

U S T A W A
z dnia _____
o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

Art. 1.

W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1. Art. 3 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

3. Podmioty, o których mowa w ust. 1, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić przyznanie tych środków od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, jednak nie mogą narzucać sposobu wyboru podmiotu, na rzecz którego środki finansowe będą wydatkowane.

1. Art. 4 pkt 8 otrzymuje brzmienie:

8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 50 000 euro.

3. Art. 5 ust. 1a. otrzymuje brzmienie:

1a. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a także w uzasadnionych przypadkach innych niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować, co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;

4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

4. W art. 7 po ust. 1 dodaje się ust. 1a w brzmieniu:

1a. Przygotowując i przeprowadzając postępowanie zamawiający może, kierując się celem jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty, korzystać z przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień, upowszechnionych zgodnie z art. 154 pkt 10.

5. Art. 8 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, a także informacji podawanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zaproszenia do składania ofert. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.

6. W art. 24 ust. 1:

a. pkt 1) otrzymuje brzmienie:

1) wykonawców, którzy ponoszą winę za wyrządzenie szkody nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda wyniosła nie mniej niż 10% wartości zamówienia i została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, chyba że została naprawiona nie później niż w terminie, określonym w wezwaniu zamawiającego skierowanym do wykonawcy po uprawomocnieniu się orzeczenia;

b) w art. 24 ust. 1 pkt 1a otrzymuje brzmienie:

1 a) wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego jest następstwem wynikającego z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, niewykonania lub nienależytego wykonania jego zobowiązania, oraz jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła, co najmniej 10% wartości umowy.

W art. 26:

a) ustęp 2b otrzymuje brzmienie:

2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, finansowym, ekonomicznym lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

b) dodaje się ustęp 2e. w brzmieniu:

2e. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

7. W art. 26 ust. 3 skreśla się zdanie drugie.

8. W art. 29:

1. a) ust. 3 otrzymuje brzmienie:

3. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

a. dodaje się ust 3a. w brzmieniu

3a. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz jest to uzasadnione obiektywną potrzebą zamawiającego lub jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać

przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

c. w ust. 4 po pkt. 3 dodaje się pkt 4 w brzmieniu:

4) zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, jeżeli takie wymaganie jest uzasadnione charakterem zamówienia.

Art. 32 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

4. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo przewiduje udzielenie w tym samym czasie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Skreśla się art. 46 ust. 4a.

W art. 90:

a. ust. 1 otrzymuje brzmienie:

b. 1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy, który złożył ofertę z ceną wymagającą uzyskania wyjaśnień, w szczególności z ceną niższą o 30% zarówno od wartości zamówienia jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

a. ust. 2 otrzymuje brzmienie:

2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

c. po ust. 3 dodaje się ust. 3a w brzmieniu:

3a. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

13. W art. 91 ustawy po ust. 2 dodaje się ust 2a) w brzmieniu:

2a) Jeżeli jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust 1 pkt 1) – 2) są obowiązani wykazać w protokole postępowania, że zastosowanie innych kryteriów nie przyczyni się do zmniejszenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

14. W art. 142 ustawy dodaje się ust 5 w brzmieniu:

5. Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia w razie zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

15. W art. 154 po pkt 16 dodaje się pkt 16a w brzmieniu:

16a) opracowuje i przedstawia Radzie Ministrów, właściwej komisji Sejmu oraz właściwej komisji Senatu, roczne sprawozdania z wykonania uchwały Rady Ministrów, o której mowa w art. 156a ust. 1.

16. Po art. 155 dodaje się art. 156a w brzmieniu:

Art. 156a 1. Rada Ministrów, po zasięgnięciu opinii właściwych komisji Sejmu i Senatu, nie rzadziej niż raz na trzy lata, określi, w formie uchwały, sposób wykonania w latach kolejnych zadań określonych w art. 154 pkt 10.

2. Rada Ministrów zasięga opinii komisji, o których mowa w ust. 1, nie później niż do dnia 1 października. Nie przekazanie opinii Radzie Ministrów do dnia 1 listopada jest równoznaczne z opinią pozytywną.

3. Rada Ministrów udostępnia projekt uchwały, o której mowa w ust. 1, w Biuletynie Informacji Publicznej niezwłocznie po przekazaniu go właściwym komisjom Sejmu i Senatu.

17. W art. 190 po ust. 1 dodaje się ust. 1a w brzmieniu:

1a. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego,
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania.

18. Po art. 198e dodaje się art. 198ea w brzmieniu:

Art. 198ea. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania albo interwenientem,
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest stroną postępowania albo interwenientem.

Art. 2.

1. W terminie 2 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, Rada Ministrów przekaze właściwym komisjom Sejmu i Senatu projekt uchwały, o której mowa w art. 1 pkt 5 ustawy, w której określi sposób wykonania przez Prezesa Urzędu zadań określonych w art. 153 pkt 10 ustawy, o której mowa art. 1, w okresie od pierwszego dnia miesiąca następującego po upływie terminu na wyrażenie opinii przez wymienione komisje do dnia 31 grudnia 2013 r.

2. Właściwe komisje Sejmu i Senatu wyrażą opinię o projekcie uchwały, o którym mowa w ust. 1, w terminie 21 dni od dnia otrzymania projektu uchwały od Rady Ministrów. Nie przekazanie opinii Radzie Ministrów w tym terminie jest równoznaczne z opinią pozytywną.

Art. 3.

1. Limit wydatków jednostek sektora finansów publicznych na okres 10 lat wykonywania niniejszej ustawy, w zakresie wydatków budżetu państwa, wynosi:

- 1) w roku 2013 – 300 000 zł;
- 2) w roku 2014 – 600 000 zł;
- 3) w roku 2015 – 600 000 zł;
- 4) w roku 2016 – 600 000 zł;
- 5) w roku 2017 – 600 000 zł;
- 6) w roku 2018 – 600 000 zł;
- 7) w roku 2019 – 600 000 zł;
- 8) w roku 2020 – 600 000 zł;
- 9) w roku 2021 – 600 000 zł;

10) w roku 2022 – 600 000 zł.

2. Organem monitorującym wykorzystanie limitów wydatków określonych w ust. 1 jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

3. W przypadku przekroczenia lub zagrożenia przekroczenia przyjętego na dany rok budżetowy limitu wydatków określonego w ust. 1, stosuje się mechanizm korygujący polegający na zmniejszeniu kosztów realizacji zadań publicznych wykonywanych na rzecz obywateli.

Art. 4

1. Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy, o której mowa w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

2. Do umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się art. 144 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, jeżeli zamiana przepisów będących podstawą zmiany wynagrodzenia wykonawcy została ogłoszona po dniu wejścia w życie ustawy.

Art. 5

Ustawa wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia.

UZASADNIENIE

Przepisy o zamówieniach publicznych są podstawą wydatkowania około 150 mld zł rocznie. Ich wysoka jakość jest istotna z jednej strony dla sektora finansów publicznych, który na ich podstawie dokonuje wydatków, z drugiej zaś dla przedsiębiorców, dla których powinny stanowić gwarancję uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówień.

Przedstawiony projekt ustawy ma na celu zmianę ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w kilku ważnych obszarach, wskazywanych przez wiele środowisk - uczestników procesów zamówień publicznych, jako jedne z najważniejszych mankamentów obecnej ustawy, wymagających pilnej zmiany.

Po pierwsze zmiany wymaga podniesienie progu, od którego powstaje obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do kwoty 50.000 euro oraz ustalenie zakazu pozaustawowego żądania stosowania procedur dokonywania wydatków o najmniejszej wartości.

Po drugie konieczne jest wprowadzenie zasady swobody wyboru trybów negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki przy wszystkich usługach tzw. niepriorytetowych, tj. nie wpływających znacząco na rynek o wartości, do kwot od których obowiązują dyrektywy UE, a nadto konieczne jest wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców.

Po trzecie konieczne jest wprowadzenie skutecznego mechanizmu upowszechniania i stosowania "dobrych praktyk" w zamówieniach publicznych jako środka do realizacji celu - ograniczenia nadużywania kryterium ceny w rozstrzyganiu postępowań. Temu celowi będzie służyło dodanie w Rozdziale II Zasady udzielania zamówień, w art. 7 - ustępu 1a - wprowadzającego obowiązek korzystania przez zamawiającego w możliwym zakresie z przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień, upowszechnionych zgodnie z art. 154 pkt 10.

Po czwarte, w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta*, należy dokonać weryfikacji przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a, który rodzi wysokie ryzyko krzywdzących i sprzecznych z prawem Unii Europejskiej wykluczeń wykonawców z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Po piąte konieczne jest wprowadzenie zasady, zgodnie z którą za szkodę zamawiającego poniesioną w skutek nieudostępnienia wykonawcy zasobów przez podmiot, który zobowiązał się do takiego udostępnienia, podmiot ten odpowiada solidarnie z wykonawcą.

Po szóste konieczne jest wprowadzenie zasady, zgodnie z którą dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego będą potwierdzały spełnianie wymagań przez wykonawców na dzień złożenia tych dokumentów, a nie wstecznie, na dzień składania ofert oraz zasady ułatwiającej dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, którego wartość nie przekracza kwot określonych w dyrektywach, a także określenie zasad dotyczących ustalenia wartości zamówienia udzielanego w częściach.

Po siódme konieczna jest likwidacja obowiązku zatrzymywania wadium przez zamawiającego wykonawcom oraz wprowadzenie zmian dotyczących ceny rażąco niskiej.

Po ósme konieczne jest wprowadzenie obowiązku umieszczenia w treści umowy zasad dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmian niektórych kosztów określonych w przepisach prawa oraz mechanizmu tworzenia i korzystania z dobrych praktyk.

Po dziewiąte konieczne jest wprowadzenie zasady stosowania dokumentów wzorcowych i rocznego opracowania dokumentów wykorzystywanych przy udzielaniu zamówień.

Zmiana zasady uzależniania przekazywania środków finansowych na dofinansowanie projektu (zmiana art. 3 ust. 3).

Zaproponowana zmiana tego przepisu ograniczy możliwości uzależniania przyznania środków od zastosowania wskazanych przez zamawiającego sposobów wyboru podmiotu, na rzecz którego środki finansowe będą wydatkowane.

Istotą proponowanej zmiany jest wyeliminowanie żądań podmiotów publicznych przekazujących środki na dofinansowywanie projektów, w tym projektów o wartości niezobowiązującej do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (zw. dalej „ustawą PZP”), zgodnie z którymi odbiorca środków ma stosować tryby przetargowe wyboru wykonawcy. W aktualnym stanie prawnym sytuacja taka mogła mieć miejsce nawet wtedy, gdy ustawodawca przyjął, że przy określonych wydatkach dozwolone jest stosowanie, na przykład trybu z wolnej ręki. W takim przypadku dochodzi do trudnej do zaakceptowania sytuacji, w której poniesienie wydatku mniejszego jest znacznie trudniejsze w stosunku do poniesienia wydatku większego.

Podniesienie progu, od którego powstaje obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do kwoty 50 tys. euro oraz zakaz pozaustawowego żądania stosowania procedur dokonywania wydatków o najmniejszej wartości (zmiana art. 4 pkt 8).

Podniesienie kwoty 14.000 euro, (od której obecnie stosuje się przepisy o zamówieniach publicznych) do kwoty 50.000 euro nie narusza prawa UE, gdyż progi określone w dyrektywie 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) są znacząco wyższe (pierwszy próg dla dostaw i usług wynosi 130.000 euro, natomiast dla robót budowlanych próg wynosi 5.000.000 euro). Kwestia istnienia tzw. progu bagatelności, tj. wartości zamówień poniżej którego nie ma obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, została wielokrotnie podnoszona przez ETS. W orzecznictwie ETS wskazuje

się, iż poniżej progu bagatelności nawet stosowanie zasad traktatowych (równości, przejrzystości, niedyskryminacji i innych) nie znajduje uzasadnienia z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego. W sytuacji, gdy podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich nie byłyby zainteresowane udzielanym zamówieniem, skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, by uzasadniały stosowanie norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego (wyrok ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*). Należy również podkreślić, iż w porządku prawnym innych Państw Członkowskich próg bagatelności jest znacznie wyższy od przewidzianego w ustawie PZP. Przykładowo w Czechach tzw. zamówienia na małą skalę dotyczą zamówień na dostawy lub usługi o wartości mniejszej niż 2.000.000 CZK (co stanowi ok. 320.000 zł), a w przypadku zamówień na roboty budowlane mniejszej niż 6.000.000.CZK (co stanowi ok. 960.000 zł), w Danii obowiązek publicznego ogłaszania zakupów towarów i usług powstaje od wartości powyżej 500.000 DKK (co stanowi ok. 270.000 zł). Słoweńskie prawo przewiduje natomiast, iż ustawy nie stosuje się do zamówień na usługi lub dostawy do kwoty 20.000 euro oraz do zamówień na roboty budowlane do kwoty 40.000 euro.¹

W związku z powyższym proponuje się, aby zmienić art. 4 pkt 8) ustawy PZP w ten sposób, że ustawy nie będzie stosowało się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 50.000 euro. Powyższa zmiana pozwoli zamawiającym poświęcać więcej uwagi zamówieniom większym nie komplikując jednocześnie wydatkowania bagatelnych środków, a jednocześnie będzie to i tak jeden z niższych wśród krajów UE progów, od których stosuje się ustawowo narzucone procedury przetargowe.

Wprowadzenie zasady swobody wyboru trybów negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki przy wszystkich usługach tzw. niepriorytetowych, tj. nie wpływających znacząco na rynek, o wartości do kwot, od których obowiązują dyrektywy UE (zmiana art. 5 ust. 1 a).

Zgodnie z art. 21 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) do udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B (niepriorytetowe)

¹ Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej, Warszawa 2011, publikacja wydana przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości

zastosowanie mają jedynie dwa przepisy dyrektywy dotyczące specyfikacji technicznych oraz publikacji ogłoszeń o wynikach postępowania. Brak jest w szczególności obowiązku stosowania procedury otwartej i istnieje swoboda wyboru trybu bez ogłoszenia. W polskim ustawodawstwie usługi niepriorytetowe do których odnosi się art. 5 ustawy PZP, są objęte reżimem udzielania zamówienia publicznego, znacząco ostrzejszym niż przewidziany w dyrektywach. Odmienne przyjęto to w porządkach prawnych innych państw Unii Europejskiej, które w większości przypadków odwołują się bezpośrednio do tekstu dyrektywy. Przykładowo, Włochy, Irlandia, Malta, Holandia, Słowenia i Wielka Brytania przepisały jedynie regulacje unijne w zakresie usług niepriorytetowych do krajowego ustawodawstwa,² nie utrudniając własnym zamawiającym nabywania usług niepriorytetowych.

Propozycja zgłaszana nie postuluje rozwiązania tak daleko idącego. Wprowadzenie swobody wyboru trybu z wolnej ręki proponuje się zostawić zamawiającym wyłącznie w zamówieniach o wartości do kwot przewidzianych w dyrektywach. Nie ulega więc jakiegokolwiek wątpliwości, że prawo UE nie zostanie naruszone (*orzeczenie TSUE z dnia 17 marca 2011 r. w sprawie C-95/10 Strong Seguranca S.A. przeciwko Municipio de Sintra Securitas-Servicos e Tecnologia de Seguranca; orzeczenie wyrokiem TSUE z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP SpA przeciwko Comune di Torino oraz Santorso Soc. coop. arl przeciwko Comune di Torino; Postanowienie TSUE z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard; orzeczenie TSUE z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom*).

Podsumowując, skoro do usług niepriorytetowych stosuje się jedynie dwa przepisy dyrektywy, które dotyczą postępowań przekraczających tzw. progi unijne, to nie ma przeszkód prawnych, aby przy wszystkich usługach niepriorytetowych o wartości do kwot ustalonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy PZP wprowadzić zasadę swobodnego wyboru trybu zamówienia. W świetle powyższego, proponuje się, aby zmienić treść art. 5 ustawy PZP w ten sposób, aby możliwość wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamawiania usług niepriorytetowych o wartości poniżej progów unijnych była zawsze dopuszczalna. Ta bagatelna wartość zamówień nie spowoduje także naruszenia traktatowej reguły konkurencji, która odnosi się wyłącznie do zamówień, które mogą wpłynąć na wymianę transgraniczną. Rozwiązania zgodnie z którymi

² The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems Across the PPN, Authority of the Supervision of Public Contracts, Department for the co-ordination of European Union Policies, Rzym 2010

do usług niepriorytetowych możliwe jest stosowanie trybów bez ogłoszenia obowiązują w większości Państw członkowskich. Przykładowo w Czechach, dla tego rodzaju usług, przepisy o zamówieniach publicznych aż do wartości wynikającej z dyrektyw w ogóle nie znajdują zastosowania. W Niemczech zawsze dopuszczalny jest tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Podobnie w Danii, Irlandii, Włoszech, na Łotwie, w Słowenii, Luksemburgu, Wielkiej Brytanii, Estonii.

Mechanizm tworzenia i korzystania z dobrych praktyk (dodanie po art. 7 ust. 1 art. 7 us. 1 a).

Dodanie art. 7 ust. 1a jest konsekwencją uzupełnienia mechanizmu tworzenia i stosowania dobrych praktyk, które to z jednej strony wymuszają na Prezesie UZP wydawanie przykładowych dokumentów oraz z drugiej strony wymagają wykorzystywanie tych wzorców. Publikowanie/wydawanie dokumentów będzie bowiem uzasadnione, jeżeli zamawiający będą je używać.

W celu wyłączenia możliwości interpretacji, zgodnie z którą odstępianie od stosowania dokumentów będzie uznawane za naruszenie ustawy – stosowanie to będzie fakultatywne, a więc uzależnione od decyzji zamawiającego. Decyzja ta jednak – zgodnie z wyrażoną w przepisie wskazówką ustawodawcy – powinna zostać podjęta w kontekście celu postępowania jakim jest uzyskanie najkorzystniejszej oferty.

Przepis został umiejscowiony w Rozdziale II Zasady udzielania zamówień, co podnosi jego rangę na tle innych przepisów ustawy, ale nie wprowadza bezwzględnego obowiązku ich stosowania. W związku z tym – bez względu na fakultatywny charakter przepisu – odstępianie od stosowania przykładowych dokumentów – co do zasady – nie będzie traktowane jako naruszenie ustawy. Zgodnie z wykładnią Krajowej Izby Odwoławczej, zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 najczęściej nie mają bytu samoistnego³.

³ Por. wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r. (sygn. KIO 360/12): „Należy w tym miejscu wskazać, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji.”

Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3).

Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego.

Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Zmiana przesłanki wykluczenia z powodu wyrządzenia szkody oraz zmiana kryterium podstawy wykluczenia z powodu rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy (zmiana art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz 1a).

a. Zmiana przesłanki wykluczenia z powodu wyrządzenia szkody (zmiana art. 24 ust. 1 pkt 1 PZP)

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 przewiduje wykluczenie wykonawców ze wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli w prawomocnym orzeczeniu sądu, które uprawomocniło się nie wcześniej niż 3 lata przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało stwierdzone, że wykonawca:

- nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie wyrządził szkodę równą co najmniej 5 % wartości zamówienia, lub
- jest zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości co najmniej 5% wartości zamówienia.

Przesłanka wyrządzenia szkody obecna jest w ustawie PZP od początku jej obowiązywania. Na podstawie nowelizacji z dnia 12 października 2012 r.⁴, przesłanka wyrządzenia szkody została ograniczona progiem 5 %. Dodanie do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 progu wysokości szkody, którego przekroczenie uzasadnia wykluczenie było krokiem zasadnym. Ustawodawca słusznie uznał, że sankcjonowanie polegające na wykluczeniu każdej, nawet najmniejszej szkody jest nieracjonalne oraz jest sprzeczne z poczuciem słuszności. Przyjęte modyfikacje przepisu nie usunęły jednak jego istotnych wad. Po pierwsze próg wielkości szkody w wysokości 5 % zamówienia jest zbyt niski, gdyż nadal obejmuje szkody bardzo nieznaczne. Z tego względu proponuje się podwyższyć ten próg do 10 % zamówienia.

Pomimo szerokiej dyskusji nad przesłankami wykluczenia wykonawców z postępowania, przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 budzi również inne zastrzeżenia. Część zastrzeżeń jest znanych od dłuższego czasu, zaś część z nich wywołała powyższa nowelizacja z października 2012 r. Główne zastrzeżenia odnoszą się do objęcia sankcją wykluczenia wykonawców, którzy dobrowolnie (czyli bez zmuszania zamawiającego do wszczynania egzekucji) wykonali wyrok zasądający od nich odszkodowanie. Obowiązujący przepis jest obciążony wadą polegającą na tym, że przewiduje sankcję wykluczenia na trzy lata z całego rynku zamówień publicznych również tych wykonawców, którzy naprawili szkodę wykonując wyrok sądowy dobrowolnie, czyli bez skierowania przez zamawiającego sprawy na drogę postępowania egzekucyjnego. Tymczasem, sankcja powinna dotyczyć zachowań nagannych, jakimi są niewątpliwie niezastosowanie się przez wykonawców do wyroku sądowego.

Jeżeli strony umowy o zamówienie publiczne mają rozbieżną ocenę co do wysokości wyrządzonej szkody, wówczas naturalnym (zwłaszcza w relacji z sektorem publicznym) sposobem rozwiązania sporu jest skierowanie sprawy na drogę sądową, co stanowi wykonywanie prawa do drogi sądowej. Prawo nie powinno nakładać surowych, dodatkowych sankcji za korzystanie z drogi sądowej.

Na gruncie obowiązującego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1, nawet jeżeli sąd uzna, że rozszczenie wykonawcy w przeważającej części było zasadne, to i tak wykonawca będzie podlegał wykluczeniu. Przykładowo, jeżeli zamawiający szacuje szkodę na 20% wartości zamówienia, a sąd uzna jedynie 5% to i tak taki podmiot będzie podlegał wykluczeniu na

⁴ Dz. U. z 2012 r. poz. 1271.

okres trzech lat. Jeżeli wyrażający szkodę nie wykonuje wyroku i zmusza poszkodowanego do skierowania sprawy na drogę egzekucji komorniczej, wówczas faktycznie można mówić o nagannym i nielojalnym zachowaniu kontrahenta. Jeżeli jednak wykonawca wykona wyrok „dobrowolnie” to nie powinien podlegać wykluczeniu. Podsumowując, sankcja wykluczenia powinna być uzależniona od odmowy wykonania, przykładowo, wyroku zasądzonego odszkodowanie.

W związku z powyższym proponuje się, aby naprawienie szkody nie później niż w terminie określonym w wezwaniu zamawiającego do naprawienia szkody skierowanym po uprawomocnieniu się orzeczenia nie pociągało za sobą sankcji wykluczenia.

Wprowadzenie do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP powyższego wyłączenia będzie skutkowało wymuszeniem rzetelnego działania zarówno po stronie wykonawców, jak i zamawiających. Powyższe doprowadzi do sytuacji, zgodnie z którą wykonawcy będą mieli silną motywację do wykonania wyroku sądowego, z uwagi na okoliczność, że niewywiązanie się przez nich z obowiązku naprawienia szkody stwierdzonej w prawomocnym wyroku sądowym będzie rodziło negatywne konsekwencje dla ich interesów handlowych. W związku z tym, potencjalne straty najczęściej będą znacznie większe niż ewentualne, doraźne korzyści jakie może przynieść odwlekanie zapłaty odszkodowania.

Dodatkowo proponuje się zawężenie podstaw wykluczenia tylko do przypadków, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy było zawinione przez wykonawcę (bez względu na formę winy). Wyłączone będą więc przypadki wykluczenia w sytuacjach, w których odpowiedzialność wykonawcy będzie – zgodnie z umową – gwarancyjna (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka).

a. Zmiana podstawy wykluczenia z powodu rozwiązania umowy (zmiana art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP).

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a został wprowadzony do ustawy PZP nowelizacją z dnia 25 lutego 2011 r.⁵ Zgodnie z ww. przepisem, zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawców, z którymi ten zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie (wypowiedzenie, odstąpienie) nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a

⁵ Dz. U. z 2011 r. Nr 87, poz. 484

wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Wprowadzenie tego przepisu, zgodnie z uzasadnieniem w druku sejmowym nr 3677 z dnia 1 grudnia 2010 r. było podyktowane tym, że „niewykonanie zamówienia publicznego przez wykonawcę albo nienależyte jego wykonanie prowadzące do rozwiązania umowy bez uzyskania przez zamawiającego zakładanego świadczenia, tj. realizacji zamówienia publicznego zgodnie z umową zawartą po przeprowadzeniu postępowania w sprawie jego udzielenia, stanowi poważne naruszenie obowiązków wykonawcy wobec zamawiającego”.

Przepis był szeroko krytykowany przez środowiska związane z systemem zamówień publicznych. Przede wszystkim, zarzucano mu sprzeczność z prawem Unii Europejskiej, tj. art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna). Nie sposób bowiem uznać, że w każdym przypadku przyczyny wypowiedzenia umowy oznaczają, że wykonawca „jest winny poważnego wykroczenia zawodowego”. ETS w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta* orzekł, że przepis dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) nie pozwala na automatyczne wykluczanie z powodów przewidzianych w art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy PZP. ETS podkreślił przy tym, że „uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego nie ograniczają się do wytyczenia ogólnych ram stosowania art. 45 ust.2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), lecz nakładają w tym względzie na instytucje zamawiające wiążące warunki i konieczność automatycznego wyciągnięcia konsekwencji z określonych okoliczności, przekraczając tym samym zakres uznania, który przysługuje państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi omawianej dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) w zakresie określania szczegółowych zasad stosowania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d), przy poszanowaniu prawa Unii”. Dodatkowo ETS wskazał, że Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Ponadto w odróżnieniu od art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), prawomocny wyrok nie jest wymagalny do stwierdzenia wykroczenia zawodowego rozumieniu przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d).

Na niezgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z prawem unijnym zwrócił uwagę także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt: V Ca 2015/12. Sąd Okręgowy rozpatrywał odwołanie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy PZP. Sąd Okręgowy podniósł, że użyte w dyrektywie pojęcie „poważnego

wykroczenia zawodowego” trzeba wiązać z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu, nie zaś z niesolidnością kontrahenta. Co więcej, wykroczenie powinno być zawinione. To zmusza do wykładni zawężającej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a.

W świetle powyższego, przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a jest przepisem, który w szerokim zakresie pozwala zamawiającym na zachowania (tj. wykluczanie wykonawców) sprzeczne z prawem Unii Europejskiej.

Proponowana zmiana polega na zawężeniu wykluczenia tylko do przypadków, gdy zakończenie współpracy przy wykonywaniu zamówienia było spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia „z winy umyślnej” lub wskutek „rażącego niedbalstwa” wykonawcy. Dzięki proponowanej zmianie, wykluczeniu podlegaliby tylko wykonawcy, którzy dopuścili się działań cechujących się co najmniej rażącym niedbalstwem. Z rażącym niedbalstwem mamy do czynienia, w sytuacji gdy wykonawca nie zachowuje podstawowych standardów przewidzianych dla danej branży. Za rażące niedbalstwo częstokroć uznaje się zachowanie graniczące z działaniem umyślnym. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r. (sygn. akt IV CK 151/03), wskazano, że przez rażące niedbalstwo rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji.

W ten sposób proponowany przepis lepiej niż obowiązujący będzie wpisywał się w system prawa polskiego. Weryfikacja zasadności wykluczenia dokonywana byłaby w postępowaniu wszczętym wskutek odwołania od wykluczenia wykonawcy – art. 180 ust. 1 i 2 PZP.

Solidarna odpowiedzialność wykonawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby za szkodę zamawiającego wynikającą z nieudostępnienia potencjału (zmiana art. 26).

Zgodnie z art. 47 oraz 48 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), do udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B (niepriorytetowe) poleganie na potencjale innych podmiotów jest możliwe, niemniej taka możliwość istnieje „w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, a wykonawca musi udowodnić”, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami. Zatem, dysponowanie musi być realne i możliwe.

W aktualnym stanie prawnym odpowiedzialność podmiotu zobowiązującego się do udostępnienia zasobów nie jest w praktyce łatwa do wyegzekwowania i ograniczona jest do ewentualnej odpowiedzialności wobec wykonawcy. Zgodnie z proponowaną zmianą art. 26

ustawy PZP udostępniający zasoby odpowiadałby, z mocy ustawy, solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego wynikającą z nieudostępnienia zasobów, o ile nie wykazałby, że za to nieudostępnienie nie ponosi winy. Przesłankami odpowiedzialności udostępniającego zasoby byłoby więc: a) nieudostępnienie zasobów, b) szkoda wynikająca wyłącznie z tego nieudostępnienia, c) wina udostępniającego zasoby w zaniechaniu tego udostępnienia oraz d) adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą a nieudostępnieniem zasobów. Udostępniający zasoby nie odpowiadałby – rzecz jasna – za szkody wynikające z niewykonania umowy przez wykonawcę niebędące skutkiem nieudostępnienia potencjału.

Zwiększenie odpowiedzialności podmiotów udostępniających zasoby, ograniczyłoby pochopne przyjmowanie zobowiązań tych podmiotów do oferowania swoich zasobów na potrzeby zamówienia oraz zwiększyłoby gwarancję faktycznego ich udostępnienia.

Wprowadzenie zasady, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego potwierdzają spełnianie wymagań nie później niż na dzień złożenia tych dokumentów, a nie wstecznie na dzień składania ofert (skreślenie zdania drugiego w art. 26 ust. 3).

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), zamówienia udziela się wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu, przedstawiając w tym celu odpowiednie dokumenty. Prawo wspólnotowe nie wskazuje konkretnego terminu, w którym dokumenty mają być sporządzone, wymaga jedynie aby ustawodawca krajowy jasno określił ww. termin. Propozycja zmian ustawy PZP dotyczy uznawania dokumentów uzupełnionych przez wykonawcę za aktualne na dzień ich złożenia. Wprowadzenie zasady, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego potwierdzają spełnianie wymagań nie później niż na dzień złożenia tych dokumentów może niewątpliwie zwiększyć konkurencyjność, gdyż zmniejszy ilość nieważnych ofert w postępowaniu.

Takie rozwiązanie zniweluje formalizm postępowania i przyniesie wzrost konkurencyjności. W konsekwencji, proponuje się modyfikację art. 26 ust. 3 ustawy PZP w ten sposób, aby treść dokumentów, które na wezwanie zamawiającego zostaną uzupełniane przez wykonawców, potwierdzały spełnianie wymagań nie później niż na dzień złożenia tych dokumentów.

Ułatwienia w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia którego wartość nie przekracza kwot określonych w dyrektywach (dodany art. 29 ust. 3 PZP).

Z przepisów UE (dyrektyw i TFUE) nie wynika bezwzględny zakaz posługiwania się w zamówieniach o niewielkiej wartości nazwami towarów producentów lub innymi podobnymi określeniami. Zasadność odstąpienia od rygorystycznych sformułowań zawartych w art. 29 ust 3 ustawy PZP uzasadnia także stanowisko KE wyrażone w komunikacie wyjaśniającym dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02). W powyższym komunikacie Komisja wskazuje, że zakaz wskazywania na konkretnych producentów lub rozwiązania nie może mieć miejsca bez uzasadnienia. Jednakże w odróżnieniu od rygorystycznych postanowień dyrektyw, w zamówieniach mniejszych uzasadnieniem tym mogą być dodatkowo powszechna dostępność przedmiotu zamówienia oraz obiektywna potrzeba zamawiającego. W każdy przypadku wskazaniu musiałyby towarzyszyć wyrazy „lub równoważny”.

Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę jako wymóg związany z realizacją zamówienia (dodany art. 29 ust. 4 pkt 4 PZP).

Przepis art. 20 ust. 4 ustawy PZP wymienia szereg warunków, jakie zamawiający może postawić w umowie w celu wsparcia ważnych celów społecznych. Takie dodatkowe warunki umowne są nie tylko zgodne z prawem Unii Europejskiej⁶, ale także są popierane przez Komisję Europejską.⁷ Także Konstytucja RP wśród zasad naczelnych wymienia ochronę pracy i nadzór państwa nad warunkami jej wykonywania.

Najpełniejszą ochronę prac osób wykonujących pracę najemną zapewnia umowa o pracę. Dotyczy to tak aspektów dotyczących samego stosunku pracy (przede wszystkim

⁶ Jedną z naczelných zasad Unii Europejskiej jest dbałość o dobre warunki pracy. Por. art. 9 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej: „Artykuł 9 Przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia bierze pod uwagę wymogi związane ze wspieraniem wysokiego poziomu zatrudnienia, zapewnianiem odpowiedniej ochrony socjalnej, zwalczaniem wykluczenia społecznego, a także z wysokim poziomem kształcenia, szkolenia oraz ochrony zdrowia ludzkiego.”

⁷ *Kwestie społeczne w zakupach Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych.* Komisja Europejska, Bruksela 2011, str. 10 (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=pl&pubId=606&furtherPubs=yes>)

wynagrodzenia co najmniej równego wynagrodzeniu minimalnemu za pracę)⁸, jak i zabezpieczenia w razie choroby, czy wypadku. Wszystkie te funkcje gwarancyjne są kosztowne. Przedsiębiorcy zatrudniający na podstawie umowy o pracę ponoszą znacznie większe koszty od przedsiębiorców angażujących personel w inny sposób, nie wspominając o działaniach na granicy prawa (w tzw. szarej strefie).

Warunek angażowania personelu na podstawie umowy o pracę nie ogranicza konkurencji w dostępie do zamówień publicznych. Należy bowiem odróżnić warunki uczestnictwa w postępowaniu, które wykonawca musi wykazać najczęściej już na etapie ubiegania się o zamówienie. W przypadku warunku umownego wykonawca może jedynie zobowiązać się do zawarcia umów o pracę dopiero na potrzeby wykonania zamówienia, a więc gdy uzyska zamówienie.

Zgodnie z art. 22 §1¹ Kodeksu pracy⁹ „nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy”. To oznacza, że jeżeli praca jest wykonywana w miejscu i czasie wskazanym przez pracodawcę, oraz pod jego kierownictwem, to należy stosować umowę o pracę.¹⁰

W związku z tym, jeżeli przedmiotem zamówienia publicznego są czynności, których wykonywanie odpowiada warunkom wykonywania pracy, bowiem jest określone miejsce i czas wykonywania czynności, to postawienie warunku zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę jest w pełni uzasadnione. Obecna sytuacja, w której zamówienia publiczne są udzielane podmiotom omijającym nakaz z art. 22 § 1¹ Kodeksu pracy jest demoralizujący. Okazuje się bowiem, że pomimo jasnego nakazu przepisu prawa, to samo państwo, które to prawo ustanowiło wspiera omijających przepisy. Innymi słowy samo państwo lekceważy ustanowione przez siebie prawo.

Z pragmatycznego punktu widzenia skutki są nawet dalej idące. Praworządni przedsiębiorcy są stopniowo eliminowani z rynku zamówień publicznych. Tolerowanie nieformalnego zatrudnienia na rynku zamówień publicznych niesie za sobą osłabienie

⁸ Por. ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2002 nr 200 poz. 1679 ze zm.)

⁹ Art. 22 § 1¹ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.):

¹⁰ Art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

pewności obrotu gospodarczego. Koszty tego procesu ponoszą nie tylko pracodawcy, ale także ich pracownicy, system zabezpieczenia społecznego, system opieki zdrowotnej i w konsekwencji - budżet państwa.

Obecne uregulowania Kodeksu pracy przewidują formy zatrudnienia, które mogą być użyteczne na rynku zamówień publicznych. Przede wszystkim możliwe jest zatrudnienie na czas określony lub czas wykonania określonej pracy.¹¹

Obecny stan wymaga pilnej i radykalnej poprawy. Wydatki publiczne powinny wspierać rzetelnych i praworządnych uczestników rynku i ich pracowników. Stąd, w przypadku, gdy charakter zamówienia publicznego to uzasadnia, potrzebne jest wyraźne upoważnienie zamawiających do stawiania warunku angażowania personelu na podstawie umowy o pracę.

Ze względu na rozróżnienie w ustawie PZP na wykonawców i podwykonawców, przepis art. 24 ust. 4 pkt 4 powinien dotyczyć także podwykonawców. Wykonawca, jako strona umowy z zamawiającym, mógłby zostać umownie zobowiązany do angażowania „osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia” na podstawie umowy o pracę. Jeżeli posłużyłby się podwykonawcą, powinien w swojej umowie „podwykonawczej” zawrzeć analogiczne zobowiązanie od podwykonawcy.

Należy jednak podkreślić, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę powinien być dopuszczalny jedynie wówczas, gdy jest to „uzasadnione charakterem zamówienia”, a więc organizacja realizacji zamówienia pociąga za sobą określone miejsce, czas i kierownictwo wykonawcy (podwykonawcy) nad zaangażowanym personelem. Ponieważ nie jest możliwe abstrakcyjne określenie tych sytuacji w ustawie PZP, decyzję o skorzystaniu z upoważnienia przewidzianego w proponowanym art. 24 ust. 4 pkt 4 każdorazowo podejmowałby sam zamawiający.

Wprowadzenie zasad ustalania wartości zamówienia udzielanego w częściach z uwzględnieniem normy wynikającej z dyrektywy 2004/18/WE, wskazującej że ich wartość sumuje się tylko wówczas gdy, możliwe jest ich jednoczesne nabycie (zmiana art. 32 ust. 4).

¹¹ Por. art. 25 § 1 zd. 1 Kodeksu pracy:” Umowę o pracę zawiera się na czas nie określony, na czas określony lub na czas wykonania określonej pracy.”

Zgodnie z art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy. Ustawodawca europejski wyraźnie wskazał na planowane jednoczesne nabycie pewnej ilości usług. Nie posłużył się natomiast pojęciem zamówienia, gdyż zostało ono definiowane w art. 1 ust. 2 lit. a) tejże dyrektywy jako umowa o charakterze odpłatnym zawierana na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, której przedmiotem jest m.in. świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy. Zatem, w przypadku zamówień, których przydatność do użytku jest krótkotrwała należy, zgodnie z dyrektywową normą, sumować ich wartość w sytuacji kiedy możliwe jest ich jednoczesne nabycie. Nie oznacza to, iż zamawiający w przypadku zamówień o czasowej użyteczności zobowiązany jest szacować łącznie wszystkie zamówienia tego typu, które przewiduje udzielić w okresie roku budżetowego (czasie na który może przewidzieć ich skalę i swe możliwości finansowe). Z powyższego wynika, że dla oceny, czy można podzielić niektóre rodzaje zamówień na części, należy brać pod uwagę przede wszystkim okoliczności dotyczące samego przedmiotu zamówienia.

Należy podkreślić, iż pomimo, że zamówienia o krótkotrwałej przydatności do użytku mogą być rodzajowo podobne, to nie można jednoznacznie przesądzić, że stanowią jedno zamówienie, skoro umowy mogą być zawierane w różnym czasie i dotyczyć jedynie planowanego jednoczesnego nabycia pewnej ilości usług. W związku z powyższym proponuje się dodanie ust. 2a do art. 32 ustawy PZP poprzez wprowadzenie zasady, iż wartości zamówienia udzielanego w częściach sumuje się tylko, gdy dla zaspokojenia potrzeb zamawiającego możliwe jest ich jednoczesne nabycie i wykorzystanie.

Likwidacja obowiązku zatrzymywania wadium wykonawcom, którzy nie uzupełnią dokumentów na wezwanie zamawiającego

Genezą przepisu art. 46 ust. 4a PZP było dążenie ustawodawcy do zapobieżenia znikom przetargowym. Wdrożenie zmony przetargowej w życie miałby polegać na celowym powstrzymaniu się od złożenia dokumentów przez zamawiającego, który złożył ofertę np. z niższą ceną, po to, aby zostać wykluczonym z postępowania. Po takim wykluczeniu zamawiający byłby zmuszony do zawarcia oferty z innym zamawiającym się, ale oczywiście po wyższej cenie. Niezależnie od zastosowania w tym przypadku swoistego

domniemania wejścia w znowę, przepis art. 46 ust. 4a faktycznie udaremnia (a w każdym razie czyni zdecydowanie mniej atrakcyjnymi) tego typu praktyki. W każdym innym przypadku omawiany przepis skutkuje zatrzymaniem wadium od wykonawców, którzy i tak nie uzyskaliby zamówienia publicznego. Zdarza się bowiem, że po zapoznaniu się ze swoim odległym miejscem w rankingu ofert, wykonawcy przechodzą do kolejnych operacji gospodarczych. Zwłaszcza mniejsi wykonawcy, nie dysponujący wyspecjalizowanymi służbami do ubiegania się o zamówienia, tracą zainteresowanie postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym przegrali konkurencję. Znaczna ilość zadań i bieżąca walka o miejsce na rynku częściowo tłumaczy takie zachowania. Obecnie przepis uderza najczęściej w podmioty, które przegrały przetarg, niezależnie od tego, czy weszły z innym wykonawcą w jakiegokolwiek porozumienie. Główną konsekwencją stosowania art. 46 ust. 4a jest przepadek wadium wniesionych przez wykonawców, którzy poświęcają się swojej działalności merytorycznej, nie zaś pilnowaniem obowiązków związanych z przegranym przetargiem.

W świetle powyższego, obowiązujący przepis razi bezwzględny formalizmem. Aktualne brzmienie art. 46 ust. 4a przewiduje bardzo surową sankcję ekonomiczną za dopełnienie obowiązku, który nie ma żadnego praktycznego znaczenia z punktu widzenia nie tylko celów przedsiębiorstwa, ale także celów postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W aktualnym stanie prawnym, przepis art. 46 ust. 4a daje natomiast okazję do poprawienia sytuacji finansowej „skrupulatnych” zamawiających.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy PZP zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. To oznacza, że w myśl obowiązujących przepisów zwrot wadium następuje, co do zasady, po ostatecznym wyborze oferty.

Należy również podkreślić, iż dyrektywa 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz dyrektywa 2004/17/WE (tzw. nowa dyrektywa sektorowa), nie przewidują obowiązku zatrzymania wadium w przypadku nieuzupełnienia dokumentów po uprzednim wezwaniu zamawiającego. Zatem, nie wynika on bezpośrednio z dyrektywy, a jego istnienie ogranicza de facto konkurencję, gdyż doprowadza do sytuacji, w której wykonawca, obawiając się o utratę wadium, w ogóle nie składa oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego. W związku z tym istnieje także ryzyko, iż zamówienia udziela się wykonawcy droższemu (w przypadku gdy jedynym kryterium jest cena).

Uwzględnianie minimalnego wynagrodzenia za pracę przy ocenie rażąco niskiej ceny (dodawany art. 90 ust. 2 PZP).

Jednym z najbardziej negatywnych zjawisk na rynku zamówień publicznych jest ofertowanie zaniżonych cen. Po części to zjawisko jest wynikiem nadużywania kryterium ceny przy ocenie ofert. Niemniej, cena jest naturalnym, i często najważniejszym, instrumentem porównania ofert na rynku. Dlatego uwaga ustawodawcy powinna być skierowana na eliminację praktyki oferowania cen zaniżonych. Najdotkliwiej skutki tej praktyki są odczuwane w związku z oferowaniem przez wykonawców nieraz bardzo niskich stawek wynagrodzenia. W sektorze usług i robót budowlanych koszt pracy jest bowiem nieraz najistotniejszym składnikiem kosztu wykonania zamówienia. Przyjmowanie ofert z kosztami pracy poniżej choćby minimalnego wynagrodzenia w ogóle nie powinno mieć miejsca.

Krajowa Izba Odwoławcza niestety nie dostrzega szkodliwości tego zjawiska i zdaje się wręcz bronić i bagatelizować problem zaniżonych kosztów pracy. Należy wskazać na treść stanowiska KIO: „odwołujący wskazał tylko na jeden element kalkulacji, który – zdaniem odwołującego – został rażąco zaniżony. Tym elementem był koszt roboczogodziny wynoszący dla części prac 3,5 zł. Jednak, ogólny koszt robocizny wybranego wykonawcy jest wyższy niż wykazany w ofercie odwołującego. Wobec ryczałtowego rozliczenia wykonania zamówienia, wykonawca, mimo skalkulowania cen jak w ofercie, będzie mógł zapewnić płacę dla zatrudnionych przez siebie pracowników na minimalnym poziomie, zgodnym z ogólnie obowiązującymi przepisami. Wykazał to przystępujący, stwierdzając, że w trakcie wykonywania zamówienia będzie mógł organizować pracę robotników w sposób zapewniający uzyskanie przez nich minimalnego wynagrodzenia miesięcznego,¹² W ocenie Izby wykonawca miałby „zaoszczędzić” na innych elementach oferty, aby wypłacić minimalne wynagrodzenie. Jest to oczywiście nierealistyczne, zważywszy, że w minimalne wynagrodzenie miesięczne w tym czasie wynosiło 1317 zł.¹³, czyli ok. 8,6 zł/godz.

¹² Wyrok KIO z 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 126/09

¹³ Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 lipca 2008 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2009 r. (Monitor Polski z 2008 r., Nr 55, poz. 499).

Zaniżanie kosztów pracy stanowi poważny problem, bowiem powoduje wyparcie z rynku przedsiębiorców stosujących płacę minimalną i ponoszących wszystkie należne obciążenia publicznoprawne. W przeciwieństwie do klauzuli społecznej dopuszczającej wymóg zatrudnienia na umowę o pracę, przepis dotyczący wyliczania kosztów pracy powinien być obligatoryjny. W przypadku wielu rodzajów prac zaangażowanie personelu na umowę o pracę nie jest konieczne, chociaż jest możliwe. Trudno jednak przyjąć, że wynagrodzenie poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę stanowi ofertę, która powinna być przyjęta w ramach zamówień publicznych.

Obligatoryjny charakter minimalnego wynagrodzenia za pracę jest zgodny z prawem Unii Europejskiej. ETS, w szeregu orzeczeń odniósł się do tej problematyki. Orzecznictwo ETS dotyczyło stosowania płacy minimalnej przez usługodawców zagranicznych. Jest oczywiste, że wymogi jakie mogą być nałożone na wykonawców zagranicznych, mogą w równej mierze być nałożone na wykonawców krajowych. ETS orzekł, że prawo krajowe może nakładać na usługodawców (wykonawców) zagranicznych wymóg stosowania płacy minimalnej,¹⁴ jeżeli płaca minimalna jest ustalona w przepisach powszechnie obowiązujących w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 8 dyrektywy 96/71.¹⁵

Stanowisko ETS może być podstawą do propozycji wprowadzenia w polskim prawie zamówień publicznych wymagań dotyczących płacy minimalnej określonej w trybie przewidzianym w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2002 nr 200 poz. 1679 ze zm.). Niewątpliwie, § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2013 r. (Dz. U. z 2012, poz. 1026) ustala normę bezwzględnie i powszechnie obowiązującą.

Dotychczasowe nieuregulowanie przez ustawodawcę w ustawie PZP wskazanej wyżej kwestii służy wspieraniu podmiotów działających na granicy prawa lub nawet z jej przekroczeniem. Z uwagi na fakt, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w

¹⁴ Zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z 3 kwietnia 2008 w sprawie C-346/06 *Dirk Rüffert*, Zb. Orz. z 2009 r., str. I-1289, pkt 33-35; z 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri*, Zb. Orz. z 2007 r., str. I-11767, pkt 56-57, 70-71.

¹⁵ Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. Urz. L 18 z 21.1.1997, str. 1)

przedmiocie wyrażenia zgody na zaniżone koszty pracy, zdaje się być utrwalone, konieczna jest interwencja legislacyjna.

Wprowadzenie obowiązku stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert o ile zamawiający nie udowodni, że wyłączenie kryterium ceny jest rozwiązaniem efektywniejszym (art. 91 PZP).

Stosowanie wyłącznie kryterium ceny przy nabywaniu zamówień publicznych, prowadzi w wielu przypadkach do ponoszenia znacznie wyższych kosztów eksploatacji i użytkowania przedmiotu zamówienia oraz obniżenia jakości świadczenia. Należy więc zobowiązać zamawiających do dokonania przy wyborze analizy, czy kryterium cenowe na pewno jest najbardziej opłacalne. Z tego obowiązku można zwolnić zamawiających sektorowych, co przepis czyni poprzez odwołanie do środków publicznych. Zamawiający, którzy udzielają zamówień sektorowych, działając w realiach rynkowych są w praktyce zmuszeni do oceniania wydatków nie tylko w perspektywie pojedynczego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz także w kategorii tzw. kosztu finalnego.

Obowiązek oraz ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (dodawane art. 90 ust. 3a, art. 190 ust. 1a i art. 198 ea PZP).

Wskazane przepisy mają na celu przeniesienie ciężaru wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na wykonawcę, który taką ofertę złożył, albo na zamawiającego, gdy autor oferty nie uczestniczy w postępowaniu odwoławczym lub sądowym.

Taka sytuacja osłabia możliwości zwalczania ofert z rażąco niską ceną. Jeżeli sam zamawiający zażąda wyjaśnień, to oferent jest obowiązany wykazać, że cena nie jest rażąco niska.¹⁶ Niemniej, wobec pojawiających się wątpliwości co do faktycznego zakresu obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, celowe jest wprowadzenia nowego brzmienia art. 90 ust. 3 PZP.

Zastosowanie ogólnych reguł dowodowych oznacza bowiem, że konkurent zarzucający zamawiającemu bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną, musi udowodnić przed Krajową Izbą Odwoławczą lub sądem, że cena w istocie jest rażąco niska.¹⁷ Innymi słowy musi udowodnić nierealistyczny charakter cudzej oferty handlowej. W

¹⁶ Wyrok KIO z 3 lipca 2009 r., KIO/UZP 769/09

¹⁷ Wyrok KIO z 24 lutego 2012 r., KIO 281/12, KIO 290/12.

świetle powyższego, konieczna jest zmiana dotycząca przerzucenia ciężaru dowodowego na etapie postępowania odwoławczego i sądowego.

Proponuje się następujące rozwiązanie:

- jeżeli składający ofertę uczestniczy w postępowaniu - byłby zobowiązany do samodzielnej obrony swojej oferty,
- jeżeli składający ofertę nie uczestniczy w postępowaniu (z uwagi na fakt, że godzi się z tym, że wskutek odwołania konkurenta jego oferta zostanie odrzucona) - ciężar obrony oferty spoczywałby na zamawiającym. Jest to uzasadnione, bowiem to jego zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną dało powód do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Analogiczne przepisy zostały zaproponowane poprzez dodanie art. 190 ust. 1a (postępowanie odwoławcze) i art. 198ea (postępowanie sądowe).

Zmiany dotyczące ceny rażąco niskiej (art. 90).

Złożenie oferty z rażąco niską ceną, jest zarówno w świetle prawa polskiego jak i wspólnotowego podstawą do podjęcia czynności wyjaśniających wobec wykonawcy, który złożył taką ofertę. W ich trakcie winna być wyjaśniona przyczyna, dla której zaproponowanie tak niskiej ceny jest możliwe. Ustawa nie przesądza jednak jasno czy udowodnienie rażąco niskiej ceny obciąża zamawiającego (lub konkurentów wykonawcy który taką cenę zaproponował), czy też to ten wykonawca winien udowodnić że cena określona zgodnie z zasadami rynkowymi. Ustawa powinna w tym przypadku -podobnie jak ma to miejsce w przypadku niektórych innych bardzo trudnych dowodowo czynów nieuczciwej konkurencji przenosić ciężar dowodu na osobę, której czyn nieuczciwej konkurencji jest zarzucany. Ma to szczególne znaczenie w przypadku tzw. „dumpingu socjalnego” mającego ze swej istoty charakter ponadnarodowy (transgraniczny). Zobowiązanie wówczas zarzucającego nieuczciwą konkurencję do przedstawienia dowodów z prawa kraju trzeciego (np. Dalekiego Wschodu) i sposobu ochrony praw pracowniczych delegowanych do pracy w innym kraju czyni ochronę przed takim zjawiskiem czysto teoretyczną.

Wprowadzenie obowiązku umieszczenia w treści umowy zasad dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmian niektórych kosztów określonych w przepisach prawa (dodanie art. 142 ust. 5).

W dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.

W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy PZP o nowy ust. 5 poprzez wprowadzenie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany w odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach.

Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów,
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Stosowanie dokumentów wzorcowych i rocznego programu opracowywania dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień (projektowany art. 7 ust. 1a oraz art. 154 pkt 16a i art. 156a PZP).

Ostatnie dziesięć lat obowiązywania przepisów o zamówieniach publicznych w Polsce wskazuje na często formalistyczne, a przez to nieracjonalne formułowanie wymogów przez zamawiających. Najbardziej znanym przykładem szkodliwych praktyk jest nadużywanie wyłącznie kryterium ceny w wyborze ofert. Nie jest to niestety jedyny przykład. Poszczególne elementy dokumentacji postępowania są bardzo silnie wzajemnie powiązane. W konsekwencji, konieczne jest fachowe, kompleksowe podejście do sporządzenia dokumentacji postępowania. Z uwagi na znaczną decentralizację systemu zamówień publicznych w Polsce wielu zamawiających nie jest w stanie samodzielnie sprostać wymogom współczesnego rynku. Często praktyką są sytuacje, zgodnie z którymi zamawiający oraz instytucje kontrolne poszukują rozwiązań najprostszych, choćby kosztem jakości zamówień. W efekcie narasta przekonanie, że największe szanse uzyskania zamówienia mają wykonawcy oferujący najniższą cenę, nawet jeżeli oferta jest niewiarygodna. Powyższe prowadzi często do sytuacji, w której rzetelni wykonawcy są eliminowani z rynku. Obecne praktyki oraz obecna treść przepisów *de facto* faworyzują podmioty działające w szarej strefie, niewywiązujące się rzetelnie z obowiązków wobec państwa, zamawiających i zatrudnionych przez siebie osób.

W świetle powyższego, proponuje się wprowadzenie dwóch rozwiązań służących stosowaniu dobrych praktyk. Po pierwsze, ustanawia się wzmocniony mechanizm opracowywania takich dokumentów. Po drugie, stosowanie dokumentów wzorcowych podnosi się do rangi zasady udzielania zamówień publicznych. Należy podkreślić, że nie wprowadza się obowiązku ich stosowania, ale jedynie nakłada na zamawiających obowiązek rozważenia, czy faktycznie odejście od wzorcowych dokumentów w konkretnym postępowaniu jest uzasadnione.

Zgodnie z art. 154 pkt 10 ustawy PZP, do zadań Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należy „upowszechnianie przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień”. Niestety, w praktyce efekty wykonywania tego kluczowego zadania są znikome.

W związku z tym, wobec niepowodzenia dotychczasowych wysiłków dotyczących upowszechniania dobrych praktyk konieczne jest wzmocnienie mechanizmów dotyczących tego zadania. W przedłożonym projekcie proponuje się, aby Rada Ministrów przyjmowała roczny program wykonywania art. 154 pkt 10 ustawy. Dzięki temu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych będzie miał znacznie silniejszą pozycję i będzie mógł efektywniej działać. Nie

bez znaczenia będzie poprawienie jego możliwości zabezpieczenia środków budżetowych na ten cel.

Projektowany przepis art. 156a ustawy PZP przewiduje udział komisji Sejmu i Senatu w procesie przyjmowania programu. Za takim rozwiązaniem przemawiają co najmniej dwa względy. Po pierwsze, zamówienia publiczne dotyczą wydatkowania ogromnych sum ze środków publicznych. Zapewnienie opiniowania konkretnych działań Rady Ministrów w tym zakresie jest uzasadnione funkcją kontrolną Parlamentu. Efektywna kontrola powinna być przeprowadzana *ex ante*. Kontrola przeprowadzana *ex post*, jedynie w formie zapoznania się ze sprawozdaniem jest - co naturalne - znacznie słabszym instrumentem oddziaływania. Stąd w projektowanym art. 156a ust. 1 proponuje się, aby komisje parlamentarne opiniowały projekt uchwały Rady Ministrów. Dzięki temu Rada Ministrów będzie mogła uwzględnić uwagi komisji zanim uchwała wejdzie w życie.

Drugim elementem kontroli parlamentarnej powinno być zapoznanie się ze sprawozdaniem z realizacji zadań w roku poprzednim (projektowany art. 154 pkt 16a ustawy PZP).

Udział komisji sejmowych i obligatoryjna publikacja w Biuletynie Informacji Publicznej projektu uchwały o rocznym programie realizacji zadania określonego w art. 154 pkt 10 ustawy będą efektywnymi sposobami zapewniania celu proponowanej zmiany.

Publikacja projektu uchwały Rady Ministrów pozwoli na realną ocenę i analizę społeczną, w tym także przez inne podmioty władzy publicznej (zwłaszcza jednostki samorządu terytorialnego) proponowanych działań.

Projektowany przepis art. 156a ust. 2 określi ściśle terminy przeprowadzania procedury konsultacji projektu uchwały Rady Ministrów z komisjami parlamentarnymi. Proponuje się, aby zobowiązać Radę Ministrów do przekazania komisjom Sejmu i Senatu projektu uchwały do dnia 01 października każdego roku. Komisje miałyby miesiąc na wyrażenie opinii. Brak przekazania opinii Radzie Ministrów do dnia 1 listopada powinien być równoznaczny z wyrażeniem opinii pozytywnej.

Roczny program opracowywania wzorcowych dokumentów w 2013 r. (art. 2 i 3).

Przygotowanie dokumentacji postępowania dotyczących złożonych zamówień publicznych jest zwykle czasochłonne. Należy liczyć się z tym, że kompleksowe opracowanie wzorcowej dokumentacji może zająć nawet kilka miesięcy. W związku z tym, zasadne jest jak najszybsze przystąpienie do opracowywania wzorców dokumentów. Wzorcowe

dokumenty, których opracowywanie rozpocznie się nie wcześniej niż w drugiej połowie 2013 r., najpewniej będą mogły być zastosowane dopiero w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych w 2014 r. W świetle powyższego, celowe jest przyjęcie programu opracowywania dokumentów jak najszybciej. Zgodnie z art. 2 przedłożonego projektu ustawy, Rada Ministrów w ciągu dwóch miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy przedstawi właściwej komisji Sejmu i właściwej komisji Senatu projekt uchwały określającej program opracowywania dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych. Właściwe komisje będą miały miesiąc na wyrażenie opinii. Brak opinii będzie równoznaczny z opinią pozytywną.

Jeżeli organy zaangażowane w przyjęcie programu wywiążą się ze swoich obowiązków przed upływem terminów założonych w projekcie program będzie możliwy do wdrożenia w 2014 roku.

Opracowywanie dokumentacji wzorcowych w wielu aspektach będzie wymagało zaangażowania ekspertów zewnętrznych. W konsekwencji, w art. 3 założony został limit wydatków na realizację zadań wynikających z programu.

Jednocześnie przepis art. 7 projektu ustawy wprowadza regulacje wymagane zgodnie z art. 50 ustawy o finansach publicznych (limit wydatków jednostek sektora finansów publicznych, wyrażony kwotowo, na okres 10 lat budżetowych wykonywania ustawy oraz mechanizmy korygujące, które będą miały zastosowanie w przypadku przekroczenia lub zagrożenia przekroczenia limitu wydatków, a także organ, który monitoruje wykorzystanie limitu wydatków). Zgodnie z art. 50 ust. 4 pkt 3 ustawy o finansach publicznych zaproponowany w projekcie mechanizm korygujący, który będzie miał zastosowanie w przypadku przekroczenia lub zagrożenia przekroczenia limitu wydatków, polega na zmianie kosztów realizacji zadań publicznych wykonywanych na rzecz obywateli.

W początkowym okresie realizacji programu opracowywania dokumentów wzorcowych przeznaczona na ten cel kwota 300 000 zł powinna być wystarczająca. W kolejnych latach okresu dziesięcioletniego należy zarezerwować kwotę dwukrotnie wyższą – 600 000 zł.

Oszczędności, jakie może przynieść stosowanie poprawnie skonstruowanych dokumentów w systemie zamówień publicznych z całą pewnością wielokrotnie będą przewyższać proponowane na realizację programu kwoty.

Stosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a w okresie wejścia w życie ustawy (art. 4 ust. 1).

W celu jak najszybszego usunięcia negatywnych skutków obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a proponuje się, aby w postępowaniach toczących się w dniu wejścia w życie ustawy, do czynności wykluczenia zastosowanie miały te przepisy w nowym brzmieniu.

Wpływ na umowy zawarte przed wejściem w życie ustawy (art. 4 ust. 2).

Przepis art. 4 ust. 2 przedłożonego projektu ustawy stanowi, że z uprawnienia do żądania zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą niektórych przepisów (projektowany art. 144 ust. 2) będą mogły skorzystać strony umowy zawartej także przed wejściem w życie ustawy. Takie uprawnienie będzie jednak ograniczone. Będzie ono przysługiwało jedynie w odniesieniu do zmian w podatku VAT, minimalnym wynagrodzeniu i składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, które będą ogłoszone po dniu wejścia w życie ustawy. Zmiany warunków wykonywania zamówienia wywołane przepisami, które zostały lub zostaną ogłoszone przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy, należy zatem uznać za stany prawne zamknięte i podlegające ocenie wyłącznie na podstawie przepisów dotychczasowych.

Projekt ustawy w ten sposób zamyka drogę do sporów na tle zmian podatku VAT, minimalnego wynagrodzenia czy składek, które pojawiły się w ostatnim czasie. Dzięki temu zamawiający nie będą narażeni na roszczenia wywiedzione z „historycznych” zmian przepisów.

Proponowane rozwiązanie przejściowe w praktyce oznacza, że nowy przepis art. 144 ustawy PZP będzie miał zastosowanie w odniesieniu do tej części umowy, która będzie wykonywana po wejściu w życie przyszłych zmian przepisów o VAT, minimalnym wynagrodzeniu czy składkach. Dzięki temu zabezpieczone będą uzasadnione interesy stron umowy. Po pierwsze, wyłączona będzie możliwość domagania się zmiany wynagrodzenia z powołaniem się na dawne zmiany przepisów. Po drugie, umożliwi się sięganie po waloryzację także w odniesieniu do „dawnych”, ale nadal wiążących umów. Przede wszystkim będą to umowy statuujące zobowiązania o charakterze ciągłym lub okresowym. Właśnie w przypadku takich umów zmiany przepisów, które wpływają na koszty wykonania zamówienia, są najbardziej dotkliwe, bo mogą podważyć kalkulację leżącą u podstaw decyzji o ich zawarciu, często decyzji sprzed kilku lat.

Dzięki tak zaprojektowanemu przepisowi przejściowemu, wykonawcy i zamawiający, którzy są związani umowami czasowymi, będą mogli skorzystać z waloryzacji bez obaw, że naruszą przepisy prawa.

Wejście w życie (art. 5).

Projektowana ustawa powinna wejść w życie w możliwie nieodległym terminie od publikacji. Typowy termin 30 dni od dnia publikacji jest zatem w pełni uzasadniony.

Wobec proponowanych rozbudowanych i szczegółowych przepisów przejściowych w art. 4 projektowanej ustawy, nie ma potrzeby nadzwyczajnego przyspieszenia daty wejścia w życie przedstawionej regulacji.

Oświadczenie o zgodności z prawem Unii Europejskiej

Projekt w zakresie proponowanych zmian jest zgodny z prawem Unii Europejskiej.

Skutki finansowe

Projektowana ustawa spowoduje skutki finansowe dla budżetu państwa w postaci kosztów przygotowania wzorcowych dokumentów. Należy jednakże wziąć pod uwagę, że w obecnym stanie prawnym istnieje tytuł do tychże wydatków, tj. zapisanie w obowiązkach Presa UZP w art. 154 pkt.10, upowszechniania przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień. Fakt, że nie jest to zadanie realizowane na dziś w poważniejszym zakresie nie zmienia faktu, że może potencjalnie generować większe koszty.

Projektowana ustawa nie powoduje skutków finansowych dla budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych podmiotów spoza sfery finansów publicznych.

Niniejszy projekt ustawy PZP został wysłany następującym podmiotom do konsultacji:

1. NSZZ „Solidarność”
2. Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych
3. Forum Związków Zawodowych
4. Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych LEWIATAN
5. Pracodawcy Rzeczypospolitej Polskiej
6. Związku Przedsiębiorców i Pracodawców
7. Business Centre Club
8. Związku Rzemiosła Polskiego
9. Krajowej Izby Gospodarczej

10. Polskiego Klubu Biznesu
11. Naczelnej Rady Zrzeszeń Handlu i Usług
12. Polskiej Rady Biznesu
13. Polskiej Izby Turystyki
14. Polskiej Izby Handlu
15. Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej
16. Polskiej Izby Przemysłowo-Handlowa Budownictwa
17. Polskiej Izby Przemysłowo-Handlowa Budownictwa Oddział Wielkopolski
18. Polskiej Izby Konstrukcji Stalowych
19. Izby Projektowania Budowlanego
20. Hutniczej Izby Przemysłowo-Handlowa
21. Górniczej Izby Przemysłowo-Handlowa
22. Związku Gmin Wiejskich
23. Unii Metropolii Polskich
24. Unia Miasteczek Polskich
25. Związku Województw RP
26. Związku Miast Polskich
27. Związku Powiatów Polskich
28. Stowarzyszenia Gmin i Powiatów Wielkopolskich
29. Federacji Regionalnych Związków Gmin i Powiatów RP
30. Podkarpackiego Stowarzyszenia Samorządów Terytorialnych
31. Śląski Związek Gmin i Powiatów
32. Związku Gmin Warmińsko - Mazurskich
33. Związku Gmin Wiejskich Województwa Podlaskiego
34. Krajowej Rady Radców Prawnych
35. Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie
36. Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu
37. Naczelnej Rady Adwokackiej
38. Krajowej Rady Notarialnej
39. Krajowej Rady Sądownictwa
40. Regionalnej Izby Obrachunkowej
41. Związku Banków Polskich
42. Samorządowego Kolegium Odwoławczego
43. Instytutu Badań Nad Gospodarką Rynkową
44. Fundacji im. Stefana Batorego

45. Instytutu Badań Edukacyjnych
46. Fundacji Forum Obywatelskiego Rozwoju
47. Polskiej Fundacji Promocji Kadr
48. Fundacji Rozwoju Polskiego Exportu
49. Centrum im. Adama Smitha
50. Krajowej Rada Izby Architektów
51. Wielkopolskiej Okręgowej Izby Architektów.