

UCHWAŁA nr 80

strony pracowników i strony pracodawców Rady Dialogu Społecznego

z dnia 9 maja 2019 roku

w sprawie projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 4 kwietnia 2019 r.
w zakresie tzw. zamówień klasycznych

Na podstawie art. 30a w związku z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o Radzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego (Dz. U. z 2015r., poz. 1240 z późn. zm.) uchwała się, co następuje:

§1

Strona pracowników i Strona pracodawców Rady Dialogu Społecznego w zakresie projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 4 kwietnia 2019 r. (dalej „Projekt PZP”) w obszarze tzw. zamówień klasycznych:

- wyraża uznanie za dotychczasowy sposób pracy przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych nad Projektem PZP, który wychodzi naprzeciw niektórym oczekiwaniom pracowników i pracodawców,
- podtrzymuje stanowisko wyrażone w Uchwale nr 58 RDS postulując o uwzględnienie poniżej wskazanych obszarów tematycznych i propozycji zmian Projektu PZP w celu pełnej realizacji przedmiotowej Uchwały na rzecz poprawy sytuacji pracowników i przedsiębiorców:

Wzmocnienie pozycji wykonawców w ramach procedur udzielania zamówień publicznych i ich realizacji – kształtowanie warunków umowy w sposób proporcjonalny

1. W naszej ocenie Prawo zamówień publicznych powinno wprost określać:
 - (a) konieczność kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób zrównoważony w zakresie alokacji ryzyk pomiędzy stronami, jak również w zakresie ekonomicznym,
 - (b) obowiązek ustalania maksymalnej wysokości kar umownych, którymi zamawiający może obciążyć wykonawcę,
 - (c) 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 dotyczących zamówienia bądź narusza obowiązek współdziałania z wykonawcą w inny sposób,
 - (d) zakaz stosowania przez zamawiającego postanowień, które przenoszą na wykonawcę odpowiedzialność za nierzetelne opisanie przedmiotu umowy,
 - (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”,
- (f) wysokość kar umownych, która powinna być proporcjonalna do stopnia naruszenia umowy, na wzór rozwiązań istniejących w innych krajach UE.
2. Stoimy na stanowisku, że umowy w sprawie zamówień publicznych powinny kształtować warunki ich wykonywania w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem interesu publicznego. W związku z powyższym postulujemy wprowadzenie poniższych zmian do Projektu PZP:
- (a) usunięcie określenia „rażąco” w art. 433 ust. 1 Projektu PZP,
- (b) uzupełnienie katalogu klauzul abuzywnych, o których mowa w art. 433 ust. 2 Projektu PZP o następujące niedozwolone postanowienia:
- określające odpowiedzialność wykonawcy za skutki okoliczności, na których powstanie, pomimo zachowania należytej staranności, nie miał wpływu,
 - uniemożliwiające wykonawcy prawa dochodzenia roszczeń związanych z realizacją zamówienia,
 - ograniczające możliwości wykonawcy w zakresie żądania od zamawiającego odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych w umowie kar umownych,
 - nakładające na wykonawcę odpowiedzialność za skutki uchybień zamawiającego w zakresie przygotowania zamówienia,
 - ograniczające wykonawcy możliwość waloryzacji w stosunku do części wynagrodzenia i niektórych elementów zamówienia.
3. W zakresie instytucji waloryzacji umowy uważamy, że przepisy powinny być sformułowane w sposób, który jednoznacznie przyznaje stronom umowy (zarówno wykonawcy jak i zamawiającemu) uprawnienie do waloryzacji cen wskazanych w umowie, w szczególności poprzez określenie rodzajów wskaźników cen materiałów lub kosztów. Proponujemy, aby w regulacji dotyczącej klauzul waloryzacyjnych wskazać, że powinny być to klauzule adaptacyjne automatycznego zastosowania i stosowane w sytuacji, w której wzrostu lub spadku cen nie dało się przewidzieć w toku normalnego prowadzenia działalności gospodarczej.
4. Ponadto uznajemy, że:
- niewłaściwe jest wprowadzanie w art. 439 ust. 2 pkt 1) Projektu PZP obowiązku określania w umowie minimalnego poziomu zmiany cen i kosztów uprawniającego do zmiany wynagrodzenia. Dowolność w kształtowaniu tego poziomu przyznana zamawiającemu pozwoli na ukształtowanie go na odpowiednio wysokim poziomie, tak aby w rzeczywistości skutecznie wyeliminować umowną waloryzację,
 - datą odniesienia w stosunku do zastosowania klauzul waloryzacyjnych powinien być dzień złożenia oferty, ponieważ to na ten dzień wykonawcy przedstawiają swoje kalkulacje i założenia. W konsekwencji, w art. 439 ust. 3 Projektu PZP konieczne jest

wykreślenie odniesienia do terminu 180 dni i pozostawienie jako punktu granicznego terminu złożenia oferty,

- zasadna jest rezygnacja z obowiązku ograniczenia zmiany wysokości wynagrodzenia wynikającego z waloryzacji,
- ustawa powinna przewidywać, aby w umowach na roboty budowlane i usługi zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy obowiązkiem było powołanie komisji rozjemczej, której zadaniem byłoby rozwiązywanie sporów powstających na etapie realizacji umowy. Wzorem dla ich stworzenia powinny być dokumenty Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów (FIDIC).

Ograniczenie stosowania procedur niekonkurencyjnych, w tym doprecyzowanie przesłanek korzystania z tzw. zamówień in-house

Zauważamy, że wbrew postulatowi wyrażonemu w Uchwale nr 58 strony pracowników i pracodawców RDS, Projekt PZP nie wprowadził systemowych zmian do obecnie obowiązujących regulacji. W związku z tym:

- (a) podtrzymujemy postulat wyeliminowania dualizmu obowiązującego w obecnym systemie prawa w zakresie in-house, pozostawiając jedną możliwość (model) udzielenia zamówienia o charakterze in-house, zgodny z postanowieniami dyrektywy 2014/24/UE, tj. regulację zawartą w przepisach Prawa zamówień publicznych,
- (b) uważamy, że tzw. analizy przedrealizacyjne powinny być prowadzone również w przypadku zamiaru skorzystania przez zamawiającego z tzw. zamówienia in-house, co pozwoli porównać ten model realizacji zadania z modelem konkurencyjnym,
- (c) stoimy na stanowisku, że dokumenty źródłowe stanowiące podstawę sporządzenia tzw. „wiarygodnych prognoz handlowych”, łącznie z samą prognozą, powinny być publikowane tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom ich weryfikację,
- (d) wnosimy o określenie wprost w przepisach, że podmiot in-house ma samodzielnie dysponować zasobami niezbędnymi dla prawidłowej realizacji zamówienia; w tym celu niezbędne jest badanie przez zamawiającego już na etapie zamiaru udzielenia zamówienia proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków jego realizacji dotyczących potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego oraz doświadczenia.

Rozszerzenie kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej do orzekania w sprawach zamówień publicznych

1. Postulujemy wprowadzenie do Projektu PZP postanowień potwierdzających jednoznacznie, iż wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia do Krajowej Izby Odwoławczej odwołań od decyzji zamawiającego o udzielaniu zamówienia z pominięciem przepisów ustawy. Obecne przepisy i praktyka organów odwoławczych, a także stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych wskazują, że w przypadku gdy zamawiający decyduje się na zawarcie umowy z wykonawcą, który jest wybierany

z pominięciem ustawy, inne podmioty zainteresowane zamówieniem pozbawione są środków ochrony prawnej.

2. W przypadku wprowadzania zmian do zawartych umów uważamy, że środki ochrony prawnej powinny przysługiwać także innym zainteresowanym wykonawcom. Postulowane rozwiązanie ma istotne znaczenie dla kontroli realizacji zamówień zgodnie z zapisami umowy i deklaracjami zawartymi w ofercie w drodze ewentualnego odwołania do KIO składanego przez wykonawcę, który nie uzyskał zamówienia. Proponowane rozwiązanie będzie sprzyjało zwiększeniu przejrzystości procedury wyboru wykonawcy i sposobu realizacji umowy.
3. Realne korzystanie ze środków ochrony prawnej wymaga zapewnienia dostępu do dokumentów związanych z procedurą o udzielanie zamówienia publicznego oraz realizacji zamówienia, w tym umowy oraz wprowadzanych zmian. Dlatego za zasadne uważamy wprowadzenie obowiązku niezwłocznego publikowania umów, zmian do umów oraz ewentualnych dodatkowych dokumentów istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia.

Wzmocnienie obowiązku przestrzegania prawa pracy oraz szersze uwzględnianie aspektów socjalnych i środowiskowych

1. Prawo zamówień publicznych powinno służyć transparentnemu wydatkowaniu środków publicznych, lepszemu funkcjonowaniu lokalnych rynków pracy i poprawie jakości zatrudnienia, a także wzrostowi konkurencyjności przedsiębiorstw oraz innowacyjności gospodarki. Biorąc to pod uwagę, wnioskujemy aby w Projekcie PZP:
 - (a) utrzymać w art. 95 ust. 1 obecny jego zapis odwołujący się do art. 22 § 1 Kodeksu pracy oraz te przepisy Projektu PZP, które pozwalają w praktyce zastosować wymóg zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących zamówienie publiczne niezależnie od trybu udzielenia zamówienia publicznego i jego wartości,
 - (b) jednoznacznie określić obowiązki zamawiających w zakresie egzekwowania wymogów stawianych zamawiającym, w szczególności poprzez wskazanie wprost obowiązku kontroli w trakcie realizacji zamówienia publicznego wymogu zatrudnienia przez wykonawcę i podwykonawców na umowę o pracę osób realizujących zamówienie,
 - (c) wprowadzić wymóg obowiązkowego badania kosztów pracy w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi w ramach wyjaśnień dotyczących ofert rażąco niskich (art. 224 ust. 3 Projektu PZP),
 - (d) wprowadzić do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, obecnie obowiązujących w PZP, przestępstwa przeciwko prawom pracowniczym i socjalnym oraz przestępstwa przeciwko środowisku, określenie w fakultatywnych przesłankach wykluczenia dotyczących wykroczeń dolnej granicy kary administracyjnej w wysokości 3000 PLN wraz z rozwiązaniem

pozwalającym ocenić daną podstawę wykluczenia zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Uznajemy za właściwe, aby po uchwaleniu ustawy Prezes Rady Ministrów wydał zalecenia stosowania przez zamawiających z administracji rządowej i samorządowej wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących zamówienie, promowania w zamówieniach przedsiębiorców przestrzegających praw pracowniczych oraz stosowania klauzul społecznych, a także podjął działania w celu ratyfikacji odpowiedniego wdrożenia Konwencji nr 94 Międzynarodowej Organizacji Pracy.

2. Krytycznie oceniamy brak w Projekcie PZP dodatkowych narzędzi sprzyjających upowszechnieniu stosowania w większym zakresie niż dotychczas klauzul społecznych. Oczekujemy w związku z tym, że istotnym zadaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych będą działania kształtujące dobre praktyki zamawiających w tym zakresie.
3. Podtrzymujemy dotychczasowe stanowisko o konieczności utrzymania zróżnicowania na kryteria cenowe (60%) i pozacenowe (40%), aby ograniczyć destrukcyjny wpływ stosowania kryterium najniższej ceny. Wnioskujemy ponadto o monitorowanie stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym aspektów społecznych oraz kryteriów środowiskowych niezależnie od wartości zamówienia.

Zwiększenie elastyczności i eliminacja barier biurokratycznych w procedurach udzielania zamówień

1. Strona pracowników i Strona pracodawców pozytywnie ocenia instytucję analiz przedrealizacyjnych, postulując równocześnie o jednoznaczne przewidzenie szczegółowych elementów takich analiz. Uważamy, że zasadne byłoby wprowadzenie m.in. obowiązku analizy wpływu ustalanych kryteriów pozacenowych na przedmiot zamówienia oraz na ceny ofert. Kryteria, które jedynie pozornie mogą mieć związek z przedmiotem zamówienia, a jednocześnie bezzasadnie wpływają na zwiększenie ceny ofert, nie powinny być stosowane. Rezultat takich analiz powinien stanowić podstawę do stanowiska zamawiającego w przypadku kwestionowania przez wykonawców rozwiązań przyjętych w dokumentacji postępowania.
2. W projekcie PZP określono, że w przypadku zamówień o wartości od 50 tys. zł do 130 tys. zł istnieje obowiązek zamieszczania ogłoszeń oraz sprawozdań z udzielonych zamówień. Naszym zdaniem ogłoszenie o zamówieniu powinno być zamieszczane odpowiednio wcześniej, w odpowiednim terminie, aby zainteresowanie wykonawcy mogli się z nim zapoznać i spróbować swoich sił w ubieganiu się o takie zamówienie. Ponadto postulujemy wprowadzenie obowiązku publikacji ogłoszenia o udzielonym zamówieniu. Oba te instrumenty będą sprzyjać realizacji postulatu szerokiego dostępu do informacji o sposobie wydatkowania pieniędzy publicznych.
3. Uważamy za zasadne stworzenie rejestru zweryfikowanych przedsiębiorców, który pozwoliłby podmiotom tam wpisanym na przedkładanie certyfikatu, zamiast

dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Te dokumenty byłyby składane tylko raz, przy certyfikacji i weryfikowane cyklicznie.

4. Podtrzymujemy postulat dotyczący konieczności upowszechnienia dopuszczania rozwiązań równoważnych do określanych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia oraz stworzenia warunków dla opisu przedmiotu zamówienia w sposób funkcjonalny. 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. Koniecznym jest przy tym zobowiązanie zamawiających do określania parametrów równoważności.
5. Pozytywnie oceniamy zapewnienie mechanizmów pozwalających na finansowanie realizacji zamówień publicznych zgodnie z harmonogramem płatności zamówienia. Ponadto postulujemy przyjęcie zasady, że ceną przetargową jest cena netto.
6. Uznajemy za zasadne uzupełnienie katalogu zasad udzielania zamówień o zasadę przewidywalności działań zamawiającego, ponieważ obecnie wykonawcy nie są informowani o przewidywalnym harmonogramie działań i czynności zamawiającego. Nie sprzyja to przejrzystości prowadzonej procedury, a niekiedy może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania.
7. W celu zwiększenia dostępności środków ochrony prawnej postulujemy o:
 - (a) wydłużenie terminów wnoszenia środków odwoławczych,
 - (b) obniżenie wysokości wpisów, w tym obniżenie wysokości wpisu od skargi na orzeczenie KIO, zapewnienie dopuszczenia biegłych/ekspertów w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.
 - (c) zwiększenie dostępności do środków ochrony prawnej dla organizacji wpisanych na listę Prezesa UZP poprzez rozszerzenie możliwości udziału organizacji uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej przez jednoznaczne umożliwienie im przystępowania do postępowań odwoławczych oraz wnoszenia odwołań dotyczących udzielania zamówień z wyłączeniem przepisów Prawa zamówień publicznych.

Umożliwienie stronom umowy wystąpienie do Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie dotyczącej oceny zgodności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

Uważamy za zasadne rozwiązanie, zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza orzekałaby również co do zgodności z prawem zamówień publicznych zmian do umów, również tych dopiero planowanych (na zasadzie wiążącej interpretacji). Pozwoli to rozwiązać w pewnym zakresie problem długoterminowych umów o zamówienie publiczne, w tym konieczności ich dostosowania do zmieniających się warunków rynkowych. Co istotne, regulacja ta powinna umożliwiać wystąpienie do Krajowej Izby Odwoławczej z wnioskiem o rozstrzygnięcie kwestii

dopuszczalności zmiany umowy przez każdą ze stron stosunku prawnego, tj. przez zamawiającego lub wykonawcę.

W związku z tym Projekt PZP powinien przyznać stronom umowy o zamówienie publiczne uprawnienie do występowania do Krajowej Izby Odwoławczej z wnioskiem o rozstrzygnięcie tego, czy proponowana zmiana umowy (jeszcze przed jej zawarciem) jest zgodna z przepisami PZP. Chodziłoby zatem o kompetencje do oceny zmiany wyłącznie z punktu widzenia prawa zamówień publicznych, a zatem obszaru, który leży bezpośrednio w zakresie rozstrzygania Krajowej Izby Odwoławczej. Co więcej, w celu zwiększenia bezpieczeństwa prawnego zamawiających, opowiadamy się za tym, aby prawomocne rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej były wiążące dla wszystkich instytucji krajowych kontrolujących działania zamawiającego z punktu widzenia zamówień publicznych. W przypadku zamówień współfinansowanych ze środków unijnych, zamawiający miałby obowiązek poinformowania o wniesieniu sprawy do Krajowej Izby Odwoławczej właściwą instytucję zarządzającą. Ta z kolei mogłaby przystąpić do postępowania prowadzonego przed Izbą, podobnie zresztą jak inni wykonawcy, którzy zamierzaliby kwestionować zgodność zmiany umowy z przepisami ustawy.

Procedura rozstrzygania tego typu spraw przez Krajową Izbę Odwoławczą powinna opierać się na identycznych zasadach jak wszelkie inne spory rozpatrywane przez Izbę. Rozstrzygnięcia Izby wprowadzałyby element pewności prawnej i pozwalały zamawiającym na podejmowanie decyzji dotyczących zmian w umowach, choć oczywiście nie rozstrzygałyby wszelkich kwestii spornych wynikających z ich realizacji.

Strona pracowników i Strona pracodawców Rady Dialogu Społecznego wyraża gotowość do współpracy ze stroną rządową nad Projektem PZP, jednocześnie zastrzegając sobie prawo do wnoszenia dodatkowych wniosków w przypadku zmian Projektu PZP na dalszym etapie legislacyjnym.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia, tj. z dniem złożenia ostatniego podpisu.

