

Warszawa, dnia 4 lipca 2018 r.

Szanowna Pani Jadwiga Emilewicz
Minister Przedsiębiorczości i Technologii
Plac Trzech Krzyży 3/5, 00 - 507 Warszawa

Szanowna Pani Minister,

w imieniu Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych dziękujemy za zaproszenie naszego Stowarzyszenia do udziału w konsultacjach koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych (dalej „Koncepcja”).

Podstawowym celem założonego na początku 2017 r. Stowarzyszenia, które dzisiaj liczy ponad 100 członków, jest poprawa działania systemu zamówień publicznych, tak aby był on efektywny i służył realizacji spójnej polityki państwa. Wierzymy, że kwestie formalno-prawne są bardzo istotne w wydatkowaniu środków publicznych, niemniej powinny one mieć charakter subsydiarny względem nadrzędnego celu zamówień publicznych, którym jest efektywne wydatkowanie środków publicznych.

Wobec powyższego z dużą satysfakcją przyjęliśmy do wiadomości informację o stworzeniu przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych (Pzp). Koncepcja ta, w naszej ocenie zawiera wiele trafnych i jednocześnie wskazywanych od lat postulatów, jak chociażby te dotyczące podjęcia próby odformalizowania postępowania poprzez jego uproszczenie, czy generalnie doprecyzowanie budzących wątpliwości interpretacyjne przepisów. Stąd też postulaty te zasługują na pełną aprobatę i zmaterializowanie ich w postaci odpowiednich i precyzyjnych przepisów prawa.

Odnosnie planów doprecyzowania przepisów zgłaszamy jeden podstawowy postulat, aby wielokrotnie nowelizowana obowiązująca ustawa Pzp doczekała się wreszcie w pełni nowej i kompleksowej regulacji prawnej z określoną, leżącą u jej podstaw wizją polityki zakupowej państwa, a nie stanowiła podstawę do kolejnej, doraźnej nowelizacji ustawy. Takie fragmentaryczne nowelizacje ustawy Pzp z ostatnich lat wielokrotnie budziły wątpliwości w kontekście chociażby prawidłowego stosowania objętych nowelizacjami przepisów i ich spójności, wpływając negatywnie m.in. na oczekiwaną przez zamawiających i wykonawców przewidywalność rozstrzygnięć organów kontrolnych, w tym Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

Niezależnie od uproszczenia samej procedury przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby stały się mniej formalne, a bardziej efektywne i zorientowane na wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, prace nad nową ustawą

powinny zostać także w dużej mierze skoncentrowane, jak zostało to trafnie kierunkowo zdiagnozowane w Koncepcji, nad usprawnieniem środków ochrony prawnej z ustawy, tj. postępowania odwoławczego przed KIO oraz skargowego przed sądem.

Wszelkie zasygnalizowane w Koncepcji usprawnienia proceduralne w postępowaniu przed KIO zasługują co do zasady na aprobatę. W chwili obecnej, bez przedstawienia projektu konkretnych przepisów, jest zbyt wcześnie na wyrażenie ostatecznego stanowiska, jednakże Stowarzyszenie pozytywnie ocenia w szczególności postulaty wprowadzenia możliwości podejmowania uchwał przez Zgromadzenie Ogólne Członków KIO oraz możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy w przypadku postępowań, w których wnoszone są odwołania zawierające braki formalne.

W naszej ocenie warto ponownie rozważyć samą zasadność wprowadzenia sygnalizowanej prekluzji dowodowej przed KIO. W opinii Stowarzyszenia rozstrzygnięcie spraw przez KIO należy dzisiaj do najszybszych w Europie, stąd też chociażby z tego powodu nie ma podstaw do zwiększania efektywności już i tak bardzo sprawnie przeprowadzanych postępowań odwoławczych przed KIO. Wiele spraw przed KIO jest rozstrzyganych obecnie na jednej rozprawie, przez to nakładanie jakichkolwiek obostrzeń dowodowych w naszej ocenie nie jest niezbędne do usprawnienia samego postępowania. Gdyby jednak wprowadzenie prekluzji dowodowej w ocenie autorów miało jakiegokolwiek głębsze uzasadnienia, należałoby konsekwentnie w naszej ocenie rozważyć wydłużenie terminów na wniesienie odwołania. Niezależnie od powyższego, ewentualne wprowadzenie prekluzji dowodowej nie powinno mieć charakteru bezwzględnego i powinno opierać się na wprowadzeniu do Pzp rozwiązania przyjętego w art. 207 § 6 Kodeksu postępowania cywilnego, tj. możliwości dopuszczenia dowodu, jeżeli strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w odwołaniu, przystąpieniu lub innym piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Ocena spełnienia ww. przesłanek podlegałaby ocenie przez KIO podczas rozprawy. W przypadku ewentualnego oddalenia wniosku o przeprowadzenie dowodów czy rozpatrzenia twierdzeń, strona mogłaby skarżyć rozstrzygnięcie KIO podnosząc, że oddalone twierdzenia i dowody miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (w sposób analogiczny jak w przypadku apelacji w procedurze cywilnej). Zarzuty te podlegałyby ocenie Sądu Okręgowego.

Uważamy, że bardzo dobrym pomysłem, który zasadniczo wpłynąłby na usprawnienie prowadzenia postępowania odwoławczego, a przy tym zapewnił jego pełną transparentność jest wprowadzenie zasady nagrywania przebiegu posiedzenia i rozprawy przy pomocy aparatury utrwalającej obraz i dźwięk. Nagrania audio-wizualne przyczyniłyby się także do poprawienia poziomu kultury samych stron jak i osób rozstrzygających sprawę.

W naszej ocenie propozycja wprowadzenia spotkań z wykonawcami po wyborze oferty nie wpłynie na zmniejszenie ilości odwołań. Obecne przepisy nie zabraniają zamawiającemu udzielania wyjaśnień, jeśli takowe się pojawią.

W ocenie Stowarzyszenia przed prezentacją konkretnych regulacji prawnych odnoszących się do zwiększenia udziału (zamówień zastrzeżonych) małych i średnich przedsiębiorców (MŚP)

w postępowaniach przetargowych, należałoby przeprowadzić głębsze analizy systemowe prezentujące faktyczny udział tych przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych. Sama preferencja MŚP może w naszej ocenie wpłynąć negatywnie na działalność innych przedsiębiorców, w tym dużych przedsiębiorców, którzy współpracując z MŚP – także przy realizacji zamówień publicznych – oferują im dostęp do swojej wiedzy i doświadczenia przyczyniając się do ich rozwoju, a często także ekspansji zagranicznej. Warto pamiętać, że progi unijne dla zamawiających sektorowych są znacznie wyższe – proponujemy wyłączyć z tego obowiązku zamawiających sektorowych, albo ograniczyć np. do dostaw lub dostaw i usług.

Nadto, jeżeli takie rozwiązanie zostanie wprowadzone do ustawy, proponujemy, aby została także doprecyzowana forma udokumentowania wielkości przedsiębiorstwa (czy na dzień składania ofert, czy na czas realizacji zamówienia) oraz ewentualne konsekwencje bądź rozwiązania, jeżeli w trakcie realizacji umowy wykonawca nie spełni warunku MŚP. Dodatkowo, zwracamy uwagę, że takie zapisy mogą kolidować z ochroną prac pracowniczych.

Zwracamy także uwagę na brak propozycji zmiany przepisów ustawy dotyczących obowiązku zatrudniania pracowników na umowę o pracę. Obecna konstrukcja przepisu odwołująca się do art. 22 § 1 Kodeksu pracy budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych (co wielokrotnie było przedmiotem zaskarżenia), poczynając od interpretacji czynności o charakterze pracowniczym, czy ograniczaniu konkurencji dla wykonawców zagranicznych, skończywszy na obciążaniu zamawiających dodatkowymi obowiązkami polegającymi na weryfikacji zarówno umów o pracę (lub na podstawie innych form zatrudnienia) jak i weryfikacji pracowników wykonawcy/podwykonawcy podczas realizacji zamówienia. Zgadza się, że pracowników wykonawców/podwykonawców należy chronić przed umowami tzw. śmieciowymi, niemniej jednak sugerujemy odejście od przywoływania wprost art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Nadto, zwracamy uwagę, że w branży budowlanej znaczna część pracowników nie jest zainteresowana pracą na umowę o pracę w rozumieniu przepisów prawa pracy, a co za tym idzie wykonawcy/podwykonawcy mają znaczne problemy ze zdobyciem kadry pracowniczej. Proponujemy przeprowadzenie analiz mających na celu wykazanie jaka jest skala problemu, czy dotyczy tylko dużych przedsiębiorstw, czy także sektora MŚP. Czy dotyczy całego kraju czy tylko pewnych obszarów, a także czy dotyczy to tylko branży budowlanej czy także innych.

Proponujemy poddać analizie możliwość wprowadzenia wartości procentowych przy obowiązku zatrudnienia pracowników o umowę o pracę i ustalenie progu procentowego np. na poziomie 30%-40%.

Zwracamy także uwagę na brak w Koncepcji propozycji zapisów dotyczących rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

Ponadto proponujemy także doprecyzowanie kwestii odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców. Bogata i niejednolita praktyka orzecznicza w tym zakresie, w tym w kontekście wzajemnych relacji przepisów prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego, implikuje konieczność ostatecznego rozstrzygnięcia wzajemnego stosunku przepisów obu reżimów, a także

rozstrzygnięcia zakresu odpowiedzialności zamawiających wobec podwykonawców (w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych).

W przypadku propozycji ograniczania progu bagatelności, stoimy na stanowisku, że próg 30 000 euro powinien pozostać a nawet mógłby zostać zwiększony, a w celu ujednoczenia przepisów i ograniczenia nieprawidłowości udzielania takich zamówień, proponujemy wprowadzenie minimalnych zapisów zapewniających konkurencyjne i efektywne wydatkowanie środków publicznych.

Pragniemy przy tym zwrócić uwagę na przesłankę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Nakazuje ona zamawiającemu unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie zapytania o cenę, gdy w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert nie wpłyną co najmniej dwie, niepodlegające odrzuceniu. Biorąc pod uwagę, że tryb ten dedykowany jest zamówieniom o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach ustalonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tym samym często zapraszani do udziału w postępowaniu są małe i średnie przedsiębiorstwa. Poddajemy pod zastanowienie propozycję modyfikacji tego przepisu w taki sposób, aby przesłankę do unieważnienia postępowania stanowił brak co najmniej dwóch ofert, bez dodatkowych obostrzeń w tym zakresie.

Dostrzegamy także potrzebę dokładnej analizy skutków wprowadzenia regulacji, stanowiącej propozycję do dyskusji w treści Koncepcji, to jest obowiązku przeprowadzenia analizy przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Zwracamy uwagę na daleko idącą ostrożność w zakresie sporządzania treści przepisu nakładającego takowy obowiązek. Zdajemy sobie w pełni sprawę z wagi zasad wyrażonych w treści art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, z drugiej jednak strony czynności w ramach wymienionej wyżej analizy nie mogą wykraczać poza reguły przygotowania i prowadzenia postępowań a zarówno zamawiający, jak i wykonawcy muszą czuć się bezpiecznie jako uczestnicy tych procesów. Niewyraźne ramy rzeczonyj analizy lub otwarte katalogi czynności wykonywanych w jej zakresie mogą stanowić pewne ryzyko dla zachowania pełnej legalności procesu udzielenia zamówienia.

Pozytywnie odbieramy także wolę doprecyzowania przepisów w zakresie zamówień wspólnych, centralnych oraz pomocniczych. Obowiązek zawarcia porozumienia w przypadku, gdy obowiązek współdziałania podmiotów nie wynika z przepisów prawa, uporządkuje w znacznej mierze relacje zamawiających prowadzących wspólnie postępowania o udzielenie zamówienia.

Na pozytywny odbiór zasługuje także propozycja doprecyzowania regulacji w zakresie badania podmiotów udostępniających zasoby pod kątem przesłanek wykluczenia z powodu zaistnienia przesłanek fakultatywnych (art. 22a ust. 3 aktualnie obowiązującej ustawy Pzp). Jako praktycy dostrzegamy ten problem u wielu zamawiających i nowela powyższego przepisu pozwoli na uzyskanie pewności co do prawidłowości postępowania w kierunku stwierdzenia podlegania wykluczeniu przed podmiot udostępniający zasób.

Ponadto zwracamy uwagę, że, wypełnienie luki prawnej związanej z brakiem możliwości unieważnienia umowy o zamówienie publiczne, która została zawarta z pominięciem ustawy jest jak najbardziej zasadne i konieczne, niemniej jednak zwracamy uwagę, na zastosowane pojęcie "interesu

prawnego" w Koncepcji. Proponujemy, nie powtarzać zmienionego nowelizacją z 2009 roku "interesu prawnego" tylko pozostać przy każdym "kto ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego".

Poddajemy pod rozagę objęcie Koncepcją także następujących zagadnień:

Wprowadzenia dla zamawiających możliwości zwrotu dokumentów, które niepotrzebnie zostały złożone przez wykonawców. Obecnie zasadą jest, że dokumenty na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia składane są przez wykonawcę, którego oferta została oceniona za najkorzystniejszą. Wstępnemu potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia służą oświadczenia własne wykonawców (w postępowaniach powyżej progów unijnych w formie JEDZ). W praktyce zdarza się jednak, że wykonawcy razem z tym oświadczeniem składają od razu dokumenty, które docelowo winien złożyć jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona za najkorzystniejszą. Dotyczy to również składania wraz z ofertą dokumentów dla potwierdzenia uprawnienia do reprezentowania wykonawcy mającego siedzibę na terenie Polski, w sytuacji gdy uprawnienie do reprezentacji może być weryfikowane przez zamawiających poprzez dostęp do bezpłatnych baz danych (KRS, CEIDG). Dokumenty te tworząc dokumentację postępowania przetargowego są następnie przechowywane i archiwizowane przez zamawiających. W przypadku prowadzenia wielu postępowań przetargowych może to w wymierny sposób wpływać na zwiększenie kosztów archiwizowania, które ponoszą zamawiający, gospodarujący środkami publicznymi. Wprowadzenie możliwości zwrotu dokumentów, które zostały w sposób zbędny złożone przez wykonawców mogłoby zmniejszyć koszty archiwizowania, a co najmniej wpłynąć na mniejszą liczbę dokumentów, które przechowywane są przez zamawiających. Skoro określone dokumenty nie były wymagane do złożenia przez wykonawców, bądź ich weryfikacja jest możliwa za pomocą bezpłatnych baz danych (KRS, CEIDG) to brak jest uzasadnienia, by w przypadku ich samodzielnego złożenia przez wykonawców odmawiać zamawiającym możliwości ich zwrotu i wymagania od zamawiających, by dokumenty te przechowywali czy archiwizowali.

Względem przewidzianej w Koncepcji konstrukcji roszczenia o zwrot przez zamawiających, na rzecz wykonawców, kosztów przedłużenia gwarancji wadialnej, analizie warto poddać wprowadzenie limitu wysokości tego roszczenia. Brak ograniczenia wysokości przedmiotowych kosztów może rodzić ryzyko ich zawyżania.

W zakresie środków ochrony prawnej wskazane jest rozważenie przyznania prawa do wniesienia skargi kasacyjnej wykonawcom i zamawiającym. Brak jest przekonujących argumentów, by jedynie Prezes UZP posiadał legitymację do wniesienia skargi kasacyjnej. Ponadto, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których UZP jest zamawiającym, może dochodzić do konfliktu interesu lub braku równości stron. Z pewnością legitymacja do wniesienia skargi kasacyjnej powinna przysługiwać Prokuratorowi Generalnemu oraz Rzecznikowi Prawa Obywatelskich (tak jak ma to miejsce względem innych spraw o charakterze cywilnym).

Zapewnienie realnej możliwości korzystania z prawa do sądu, a co za tym idzie wzmocnienie ochrony prawnej zamawiających i wykonawców, wymaga rozważenia obniżenia wysokości wpisu od

skargi. Obecny poziom ma dla wielu podmiotów, zarówno po stronie wykonawców, jak i zamawiających, charakter „zaporowy”.

Jako Stowarzyszenie, mające wśród swoich członków przedstawicieli zarówno zamawiających i wykonawców, a także prawników zajmujących się na co dzień prawem zamówień publicznych składamy deklarację współpracy z rządem i parlamentem w ramach opracowania nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych, a także włączenia się w aktualnie trwające w Pani Ministerstwie prace nad już konkretnymi regulacjami prawnymi nowej ustawy. W tym celu została w strukturach Stowarzyszenia powołana specjalna Grupa Legislacyjna w tym zakresie.

Z wyrazami szacunku,
Robert Siwik

dr Robert Siwik
Członek Zarządu
Przewodniczący Grupy Legislacyjnej

Kontakt w sprawie pisma:

dr Robert Siwik

Członek Zarządu PSZP
Tel.: 503 025 226
biuro@pszp.pl