

Uchwała nr 58
strony pracowników i strony pracodawców Rady Dialogu Społecznego
z dnia 25 kwietnia 2018 r.
w sprawie przyjęcia Postulatów do nowej ustawy regulującej udzielanie zamówień
publicznych w zakresie tzw. zamówień klasycznych

Na podstawie art. 29 w związku z art. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o Radzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego (Dz. U. poz. 1240) uchwała się, co następuje:

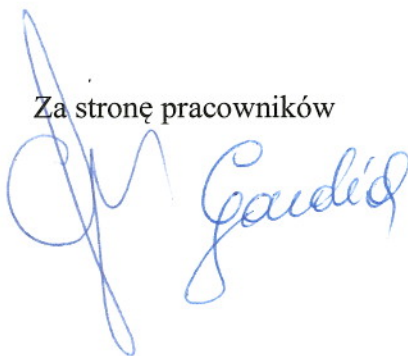
§ 1

Strona pracowników i strona pracodawców Rady Dialogu Społecznego przyjmuje *Postulaty do nowej ustawy regulującej udzielanie zamówień publicznych w zakresie tzw. zamówień klasycznych*, stanowiące integralny załącznik do uchwały.

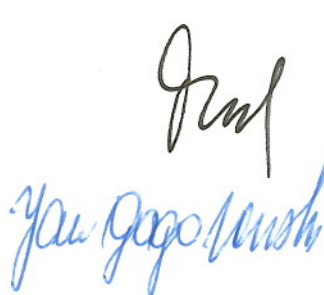
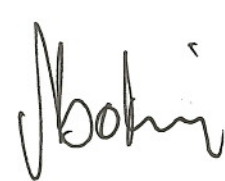
§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Za stronę pracowników

 Piotr Dude

Za stronę pracodawców

 Jan Gągor
 Adam
 Jolanta

Ad 1. Wzmocnienie pozycji wykonawców w ramach procedur udzielania zamówień publicznych i ich realizacji

A. Kształtowanie warunków umowy z udziałem wykonawców

Problemem aktualnej praktyki stosowania PZP jest to, że często podmioty udzielające zamówień publicznych, stosują postanowienia umowne wysoce niekorzystne dla wykonawców wychodząc z często błędnego przekonania, że w ten sposób lepiej zabezpieczają swoje interesy, co prowadzi do braku poszanowania interesów kontrahenta – o czym świadczyć mogą chociażby toczące się postępowania przed Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Rekomendacja: tworzenie wzorów kontraktów udzielanych w trybie zamówień publicznych, z poszanowaniem praw i interesów obu stron umowy.

W Polsce praktyką jest, że całościowe projekty umów stanowią jeden z załączników do SIWZ. Projekty te, co do zasady, nie są konsultowane z wykonawcami i przygotowywane są przez zamawiających. W zamówieniach, w których kontraktowane są usługi świadczone na rzecz ludności (użyteczność publiczna), jakość i sposób świadczenia nie są konsultowane z odbiorcą finalnym świadczenia. Tym samym wpływ wykonawców na postanowienia umowy, niebędące częścią oferty wykonawcy, jest ograniczony. W praktyce całość stosunku prawnego ukształtowana jest w ten sposób, aby wykonawca przejął na siebie jak najwięcej obowiązków i ryzyk. Jest to najbardziej uciążliwe dla sektora MŚP.

Rekomendacja: Wprowadzenie rozwiązań umożliwiających lub wręcz w określonych sytuacjach nakazujących zamawiającemu konsultowanie i negocjowanie treści umowy w celu osiągnięcia optymalizacji jakościowej i cenowej. Zgodnie z art. 42 ust. 2 dyrektywy *specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję.*

Postulujemy także wprowadzenie listy klauzul abuzywnych, które pozwolą na wyrównanie szans w tworzeniu umów w ramach zamówień publicznych.

Ponadto proponujemy wprowadzenie do PZP określających:

- a) konieczność kształtowania umowy o zamówienie publiczne w sposób zrównoważony w zakresie alokacji ryzyk pomiędzy stronami, jak również w zakresie ekonomicznym,

- b) prawo odstąpienia od umowy przez wykonawcę w przypadku, gdy zamawiający w rażący sposób nie wykonuje swoich zobowiązań, w szczególności gdy nie podejmuje decyzji w istotnych sprawach bądź narusza obowiązek współdziałania w inny sposób,
- c) zakaz stosowania przez zamawiającego postanowień, które przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność za nierzetelne opisanie przedmiotu umowy,
- d) zakaz przerzucania na wykonawcę ryzyk geologicznych związanych z nieruchomościami, siłą wyższą, czasem trwania procedur administracyjnych, etc. (rekomendujemy wprowadzenie możliwości zastosowania matryc ryzyk, tak, jak to zostało wypracowane przez zamawiającego i wykonawców pracujących wspólnie nad warunkami GDDKiA i PKP PLK SA. Takie matryce ryzyk mogłyby być wprowadzone odpowiednimi rozporządzeniami w zależności od branży),
- e) możliwość wprowadzenia do umowy postanowień motywujących wykonawców np. do wcześniejszej realizacji zamówienia lub podwyższenia standardów jego wykonania, poprzez zastosowanie prawa do podwyższenia wynagrodzenia – zastosowanie „premię za sukces”.

B. Kary umowne

Szczególny charakter w zakresie treści umowy stanowi część dotycząca kar umownych. W praktyce obserwuje się, że w ogromnej części przypadków kary umowne nakładane są w wysokości wygórowanej oraz za zdarzenia, za które zgodnie z właściwością stosunku prawnego, nie powinien ponosić odpowiedzialności wykonawca (odpowiedzialność ukształtowana na zasadzie ryzyka; bez limitu kar lub z limitami zbyt wygórowanymi bądź bez kar dla zamawiających za odstąpienie).

Wymaga podkreślenia, że powyższe działanie stanowi tylko pozornie ochronę interesów zamawiającego w rzeczywistości narażając strony na długotrwałe procesy sądowe i powodując paraliż wykonania kontraktu.

Rekomendacja: Zasadne byłoby rozważenie wprowadzenia regulacji pozwalających na ukształtowanie w umowach wysokości kar umownych proporcjonalnych do stopnia naruszenia umowy, na wzór rozwiązań istniejących w innych krajach UE.

C. Stworzenie warunków dla opisu przedmiotu zamówienia w sposób funkcjonalny.

Poza zapewnieniem większego wpływu wykonawców na postanowienia umów w sprawie zamówień publicznych, równie istotne znaczenie ma właściwy opis przedmiotu zamówienia. Część zamówień publicznych ma charakter niestandardowy. Zamawiającym trudno jest

w precyzyjny sposób dokonywać opisu przedmiotu takich zamówień. Obowiązujące przepisy pozwalają na opisanie przedmiotu za pomocą wymagań odnoszących się do wydajności lub funkcjonalności. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest jednak stosowany rzadko. W związku z tym, konieczne jest wprowadzenie mechanizmów, które upowszechnią ten sposób opisywania zamówień, zwłaszcza niestandardowych. Stosowanie specyfikacji wydajnościowych i funkcjonalnych jest znacznie lepiej dostosowane do wyboru oferty z uwzględnieniem kryterium kosztu cyklu życia. Docelowo, w największym możliwym zakresie, przedmiotem zamówienia powinno być uzyskanie określonego efektu, z uwzględnieniem elementów środowiskowych i społecznych, a na dalszy plan powinno zejść dążenie do precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego niedającego możliwości przedstawiania rozwiązań wariantowych.

Rekomendacja: Proponujemy rozważyć zmianę modelu formułowania opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinni w pierwszej kolejności wskazywać efekty i parametry, jakich oczekują od rozwiązań przedstawianych w ofertach, a dopiero w dalszej kolejności – jeżeli jest to podyktowane szczególnymi okolicznościami – przez wskazanie ścisłych opisów.

Ad 2. Rozszerzenie zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych

A. Ograniczenie stosowania procedur niekonkurencyjnych

Zasadniczym celem regulacji dotyczących zamówień publicznych powinno być stworzenie instrumentów, które pozwalałyby zamawiającym dysponującym środkami publicznymi możliwie najbardziej efektywnie ich wydatkowanie w celu realizacji zadań publicznych. Równocześnie przepisy te powinny być spójne z innymi obowiązującymi w zbliżonym zakresie tak, aby zapewniać możliwie dużą pewność obrotu gospodarczego zarówno dla zamawiających jak i wykonawców.

Tymczasem w ostatnich latach obserwuje się zwiększanie liczby wyłączeń spod stosowania przepisów PZP lub poszerzanie liczby przypadków uprawniających zamawiających do korzystania z trybów niekonkurencyjnych. Tendencja rozszerzającej wykładni przesłanek pozwalających na wyłączenie postępowania konkurencyjnego jest szczególnie widoczna w pierwszym okresie funkcjonowania przepisów znowelizowanej ustawy PZP. Przykładem obrazującym tę tendencję jest kwestia zamówień in-house.

W stosunku do jednostek samorządu terytorialnego polskie regulacje przewidują dwa równoległe modele zlecenia realizacji ich zadań z pominięciem PZP²⁾. Co więcej, w przypadku modelu samorządowego, obowiązujące przepisy potwierdzone utrwalonym orzecznictwem, pozbawiają przedsiębiorców możliwości weryfikowania tego, czy ustanowione w prawie unijnym przesłanki dla zamówienia in-house są spełnione. Sądy odrzucają bowiem wnoszone skargi bez merytorycznego rozpatrzenia danej sprawy.

Koniecznym wydaje się zatem wyeliminowanie tego dualizmu, pozostawiając jedną możliwość (model) udzielenia zamówienia o charakterze in-house, w pełni zgodną z postanowieniami dyrektywy 2014/24/UE, tj. regulację zawartą w obecnie obowiązującym art. 67 ust. 1 pkt 12–15 PZP.

Jednocześnie, stosowanie wyjątków jest szczególnie niebezpieczne dla rynku, gdyż zamawiający stosują przesłanki in-house niezależnie od występowania na rynku konkurencji, a jednocześnie, jak wskazuje doświadczenie, z zupełnym pominięciem analizy, czy działanie takie jest uzasadnione i prawidłowe z punktu widzenia finansów publicznych. Udzielenie zamówienia na zasadach z wolnej ręki nie jest jednocześnie uzależnione od wartości zamówienia.

Rekomendacja: Postulujemy przygotowanie przepisów, które w kompleksowy sposób regulowałyby zagadnienie zamówień in-house, w szczególności zapewniały spójność zasad wynikających z prawa unijnego, w tym z przepisów dotyczących możliwości wnoszenia skutecznych środków ochrony prawnej od decyzji zamawiających zamierzających korzystać z tego instrumentu. Ponadto postulujemy, aby korzystanie z zamówień in-house było możliwe w sytuacji, gdy przynosi to korzyść dla interesu publicznego w stosunku do wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym przewidzianym w PZP. W tym zakresie przesłankami mogłyby być w szczególności brak konkurencji na danym rynku lub poprawa standardu realizacji danego zadania przy utrzymaniu porównywalnych kosztach.

B. Ograniczenie wyłączeń spod stosowania przepisów PZP

Duża część zadań jest realizowana przez podmioty publiczne bez stosowania PZP, ponieważ pozwalają im na to ustanowione wyłączenia bądź wartość zamówienia. Powoduje to, że reguły ustanowione w PZP dla wydatkowania środków publicznych nie mają powszechnego zastosowania, co ogranicza skuteczność realizacji polityk, które mogą lub powinny być

²⁾ Chodzi o przepisy ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym oraz ustawę z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej.

realizowane w ramach tej ustawy. Dlatego zasadny jest przegląd wyłączeń, w szczególności pod kątem ich funkcjonowania i zasadności ich utrzymania. Należy prowadzić kontrolę udzielania zamówień w ramach wyłączeń i przeciwdziałać nieprawidłowemu ich stosowaniu.

W odniesieniu do wyłączeń stosowania ustawy, a więc najdalej idącego ograniczenia jej stosowania, udzielanie zamówień powinno być poprzedzone obowiązkowym ogłoszeniem nawet, gdy przesłanką wyłączenia jest pilność wykonania zadania.

Z uwagi na to, że państwo może oddziaływać na gospodarkę poprzez politykę prowadzoną w ramach majątku państwowego lub spółek będących w nadzorze Skarbu Państwa wartym rozważenia jest również stosowanie procedur zamówień publicznych przez przedsiębiorstwa państwowe i spółki z dominującym udziałem (wpływem) Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. Podmioty te z uwagi na strukturę własnościową, ale też często rozmiar działalności mogą mieć znaczny wpływ na wyznaczanie standardów w gospodarce i jej profesjonalizację poprzez przykłady odpowiedzialnych społecznie i gospodarczo działań w ramach swojej działalności i oczekiwanie ich od swoich kooperantów. Taka polityka wpisywałaby się w cele określone w Strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju (SOR).

W związku z powyższym w przyszłej ustawie należy przewidzieć mechanizm przejrzystych i konkurencyjnych zakupów spółek państwowych i komunalnych nawet, jeżeli taki obowiązek nie wynika bezwzględnie z przepisów unijnych. Sam katalog wyłączeń stosowania PZP, zawarty w art. 4 obowiązującej ustawy, jest w naszej opinii nadmiernie i bezzasadnie rozbudowany. O ile część wyłączeń wydaje się uzasadniona (np. w zakresie zamówień Narodowego Banku Polskiego), o tyle za dyskusyjne z punktu widzenia racjonalności należałoby uznać chociażby wyłączenie stosowania ustawy dotyczące zamówień usług prawniczych. Katalog ten powinien być, naszym zdaniem, gruntownie zbadany w aspekcie zasadności utrzymania wielu z jego postanowień w mocy pod względem celowości gospodarczej i społecznej, z uwzględnieniem przepisów i zasad prawa unijnego. Ograniczenie katalogu wyłączeń mogłoby przy tym stanowić korzystną i pożądaną zmianę w przyszłym PZP.

Rekomendacje: Przeprowadzenie przeglądu wyłączeń pod kątem celowości ich utrzymania i podjęcie działań celem odwrócenia tendencji rozszerzania sfer wydatków publicznych wyłączonych ze stosowania Prawa zamówień publicznych. Ponadto, w zakresie kontroli należy zrównać udzielanie zamówień objętych większością wyłączeń z udzielaniem zamówień w trybie z wolnej ręki.

Postulujemy również:

- 1) rezygnację z wyjątków, których jedynym źródłem jest przeniesienie przepisów prawa unijnego albo pozostawienie wyjątków wcześniej obowiązujących;
- 2) zawężenie wyłączeń spod stosowania PZP do sytuacji zupełnie wyjątkowych;
- 3) unikanie klauzul generalnych w wyłączeniach;
- 4) poza zamówieniami tajnymi i poufnymi, stosowanie wyjątków lub korzystanie z trybów niekonkurencyjnych (wolna ręka), powinno być wyczerpująco uzasadniane, a uzasadnienia powinny być zamieszczane na stronach internetowych zamawiających.

Ad 3. Zwiększenie przejrzystości w realizacji zadań przez podmioty publiczne, w tym stworzenie nowych regulacji dotyczących udzielania zamówień poniżej progu 30 000 Euro oraz poniżej progów unijnych

Kolejnym zagadnieniem jest uregulowanie udzielania zamówień poniżej kwoty 30 000 Euro z uwzględnieniem poszanowania zasady przejrzystości, proporcjonalności, zapewnienia równego traktowania wykonawców, zakazu pomocy publicznej wynikających z TFUE oraz zasad gospodarowania środkami publicznymi.

Postulujemy prowadzenie dodatkowych mechanizmów prawnych weryfikacji legalności i gospodarności udzielania zamówień publicznych w takim trybie, w szczególności co do przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców, zakazu dyskryminacji oraz potencjalnego obchodzenia przepisów o zakazie pomocy publicznej.

Zamówienia podprogowe, do których nie stosuje się przepisów PZP postrzegane są jako nieprzejrzyste, z niejasnymi kryteriami wyboru, gdzie nadal króluje kryterium najniższej ceny. Wpływa to na dobór wykonawców zamówień, jakość realizacji zamówień i warunki pracy i płacy osób realizujących zamówienie. Roczna wartość zamówień realizowanych ze środków publicznych, których cena nie przekracza 30.000 Euro to kilkadziesiąt mld zł, co oznacza, że ich realizacja znacząco wpływa na funkcjonowanie gospodarki w tym jakość prowadzenia działalności gospodarczej.

Rekomendacja: Postulujemy obniżenie progu bagatelności do 14 000 Euro, co jest zbieżne z polityką ograniczania wyłączeń i obejmowania przepisami ustawy jak największej ilości zakupów jednostek publicznych. W przypadku pozostawienia progu bagatelności na niezmiennym poziomie rekomendujemy wprowadzenie obowiązkowej publikacji ogłoszeń o zamiarze udzielenia zamówienia dla zamówień powyżej 14 000 Euro oraz wprowadzenie

rejestrze zawieranych umów wraz ze wskazaniem wykonawcy oraz ceny, a także rozważenie stworzenia centralnego biuletynu zamówień publicznych dla tego typu ogłoszeń.

Ponadto, w przypadku ewentualnego wprowadzenia procedury uproszczonej, pomiędzy progiem unijnym a progiem bagatelności, uważamy, że powinna ona zawierać wymóg zatrudnienia osób realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę, obowiązek publikacji ogłoszeń oraz zawierać narzędzia sprzyjające ograniczeniu stosowania kryterium najniższej ceny. Elementy te są kluczowe dla spójności regulacji prawa zamówień publicznych z obowiązującym w kraju systemem prawa oraz podjętymi już działaniami na rzecz uporządkowania systemu zamówień publicznych i poprawy warunków pracy i płacy na rynku pracy, będą także sprzyjać efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych i zabezpieczeniu wpływów do systemu ubezpieczeń społecznych.

Ad 4. Rozszerzenie obowiązku przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych na wszystkie zamówienia realizowane ze środków publicznych

A. Stosowanie umów o pracę

Dyrektywa wskazuje na obowiązek państw członkowskich zapewnienia przy realizacji zamówień publicznych zapewnienia przestrzegania prawa m.in. w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy. To warunek konieczny, by lepiej wykorzystać zamówienia publiczne dla wsparcia celów społecznych państwa.

W naszej ocenie powyższe motywy wskazane w dyrektywie odnoszą się do wszystkich zamówień publicznych, dlatego ustawodawca powinien podjąć kroki w celu zapewnienia wykonania obowiązków m.in. w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji wszystkich zamówień publicznych.

Przy części zamówień zamawiający nie określają obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę bądź jakość wykonania tego obowiązku jest niska (np. poprzez zatrudnienie tylko niektórych pracowników, na część etatu i nie przez cały okres realizacji zamówienia). Przepisy Kodeksu pracy powinny być stosowane w każdym przypadku, gdy wypełnione są znamiona umowy o pracę a wartość czy rodzaj zamówienia, nie powinna decydować o sposobie zatrudnienia pracowników przy ich realizacji. Proponowane rozwiązanie powinno pozytywnie oddziaływać na cały rynek zamówień publicznych przyczyniając się do zwiększenia jakości realizacji zamówień oraz wydatkowania środków publicznych, a przez to podniesienia standardów w gospodarce i poprawy sytuacji na rynku pracy.

Rekomendacja 1: Rozszerzenie obowiązku zawierania wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na zamówienia poniżej progu unijnego w projektowanej procedurze uproszczonej oraz poniżej progu dla zamówień na usługi społeczne.

Rekomendacja 2: Przesunięcie z katalogu przesłanek fakultatywnych wykluczenia z postępowania do katalogu przesłanek obligatoryjnych przedsiębiorców prawomocnie skazanych za wykroczenie przeciwko prawom pracownika oraz wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym. Rekomendacja ta realizuje postulat udzielania zamówień publicznych jedynie przedsiębiorcom przestrzegającym prawa pracy, na co wskazuje dyrektywa.

B. Uregulowanie kwestii ochrony danych osobowych w realizacji zamówień publicznych, w szczególności dla skutecznej kontroli realizacji obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę

Praktyczna realizacja kontroli realizacji zamówień publicznych wiąże się z czynnością pozyskania i przetwarzania danych osobowych osób realizujących zamówienie publiczne, co wymaga podstawy prawnej. Obecnie, pomocna dla zamawiających jest w tym zakresie *Opinia dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp uwzględniająca wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017.*

Rekomendacja: Konieczne jest uregulowanie kwestii ochrony danych osobowych w ustawie, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w 2016 r. weszły w życie, a od 25 maja 2018 r. zaczną obowiązywać przepisy europejskiego rozporządzenia o ochronie danych osobowych (RODO).

Ad 5. Profesjonalizacja udzielania zamówień publicznych

A. Zapewnienie większego stosowania klauzul społecznych

Przegląd stosowanych kryteriów społecznych wskazuje na potrzebę stworzenia katalogu możliwych do zastosowania rozwiązań prospołecznych. Wśród stosowanych aspektów społecznych znakomitą większość stanowi wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (84,69% w ogólnej liczbie zamówień uwzględniających klauzule społeczne³⁾), który nie powinien być zaliczany do klauzul społecznych, ponieważ jego celem jest zapewnienie

³⁾ Wyniki monitoringu stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2016 r.

przestrzegania prawa pracy w zamówieniach publicznych. Klauzule społeczne powinny być związane ze wsparciem grup defaworyzowanych na rynku pracy. Dokument „Zalecenia w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych” przyjęte przez Radę Ministrów w dniu 28 lipca 2015 r. zobowiązał wszystkich kierowników jednostek administracji rządowej do analizowania możliwości stosowania klauzul społecznych we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dzięki temu liczba zamówień, w których stosuje się klauzule społeczne wzrosła. Jednakże w przypadku jednostek samorządu terytorialnego odsetek stosowania klauzul społecznych nadal jest bardzo niski. Jak wskazała Najwyższa Izba Kontroli dotychczas nieskutecznie realizowano cel zwiększenia liczby zrównoważonych zamówień publicznych, w tym zielonych i społecznych zamówień publicznych w Polsce.

Rekomendacja: Wprowadzenie rozwiązań dotyczących stosowania klauzul społecznych przez jednostki samorządu terytorialnego. Działania na rzecz poprawy jakości realizacji klauzul społecznych.

B. Kwestia kryteriów pozacenowych

Konieczne jest utrzymanie zróżnicowania na kryteria cenowe (60%) i pozacenowe (40%), aby ograniczyć destrukcyjny wpływ stosowania kryterium najniższej ceny. Ważne są także działania ukierunkowane na poprawę liczby stosowanych klauzul społecznych, ale także poprawy ich jakości. Niezbędna jest także aktywna rola Prezesa UZP w tworzeniu systemu dobrych praktyk oraz wskazywania niedozwolonych rozwiązań, co będzie wyznacznikiem dla zamawiających. Konieczne jest również stałe podnoszenie kompetencji zamawiających oraz instytucji kontrolnych oraz monitorowanie aspektów społecznych w zamówieniach publicznych.

Rekomendacja: W ocenie strony pracowników i pracodawców Rady Dialogu Społecznego konieczne są stałe działania mające na celu ograniczenie stosowania kryterium najniższej ceny również w procedurze uproszczonej poniżej progów unijnych.

C. Stworzenie rejestru zweryfikowanych przedsiębiorców

Aktualne przepisy PZP ustalają zasady wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z posiłkowym, co do zasady, stosowaniem kryterium najniższej ceny. Problem z tak sformułowanymi kryteriami występuje, gdy ubiegający się

o udzielenie zamówienia oferują najkorzystniejszą w teorii ofertę w najniższej cenie, podczas gdy w rzeczywistości nie dysponują odpowiednimi środkami dla wykonania przedmiotu zamówienia w czasie, cenie i o jakości określonej w ofercie.

Rekomendacja: Odpowiedzią na takie zapotrzebowanie byłoby skorzystanie z art. 64 dyrektywy i utworzenie niezależnego rejestru zweryfikowanych przedsiębiorców. Taki rejestr pozwoliłby podmiotom tam wpisanym przedkładać tylko certyfikat, zamiast dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia – te dokumenty byłyby składane tylko raz, przy certyfikacji, i weryfikowane cyklicznie i na wniosek.

Do odformalizowania zamówień publicznych zostanie spełniony wraz z wprowadzeniem elektronicznego postępowania, co rekomendujemy.

D. Zwiększenie prawidłowości wykonywania zamówień publicznych

W aktualnym stanie prawnym dopuszczalne jest wykonywanie przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, już po jego udzieleniu, części prac przez podwykonawców. Stan taki, co do zasady, jest pożądany gospodarczo, gdyż pozwala na realizację przedsięwzięć niewykonalnych dla jednego podmiotu działającego samodzielnie. Zawarte w PZP sformułowanie ogranicza możliwość uniknięcia sytuacji, w której cały przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez podwykonawców, a podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego będzie tak naprawdę pełnił funkcję wyłącznie „pośrednika”. Sytuacja taka jest niekorzystna z punktu widzenia podmiotu udzielającego zamówienie, ze względu na fakt, że przedmiot zamówienia wykonują zupełnie inne podmioty niż można się było spodziewać podczas udzielania zamówienia.

Rekomendacje:

1. Odpowiednie ukształtowanie przepisów o odpowiedzialności solidarnej wykonawców i podwykonawców za zrealizowanie kontraktu na wzór przepisu art. 647¹ KC.
2. Podjęcie działań na rzecz skrócenia poziomów podwykonawstwa celem poprawy jakości wykonania zamówienia i warunków realizacji zamówienia przez wykonawcę i podwykonawców (głównie małych i średnich firm).
3. Zawarcie w PZP zapisu obligującego zamawiających jak i generalnego wykonawcę do uwzględniania w warunkach zatrudnienia wszystkich kosztów pracy zgodnej z innymi ustawami. Zobowiązanie do przestrzegania prawa pracy i zasad bhp przez wszystkie podmioty realizujące zamówienie. Wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności

odpowiedzialność zamawiającego, generalnego wykonawcy i podwykonawców za zobowiązania wynikające z umów zawartych z pracownikami wykonawcy i podwykonawców z uwzględnieniem pierwszeństwa tych zobowiązań.

4. Działania na rzecz zwiększenia zaangażowania własnego potencjału wykonawczego w realizację zamówienia przez generalnego wykonawcy i podwykonawców.

E. Rozszerzenie zakresu orzekania przez KIO

W obecnym stanie prawnym często wskazuje się na problem procedury odwoławczej w sprawach zamówień publicznych polegający na ograniczeniu możliwości orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą jedynie o zagadnieniach wynikających z PZP. Kompleksowe rozpatrzenie i rozstrzygnięcie sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą nie tylko znacznie uprościłoby i przyspieszyłoby całą procedurę, ale uniknięcie rozdrobnienia rozpatrywania sprawy przez różne organy administracyjne i sądowe najprawdopodobniej zmniejszyłoby również koszty postępowania zarówno po stronie wykonawców, jak i po stronie organów państwa.

Rekomendacja: Wprowadzenie normy rozszerzającej kognicję Krajowej Izby Odwoławczej, by organ ten stał się swoistym arbitrem rozstrzygającym całościowo sprawy zamówień publicznych wraz z odpowiednim ukształtowaniem norm zawierających możliwość zaskarżenia takich kompleksowych orzeczeń do sądu.

Ponadto postulujemy wprowadzenie do PZP regulacji dotyczących zasad orzekania przez KIO:

- 1) uprawnienie związane z wydaniem wiążących uchwał w sprawach, w których pojawiły się rozbieżne orzeczenia KIO albo w sprawach ogólnych, w powiększonym składzie (np. połowa Izby / 7 arbitrów);
- 2) orzeczenia w sprawach powyżej progów obligatoryjnie powinny być wydawane w składzie 3 osobowym, a w przypadku przetargów poniżej progów przez 1 arbitra, chyba że zagadnienia będzie na tyle istotne, że Prezes KIO rozszerzy skład do 3 arbitrów.

F. Utworzenie sądów lub wydziałów sądów specjalizujących się w zamówieniach publicznych

W powiązaniu z postulowanym rozszerzeniem kognicji KIO, celem optymalizacji kosztów postępowania, uproszczenia procedur oraz przyspieszenia otrzymania prawomocnego rozstrzygnięcia, postulujemy utworzenie specjalistycznych wydziałów sądów lub nawet odrębnych sądów specjalizujących się w kompleksowym rozpatrywaniu spraw zamówień

publicznych. W ten sposób sprawa zamówienia publicznego rozpatrzona przez KIO trafiałaby to profesjonalnie przygotowanego sądu.

G. Zwiększenie dostępności środków ochrony prawnej

1. Wydłużenie terminów wnoszenia środków odwoławczych.

Zasadne jest wprowadzenie przepisów, według których termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej liczony jest w dniach roboczych. Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego powinno przebiegać sprawnie i szybko, niemniej nie powinno prowadzić do iluzoryczności tego postępowania.

2. Obniżenie wysokości wpisów, w tym obniżenie wysokości wpisu od skargi na orzeczenie KIO, który nadal należy uznać za blokujący stronie prawo do sądu (75 000 i 100 000 zł w przetargach powyżej progów określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP).

Wskazać należy, iż w procedurze zamówienia publicznego weryfikacja procedury nie jest jednorazowa. W przypadku postępowań dwuetapowych, które powinny odgrywać coraz większą rolę, etapów postępowania, na których istnieje konieczność obrony praw, jest przynajmniej 4 (ogłoszenie o zamówieniu i ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów kwalifikacji; decyzja dot. dalszej kwalifikacji wykonawców, ogłoszenie SIWZ, wybór oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym, korzystanie ze środków prawnych w ramach jednej procedury nie wiąże się z jednorazowym wydatkiem i wymaga przygotowania znacznego budżetu. Oczywistym przy tym jest, że aktualne stawki wpisów powodują największe ograniczenia dla sektora MŚP.

3. Zapewnienie dopuszczenia **biegłych/ ekspertów w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.**

Krajowa Izba Odwoławcza powinna przejawiać większe dążenie do ustalenia tzw. prawdy materialnej. Z doświadczenia wynika, że KIO orzeka w sprawach technicznie bardziej skomplikowanych, nie mając wiadomości specjalistycznych, pozostawiając po stronie zamawiającego uprawnienie do kształtowania warunków postępowania według jego potrzeb oraz przerzucając całość ciężaru dowodowego na odwołujących. Tymczasem, w przeciwieństwie do sądu polubownego, o którym mowa w KPC, zasadniczą rolę KIO jest weryfikacja prawidłowości wydatkowania środków publicznych zgodnie z prawem. Oznacza to dużo większą odpowiedzialność na KIO, jako organie orzekającym.

H. Zachowanie zasady proporcjonalności w kontekście przesłanek wykluczenia

Z aspektem konkurencyjności związane jest również stosowanie przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania (art. 24 ustawy), które na gruncie obecnie obowiązującej ustawy budzą wątpliwości. Należy mieć na uwadze, że przepisy art. 24 ustawy mają charakter represyjny (sankcyjny), a więc powinny być maksymalnie dookreślone. Najpoważniejsza dla wykonawców sankcja, w postaci uniemożliwienia ubiegania się o zamówienie publiczne, powinna być określona jednoznacznie, a jej stosowanie powinno podlegać transparentnym regułom i nie może wymagać wykładni innej poza literalną. W przypadku art. 24 ustawy tak nie jest. Istotne jest przy tym zachowanie zasady proporcjonalności w taki sposób, aby uniknąć sytuacji, w których wykonawcy będą pozbawieni możliwości ubiegania się o zamówienie z powodu nawet niewielkich uchybień. Wykluczenie z postępowań o udzielenie zamówień publicznych stanowi najpoważniejszą sankcję dla wykonawców, a biorąc pod uwagę to, że w wielu sektorach istnieje niewielka konkurencja z powodu małej ilości składanych ofert dodatkowe i niewspółmierne do uchybienia jej ograniczenie może w rzeczywistości przynieść negatywne konsekwencje dla rynku.

Rekomendacja: Postulujemy sformułowanie przesłanek wykluczenia w taki sposób, aby były one możliwie precyzyjne i nie pozostawiały szerokiego marginesu uznaniowości przy ich stosowaniu. Przy sankcji w postaci wykluczenia konieczne jest przy tym zachowanie zasady proporcjonalności tak, aby uniknąć sytuacji, w których wykonawcy będą pozbawieni możliwości ubiegania się o zamówienie z powodu niewielkich uchybień.

Dyrektywa ustanawia okresy maksymalne 5 i 3 lata („nie przekracza”). Dlatego przy drobnych przewinieniach nie ma potrzeby stosowania większych niż 3-letnich okresów wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Dodatkowo proponujemy wprost by z przesłanek wykluczenia wykreślić odniesienia do prokurentów (zwiększa to formalizm, a sama dyrektywa nie odnosi się do prokurentów).

I. Wprowadzenie elementów polubownego rozstrzygania sporów (np. mediacji) do procedury zamówień

J. Powstanie Kodeksu Dobrych Praktyk

W ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie obecnie obowiązujących przepisów, dobre praktyki w odniesieniu do poszczególnych branż nie są powszechnie stosowane i uwzględniane. Tymczasem przykład innych krajów Unii

Europejskiej pokazuje, że dobre praktyki i przewodniki zamówień publicznych, jako tzw. *soft law*, stanowią nieodzowne wsparcie dla zamawiających. Z tego względu warto rozważyć, aby w ramach nowej ustawy prawa zamówień publicznych uwzględnić tworzenie dobrych praktyk, co najmniej w trzech kategoriach:

- 1) w formie delegacji ustawowej, na podstawie rozporządzenia wydanego przez właściwego ministra dla danego obszaru – te praktyki miałyby charakter branżowy i dotyczyłyby specyficznej dla nich materii, np. branży medycznej, branży budowlanej;
- 2) praktyk wydanych przez ministra właściwego ds. gospodarki oraz Prezesa UZP, które dotyczyłyby adaptacji ogólnych procedur wynikających z ustawy PZP do oceny kryteriów, oceny ofert, kwalifikacji i zdolności spełnienia wymogów;
- 3) w formie modelowych dokumentów wydanych przez Prezesa UZP.

Ww. dokumenty powinny być po uzgadnianie i konsultowane z właściwymi organizacjami branżowymi oraz związkami zawodowymi – uzgodnienia w drodze dialogu i konsensusu.

Ad.6. Zapewnienie udziału sektora MŚP w rynku zamówień publicznych.

Rzeczywiste otwarcie rynku zamówień publicznych na MŚP, wymaga szczególnych rozwiązań, pozostających w zgodzie z dyrektywami unijnych, ale zarazem będących szczególnymi rozwiązaniami nakierowanymi na MŚP. Naturalnym obszarem takich rozwiązań są zamówienia podprogowe, które – z punktu widzenia MŚP – mają istotną wartość (od około 560 tys. zł, a dla robót budowlanych ponad 21 mln zł).

A. Umożliwienie przedstawiania rozwiązań równoważnych na etapie formułowania SIWZ bez konieczności zaskarżania SIWZ do Krajowej Izby Odwoławczej, wprowadzenie obowiązku uzasadnienia przez zamawiającego treści odpowiedzi do SIWZ.

Szczególnym rozwiązaniem służącym zwiększeniu udziału MSP w rynku zamówień publicznych może być upowszechnienie dopuszczania rozwiązań równoważnych. Obecnie przedstawianie rozwiązań „równoważnych” jest utrudnione. Zwykle wiąże się z koniecznością zaskarżania SIWZ do Krajowej Izby Odwoławczej. Niewystarczający jest mechanizm zgłaszania zastrzeżeń do zamawiającego, gdy odwołanie do KIO nie przysługuje.

Rekomendacja: Należy zapewnić bardziej skuteczne mechanizmy uznawania rozwiązań równoważnych, w szczególności przez wprowadzenie obowiązku uzasadnienia przez zamawiającego treści odpowiedzi do SIWZ, nawet jeżeli skutkowałoby to pewnym opóźnieniem w udzieleniu zamówienia.

B. Zapewnienie mechanizmów pozwalających na finansowanie realizacji zamówień publicznych zgodnie z harmonogramem płatności zamówienia i przepisami obowiązującego prawa.

Obecne praktyki często skutecznie eliminują z udziału w zamówieniach publicznych małe i średnie firmy, których nie stać na finansowanie zamawiających w dłuższej perspektywie. Jest to jedna z głównych przyczyn unikania przez firmy z sektora MŚP zamówień publicznych.

Kluczowym ułatwieniem udziału MŚP w rynku zamówień publicznych będzie upowszechnienie stosowania zaliczek i częstszych płatności przy realizacji zadań rozłożonych w czasie. Bieżące finansowanie realizacji mniejszych zamówień, które w sposób naturalny są uzyskiwane przez mniejsze przedsiębiorstwa, powinno dotyczyć przynajmniej części dotyczącej zakupu materiałów i wynagrodzenia pracowników. W umowach powinny w związku z tym wyodrębnione te części kosztów wykonania zamówień. Taka przejrzystość konstruowania ofert i umów zmniejszy także ryzyko nieuczciwej konkurencji cenowej, która jest szczególnie wyniszczająca dla MŚP. W celu zwiększenia przejrzystości udzielania zamówień jak również zmniejszenia obciążeń po stronie MŚP postulujemy przyjęcie zasady, że ceną przetargową jest cena netto.

