

Opinia Polskiego Kongresu Drogowego

W sprawie „Projektu założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych”, przesłanego do konsultacji dn. 12 września 2012 r.

Odnosząc się do propozycji zmian ustawy Prawo zamówień publicznych, nie tylko w świetle przedstawionych przez Urząd Zamówień Publicznych założeń do nowelizacji z dnia 12 września 2012 r., ale także innych publicznych enuncjacji przedstawicieli Urzędu, w pełni popieramy i optujemy za zmianami, które:

- zmniejszają nadmierny i zbędny rygoryzm prawa krajowego w stosunku do źródłowych regulacji ujętych przepisami prawa europejskiego;
- powodują, iż udzielanie zamówień publicznych zgodnie z przepisami obowiązującego prawa stanowi racjonalny instrument dokonywania potrzebnych zakupów a nie jest tylko biurokratyczną procedurą, w której treść dominuje nad formą, ze szkodą dla podstawowych celów.

Szczegółowe odniesienie się do projektu nowelizacji będzie możliwe po otrzymaniu proponowanej treści konkretnych przepisów ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, bowiem nawet pozytywne założenia przełożone na brzmienie konkretnego przepisu mogą okazać się błędnie sformułowane. Ponadto – jak uczy najświeższe doświadczenie – w toku prac rządowych, a potem parlamentarnych najstuszniejsze rozwiązania potrafią się zmienić w swoje zaprzeczenie. Na tym etapie prac można natomiast wyrazić wstępne opinie o proponowanych kierunkach. Dla czytelności naszego stanowiska odniesiemy się w porządku punktów ujętych w „Projekcie założeń”.

Ad.1. – cena rażąco niska

Poszukiwanie sposobów skutecznej eliminacji ofert z rażąco niskimi cenami jest godne poparcia. Dyskusyjna jest propozycja wprowadzenia obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny według zawartego w projekcie algorytmu. W zależności od stanu gospodarki (obecnie mamy do czynienia z istotnym rozchwianiem cenowym) oraz przedmiotu zamówienia różnice między cenami ofert są bardziej lub mniej naturalne (inaczej jest w przypadku np. usług intelektualnych, jak projektowania, inaczej w przypadku robót budowlanych, a inaczej w przypadku standardowych dostaw realizowanych na kilkuprocentowych marżach, gdzie już różnica 10% może być znaczna). Dlatego proponujemy, aby – wzorem innych państw UE – punktem odniesienia w przypadku średnich cen ofert było odchylenie standardowe, a nie procentowa różnica.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także przepisem art.55 Dyrektywy 2004/18/WE zamawiający ma prawo żądać wyjaśnień, w każdej sytuacji, gdy cena „wydaje się” rażąco niska. Stąd niezrozumiała jest

propozycja, aby „przenieść ciężar dowodowy z zamawiającego na wykonawcę”. Skoro ustawodawca europejski jak i ETS wskazują, iż do podjęcia takich działań przez zamawiającego wystarczającym jest, że zaoferowana cena „wydaje się”; „budzi wątpliwości co do jej realności” to nie ma wątpliwości, iż uchylenie tych wątpliwości spoczywa na wykonawcy, który ma przekonać zamawiającego, udowodnić mu, iż jest to cena realna, umożliwiająca wykonanie zamówienia w wymaganym zakresie przedmiotowym, określonym terminie, z zachowaniem wymaganego standardu jakościowego.

Problem ofert z cenami rażąco niskimi tkwi nie tyle w regulacjach prawnych, co we właściwym ich stosowaniu. Zamawiający często procedurę wyjaśnień wszczynanych w trybie art.90 ust.1 przeprowadzają nazbyt formalnie (wezwanie – odpowiedź wykonawcy – decyzja), zadowolając się lakonicznymi i ogólnikowymi wyjaśnieniami wykonawcy, nie żądając dalszych, bardziej szczegółowych wyjaśnień i dowodów. Procedura wyjaśnień kwestii ceny rażąco niskiej zazwyczaj dokonywana jest na zasadach wypełniania obowiązku wynikającego z trybu art.26 ust.3, tzn. tylko jednokrotnego wezwania. Na to nakłada się orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która akceptuje takie ogólnikowe, wręcz miałkie argumenty wykonawcy (np. wyrok w sprawie wyboru oferty konsorcjum COVEC na budowę autostrady A2).

Uważamy, że należy doprecyzować zasady wzywania wykonawcy do wyjaśnień, poprzez jasne wskazanie przesłanek takiego obowiązku. W szczególności doprecyzować należy do czego ma zamawiający odnieść cenę oferty, czy do wartości zamówienia (zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp wartość netto) czy do przedmiotu zamówienia jako wartości brutto. Godne rozważenia jest zapisanie – jako punktu odniesienia do badania cen z ofert wykonawców – wartości zamówienia według kosztorysu inwestorskiego. Takie rozwiązanie wprowadzi element odpowiedzialności Zamawiającego za poziom akceptowanych cen.

Równocześnie należy zauważyć, iż zaproponowane rozwiązania nie wykluczają uznaniowości zamawiających, którzy będą mogli odrzucić ofertę jeżeli „wyjaśnienia i konsultacje w sposób wystarczający nie uzasadniają niskiego poziomu zaoferowanej ceny”. Ponadto umożliwienie Zamawiającemu przeprowadzenia z wykonawcą „konsultacji” w tym zakresie (przy zachowaniu zakazu negocjacji z wykonawcą dotyczących złożonej oferty - art. 87 ust1. PZP) może prowadzić do kształtowania ceny tak, aby przestała być „rażąco niska”, a jednocześnie nadal najkorzystniejsza przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert. Dlatego nie widzimy podstaw do „przeprowadzania z wykonawcą konsultacji”, zwłaszcza w kontekście zapisu opracowania w sprawie „zwiększenia przejrzystości (...) procedur poprzez ograniczenie bezpośredniego kontaktu z zamawiającym”. Takie ograniczanie bezpośrednich kontaktów zamawiającego z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego zapobiega ewentualnym podejrzeniom o jakiegokolwiek działania sprzeczne z prawem.

Jeśli „konsultacje” miałyby pozostać, muszą one mieć określone procedury, dotyczące dokumentowania ich przebiegu. Nie należy się przy tym obawiać, że wydłuży to czas trwania postępowania. Prawdopodobnie wyłonienia najlepszej, nieobarczonej wadami oferty jest tu wyższą wartością od zewnętrznych okoliczności, terminów dysponowania środkami przez zamawiającego etc.

Ad.2) Zmiany dotyczące zapewnienia wyboru „rzetelnego” wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podniesienie kwestii oceny „rzetelności” wykonawcy (art.48 ust.5 Dyrektywy) zasługuje na poparcie. Popieramy wprowadzenie takich regulacji prawnych, które racjonalnie zobowiązywać będą wykonawcę, aby przy realizacji zamówienia był zobowiązany korzystać, a nie tylko móc korzystać, z zasobów udostępnionych mu przez podmiot trzeci. Pozwoli to na wyeliminowanie istniejącej fikcji, a zamawiającym da większą gwarancję uzyskania oczekiwanych rezultatów udzielonego zamówienia.

Podkreślenie przez Urząd, iż „konieczne jest zapewnienie powiązania warunków udziału z postanowieniami umowy, a tym samym realizacją zamówienia” wskazuje na to, iż dostrzega się dominującą filozofię poprawnej administracyjnie (a może i wręcz – biurokratycznie) procedury, bez powiązania wykonywanych czynności z celami. Ujawnia się to zwłaszcza drastycznie w zakresie aprobowanego rozumienia i stosowania przepisu art.26 ust.2b. Poleganie na zasobach innego podmiotu, zwłaszcza w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykorzystywane w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu (art.22 ust.1 pkt 2 ustawy), zostało skutecznie odłączone od sposobu wykonywania zamówienia. Podmiot, którego zasoby potwierdzają „posiadanie wiedzy i doświadczenia” wykonawcy ubiegającego się o uzyskanie zamówienia, wcale nie musi faktycznie i bezpośrednio brać udziału w wykonywaniu zamówienia (zwłaszcza w odniesieniu do robót budowlanych oraz licznych rodzajów usług). A przecież już w wyroku ETS z 1994 r., co dało początek wprowadzaniu stosownych przepisów do dyrektywy, a później do prawa krajowego – Trybunał wyraźnie wskazał, iż nie jest najważniejszy szczegółowo oceniany stosunek prawny łączący wykonawcę z podmiotem, na zasobach którego składa swoją ofertę – istotą jest to – „kim” wykonawca nie posiadający własnego doświadczenia wykonywać będzie świadczenie.

Propozycja rozszerzenia art.26 ust. 2 b na uprawnienia i zdolność ekonomiczną jest właściwa, jednak powinna być powiązana z pełnym wdrożeniem regulacji unijnej, tj. ograniczenia polegania na podmiotach trzecich do „stosownych sytuacji”. W przeciwnym razie może dojść do praktyki handlowania koncesjami i bilansami na taką samą skalę, jak handlowanie referencjami. Brakuje w treści założeń takiego uregulowania art. 26 ust. 2b, które pozwalałoby zniwelować wątpliwości interpretacyjne dotyczące realności przekazywanych zasobów (wszystkich).

W pełni popieramy sugestię ujęcia jednoznacznymi przepisami kwestii uprawnień zamawiającego do ograniczania wykonawcom możliwością posiłkowania się

zasobami innych podmiotów w celu uzyskania lepszej pozycji w procedurze prekwalfikacji w trybach przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego.

Pozostaje problem, w jaki sposób ustawodawca ujmie kwestię dostarczania dokumentów pozwalających stwierdzić „rzetelność” wykonawcy w szczegółowych regulacjach prawnych. Trudno sobie wyobrazić, aby jakkolwiek Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przedstawiał dokumenty obciążające go w jakkolwiek sposób. Równie trudno założyć, że powstanie wzorzec „negatywnej referencji”, którą Wykonawca otrzymywałby od niezadowolonego z niego Zamawiającego. Chyba że intencją ustawodawcy jest stworzenie Centralnego Rejestru Umów ws. zamówień publicznych i odnotowywanie w nim przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Kto jednak, poza sądem, miałby rozstrzygać ewentualne spory w tym zakresie?

Niedookreślenie pojęcia „rzetelność” może powodować z jednej strony uznaniowość zamawiającego, z drugiej stanowić podstawę do procedur odwoławczych dla wykonawców. Ponadto niezwykle trudnym zadaniem dla zamawiających będzie uznanie za „nierzetelnego” wykonawcy, który co prawda nie wykonał należycie np. pięciu umów na drobne roboty remontowe ale całkowicie spełnił wymagania zamawiających w stosunku do pięciu dużych robót budowlanych typu przebudowa. W rozwinięciu tego pomysłu może okazać się zasadne prowadzenie ogólnodostępnego portalu informacyjnego, na którym zamawiający informowaliby o nierzetelnych wykonawcach, wzorem umieszczonego na stronie UZP wykazu wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeśli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu.(art. 154 pkt. 5a).

Równocześnie w związku z oświadczeniem Urzędu Zamówień Publicznych, że szczyńska firma Rakpol została bezprawnie wpisana na listę nierzetelnych wykonawców, którzy powinni być wykluczeni z przetargów, proponujemy jednoznacznie uregulować instytucję wpisu na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę ...), o której mowa w art. 154 pkt. 5a Pzp, tak aby wpis był wystarczającą podstawą (nie wymagającą weryfikacji przez zamawiającego) do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W przypadku, gdy ustawa nałoży na Zamawiającego obowiązek/ możliwość zawierania w projektach umów zapisów dot. obowiązku korzystania przez wykonawcę przy realizacji zamówienia z potencjału powołanego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ważnym jest również doprecyzowanie przez ustawodawcę możliwości dokonywania ewentualnych zmian.

Ad.3) Ułatwienia w prowadzeniu postępowań w trybach negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego

Zaproponowane ułatwienia w prowadzeniu postępowań w trybach negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego są zasadne. Zamawiający bez elementu negocjacji z wykonawcami nie jest w stanie właściwie – racjonalnie i efektywnie – ukształtować wymagań dotyczących najlepszego sposobu zaspokojenia jego potrzeb. Niewłaściwe opisywanie przedmiotu zamówienia, narzucanie szczegółowego sposobu wykonania, rozwiązań, technologii itp. powoduje, że uzyskiwane rezultaty, oceniane zwłaszcza w dłuższej perspektywie czasowej, są dalekie od tego co oferuje rynek.

Podjęcie działań w celu ułatwienia stosowania tych trybów, usprawnienia i zracjonalizowania procedury jest kierunkiem właściwym. Jednak, rezygnacja z etapu składania ofert ostatecznych w negocjacjach z ogłoszeniem może doprowadzić do skrajnych patologii. Możliwość udowodnienia naruszenia przez zamawiającego zasad poufności negocjacji oraz równego traktowania wykonawców w trakcie negocjacji jest iluzoryczna (zwłaszcza w postępowaniach poniżej progów unijnych), natomiast naruszenie tych zasad w sposób łatwy może wypaczyć wynik postępowania (wystarczy, że jeden z wykonawców otrzyma informację o najniższej spośród zaoferowanych przez pozostałych wykonawców cen). Dlatego postulujemy utrzymanie zasady, że po etapie negocjacji dochodzi do złożenia ofert, które są jednocześnie otwierane publicznie.

Ad.4) Podwyższenie progów zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dla zamówień nie współfinansowanych ze środków UE.

Podwyższenie progów z wartości 14 000 euro do 20 000 euro na pewno usprawni proces i rynek zamówień publicznych. Wątpliwość jedynie może budzić sytuacja, w której zamówienia, które w momencie ich wszczęcia lub podpisania umowy nie są objęte dofinansowaniem lub na etapie ich prowadzenia Zamawiający nie dysponuje jeszcze wiedzą, że będą one objęte dofinansowaniem. Czy fakt udzielania ich w procedurze innej niż przewidziana dla zamówień objętych dofinansowaniem eliminuje je z objęcia dofinansowaniem lub może powodować jakieś sankcje. Podwyższenie progu powinno jednocześnie iść w parze z jednoznacznymi zasadami dotyczącymi zgodnego z ustawą PZP dzielenia zamówienia na części.

W pełni popieramy podniesienie progu stosowania ustawy. Zgodnie bowiem z zasadą prawa rzymskiego "de minimis non curat lex" (łac. prawo nie troszczy się o drobiazgi), dokonywanie zakupów o stosunkowo niewielkich wartościach nie powoduje naruszenia konkurencji rynku i może być z powodzeniem dokonywane bez szczegółowych procedur ustawowych, tylko na podstawie regulaminów kształtowanych przez każdego zamawiającego, zapewniających przestrzeganie podstawowych zasad wynikających z traktatów europejskich.

Ad.5 preferencje europejskie

Popieramy proponowany kierunek zmian. Zarówno z uwagi na dbałość o zachowywanie i przestrzeganie zasad rzeczywiście uczciwej konkurencji, jak i z uwagi na wyższe cele – wprowadzenie podstawowej zasady wzajemności: skoro regulacje innych krajów nie gwarantują naszym firmom dostępu do zamówień publicznych w tych krajach, to dlaczego regulacje nasze mają chronić interesy firm z tamtych krajów?

Rozważenia wymaga również kwestia oferowania produktów pochodzących z tych państw. Problem polega przecież nie tylko na udziale firm z państw nie respektujących zasad uczciwej konkurencji, ale również na oferowaniu przez firmy z UE produktów powstałych z naruszeniem podstawowych praw pracowniczych, zasad wsparcia przedsiębiorców i innych praw podstawowych.

Umożliwienie zamawiającym zastosowania preferencji europejskich wiąże się z koniecznością uzyskania pewności, co do zgodności takiego zapisu z jedną z nadrzędnych zasad zamówień publicznych tj. zasadą równego traktowania wykonawców. Stworzenie sytuacji, w której to zamawiający decyduje, czy dopuszcza udział w danym postępowaniu wykonawców z krajów nie będących stronami umów w zakresie zamówień publicznych, może się spotkać z koniecznością uzasadniania przez zamawiających takiego stanowiska przed organami kontrolnymi, np. UKS czy Instytucjami Zarządzającymi RPO w celu uniknięcia naliczenia korekt finansowych.

Ad.6 ogłoszenia o planowanych zamówieniach

Sugestia wprowadzenia do prawa krajowego uprawnienia zamawiających do publikacji takich ogłoszeń jest celowa i godna poparcia.

Ad.7 deregulacja w zakresie żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału

Pozytywnie należy ocenić umożliwienie zamawiającym przeprowadzenia postępowań w oparciu o oświadczenia wykonawców i żądania dokumentów wyłącznie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a także dopuszczenie sytuacji w której uzupełnianie dokumenty mogłyby być uznawane za aktualne również na dzień upływu terminu ich uzupełnienia.

Przyjęcie takiej procedury potwierdzania przez wykonawców spełnienia warunków – żądanie przedłożenia wymaganych dokumentów tylko przez wybranego wykonawcę w postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę – przyspieszy i usprawni procedury, odformalizuje postępowania i pomniejszy zbędną biurokrację, bez uszczerbku dla rozstrzygnięć i

wyników postępowań. Ponieważ powyższa propozycja dotyczy czynności podejmowanych po zakończeniu postępowania, w rozumieniu obowiązującego przepisu art.2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych – po dokonaniu wyboru wykonawcy, należy zwrócić baczną uwagę na dobre ujęcia przepisami prawa tej procedury, aby nie zostawała poza obszarem środków prawnych przysługujących wykonawcom.

Ad.8 uchylenie przepisu art.46 ust.4a (zatrzymywanie wadium)

W obecnym kształcie i praktyce stosowania przepis ten powoduje dotkliwe i nieuzasadnione sankcje finansowe dla wykonawców. Jeśli jednak propozycje założeń rozpatrywać jako całość, to instytucja zatrzymania wadium może pozostać. Pozbawienie zamawiającego możliwości zatrzymania wadium, w sytuacji opisanej w art. 46 ust 4a ustawy PZP, będzie skutkować możliwymi do przewidzenia działaniami wykonawców: tj. składaniem ofert, które nie odpowiadają wymaganiom zamawiających – i to bez żadnej konsekwencji, a nawet znowom wykonawców. W sytuacji gdy Zamawiający będzie żądał dokumentów jedynie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, możliwość przepadku wadium może stanowić ważny czynnik dyscyplinujący.

Ad.9 zwrot planów, próbek, wzorów ...

Obowiązek przechowywania tych dokumentów przez okres 4 lat, jest nie tylko zbędny i kosztowny, ale także w licznych okolicznościach zupełnie nie spełnia funkcji materiału dowodowego z uwagi na ich nieaktualność, brak możliwości porównywania z dokumentami innych uczestników postępowania, których oferty nie wybrano i powyższe dokumenty zwrócono (jeżeli wystąpili z takim wnioskiem) lub też z uwagi na fizyczną niemożliwość ich przechowywania w przeciętnych warunkach dostępnych zamawiającym (np. próbki żywności) na fakt ich przeterminowania i nieprzydatności do jakiegokolwiek użycia. Zatem wprowadzenie zapisów obligujących zamawiającego do ich zwrotu jest zasadne, natomiast pozostaje otwarta kwestia czy w związku z postępowaniami kontrolnymi, które mogą nastąpić w okresie kilku lat po udzieleniu zamówienia Zamawiający będzie w stanie udowodnić bez posiadania w/w załączników prawidłowość dokonanych w postępowaniu czynności np. oceny czy przesłane próbki potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Ad.10. dopuszczenie składania dokumentów w innym języku niż polski

Negatywnie odnosimy się do proponowanego dopuszczenia możliwości składania oferty w języku innym niż język polski. Powyższe jest niewłaściwe ze względu na

ustawową ochronę języka polskiego jako języka urzędowego oraz dla celów dowodowych.

Stworzenie sytuacji w której to zamawiający decyduje czy dopuszcza możliwości składania oferty i dokumentów wyłącznie w języku innym niż język polski, może się spotkać z koniecznością uzasadniania przez zamawiających takiego stanowiska przed organami kontrolnymi np. UKS czy Instytucjami Zarządzającymi RPO w celu uniknięcia naliczenia korekt finansowych.

Proponowane zapisy nie znajdują również uzasadnienia wobec dążenia do minimalizacji kosztów prowadzonych postępowań i skrócenia procedur. Obniżając koszty, które ponosi wykonawca za przetłumaczenie dokumentów, jako składników jego oferty, generujemy koszty po stronie zamawiających (będą to środki publiczne wydatkowane na cel prywatny). W celu sprawdzenia i oceny dokumentów (często zawierających specjalistyczne zwroty) zamawiający będzie musiał zatrudnić osoby z perfekcyjną znajomością fachowego słownictwa, zapewniać odpowiednie szkolenia lub zlecać tłumaczenia dokumentów.

Ad.11 elektronizacja postępowań

Proponowaną zmianę należy ocenić pozytywnie, w tym dopuszczenia elektronicznej formy korespondencji zamawiającego z wykonawcami. Trzeba jednak zdawać sobie sprawę, że proces elektronizacji będzie procesem długotrwałym i wymagającym szeregu zmian zarówno po stronie Zamawiających jak również Wykonawców. Na przykład konieczne wydaje się potwierdzanie czynności dokonanych poprzez urządzenia elektroniczne w postaci wydruku w celach administracyjnych, dowodowych i archiwalnych (prezentaty, potwierdzenia przesłania, akceptacje itp.).

Należy mieć także świadomość i przygotowane rozwiązania innych problemów, które zmiana przepisów dot. elektronizacji postępowań może spowodować:

- eliminację średnich i małych przedsiębiorców poprzez uniemożliwienie im dostępu do zamówień w inny sposób niż drogą elektroniczną (brak sprzętu),
- koszty dla Zamawiających w postaci zakupu odpowiedniego sprzętu i oprogramowania oraz jego utrzymanie.

Możliwość skorzystania przez zamawiającego z formy elektronicznej, bez obowiązku dopuszczenia formy pisemnej, wydaje się mało realna – zwłaszcza w zakresie dowodowym (trwałość nośników i sprzętu). Ponadto w jaki sposób kierownik zamawiającego będzie zatwierdzać wybór oferty najkorzystniejszej i podpisywać umowę, zwłaszcza w świetle przepisów kodeksu cywilnego i propozycji zniesienia obowiązku posługiwania się bezpiecznym certyfikowanym podpisem elektronicznym.

Ad.11.2, 11.3) Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego wykonawcom dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

O ile nie budzi wątpliwości, że w związku z powyższym należy dokonać zmian w treści ustawy w zakresie zawartości SIWZ o tyle już udzielanie przez zamawiającego wykonawcom wyjaśnień dotyczących treści SIWZ „online” jako jeden z pomysłów mających na celu odformalizowania i uproszczenie procedur związanych z prowadzeniem postępowań może mieć zastosowanie tylko w sytuacji gdy zamawiający jest w stanie „na żywo” udzielać wiążących odpowiedzi wykonawcom. Trudne do przeprowadzenia będzie udzielanie odpowiedzi związanych z projektami infrastrukturalnymi, które wymagają niejednokrotnie długotrwałych konsultacji z projektantami i umieszczania dodatkowych materiałów. Pomysł, by wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego wykonawcom dot. treści SIWZ – przekazywane były w trybie „online” może spowodować, że odpowiedzi te będą zbyt płytkie i niewyczerpujące; nie zawsze szybko znaczy solidnie.

Ad.11.4) Oferta wyłącznie w formie elektronicznej.

Negatywnie należy się ustosunkować do propozycji aby oferty wpływały tylko w formie elektronicznej. Związane jest np. z przestrzeganiem terminu składania ofert (możliwość różnych ustawień komputerów co do daty i godziny), zakazem otwarcia ofert przed ustalonym terminem, zabezpieczeniem ofert przed nieuprawnionym upublicznieniem, sposobem zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorstwa, koniecznością wydruku ofert dla celów archiwalnych i dowodowych (co będzie rodziło koszty po stronie Zamawiających). Ponadto, jeżeli oferty wpłyną tylko w wersji elektronicznej a nie „skanu” dokumentów to będą one niepodpisane, a jeżeli przepis będzie wymagał przesłania jako oferty „skanu” dokumentów, to oszczędność będzie dotyczyła tylko kosztów przesyłki do Zamawiającego.

Ad.12 zastrzeżenia do wyników kontroli

Próba „naprawienia” wadliwości istniejącej procedury, wynikającej przede wszystkim z rozbieżnego (niejednolitego) orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, poprzez zaproponowane rozwiązania – zastrzeżenia zamawiającego do oceny dokonanej przez Prezesa UZP rozpatruje inny zespół pracowników UZP - nie jest chyba najlepsza. Uwidacznia się to także w samym uzasadnieniu. Jednym z argumentów mających uzasadniać proponowane rozwiązanie jest to, iż Prezes UZP pełni funkcję pracodawcy w stosunku do członków KIO. A w stosunku do „innych pracowników Urzędu”?

Nie można też zgodzić się z tym, iż takim rozwiązaniem zostaną ograniczone spory pomiędzy Prezesem Urzędu a KIO. Niczego to nie wyeliminuje w tym zakresie, co najwyżej pogłębi rozbieżności co do oceny i wskazywanego rozumienia i stosowania

prawa pomiędzy Prezesem Urzędu (opinie Prezesa UZP, wyniki kontroli) a KIO (orzeczenia), co spowoduje jeszcze gorsze następstwa dla zamawiających i wykonawców.

Ad. 13 Rada Zamówień Publicznych

Oczywistym jest, iż niespójność prawna winna być usunięta (Prezes Urzędu nie jest objęty kadencyjnością, Rada powoływana jest na nieistniejącą kadencję – art.159 ust.1). Ale przy tej okazji warto jest przemyśleć rozstrzygnięcie: czy Rada powinna mieć tak czytelne cechy polityczne (art.158 ust.2 ustawy), czy też winna być przede wszystkim organem eksperckim? Podobnie jak w kwestii kontroli i kompetencji KIO wymaga to nowego rozwiązania systemowego, a dopiero w jego następstwie – prawnego.

Ad.14 sankcje za naruszenia przepisów prawa

Oczywistym być powinno, że „dolegliwości” z tytułu naruszenia prawa winny być indywidualnie stanowione, adekwatnie dla stopnia, charakteru i okoliczności, w jakich do nich doszło, a przede wszystkim – w ocenie następstw, jakie dokonały się w ich wyniku. A także i to, że winny dotyczyć wszystkich zamawiających, bez względu na ich formę, statut i usytuowanie w strukturze administracji publicznej.

Ad.15 rozszerzenie kompetencji KIO

Pozytywnie należy ocenić propozycję, aby KIO podejmowała uchwały dotyczące zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne, co w znacznym stopniu przyczyni się do ujednoczenia orzecznictwa i zwiększenia pewności przy stosowaniu ustawy PZP. Jest to też próba pomniejszenia rozbieżności w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Z drugiej strony, jest potrzeba zmian systemowych w zakresie środków ochrony prawnej. Na ten problem wpływa także faktyczne wyłączenie Izby spod kontroli sądowej. Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych, tak ważne dla wszystkich uczestników postępowania, nie tylko nie jest dostatecznie jednolicie kształtowane przez KIO, ale nieproporcjonalnie wysokie opłaty sądowe spowodowały, że nieliczne wyroki sądów okręgowych także nie kształtują jednolicie właściwego rozumienia i stosowania prawa. Problem ten dotyczy oczywiście pewnych okoliczności mających cechy rozstrzygnięć systemowych, dotyczących wszystkich uczestników postępowań o zamówienie publiczne, a nie kwestii ujawnionych szczegółowych postanowień lub indywidualnych decyzji dotyczących konkretnych okoliczności w różnych postępowaniach.