

Zebrane uwagi Polskiego Kongresu Drogowego do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z 17 kwietnia 2015 r.

UWAGI OGÓLNE (do całości projektu ustawy jako aktu prawnego)

Projekt ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 17 kwietnia 2015 r. jest nieudany zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym. Tekst nie jest poprawny w świetle zasad i reguł techniki legislacyjnej, nie został napisany językiem prawnym, obarczony jest nadmierną kazuistyką, zawiera niezrozumiałe, niejasne pojęcia i sformułowania, niepotrzebne powtórzenia oraz absolutnie niezrozumiałe odwołania do konkretnych aktów prawnych zamiast do mechanizmów, instytucji i rozwiązań będących ich przedmiotem.

Ponadto projekt ten zawiera szereg nieprawidłowych, niepełnych i problematycznych do zastosowania w praktyce uregulowań szczegółowych oraz jest niezwykle trudny do funkcjonalnego przyswojenia zarówno dla praktyków, jak i ekspertów zajmujących się zamówieniami publicznymi, co może wynikać z pominięcia tego grona w procesie jego przygotowania. W przypadku jego uchwalenia ustawy w konsultowanej wersji istnieje poważne ryzyko paraliżu systemu zamówień publicznych z powodu znacznych trudności, czy wręcz niemożności praktycznego wdrożenia i zastosowania przepisów, nie mówiąc już o kwestii prawdopodobnego niedostosowania treści innych aktów prawnych powiązanych z dziedziną zamówień publicznych do nowych uregulowań.

Z uwagi na nieodległy termin ostatecznego wejścia w życie (kwiecień 2016 r.) i realia procesu legislacyjnego (ograniczenie pracy nad ustawami w okresie przed wyborami parlamentarnymi i zaraz po nich) należałoby znowelizować obowiązującą ustawę Prawo zamówień publicznych w wąskim zakresie, obejmującym implementację dyrektyw unijnych, a równocześnie kontynuować prace nad nową ustawą z udziałem szerokiego grona ekspertów i praktyków.

W toku tych prac powinny zostać usunięte rażące obecnie niedostatki projektu. Posługuje się on nieprawidłowym dla aktu prawnego językiem, wprowadza chaos pojęciowy poprzez nieprecyzyjność i niejasność używanych pojęć. Powielane są te same uregulowania w różnych miejscach projektu ustawy. Nagromadzenie sformułowań z dziedzin wysoko specjalistycznych (np. informatyki, ekonomii, finansów) i używanie ich jako pojęć niezdefiniowanych na gruncie ustawy powoduje brak przejrzystości i zrozumiałości tekstu.

UWAGI OGÓLNE (do poszczególnych rozwiązań zawartych w projekcie)

Odejście od obowiązującej zasady jawności – zmiana wpłynie negatywnie na proces udzielania zamówień publicznych oraz doprowadzi do ograniczenia konkurencji. Wielokrotnie przedmiotem postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą są sprawy wywołane podaniem przez wykonawców nieprawdziwych informacji (wykonawcy deklarują personel, którym de facto nie dysponują, wskazują na spełnianie przez personel warunków udziału w postępowaniu, którego de facto nie spełniają itd.). Zamawiający nie zawsze jest w stanie zweryfikować informacje podane przez wykonawców, dopiero informacje od

pozostałych wykonawców działających na tym samym rynku usług i bardzo często z tego tytułu posiadających szersze informacje od tych, którymi dysponuje Zamawiający, mogą Zamawiającemu zwrócić uwagę na ewentualne nieprawidłowości, niedociągnięcia czy też nieprawdziwe informacje. W sytuacji odstąpienia od zasady jawności, konkurenci nie będą w stanie zweryfikować prawdziwości informacji podawanych przez innego wykonawcę co wpłynie negatywnie na zasadę uczciwej konkurencji. Zasada jawności postępowania umożliwiła weryfikację oświadczeń Wykonawców nie tylko przez samego Zamawiającego ale również przez pozostałych oferentów.

Wprowadzenie obowiązkowej komunikacji elektronicznej – jest to zdecydowanie szybsza forma komunikacji przystająca do zmieniającej się rzeczywistości, przyczyni się do przyśpieszenia i ułatwienia postępowania. Do rozważenia pozostaje czy nie wprowadzić powyższego jako opcję do wyboru przez zamawiających (co miałyby szczególne uzasadnienie w przypadku zamawiających jako małych jednostek). Podobne obiekcje budzi również obowiązek składania w wersji elektronicznej ofert zabezpieczonych podpisem elektronicznym. Należy spodziewać się znacznego obciążenia firm świadczących usługi w zakresie wydawania takiego podpisu. Może to potencjalnie spowodować naruszenie konkurencyjności związane z brakiem dostępu niektórych podmiotów do bezpiecznego podpisu elektronicznego, a tym samym do możliwości składania ofert. Pewnym minusem jest to, ta forma nie gwarantuje zachowania poufności ofert. Wskazuje na to przewidziana w projekcie możliwość odstąpienia od wymogu użycia profilu nabywcy przy składaniu ofert, jeżeli istnieje ryzyko naruszenia bezpieczeństwa albo z uwagi na ochronę szczególnie wrażliwego charakteru informacji wymagającego tak wysokiego poziomu ochrony, że wykorzystanie profilu nabywcy nie będzie wystarczające. Rodzi to pytania: kto będzie oceniał czy wykorzystanie profilu nabywcy jest wystarczające/niewystarczające? Kto będzie oceniał czy istnieje ryzyko naruszenia bezpieczeństwa? W ocenie Wykonawcy taka sytuacja może mieć miejsce w każdym przypadku.

Publikowanie dokumentów przetargowych na profilu nabywcy. Nieprecyzyjne określenie podstawowego publikatora dokumentów przetargowych, czyli miejsca, gdzie mają być one udostępniane wykonawcom (dotychczas była to strona internetowa zamawiającego) może powodować znaczące utrudnienia w praktyce stosowania przepisów. Niejasne jest pojęcie „profilu nabywcy” i jego lokalizacji (np. czy ma być to narzędzie informatyczne utworzone przez samego zamawiającego na własnym serwerze (własnej stronie internetowej) według jednolitych wytycznych określonych rozporządzeniem z art. 32 projektu ustawy, czy też profil ten ma być utworzony na serwerze centralnym na wzór, np. BZP, z którego mają korzystać wszyscy zamawiający). Przy wprowadzeniu komunikacji elektronicznej należy wskazać na konieczność zabezpieczenia danych przed nieuprawnionym dostępem jak również opracowanie procedury na wypadek awarii ww. systemów, która mogłaby wpłynąć na terminowe wykonywanie czynności, np. składania ofert czy ich otwarcia.

Rezygnacja z wadium – zmiana ta jest jedynie iluzoryczna ponieważ projekt ustawy nie rezygnuje z wadium a jedynie stwierdza, że instytucja wadium jest fakultatywna co oznacza, że Zamawiający nadal z pewnością będą ją stosować. Zmiana ta nie doprowadzi ani do uproszczenia procedur ani do zmniejszenia obciążeń administracyjnych (jak twierdzi ustawodawca). Pozostawienie zamawiającym kwestii wadium (art. 82 projektu

ustawy) – w zakresie kwoty, zasad jego wnoszenia, przedłużania terminu ważności, jego zwrotu i zatrzymania, spowodować może uznaniowość czynności oraz konflikty pomiędzy wykonawcami a zamawiającymi mając na uwadze zwłaszcza fakt, że oferta wykonawcy niezabezpieczona wadium będzie podlegać odrzuceniu.

Te same uwagi odnoszą się do terminu związania ofertą.

Obowiązek wykluczenia oferenta

1. w przypadku gdy zamawiający za pomocą dowolnych środków dowodowych wykaże naruszenie obowiązków w zakresie prawa pracy, prawa środowiska i prawa zabezpieczenia społecznego. Nie doprecyzowano, na czym polega „naruszenie obowiązków w zakresie prawa pracy”. Czy wystarczającą przesłanką jest uwzględnienie powództwa pracownika?

2. w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji – przesłanka ta może prowadzić do nadużyć ze strony Zamawiającego, którego efektem będzie dyskryminacyjne traktowanie oferentów. Zamawiający nie ma obowiązku udowodnienia zawarcia porozumienia, wystarczą „wiarygodne przesłanki” czyli de facto uznanie Zamawiającego.

3. w przypadku gdy za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów. Na czym ma polegać „konflikt interesów”. Czemu ma służyć ta przesłanka? Zmianę ocenić należy negatywnie.

4. jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji warunków udziału, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Wykluczenie powinno mieć miejsce w każdej sytuacji, w której oferent podaje nieprawdziwą informację (poświadczenie nieprawdy). Nie powinno być również możliwości konwalidacji nieprawdziwych oświadczeń tj. zastępowania oświadczeń nieprawdziwych oświadczeniami prawdziwymi. Na Zamawiającym nie powinien spoczywać obowiązek udowadniania winy Wykonawcy przy „wprowadzeniu w błąd” bowiem udowodnienie świadomego, celowego zamiaru jest niezwykle trudne. Zamawiający powinien mieć możliwość wykluczenia Wykonawcy w każdym wypadku, gdy podana przez oferenta informacja jest niezgodna z rzeczywistością.

5. Nieprecyzyjne i niejasne, co implikuje uznaniowość są przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania określonego w art. 88 ust. 2 pkt 2 projektu ustawy (wątpliwości co do desygnatów pojęć „winny”, „wykroczenie zawodowe”, „poddanie w wątpliwość uczciwości”), co znamionuje stworzenie kolejnego martwego w praktyce przepisu.

Self-cleaning czyli „samooczyszczenie” Wykonawcy, czyli pozwolenie wykonawcy na wykazanie swojej rzetelności w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienie, pomimo zaistnienia sytuacji, z którymi ustawa wiąże skutek w postaci wykluczenia. W związku z dużą uznaniowością po stronie zamawiających nieprawidłowe zastosowanie tej instytucji będzie ich narażało na odwołania wykonawców mających interes w uzyskaniu zamówienia i trudny w tej chwili do przewidzenia sposób oceny tych działań przez organy kontrolne.

Fakultatywne przesłanki wykluczenia – rozwiązanie może prowadzić do wypaczenia uczciwej konkurencji i zachowań korupcyjnych. To od Zamawiającego będzie zależało czy daną przesłankę zastosować czy też nie. Zmiana wpłynie negatywnie na przejrzystość zamówień publicznych. W szczególności wskazać należy, że fakultatywne przesłanki nie zostały dookreślone, są niejednoznaczne, mogą powodować dowolne ich zastosowanie przez Zamawiających według swobodnego uznania, subiektywnych „odczuć” Zamawiających a nie obiektywnych kryteriów. Szczególnie krzywdzącą przesłanką wykluczenia wykonawcy jest wykluczenie z uwagi na fakt obciążenia karami umownymi przy wykonywaniu innej umowy, co w sytuacji notorycznego narzucania zapisów umów według swobodnego uznania Zamawiających, chociażby zapisów odnoszących się do zwłoki/opóźnienia, prowadzi do obciążania karami umownymi w przypadkach niezawinionego przez wykonawcę niedotrzymania terminu wykonania umowy.

Powoływanie się na zdolności podmiotów trzecich w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych - za słuszną uznać należy zmianę, która stanowi, iż w przypadku doświadczenia zawodowego wykonawca będzie mógł polegać na zdolnościach tych podmiotów jedynie wówczas, gdy podmioty te będą realizować roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Brakuje jednak uszczegółowienia, iż roboty takie lub usługi powinny być realizowane w całym zakresie do którego dany podmiot został powołany.

Fakultatywna przesłanka unieważnienia postępowania: „Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli zachodzą inne obiektywnie uzasadnione przesłanki” – zmiana ta doprowadzi do stosowania tej przesłanki według uznania Zamawiającego, jeżeli z jakichkolwiek względów (nie zawsze obiektywnych) prowadzenie postępowania będzie Zamawiającemu „nie na rękę”. Zmianę należy ocenić negatywnie.

Katalog osób podlegających wyłączeniu z procedury o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli pozostają w konflikcie interesów. Termin "konflikt interesów" jest niefortunnie sformułowany, ponieważ stanowi katalog otwarty i przy nadinterpretacji osób kontrolujących może doprowadzić do sytuacji, że grono osób będzie się bało (gdyż niewyłączenie się z procedury przetargowej zagrożone jest sankcją karną) i nie będą chcieli uczestniczyć w procedurach przetargowych, podejmować decyzji i rozstrzygać w sprawie zamówień publicznych, co może wywołać paraliż w wydatkowaniu funduszy unijnych. Trzeba przeanalizować, czy taki zapis jest zgodny z konstytucyjną zasadą proporcjonalności. Przepisy prawa powinny być konstruowane jasno i klarownie, czyli tak, aby adresat mógł bez trudności określić wynikające z nich obowiązki i konsekwencje prawne.

Brak trybu umożliwiającego sprawne i szybkie udzielenie zamówienia poprzez negocjacje warunków umowy tylko z jednym wykonawcą (na wzór dotychczasowego trybu zamówienia z wolnej ręki), m.in. w sytuacji nieprzewidzianej i niezależnej od zamawiającego, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia (np. w przypadku katastrofy, czy klęski żywiołowej, gdzie potrzeba niezwłocznego wykonania

zamówienia uzasadniona jest koniecznością ochrony życia i zdrowia ludzkiego lub majątku publicznego o znacznej wartości). Brak takiego trybu może spowodować duże trudności w praktyce, ponieważ udzielenie zamówienia będzie musiała poprzedzać relatywnie czasochłonna procedura wyłonienia wykonawcy zamówienia spośród jakiegoś kręgu wykonawców.

Zamówienia o wartości poniżej progów unijnych – w projekcie traktowane są jako wyjątki od podstawowych zamówień i procedur ustawowych (zamówień o wartości powyżej progów unijnych), choć stanowią one zdecydowaną większość udzielanych w sektorze zamówień publicznych. Nieprecyzyjność przepisów regulujących procedurę udzielania zamówień o wartości poniżej progów unijnych – większość sformułowana nieostro i uznaniowo (na zasadzie możliwości niestosowania procedur podstawowych przy określeniu nieprecyzyjnych wskazań i reguł), co implikuje duże ryzyko następczego kwestowania ich konkretnego zastosowania w praktyce.

UWAGI SZCZEGÓŁOWE I REDAKCYJNE (do konkretnych zapisów zawartych w projekcie ustawy):

1. Niejasno i nieprecyzyjnie określono przesłanki stosowania i niestosowania ustawy (art. 3 – 10 projektu ustawy).
2. Rozdział 2 działu I projektu ustawy – niezrozumiałe przepisy o zamówieniach mieszanych (choć sama idea uregulowania tego typu zamówień jak najbardziej słuszną i potrzebną); niejednoznaczne i nieostre pojęcia wyznaczające obowiązek stosowania konkretnych przepisów.
3. Art. 14 ust. 1 projektu ustawy – zastosowano zwrot: „jeżeli zamówienie publiczne jest obiektywnie podzielne” (co to znaczy „obiektywnie podzielne?”); zamawiający może udzielić odrębnych zamówień publicznych na poszczególne części, stosując do ich udzielenia przepisy właściwe do tych części, z uwagi na cechy i charakterystyczne każdej z tych części lub udzielić jednego zamówienia publicznego, zgodnie z zasadami, o których mowa w ust. 2 i 3.
4. Niepotrzebnie i błędnie określony termin wyznaczający ostateczny moment złożenia oświadczenia o braku podstaw do wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 3 projektu ustawy) – nie przewiduje sytuacji późniejszego złożenia oświadczenia (np. chociażby w przypadku pracownika zastępującego kierownika zamawiającego, który dokonuje jakiejś czynności w toku postępowania, po otwarciu ofert, a wcześniej w ogóle nie brał udziału w postępowaniu).
5. Brak określenia maksymalnego terminu na złożenie przez wykonawcę oświadczenia o zastrzeżeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 19 projektu ustawy), np. do momentu upływu terminu składania ofert. Powyższe skutkuje przyznaniem wykonawcom nieograniczonego czasowo prawa do formułowania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i będzie stanowiło problemy praktyczne dla zamawiających.

6. Niezrozumiały przepis art. 20 projektu ustawy – nie wiadomo na czym miałyby polegać, czego dotyczyć i w jaki sposób miałyby być egzekwowana procedura zobowiązania przez zamawiającego wykonawców do przestrzegania poufności udostępnionych informacji.

7. Zgodnie z art. 35 ust. 3 projektu ustawy, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających to przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia publicznego należy uwzględnić szacunkową wartość zamówień uzupełniających. I tu nasuwają się pytania: gdzie jest definicja, która reguluje co zamawiający ma rozumieć poprzez zamówienia uzupełniające? Jaka jest górna granica wartości zamówień uzupełniających?

8. Nieprecyzyjne są przepisy określające zakaz dzielenia zamówienia (art. 35 ust. 5 projektu ustawy) oraz związanej z tym konieczności sumowania wartości jednorodnych zamówień.

9. Art. 39 ust. 4 pkt 3) projektu ustawy stanowi o wykonaniu projektów – czy należy przez to rozumieć wykonywanie dokumentacji projektowej; a jeśli tak to jak się do szacunkowej wartości zamówienia publicznego mają opłaty, należne prowizje i inne podobne świadczenia wskazane w przedmiotowym przepisie.

10. Art. 42 ust. 1 projektu ustawy odnosi się do powołania przez zamawiającego komisji do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak skonstruowany zapis obliguje zamawiającego do powoływania komisji zawsze, nawet w postępowaniach poniżej progów unijnych, czyli inaczej niż w dotychczasowym brzmieniu obowiązującej ustawy.

11. Art. 70 ust. 1 projektu ustawy stanowi, iż zamawiający może podzielić zamówienie publiczne na części. Jednocześnie ust. 5 omawianego przepisu określa, że w przypadku niedokonania podziału zamówienia publicznego na części zamówienia zamawiający podaje powody w protokole postępowania lub w dokumentach zamówienia. Dlaczego wprowadzono obowiązek wskazany w ust. 5 skoro ust. 1 określa fakultatywność podziału zamówienia na części?

12. Niejasno zostały określone minimalne terminy składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wskazanie terminów podstawowych oraz szeregu wyjątków, w tym określenie w zupełnie innej jednostce redakcyjnej projektu ustawy ogólnej możliwości niestosowania tych przepisów w przypadku zamówień o wartości poniżej progów ustawowych).

13. Art. 92 ust. 2 projektu ustawy zawiera nieostry zwrot: sprzeczne interesy. Jeśli sprzeczne, to z czym?

14. Art. 97 ust. 1 projektu ustawy odnosi się do zdolności technicznych, zawodowych, finansowych lub ekonomicznych. Z kolei art. 89 projektu ustawy stanowi o sytuacji

ekonomicznej i finansowej (pkt 2) oraz o zdolności technicznej i zawodowej (pkt 3). Powyższe wymaga uporządkowania.

15. Zgodnie z art. 116 ust. 1 projektu ustawy zamawiający ma przechowywać protokół postępowania oraz pozostałą dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat (...), z kolei uzasadnienie mówi: co najmniej 3 lata. Podobnie nieprecyzyjny jest przepis ust. 2 dotyczący okresu przechowywania umów w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe wymagałoby doprecyzowania w świetle wymagań poszczególnych programów realizowanych w ramach dofinansowania ze środków Unii Europejskiej.

16. Artykuł 210 projektu ustawy powinien być bardziej rozbudowany i czytelniejszy. W ust. 1 zakazuje zmian postanowień zawartych w umowie, chyba że zachodzą odpowiednie wymienione w ustawie okoliczności. Pkt 2 tego artykułu dopuszcza możliwość udzielenia „zamówień dodatkowych dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, usług lub dostaw, nieobjętym zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających 50% wartości realizowanego zamówienia publicznego, które stały się niezbędne i które nie były uwzględnione w zamówieniu podstawowym, pod warunkiem że zmiana wykonawcy:” – w tym miejscu nastąpił najprawdopodobniej błąd i albo brakuje jakiejś części tekstu ustawy albo źle zostało przekopiewane.

17. Brak jakiegokolwiek możliwości ograniczenia podwykonawstwa przez zamawiającego (przy obecnie obowiązującej opcji wyłączenia podwykonawstwa w ramach kluczowych części zamówienia, czy prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją) – rozwiązanie preferujące wykonawców będących „firmami-słupami”, w ogóle nie wykonujących żadnych prac w ramach realizacji zamówienia i minimalizujących tym samym swoją odpowiedzialność.

18. Art. 216 ust. 4 projektu ustawy zawiera nieprecyzyjny zwrot: wykonawca obowiązany jest zastąpić danego podwykonawcę – ma wykonać zadanie sam, czy poprzez innego podwykonawcę?