w szczególności w sytuacji założenia pewnego zrównoważenia umów, a tym samym szerszy udział MŚP. Uwzględnia on również dotychczasowy dorobek orzecznictwa i doktryny, tym samym wyjaśniając również w niektórych kwestiach istniejące wątpliwości. Nie oznacza to jednak, że wszystkie zawarte w nim regulacje takich wątpliwości nie wzbudzają.

Zważywszy jednak na obszerność opracowania i bardzo krótki termin na wnoszenie uwag, ale przede wszystkim na etap prowadzonych uzgodnień, w swoich uwagach Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa zwraca uwagę na pewne wybrane kwestie, nie odnosząc się co do zasady do konkretnych uregulowań. I tak:

1. Połączenie wszystkich dyrektyw (klasycznej, sektorowej, obronnej, odwoławczej) i zamówień niezależnie od ich wartości (podprogowych i nadprogowych) w jednym dokumencie skutkuje jego nadmierną obszernością i skomplikowaniem. W konsekwencji ustawa jest trudna w odbiorze. Może mieć to nawet i to pomimo, jak już wspomnieliśmy pozytywnych uregulowań zawartych w tym dokumencie, negatywny wpływ na udział MŚP w rynku zamówień publicznych.
2. Zasadne wydaje się uporządkowanie definicji, w szczególności dotyczących dokumentów zamówienia, warunków zamówienia i SIWZ.
3. Ustawa często posługuje się sformułowaniem „odpowiednie”. Jest to pojęcie bardzo nieostre i ocenne i może prowadzić do licznych sporów oraz wątpliwości (w tym

w szczególności organów kontrolnych) co do prawidłowości poszczególnych rozstrzygnięć, w szczególności wobec braku orzecznictwa.

4. Niezbędne wydaje pochylenie się nad rozwiązaniami dotyczącymi elektronicznej zamówień publicznych z uwzględnieniem dorobku orzecznictwa (skromny, ale jest). Niestety powielane są rozwiązania dotychczasowej ustawy prowadzące do - wydaje się - nadmiernych przeregulowań: tak. np. art. 70 – może warto zastąpić „sporządzane” pojęciem „przekazywane”, wyeliminowałoby to wątpliwości prowadzące do odrzucenia oferty sporządzonej w formie skanu i podpisanej podpisem kwalifikowanym (rozbieżne orzecznictwo KIO). Wątpliwości budzi również celowość dokumentowania czasu trwania komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Taka informacja wydaje się być zbędna.

Niezależnie od słusznego kierunku, jakim jest elektroniczna wymaga się np. przechowywania dowodów przekazania ogłoszeń. Prowadzi to do obciążenia nadmiernymi i zbędnymi wymaganiami, w szczególności w sytuacji, gdy dowodem jest taka informacja zamieszczona w publicznym ogłoszeniu. Konieczne wydaje pochylenie się nad regulacjami dotyczącymi wnoszenia wadium w formie elektronicznej (art. 110 ust.10), w szczególności wobec wymogu posłużenia się oryginałem dokumentu w postaci elektronicznej. Za zasadne uznać należy rozstrzygnięcie kwestii gwarancji bankowych wystawianych w formie komunikatu SWIFT.

5. Wydaje się zbyt daleko idącym rozwiązaniem ograniczenie możliwości dokonywania zmian ogłoszenia o zamówieniu i konsekwentnie dokumentów zamówienia (tak: art. 102 ust.3 oraz art.153 ust.2). Zmiany treści, które mogą wpływać na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia mogą wynikać z dostrzeżenia i sprostowania błędu, orzeczenia KIO – nie powinny jedynie zaostrzać wymagań. Wymaga to analizy i wyjaśnienia.
6. Warto zastanowić się nad obniżeniem maksymalnej wysokości wadium. Takie działanie powinno wpłynąć korzystnie na wzrost konkurencyjności postępowań. (art. 110 ust.1) i włączyć szerzej MŚP. Przepisy dotyczące zatrzymania wadium są zbyt restrykcyjne w odniesieniu do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych dokumentów i oświadczeń. Rozumienie warunków udziału przez Wykonawcę może być odmienne i wykonawca nieświadomie może zinterpretować je odmiennie niż Zamawiający czy Krajowa Izba Odwoławcza. W konsekwencji sankcja z tego tytułu wydaje się nadmierna.

7. Wymaga przeanalizowania odesłanie w części przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia wyłącznie do przepisów polskiego prawa karnego. Może to nawet naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uprzywilejowywać wykonawców z innych państw, ponieważ wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy skazanego za analogiczne przestępstwa na podstawie norm obowiązujących w kraju, w którym prowadzi działalność gospodarczą innym niż Rzeczpospolita Polska. Warto rozważyć również ograniczenie możliwości wykluczenia do sytuacji wymierzenia kar aresztu i ograniczenia wolności z wyłączeniem kar w postaci kary grzywny - bardzo łatwo może być nałożona kara stanowiąca podstawę wykluczenia (3.000 zł to wielkość bardzo niska). Wydaje się, że konieczne jest doprecyzowanie przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia, o których mowa w art.123 ust.1 pkt. 10 i pkt.11.

Przesłanki te często są interpretowane zbyt szeroko i mogą nawet prowadzić do eliminacji rzetelnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

8. Niezasadne jest ograniczanie terminu do występowania o wyjaśnienia dokumentów postępowania (tak: art. 151. ust.2 i 4 oraz 5). Często Zamawiający na skutek wystąpień Wykonawcy uzupełnia dokumenty i wprowadza zmiany, tymczasem ustawodawca ogranicza możliwość wyjaśniania tak uzupełnionych materiałów. Z kolei w przypadku postępowań prowadzonych w formule zaprojektuj i wybuduj takie wątpliwości, przynajmniej w części mogą powstać po sporządzeniu prac przedprojektowych przez Wykonawcę. Nadrzędną wartością powinno być prawidłowe przygotowanie postępowania, i złożenie rzetelnych, odpowiadających w pełni na zapotrzebowanie Zamawiającego ofert. Powinno to zapewnić sprawniejszą realizację zamówienia i pozwolić na uniknięcie przynajmniej części sporów.
9. Konieczne jest określenie odrębnego (dłuższego) minimalnego terminu składania ofert w postępowaniach na roboty budowlane realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj. Sporządzenie oferty przez Wykonawcę wymaga uprzednio wykonania prac przedprojektowych, a więc czynności wymagających określonego czasu na ich wykonanie.
10. Wątpliwości budzi ustawowe wydłużenie terminu związania ofertą, wadium jest kosztem dla wykonawcy, może to ograniczyć konkurencyjność postępowań.
11. Wydaje się niecelowe i zbędne organizowanie zebrania z wykonawcami po rozstrzygnięciu postępowania. Wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej.

12. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania o zamówienie powinny być jednoznaczne. Tymczasem art. 282 wprowadza nieostre sformułowanie pozwalające Zamawiającemu unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.
13. Warto rozważyć wprowadzenie systemu kwalifikowania wykonawców również przez zamawiających publicznych.
14. Wydaje się konieczne doprecyzowanie postanowień dotyczących określenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie, w taki sposób, aby umożliwić ubieganie się o udzielenie zamówienia lub udział w konkursie odpowiednio wykonawcom lub uczestnikom konkursu mającym status mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy. (tak: art. 421) w taki sposób, aby nie naruszyć podstawowych zasad zamówień publicznych.
15. Warto rozważyć poszerzenie wykazu klauzul abuzywnych np. o brak możliwości wyłączenia tzw. klauzul rebusowych czy też obowiązku uzyskania przez Wykonawcę odstępstw od obowiązujących przepisów (np. warunków technicznych). Należy wykluczyć stwierdzenia o braku odpowiedzialności Zamawiającego za przekazane informacje i materiały. Co do zasady, te same zasady dotyczące postanowień, które ma zawrzeć wykonawca w stosunku do podwykonawców powinny dotyczyć zamawiającego. Warto rozważyć wprowadzenie listy klauzul abuzywnych i prowadzenie jej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający nie może wprowadzać również nierealnych terminów wykonania zamówienia nie uwzględniających przepisów prawa (np. usługi projektowe).
16. Sprawa zmiany wynagrodzenia w związku z zmianą wynagrodzenia minimalnego za pracę czy minimalnej stawki godzinowej nie może być ograniczona do tej kwestii. Taka zmiana bezpośrednio powoduje wzrost pozostałych płac i stawek – ustawodawca to pomija.
17. Konieczne jest jednoznaczne ustalenie, że postanowienia ustawy w zakresie podwykonawców usług i dostaw dotyczą tylko I poziomu. Jednocześnie należy doprecyzować, w których sytuacjach postanowienia ustawy dotyczą podwykonawców i dalszych podwykonawców robót budowlanych, a w których podwykonawców usług

i dostaw. Konieczne jest również doprecyzowanie, że wszelkie procedury dotyczą wyłącznie podwykonawców realizujących część zamówienia publicznego.

18. Sprawa waloryzacji wynagrodzenia wymaga przeanalizowania. Na koszty realizacji umowy składają się nie tylko materiały – katalog czynników produkcji jest znacznie szerszy. Zbędny wydaje się zapis o maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Aby obliczyć różnicę cen lub kosztów w stosunku do oferty musi być płaszczyzna odniesienia, może to być bardzo trudne do wykonania (i uzgodnienia) w sytuacji, gdy Zamawiający nie zażąda odpowiednich dokumentów już na etapie składania ofert.
19. W przypadku podmiotów występujących wspólnie, taki podmiot nie powinien ponosić solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia - nie może on legitymować się doświadczeniem, za tę część zamówienia, której nie realizował.
20. Wątpliwości budzi czy istotnie KIO powinna rozstrzygać spory wynikające z udzielonego, na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej - czy powinna zatem powstać Izba Koncyliacyjna, szczególnie, że dotyczy to jedynie części sporów o określonej wartości – a przecież wartość takiego sporu może zostać skorygowana już po jego wniesieniu. Wątpliwości budzą również poszczególne uregulowania. W kontekście nałożenia obowiązku prowadzenia sporu przed Izbą Koncyliacyjną brak jest np. pewności czy dopuszczalna jest wcześniej próba zawarcia ugody przesądowej, czy wnioski cofnięte przerywają bieg przedawnienia roszczenia.

Zgłaszane przez Ogólnopolską Izbę Gospodarczą Drogownictwa uwagi nie wyczerpują wszystkich wątpliwości. Nie odnosiliśmy się również do zamówień sektorowych i zamówień z dziedziny obronności, bowiem członkowie naszej Izby rzadko ubiegają się o takie zamówienia. Zważywszy jednak, że mamy do czynienia z pierwszą upublicznią wersją projektu ustawy, deklarujemy udział w dalszych pracach nad jej treścią. Wyrażamy zatem nadzieję, że będziemy mieć taką możliwość.

z wyrazami szacunku,


Prezes Zarządu

Barbara Dzieciuchowicz